



COORDINADORES

Domingo García Belaunde
Dante Paiva Goyburu

DERECHO Y DOCENCIA COMO VOCACIÓN

LIBRO HOMENAJE A
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO



INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE DERECHO CONSTITUCIONAL
SECCIÓN PERUANA

DERECHO Y DOCENCIA COMO VOCACIÓN

Libro homenaje a José F. Palomino Manchego

Domingo García Belaunde

Dante Paiva Goyburu

(Coordinadores)

DERECHO Y DOCENCIA COMO VOCACIÓN

Libro homenaje a José F. Palomino Manchego

Domingo García Belaunde
Dante Paiva Goyburu
(Coordinadores)

Miembros fundadores:

Manuel Barquín	Alberto Meneses-Direito (†)
Germán J. Bidart Campos (†)	Luis Pinto Ferreira (†)
Jorge Carpizo (†)	Humberto Quiroga Lavié
Héctor Fix-Zamudio (†)	Luis Carlos Sáchica (†)
Pedro José Frías (†)	Rolando Tamayo y Salmorán
Domingo García Belaunde	Diego Valadés
Jorge Mario García Laguardia (†)	Jorge R. Vanossi
Manuel García - Pelayo (†)	Enrique Véscovi (†)
Mario Justo López (†)	

Sección Peruana

José F. Palomino Manchego
Presidente

Dante M. Paiva Goyburu
Secretario

IIDC 2022



DERECHO Y DOCENCIA COMO VOCACIÓN
Libro homenaje a José F. Palomino Manchego

© Domingo García Belaunde
Dante Paiva Goyburu
(Coordinadores)

Primera edición: septiembre 2022
Tiraje: 1000 ejemplares

© Adrus D&L Editores S.A.C.
Av. Brasil 1682 - Pueblo Libre
Lima - Perú
adrusdyleditores@gmail.com

© Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional
Círculo Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, CP. 04510, México, D.F.
Tel. +52 (55) 5622-7474
Fax. +52 (55) 5665-2193
iidc.unam@gmail.com

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Nº 2022-09544
ISBN: 978-612-4369-34-6

Diagramación:
José Luis Vizcarra Ojeda
jose.diagrama@gmail.com

Diseño de carátula:
Omar Suri
www.cromosapiens.com

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transferirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso de los editores y autores.



JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

- Secretario General Ejecutivo Adjunto del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Responsable de la “Cátedra de Historia de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos”, creada por Resolución Rectoral N° 011760-2021-R/UNMSM
- Investigador CONCYTEC - Grupo Carlos Monge Medrano.
- Científico peruano Top 1000 de acuerdo al “World Scientist and University Rankings 2022” elaborado por la Alper-Doger Scientific Index.

FORMACIÓN ACADÉMICA

- Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Tesis calificada con mención de Sobresaliente con la nota de 20).
- Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Tesis calificada con mención de Sobresaliente con la nota de 20).
- Bachiller en Derecho y Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con la tesis titulada “Tribunal de Garantías Constitucionales. Estudio comparativo”.

ÍNDICE

Presentación	15
Domingo García Belaunde	
Recuento bibliográfico de José Palomino Manchego.....	21
Dante Paiva	
I. Ciencia jurídica y derechos fundamentales frente a los nuevos desafíos	
<i>Pensar el derecho como globalidad. Las culturas jurídicas ante el paradigma cosmopolita del derecho global</i>	33
Alfonso de Julios-Campuzano	
<i>O poder digital na democracia</i>	59
André Ramos Tavares	
<i>La vacancia presidencial. Problemática jurídica-política.....</i>	73
Carlos Hakansson	
<i>La libertad de cátedra como derecho fundamental. Algunas reflexiones contemporáneas.....</i>	95
Edwin Figueroa Gutarra	
<i>Pensiero federale e federaliting processes.....</i>	113
Giancarlo Rolla	
<i>La relevancia política del sistema electoral</i>	151
Joan Oliver Araujo	

<i>Seguridad y seguridad sanitaria: una visión desde el constitucionalismo al hilo de la pandemia del COVID-19</i>	175
José Julio Fernández Rodríguez	
<i>La débil garantía constitucional del derecho a la protección de la salud en España. Una propuesta de reforma.</i>	195
José María Porras	
<i>Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el marco de la agenda 2030 y la perspectiva estatal.....</i>	227
Karen Añaños	
<i>El régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo en España</i>	247
Luciano Parejo Alfonso	
<i>Derechos y nada más: Los silencios de la doctrina jurídica en tiempos de pandemia.....</i>	277
Lucio Pegoraro	
<i>Breves reflexiones respecto a la libertad de conciencia, religiosa y objeción de conciencia</i>	305
Miguel Vilcapoma Ignacio	
<i>A doscientos años de su establecimiento en el Perú (1822-2022). La República como problema teórico.....</i>	331
Raúl Chanamé Orbe	
<i>La aplicación del principio ultra vires en el derecho internacional de los derechos humanos.....</i>	349
Rubén Hernández Valle	

<i>La opinión consultiva OC-28/21 fortalece el sistema democrático en la región</i>	369
William Herrera Áñez	

II. Jurisdicción y reforma constitucional en debate

<i>Trascendente fallo sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otras cuestiones federales.</i>	395
Antonio María Hernández	

<i>El derecho a un recurso rápido y sencillo para la protección de los Derechos Humanos en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Derecho Constitucional Comparado de América Latina.</i>	425
Allan R. Brewer-Carías	

<i>Inviolabilidad de la Constitución en México</i>	487
Diego Valadés	

<i>El sistema de acciones constitucionales según el Derecho Constitucional uruguayo.</i>	517
Eduardo Esteva Gallicchio	

<i>La Constitución como la causante de los males y la solución de los problemas. Una falacia política que asola Latinoamérica</i>	537
Gerardo Eto Cruz	

<i>Democracia constitucional y judicatura desde un enfoque multicultural e intercultural</i>	573
Helder Domínguez Haro	

<i>El proceso constitucional y sus problemáticas. Desde la perspectiva ecuatoriana</i>	587
Hernán Salgado Pesantes	

<i>Reforma y destrucción de la Constitución</i>	609
Javier Tajadura Tejada	
<i>Disposiciones generales de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad.....</i>	631
Jorge Luis Cáceres Arce	
<i>Teoría General del Proceso.....</i>	655
José Antonio Silva Vallejo	
<i>La II República Española, la Constitución de 1931 y la legislación penal</i>	685
Miguel Díaz y García Conlledo	
<i>Principios constitucionales y calidad democrática: Una mirada retrospectiva de la Constitución española de 1978.</i>	719
Miguel Revenga Sánchez	
<i>El texto constitucional como disparador de emociones y sentimientos. El caso de la primera Constitución afro-latino-americana (Haití, 1805).....</i>	741
Néstor Pedro Sagüés	
<i>La Constitución española en el contexto de la Unión Europea</i>	753
Ricardo Alonso García	
<i>Valoración del 25º aniversario de la reforma constitucional uruguaya de 1997</i>	779
Ruben Correa Freitas	
<i>La Interpretación Constitucional como concretización a través de la metódica estructurante de Derecho.....</i>	799
Sergio Díaz Ricci	

III. Testimonios

<i>Un ejercicio auto etnográfico sobre el trabajo como asesor de tesis del Dr. José Palomino Manchego en la tesis de licenciatura “cuota efectiva de mujeres en consejos regionales”</i>	831
Carlos Infante Palomino	
<i>José Palomino Manchego ¡El Mentor!</i>	837
Dante Paiva Goyburu	
<i>La función social de la Administración y la promoción de sectores vulnerables. En agradecimiento al profesor José P. Manchego</i>	855
Erick Cuba Meneses	
<i>La sociedad del riesgo y la necesidad de ser incluida en la enseñanza del derecho</i>	871
Paolo Jesús Bustamante Falcón	
<i>El criterio de pluralidad y el proceso de selección de magistrados del Tribunal Constitucional</i>	881
Raúl Gutiérrez Canales	

HOY COMO AYER... O CUANDO UNA PRESENTACIÓN NO ES NECESARIA

Domingo García Belaunde

Es difícil escribir sobre alguien tan cercano, como es el caso de José Félix Palomino Manchego (Lima, 24-X-1957), más conocido como el doctor Palomino o simplemente Pepe para los amigos. No puedo decir mucho de sus inicios, pues se formó en nuestra vieja Universidad de San Marcos, a diferencia mía, que venía de los claustros de la Universidad Católica, la primera de las privadas en el Perú, creada en 1917 por el padre Jorge (así lo conocían desde siempre en esa universidad). El promotor de nuestro primer encuentro fue Francisco Miró Quesada Rada, a quien conocía por motivos familiares y, además, por ser hijo de Francisco Miró Quesada Cantuarias, quien fue en vida, y sigue siendo, uno de mis referentes intelectuales. Nos encontramos en el verano de 1980 en el café Chez Kike, en el jirón Antonio Miró Quesada n.º 336, Cercado de Lima, hoy bautizado por capricho de un alcalde rencoroso con el nombre de Santa Rosa, a pocos metros del local tradicional del diario *El Comercio* y de mi oficina en la calle Azángaro, quinta cuadra, antes conocida como Juan Pablo.

En esa época Pepe empezaba a trabajar en la Fiscalía de la Nación, recién fundada, y haciendo sus primeras armas en el campo penal al cual nunca ha renunciado. Con anterioridad, en sus años universitarios laboró en el Poder Judicial. Y de ese encuentro salió un interés por el campo constitucional, al cual ya se había asomado con anterioridad. Como me lo

demostró en ese encuentro con un impresionante fichaje que había recogido sobre el Tribunal Constitucional y que le serviría espléndidamente para su tesis de Bachillerato en Derecho en San Marcos. En realidad, Kelsen y el Tribunal de Garantías Constitucionales, sobre la base de la Constitución Política de 1979, fueron desde entonces sus referentes académicos, a los cuales dedicó mucho esfuerzo. Yo le seguía entusiasmado. De Kelsen tengo presente lo que leí hace años en Norberto Bobbio: el ciclo de Kelsen está cerrado, pero no se ha agotado.

Desde entonces, Pepe me ha acompañado en todo mi trajín académico y en el ejercicio profesional. Algunas veces, en grupos de colegas que viajan a un evento o, simplemente, los dos haciendo un riguroso periplo académico. Y esto se refleja en las tres actividades que ha tenido y que en gran parte ha compartido conmigo: *a)* experto en viajes académicos o “viajólogo”, *b)* editor y *c)* maestro. Digamos algo sobre cada una.

Lo primero son los viajes. Recuerdo que alguna vez, evocando etapas de su juventud, Basadre me decía que, al margen de lo local, viajar era parte importante del quehacer intelectual, pues no solo enriquecía enormemente, sino que forjaba vínculos muy sólidos. Sus viajes empezaron, si mal no recuerdo, becado en mayo de 1987, en programas de trabajo que le fueron enormemente útiles en la Universidad de Zaragoza en donde conoció y trató personalmente a catedráticos de gran prestigio, entre otros, Manuel Ramírez, Juan Gil Cremades y José Cerezo Mir. Y siguieron más adelante viajes a diversas jornadas académicas a las cuales fuimos juntos cargados de libros, a una y otra vera del Atlántico. Si la memoria no me falla, recuerdo que ambos hemos estado en muchos lugares y eventos e, incluso, hemos tenido encuentros casuales en Miami en los años noventa, lo cual era raro, pues Miami no era precisamente mi opción preferida, salvo para hacer compras.

Hemos estado, básicamente, en nuestra área latinoamericana (México, Panamá, Colombia, Venezuela, Brasil, Chile, Uruguay y la Argentina y, por supuesto, Cuba, del cual salió un ensayo mío sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de 1940), no una sino varias veces, y no solo en las capitales sino en las ciudades del interior, además de España e Italia. Uno de nuestros recientes viajes (en marzo de 2014) nos

llevó a Praga, Viena¹ para visitar el Hans Kelsen-Institut, así como la casa de Freud y Salzburgo para conocer el entorno de Mozart y el lugar donde se había filmado *La novicia rebelde*. El último viaje, previo a la pandemia de la COVID-19, fue nuestra participación en el XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en Buenos Aires en mayo de 2019, animado por Daniel A. Sabsay.

Luego vinieron encuentros virtuales, interesantes e intensos, pero sin el contacto personal que tanto enriquece, reanudándose en fecha reciente con el evento en Madrid organizado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional en el mes de marzo último. Tuvimos un apoyo muy grande, entre ellos el de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (con su decano, Ricardo Alonso García) el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (que nos brindó el local para nuestras deliberaciones) y el Tribunal Constitucional (con Pedro González Trevijano, su presidente). En esa oportunidad aprovechamos para darnos un salto a la Universidad de Salamanca, donde nuestro cicerone fue el rector Ricardo Rivero Ortega, prestigiado administrativista y muy cercano a nuestro entorno hispanoamericano. En el claustro salmantino, ambos, en compañía de Gerardo Eto Cruz, el día martes 8 de marzo, fuimos expositores en la conferencia *online* “La autonomía universitaria en el Perú”, organizado espléndidamente por el profesor Pedro Nevado Batalla.

La segunda actividad es la de editor. Y en sus múltiples variantes. Esto lo advertí cuando, llamado por Carlos Torres y Torres Lara para enseñar en la recién fundada Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en 1982, se me encargó la dirección de su revista *Ius et Praxis*, fundada por él y que dirigí del número 4 al 17, inclusive², o sea desde 1984 hasta 1991, momento en el cual un peculiar y errático clérigo, Luis Cordero, dio por terminados nuestros servicios aprovechando que le habían ofrecido el decanato de la facultad, a falta de otros interesados.

1 Producto de este viaje salió a luz el libro de Hans Kelsen: *Sobre la jurisdicción constitucional*, con dos ediciones aparecidas en el 2014 (Lima) y 2018 (Santo Domingo).

2 *Vid.* https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/issue/archive

Pues bien, en ese intenso periodo de siete años tuve un decidido apoyo de Pepe, renovando la revista no solo en su presentación sino en su contenido, como lo podrá comprobar el lector desapasionado. Una innovación importante fue la creación de una sección dedicada a “Nuestros clásicos”, que no solo rescató a los contemporáneos en textos desconocidos (como ensayos sueltos de José León Barandiarán y Víctor Andrés Belaunde), sino discursos de José Luis Bustamante y Rivero, entre otros. Y también de textos olvidados, como los de Javier Prado Ugarteche (“El método positivo en el Derecho Penal”), Bartolomé Herrera (“Tratado de Lógica”) y Toribio Pacheco (“Cuestiones constitucionales”, que más tarde dio origen, en 1989, a una edición revisada con abundantes notas de Pepe y fotos desconocidas). Ese empeño por rescatar lo clásico reapareció años más tarde, cuando Carlos Ramos Núñez fue director del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, publicando ediciones largamente agotadas del siglo XIX, si bien no le puso el esmero ni la seriedad que estas ediciones requerían.

A esto debe agregarse la proficua labor que cumplió en los Cuadernos del Rectorado editados con el auspicio de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y de su entusiasta rector Luis Cervantes Liñán, de la que se hicieron cantidad de publicaciones, con muy buena difusión a nivel nacional e internacional. Y su apoyo decidido a la *Revista Peruana de Derecho Público* que fundé en el año 2000 y en la que me apoyó los primeros años, que fueron decisivos. Y que pese a tantas dificultades sigue publicándose en forma semestral³.

Finalmente, debe mencionarse su dedicación a la docencia, la que ha tenido dos frutos: las vocaciones que ha despertado, vinculado esto con la Universidad de San Marcos, su *alma mater* con la que ha conservado lealtad inquebrantable y en la que ha ocupado altos cargos docentes; y sus numerosas investigaciones, lamentablemente, dispersas y que llevan la impronta de la seriedad y el rigor que le son característicos, más aún en el tratamiento de las fichas, que confirman su fidelidad a las fuentes, todo lo cual ha transmitido a sus alumnos y luego seguidores en los mismos

3 Vid. <http://www.garciabelaunde.com/>

afanes, que lo han convertido en un puntal en las materias constitucional y iusfilosófica⁴.

No viene a cuento que comente aquí sus defensas legales, hechas con seriedad y profesionalismo, pero sí narrar la veta amical que nos une, lo que se comprueba con las reuniones periódicas que con él mantengo hasta ahora para hablar de lo humano y lo divino. En un principio nos reuníamos en el Pepino's en las noches, hermoso y acogedor restaurante ubicado en la avenida Canaval y Moreyra, al frente de Petroperú y a pocos metros del "zanjón" en San Isidro, y así lo fue durante, aproximadamente, diez o más años, hasta que cerró sus puertas a principios de los noventa. Posteriormente, hemos ido a otros locales, pero sin nada preestablecido. Y sin olvidar que en ciertas defensas tribunalicias que a ambos interesaban, nos entreteníamos en la cafetería del hotel Sheraton, precisamente al frente del Palacio de Justicia, antes o después de alguna audiencia importante.

Y así, entre bromas y veras, ha pasado el tiempo y lo que era un proyecto embrionario de cada cual, se ha convertido en una realidad, que corresponde juzgar a los demás. De Pepe puedo decir que es hoy todo un referente no solo del Derecho Constitucional sino del Derecho Penal, así como de la Filosofía del Derecho, y ha dejado una honda huella en estas disciplinas. Y reconocido no solo dentro de nuestras fronteras sino fuera de ellas.

Lima, agosto de 2022.

4 Gran parte de sus publicaciones se pueden consultar en: <https://scholar.google.com.pe/citations?user=wqX9hCUAAAJ&hl=es>

RECUENTO BIBLIOGRÁFICO DE JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

Dante Paiva Goyburu

Entre las muchas virtudes que caracterizan a José F. Palomino Manchego, ser un bibliófilo es de las más reconocidas por la comunidad académica. Su dedicación, aprecio y constante búsqueda de las obras más destacadas de la ciencia jurídica y las humanidades en general le ha permitido ser un cosmopolita que domina ese gran lenguaje que nos hermana a todos: La cultura.

Dentro de esta práctica, la vocación por escribir ha sido por antonomasia una faceta muy desarrollada por parte del homenajeado. Tal como se desprende del recuento que hemos elaborado, la producción bibliográfica es constante, materializada en una pluralidad de escritos, los mismos que se aprovechan en distintas dimensiones y que gracias a la informática, que también domina Palomino Manchego, alcanza mayores espacios de difusión, irradiando el saber con sumo compromiso, siendo además una muestra tangible del quehacer constitucional peruano, que con justicia de nuestros pares, se califica a la Escuela Peruana de Derecho Constitucional como una infatigable comunidad comprometida con el desarrollo académico Iberoamericano.

Reconocimiento de esta vocación y trabajo infatigable han dado testimonio diversos académicos. Como una muestra podemos invocar lo expresado por Hernán Alejandro Olano García, quien refirió en un homenaje realizado el año 2008, que Palomino Manchego “hoy en día es

el más importante iuspublicista peruano y uno de los más sobresalientes de América Latina". Más de una década después el maestro Palomino Manchego ha continuado por ese trayecto, con la modestia y eficiencia que lo caracteriza, demostrándonos que el trabajo genuino es aquel que se hace palpable a partir del esfuerzo, y que debe honrarse pues el mismo es un deber primordial del ser humano.

Frente al conocido escaso (y a veces nulo) apoyo por parte de las autoridades en el fomento a la investigación en todos los campos del saber, surgen iniciativas como la del maestro Palomino Manchego quien, siguiendo el ejemplo de sus propios mentores, suma a la publicación de sus investigaciones y escritos propios, el ser un comprometido promotor académico, lo cual realiza mediante la dirección de obras colectivas y también coordinando la edición y publicación de trabajos de distintos especialistas de Iberoamérica, especialmente de jóvenes valores, sin dudar en financiar con sus propios recursos estas obras, motivado siempre por su convencida fe en que no hay sociedad sustentable ni Estado de Derecho si no hay cultura.

El trabajo del profesor Palomino Manchego es vasto, difundido a lo largo y ancho del mundo, literalmente. Es por eso que presentamos como un recuento esta selección de sus trabajos, conscientes que algún artículo puede no estar incluido en esta lista, sobre lo cual debemos señalar que es una omisión involuntaria, pero también un estímulo para seguir perfeccionando este registro de investigaciones y que estamos seguros continuará incrementándose, porque una mente como la de nuestro homenajeado siempre está en actividad, siendo el campo fecundo para que nuevos trabajos sigan floreciendo.

I. LIBROS

- 2022. *El Preámbulo Constitucional*, Centro de Investigaciones Judiciales - Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, Lima.
- 2018. *El preámbulo constitucional dialogado*, Grijley, Lima.
- 2017. *Laudatio Dissertatio en el acto de investidura*, Talleres Gráficos Iustitia, Lima.
- 2010. *Aportes para la institucionalización de la Escuela Académico Profesional de Derecho: informe de gestión, 2008-2010*, Grijley, Lima.
- 2007. *Aportes para la institucionalización de la Escuela de Ciencia Política: informe de gestión, 2005-2006*, Grijley, Lima.

Recuento bibliográfico de José F. Palomino Manchego

2006. *Bio-bibliografía de Antonio-Enrique Pérez Luño (Aproximación a su pensamiento jurídico)*, Grijley, Lima.
2005. *Imprevisión y reforma: dos problemas contemporáneos del derecho constitucional* (con Néstor Pedro Sagüés), Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima.
2003. *Los orígenes de los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima.
2003. *Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993*. Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México.
2003. *Sylabus de derecho procesal constitucional* (con Eto Cruz, Gerardo; Sáenz Dávalos, Luis R. y Carpio Marcos, Edgar), Grijley, Lima.
2000. *Interpretación constitucional; Estudios de casos*. AMAG, Lima.
2000. *Temas de derecho constitucional: Educación a distancia*. AMAG, Lima.
1996. *Congresos nacionales de Derecho Constitucional (crónicas I-IV, 1987-1993)* (con Gerardo Eto Cruz), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Sección Peruana, Trujillo.

II. COORDINADOR DE OBRAS COLECTIVAS

2021. *Autonomía Universitaria y Constitución en Iberoamérica* (con Gerardo Eto), 2 vols., Grijley, Lima.
2015. *La Constitución de Cádiz de 1812 (A propósito de su Bicentenario)* (con José de Jesús Naveja Macías), Fondo Editorial UIGV, Lima.
2009. *Crónicas de los Congresos Nacionales de Derecho Constitucional (1987-2008)* (con Gerardo Eto y Jhonny Tupayachi), Adrus, Arequipa.
2005. *El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio (con especial referencia al derecho procesal constitucional)* (con Gerardo Eto), Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México; 2008, 2ª ed. Fondo Editorial UIGV, Lima.
2005. *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Editora Jurídica Grijley, Lima; 2015, 2ª ed. Fondo Editorial UIGV, Lima.
2002. *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)* (con José Carlos Remotti Carbonell), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Sección peruana, Lima; 2016, 2ª edición, Fondo Editorial UIGV, Lima.
1999. *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho: (de Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*, Grijley, Lima.
1997. *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Domingo García Belaunde)*, Grijley, Lima.
1997. *Modernas tendencias del derecho en América Latina* (con Ricardo Velásquez Ramírez), Grijley, Lima.

III. PRÓLOGOS, ESTUDIOS PRELIMINARES Y EPÍLOGOS.

- Abastos, Manuel G. (2014). *Escritos Penales*, Pacífico editores, Lima.
- Bidart Campos, Germán J. (2002). *Lecciones elementales de Política (Sociedad, Estado y Derecho)*, Grijley, Lima.
- Campos Aspajo, Liliana (2012). *Las garantías constitucionales en el proceso penal español y en el peruano*, Universidad Privada Norbert Wiener S.A., Lima.
- Carbonell, Miguel (2012). *En los orígenes del Estado Constitucional: La declaración francesa de 1789*, Fondo editorial UIGV, Lima.
- Cornejo, Mariano y Villarán, Manuel (2015). *Polémica sobre el jurado*, Pacífico editores, Lima.
- De Hostos, Eugenio María (2006). *Lecciones de Derecho Constitucional*, Fondo editorial de la UNMSM, Lima.
- Del Solar Rojas, Francisco (2009). *La Ciencia del Derecho: Del Iusnaturalismo al positivismo jurídico*, Fondo editorial UIGV, Lima.
- Del Solar Rojas, Francisco (2012). *Historia General del Derecho*, Fondo editorial UIGV, Lima.
- García Belaunde, Domingo (2002). *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba*, Grijley, Lima.
- García Belaunde, Domingo (2004). *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, FUNDAP, México.
- García Belaunde, Domingo (Coordinador) (2008). *La jurisdicción militar en debate*. Fondo editorial UIGV, Lima.
- García Belaunde, Domingo (2020). *Cómo estudiar Derecho Constitucional*, Grijley, Lima.
- Luzón Peña, Diego-M (2018). *Libro-Homenaje a Claus Roxin*. Fondo editorial UIGV, Lima.
- García Toma, Víctor (2006). *Legislativo y ejecutivo en el Perú*, Jurista, Lima.
- Nohlen, Dieter (2010). *La Democracia. Instituciones, conceptos y contexto*, Fondo editorial UIGV, Lima.
- Pacheco, Toribio (1996). *Cuestiones Constitucionales*, Grijley, Lima.
- Paiva Goyburu, Dante (2020). *De movimiento constitucional peruano a la Escuela Peruana de Derecho Constitucional*, Grijley, Lima.
- Parejo Alfonso, Luciano (2000). *Constitución, municipio y garantía institucional*, Grijley, Lima.
- Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo (2003). *Las fuentes en el Derecho Comparado (con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, Grijley, Lima.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique (2008). *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la experiencia jurídica*, Fondo editorial UIGV, Lima.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique (2009). *Kelsen y Ortega. Positivismo jurídico y raciovitalismo desde la cultura jurídica actual*, Fondo editorial UIGV, Lima.
- Revenga, Miguel (2010). *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, Fondo editorial UIGV, Lima.

Recuento bibliográfico de José F. Palomino Manchego

- Rolla, Giancarlo (2008). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Grijley, Lima.
- Salas, Ramón (2020). *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima.
- Tajadura Tejada, Javier (2001). *El Derecho Constitucional y su enseñanza*, Grijley, Lima.
- Valladolid Zeta, Víctor (2007). *Introducción al Derecho Constitucional*, Grijley, Lima.
- Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín (2008). *Tres ensayos sobre Historia Constitucional*, Fondo editorial UIGV, Lima.
- Vásquez Laguna, Juan (2008), *Manual de derecho procesal civil*, APECC, Lima.

IV. PARTICIPACIÓN EN LIBROS COLECTIVOS

2021. *Centenario de los tribunales constitucionales: Tomo I: estudios teóricos, históricos y comparados*, IJ - UNAM, México.
2021. *El desarrollo humano y la protección de los derechos humanos en poblaciones vulnerables*, Dykinson S.L., Madrid.
2020. *Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, Marcial Pons, España.
2020. *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus S.A., España.
2020. *Emergencia sanitaria por Covid 19. Retos al constitucionalismo peruano*, Adrus D&L Editores S.A.C., Lima.
2020. *Desafíos del Derecho frente a los Cambios Sociales, la Democracia y los DDHH (Volumen 1 y 2)*, Grijley, Lima.
2018. *Desafíos del constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993. Ponencias presentadas al XII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Volumen 2, Fondo Editorial UPAO, Trujillo.
2017. *Sobre la jurisdicción constitucional*, Fondo editorial UIGV, Lima.
2017. *La Evolución del Constitucionalismo Social en el Siglo XXI*, Editorial GRIJLEY, Lima.
2017. *Retos del constitucionalismo del siglo XXI*, Tomo II, Editorial ADRUS, Lima.
2016. *Escritos fundamentales de derecho constitucional: El constitucionalismo antiguo y moderno*, ADRUS D&L editores, Lima.
2016. *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*, Dykinson, España.
2014. *Constitucionalismo y Democracia en América Latina: Controles y riesgos*, Adrus D&L editores, Lima.
2014. *El futuro territorial del estado español ¿centralización, autonomía, federalismo o secesión?* Tirant lo Blanch, España.
2013. *La Constitución Comentada*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima.
2013. *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, Jorge Carpizo y Diego Valadés, Fondo editorial UIGV, Lima.

2012. *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, Editorial ADRUS, Arequipa.
2012. *El control del poder (Libro-Homenaje a Diego Valadés)*, Fondo editorial UIGV, Lima.
2012. *Constitución y democracia. Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Universitas, España.
2012. *Arbitraje y Constitución*, Palestra editores, Lima.
2012. *Primera cumbre internacional de Escuelas Judiciales*, Academia de la Magistratura, Lima.
2010. *La reforma del régimen jurídico del deporte profesional*, Reus S.A., España.
2009. *Memoria X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, 16-19 de septiembre de 2009)*, IDEMSA, Lima.
2006. *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Aranzadi Thomson Reuters, España.
2004. *Germán J. Bidart Campos (1927-2004) (Testimonios y homenajes)*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima.
2003. *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Civitas, España.
2002. *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericana de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México.
2000. *Constitucionalismo iberoamericano en el siglo XXI*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México.

V. ARTÍCULOS CIENTÍFICOS¹

2022. *Homenaje al Dr. Dr. h.c. Claus Roxin en tres actos*, "Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas", (29), 287-302.
2021. *¿Defensa de la Constitución o de la constitucionalidad?* (con Dante Paiva), "Revista Oficial del Poder Judicial", (15), 245-265.
2021. *Contribuciones de Paulo Bonavides a favor de la ciencia política y del Derecho Constitucional Iberoamericano. (1925-2020)*, "Revista Peruana de Derecho Público", (42), 119-122.
2021. *El régimen de excepción en el Perú frente a la COVID-19* (con Dante Paiva), "Revista del Foro", (107), 199-212.
2020. *Contribuciones del comendador Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846) en el campo del Derecho Constitucional e influjo de la invasión napoleónica a España y Portugal*.

1 No se incluyen, salvo excepciones, artículos periodísticos, reseñas bibliográficas, entrevistas, traducciones, editoriales, notas introductorias o textos breves similares o afines.

Recuento bibliográfico de José F. Palomino Manchego

- Una mirada comparada de la Historia Constitucional*, "Revista Peruana de Derecho Constitucional", (12), 165-179.
2020. *La interpretación del derecho fundamental a la libertad religiosa, y sus derechos conexos, realizada por el tribunal constitucional peruano* (con Dante Paiva Goyburu), "Revista de Derecho de las Minorías", (2), 62-88.
2019. *La actual crisis política e institucional en dos actos*, "Revista Peruana de Derecho Público", (39), 181-194.
2019. *El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: Propuestas de reforma* (con Dante Paiva), "Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM", (74), 569-577.
2019. *El Fuero Militar: Alcances, naturaleza y contenido en el devenir histórico*, "Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM", (74), 383-482.
2019. *El influjo de las ordenanzas militares de Carlos III en el Perú: (a propósito de los 250 años de su publicación: 1768-2018)*, "El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar", (13), 17-52.
2019. *Ejecutivo vs. Legislativo. Notas marginales a propósito del conflicto competencial y la solicitud de medida cautelar*, "Gaceta Constitucional", (143), 72-78.
2019. *La representación y la participación política (a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano)* (con Dante Paiva), "Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas", (24), 13-46.
2018. *La jurisdicción constitucional de República Dominicana y el Perú: la importancia del título preliminar* (con Dante Paiva), "Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional", (3), 191-205.
2017. *El Derecho constitucional penal a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, "Revista Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)", (2017-1), 391-401.
2017. *In Memoriam Renato Treves (1907 - 1992)*, "Derecho & Sociedad", (49), 288-291.
2017. *El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: Propuestas de reforma* (con Dante Paiva), "Gaceta Constitucional", (118), 15-21.
2016. *La Constitución multicultural peruana*, "Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas", (17), 57-80.
2015. *La Representación Política. (A propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano)* (con Dante Paiva). "IURA Revista Oficial de Investigación Científica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego", (2), 99-112.
2015. *Los problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado, Hans Kelsen (1881-1973) (A cien años de su publicación)*, "Revista de Derecho Constitucional", (1), 147-156.
2014. *Sir Edward Coke (1552-1634) y los orígenes de la judicial Review en Inglaterra*, "Academia Fiscal. Revista Institucional", (4), 49-59.
2014. *Homenaje a Peter Häberle en dos tiempos*, "Revista Peruana de Derecho Público", (29), 157-173.

2013. *El control de convencionalidad en el Perú (con Domingo García Belaunde), "Pensamiento Constitucional", (18), 223-241.*
2013. *¿Reforma, mutación o enmienda constitucional? "Revista Peruana de Derecho Constitucional", (6), 35-60.*
2012. *La jurisdicción militar en el período gaditano: su influjo en el Perú, "Revista de Derecho Político (Ejemplar dedicado a: La Constitución Española de 1.812 (3))", (84), 351-372.*
2012. *Francisco José del Solar Rojas (1945-2012), "Revista Peruana de Derecho Público", (24), 119-122.*
2010. *Contribuciones de Juan Ferrando Badía al desarrollo del Derecho Constitucional y de la Ciencia Política, "Revista Peruana de Derecho Público", (20), 75-83.*
2009. *VII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (Palacio del Senado, 22 y 23 de enero de 2009), "Revista Peruana de Derecho Público", (19), 165-171.*
2009. *VI Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y XI Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, "Revista Peruana de Derecho Público", (18), 155-163.*
2009. *GARCÍA BELAUNDE, Domingo, El derecho procesal constitucional en perspectiva, "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", (124), 391-396.*
2009. *I Congreso Internacional de Historia Constitucional (Lima, junio de 2008), "Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional", (10), 583-588.*
2008. *VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE) (Cádiz, 24 y 25 de enero de 2008) (con Gerardo Eto), "Revista Peruana de Derecho Público", (16), 173-180.*
2008. *Constitución, Supremacía Constitucional y teoría de las fuentes del Derecho, "Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas", (6), 387-404.*
2007. *Retiro de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Constitución (con Edgar Carpio), "Jus: doctrina & práctica", (1), 31-35.*
2007. *Constitución, Supremacía Constitucional y teoría de las fuentes del Derecho, Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, (58-59), 227-242.*
2007. *El proceso competencial: ¿Un nuevo recurso procesal para anular sentencias o dejarlas sin efectos? (Una crónica a propósito de la sentencia N° 006-2006-PC/TC emitida por el Tribunal Constitucional) (con Harold Castillo Veintimilla), "Revista Oficial del Poder Judicial", (2), 203-230.*
2007. *Informe legal - José Palomino Manchego, "Derecho PUCP", (60), 587-598.*
2006. *Los criterios interpretativos del tribunal constitucional en relación con las ratificaciones judiciales, "Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas", (3), 123-138.*
2005. *El control constitucional de las decisiones electorales ¿Discusión zanjada o controversia latente? "Revista Peruana de Derecho Público", (11), 205-224.*

Recuento bibliográfico de José F. Palomino Manchego

2005. *I Jornadas Hispanoamericanas de Derecho Constitucional: «La descentralización política y administrativa»*, "Revista Peruana de Derecho Público", (10), 157-162.
2004. *Crónica del II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional*, "Revista Peruana de Derecho Público", (9), 99-112.
2003. *La primera sentencia de Amparo en México*, "Revista Peruana de Derecho Público", (6), 135-144.
2001. *II Jornadas de Derecho Procesal Constitucional*, "Ius Et Praxis", (17), 297-310.
2001. *La autonomía municipal en la Constitución peruana de 1993*, "Revista Jurídica del Perú" (20), 23-33.
2000. *La Interpretación Constitucional y los intérpretes de la Constitución* (con Edgar Carpio). "Revista Academia de la Magistratura", (4), 25-54.
1999. *Crónica del VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (con Gerardo Eto), "Pensamiento Constitucional", (6), 281-303.
1995. *In Memoriam Renato Treves (1907 - 1992)*, "Derecho & Sociedad", (10), 288-291.
1995. *La protección constitucional del patrimonio cultural de la nación*, "Diálogo con la jurisprudencia", (2), 37-52.
1994. *Valor actual de "La realidad nacional"*, "Ius Et Praxis", (23), 139-149.
1994. *IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (con Gerardo Eto), "Pensamiento constitucional", (1), 235-243.
1993. *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española (una lección que no debemos olvidar)*, "Ius Et Praxis", (21-22), 223-257.
1990. *Un diálogo con Héctor Fix-Zamudio*, "Ius Et Praxis", (16), 281-299.
1987. *Bosquejos para la enseñanza de un curso a denominarse Introducción a la informática jurídica*, "Ius Et Praxis", (10), 123-131.

VI. BIO-BIBLIOGRAFÍA

Kelsen, Hans (2001). *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Grijley, Lima.

I.
CIENCIA JURÍDICA
Y DERECHOS FUNDAMENTALES
FRENTE A LOS NUEVOS DESAFÍOS

PENSAR EL DERECHO COMO GLOBALIDAD.

LAS CULTURAS JURÍDICAS ANTE EL PARADIGMA COSMOPOLITA DEL DERECHO GLOBAL*

*Alfonso de Julios-Campuzano***

Sumario: 1. Culturas jurídicas, globalización y derecho; 2. Culturas jurídicas y universalismo axiológico; 3. El pluralismo cultural y jurídico en un contexto global; 4. Convergencia jurídica y diversidad cultural; 5. El paradigma cosmopolita del derecho global.

1. Culturas jurídicas, globalización y derecho

En nuestros días se asume que la vieja concepción del ordenamiento jurídico ha resultado superada por la propia dinámica de sobreproducción o inflación normativa. Es una realidad incontestable que la concepción monista de la juridicidad, que identificaba el derecho con el Estado, resulta sencillamente insostenible. Asistimos a una proliferación sin precedentes de las instancias productoras de derecho y ello genera

* Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación “La cultura jurídica cosmopolita y sus desarrollos contemporáneos: límites y posibilidades en tiempos de crisis” (PY20_00980), del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación.

** Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Sevilla.

una convicción cada vez más sólidamente asentada de que el paradigma monista del derecho ha entrado definitivamente en crisis. La acción combinada de estos factores pone de relieve que asistimos a la irrupción de un paradigma plural de lo jurídico, en cuya gestación inciden de manera decisiva las circunstancias que acompañan al fenómeno globalizador. Pero es preciso notar que el pluralismo jurídico de nuestra era reviste una particular trascendencia, porque no se desarrolla en el ámbito de una determinada cultura jurídica, sino que las atraviesa de manera transversal. La perspectiva tradicional del pluralismo jurídico que afirmaba la existencia de diferentes normatividades en una sociedad o grupo social ha quedado ya definitivamente superada. Porque el pluralismo jurídico contemporáneo trasciende los ámbitos geográficos restringidos del Estado-nación y produce una mutación de la concepción tradicional de la juridicidad, al provocar la asimilación progresiva de las diferentes culturas jurídicas. Por eso, frente a las visiones etnocéntricas del pluralismo jurídico tradicional, apostamos por un pluralismo jurídico de signo multicultural que sea capaz de responder al reto de la preservación de las tradiciones jurídicas en un contexto de homogeneización creciente de paradigmas de comprensión y regulación, sin abdicar de la pretensión de universalidad de los valores. En este trabajo tratamos de mostrar:

- a) En primer lugar, que en el pluralismo cultural comporta la existencia de múltiples tradiciones jurídicas que conviven entre sí y cuyos lazos de interdependencia se acentúan de manera creciente en la era de la globalización.
- b) En segundo lugar, que esas culturas jurídicas son valiosas en sí mismas en cuanto expresión de paradigmas de acción y comprensión de una determinada colectividad, no obstante, lo cual esas diversas culturas jurídicas no son inconmensurables sino que han de admitir el análisis racional en beneficio de la afirmación de valores de vigencia universal.
- c) Conviene advertir, sin embargo, que la preservación de las culturas jurídicas en un contexto de diversidad sostenible se ve amenazada por determinadas técnicas de homogeneización como el “transplante legal”, asociado al panorama jurídico que la globalización representa. La transposición *tout court* de instituciones y normatividades propias del modelo occidental puede aniquilar la pluralidad jurídica y abonar una espiral de afirmaciones particularistas fácilmente proclives al conflicto y a la confrontación intercultural.

- d) En estas circunstancias, se suscita la pregunta sobre la posibilidad de un derecho de signo cosmopolita: un derecho cuya impronta universalista no menoscabe la diversidad inherente a culturas y pueblos y que sea capaz de salvar la razón como sustrato jurídico elemental entre los miembros de la especie humana.
- e) La posibilidad de convergencia entre distintas tradiciones jurídicas debe edificarse en un proceso espontáneo de aproximación a partir de aquello que constituye su común denominador: la reconciliación del hombre con la naturaleza que, forjada por la tradición autóctona, constituye el sustrato básico compartido por la totalidad de tradiciones y culturas jurídicas. El multiculturalismo de nuestro tiempo implica una prolongación del espectro de la juridicidad¹.
- f) Por último, a este nuevo modelo de juridicidad corresponde también un nuevo modelo de Ciencia del derecho definitivamente liberado de los grilletes espaciales y temporales del derecho moderno, como derecho estrechamente vinculado a los límites geográficos del Estado-nación y a la dimensión temporal del presente. La nueva Ciencia del derecho acorde con las nuevas circunstancias de la interdependencia, la globalización y la multiculturalidad tiene que ser una Ciencia jurídica generalista, capaz de construir nuevos conceptos y categorías que permitan explicar la realidad presente. Pensar el derecho globalmente implica no sólo la necesidad de incorporar una visión global de los problemas humanos a nuestra particular visión del derecho, sino también la exigencia de incardinar en una contemplación global de la realidad jurídica una contemplación global de los problemas humanos. Y ello sólo es viable desde una metodología comparatista capaz de reelaborar críticamente las principales categorías del derecho moderno.

En nuestro tiempo, la interdependencia ha acabado con los ordenamientos autárquicos y conclusos, y todo forma parte ya de un entramado normativo en el que los distintos niveles de juridicidad se mezclan sin cesar. El modelo basado en el monopolio de la producción jurídica por parte del Estado, ha sido superado por la dinámica impuesta por la globalización. En ese contexto, el derecho transnacional gana creciente importancia e impone la necesidad de armonizar no sólo prácticas jurídicas sino también

1 FERRARESE, M^a. R.; *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma, 2012, p. 52.

los propios desarrollos del pensamiento jurídico en ámbitos regionales cada vez más amplios². La convergencia de los Estados y de otros entes subestatales y supraestatales en regímenes jurídicos transnacionales plantea así problemas que hasta ahora no habían sido siquiera intuidos, cuestiones que conciernen a la confluencia de diversas tradiciones jurídicas, a la interpenetración de los regímenes jurídicos transnacionales con los ordenamientos jurídicos de los Estados y que alcanzan de lleno a la pluralidad de tradiciones jurídicas en un contexto de globalización³. Preguntarse por la viabilidad de un derecho de signo cosmopolita requiere, en primer lugar, responder a una cuestión, que se nos presenta como prioritaria, acerca de las condiciones para que las diversas culturas jurídicas puedan establecer las bases de un derecho de carácter global sin renunciar a aquello que las constituye como tales. La identidad de las culturas jurídicas es un bien que debe ser preservado si deseamos que el derecho sirva de manera efectiva a la articulación de relaciones fluidas de cooperación entre los pueblos. En consecuencia, la interpenetración entre el derecho cosmopolita y el derecho comparado se hace cada vez más evidente: el método comparativo se convierte en un elemento central del método jurídico.

2. Culturas jurídicas y universalismo axiológico

La perspectiva de que una sociedad o grupo social contiene una pluralidad de órdenes jurídicos o fragmentos de sistemas jurídicos es, como indica Snyder, bien conocida en la ciencia y en la sociología del derecho. Existe en el pensamiento jurídico un amplio elenco de planteamientos teóricos pluralistas en las contribuciones de la sociología y de la antropología jurídica y todas ellas coinciden en un elemento central: el rechazo a asociar el derecho únicamente con el Estado como detentador del monopolio de la producción jurídica. En su lugar, se apuesta por una concepción abierta de lo jurídico basada en la asociación del derecho con formas plurales de ordenación que concurren en el mismo ámbito social. El derecho no es un sistema único y singular, sino un complejo de sistemas superpuestos

2 COTTERRELL, R.; *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, Aldershot, 2006, pp. 65-66.

3 Sobre la interpenetración del derecho y la exportación de modelos jurídicos procedentes de tradiciones diferentes, Twining nos previene frente a las lecturas simplistas, unívocas o unidireccionales (Cfr. TWINING, W.; "La difusión del derecho: una perspectiva global", en DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (ed.), *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 131-164).

o regímenes regulativos que coinciden en un determinado espacio social. El derecho del Estado-nación, a pesar de su importancia, es sólo una entre las diferentes formas de juridicidad⁴. La tesis del pluralismo fue reafirmada por Llewellyn y Hoebel y ha sido suficientemente elaborada por la Antropología jurídica. Desde el primer trabajo de Furnivall, varios investigadores han propuesto diferentes concepciones del pluralismo jurídico: Pospisil elaboró la tesis de la multiplicidad de sistemas jurídicos y la existencia de diferentes niveles jurídicos en una misma sociedad; Smith, por su parte, propuso la concepción estructural del pluralismo basada en los grupos corporativos; y Moore aportó la concepción de los campos sociales semiautónomos basados en características procesuales. Esta última concepción ha sido ampliamente adoptada y proporciona las bases para lo que en la actualidad es, probablemente, la parte más dinámica de la antropología jurídica contemporánea. A partir de una teoría descriptiva del pluralismo legal, los nuevos enfoques han tendido a subrayar cómo la diversidad cultural ha creado también expresiones jurídicas diversas que han merecido especial atención en la proyección de las concepciones pluralistas en los países subdesarrollados. Estas aportaciones del pluralismo jurídico constituyen una de las áreas principales de investigación de la antropología jurídica contemporánea que ha sido promocionada con especial énfasis desde la Comisión para el Derecho de los Pueblos y el Pluralismo Jurídico (*Commision on Folk Law and Legal Pluralism*)⁵.

Resulta paradójico en atención a lo expuesto que, al hablar de pluralismo jurídico, nuestra perspectiva nos conduzca con demasiada frecuencia a una actitud tan sesgada como engañosa: la de circunscribir nuestro análisis a la tradición jurídica occidental y a sus propios modelos teóricos. Es necesario reparar, sin embargo, que el reconocimiento del pluralismo jurídico entraña un posicionamiento previo que no podemos eludir con respecto a la consideración que las demás culturas merecen para nosotros; porque bien pudiéramos estar cubriendo bajo el manto de un pluralismo, tan evocador como huero, nuestras recurrentes pretensiones etnocéntricas, de suerte que sólo estuviéramos dispuestos a reconocer como tal las

4 COTTERRELL, R.; *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, cit., p. 36.

5 Cfr. SNYDER, F.; "Law and Anthropology", en THOMAS, P.A. (ed.); *Legal Frontiers*, Dartmouth, Aldershot, 1996, pp. 151-152.

plurales manifestaciones jurídicas gestadas desde los auspicios teóricos de la tradición occidental.

En ese caso, nuestra proclama pluralista bien podría ser coherente con un compromiso a favor de la sociedad civil y de su propia capacidad de autogestión o, incluso, con un compromiso de signo democrático restringido al espacio geográfico de la tradición jurídica occidental y su ámbito de influencia. Existe, sin embargo, la “cara oculta del pluralismo”, esa que tantas veces tratamos de ignorar porque no forma parte de nuestro mundo y que es fruto de la existencia de una multiplicidad de tradiciones culturales no necesariamente coincidentes con la nuestra. En este sentido, conviene recordar que la caracterización general del concepto de cultura jurídica ha sido realizada por Friedman, quien ha destacado los siguientes elementos principales:

1. La cultura jurídica se refiere al conocimiento público sobre el sistema jurídico y las actitudes y patrones de comportamiento hacia él.
2. La cultura jurídica puede consistir también en cuerpos de costumbres orgánicamente vinculados a la cultura como conjunto.
3. La cultura jurídica es parte de la cultura general: aquellas partes de la cultura general –costumbres, opiniones, formas de hacer y de pensar- que inclinan las fuerzas sociales hacia el derecho⁶.

En este periodo de interdependencia que la globalización ha inaugurado, la multiculturalidad constituye un signo distintivo de nuestra era: una era que ya no puede ser comprendida en términos de dominio o de subordinación entre culturas, sino en clave de diálogo intercultural. La globalización no entraña una homogeneización forzada de la variedad cultural existente, antes bien, realza esa pluralidad tendiendo puentes hacia la mutua comprensión y el intercambio de experiencias. Por eso, el reconocimiento de la diversidad cultural no debe desembocar en actitudes

6 Sobre el debate teórico sobre el concepto de cultura jurídica puede verse COTTERRELL, R.; “The Concept of Legal Culture”, en NELKEN, D. (ed.); *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Aldershot, 1997, pp. 13-31, recogido también en COTTERRELL, R., *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the mirror of Social Theory*, cit., pp. 81-108; en este mismo volumen puede encontrarse también una interesante réplica a la posición de Cotterrell en el trabajo de FRIEDMAN, L.M.; “The Concept of Legal Culture: A Reply”, en NELKEN, D. (ed.); *Comparing Legal Cultures*, cit., pp. 33-39.

relativistas acerca de la existencia de los valores, en la medida en que el reconocimiento fáctico de la existencia de múltiples culturas no debe confundirse con la exaltación acrítica de la diferencia y la propia negación de los valores, preconizada por algunas tesis postmodernas y comunitaristas. El reconocimiento de la diversidad cultural es perfectamente coherente con la defensa de un universalismo multicultural, como han mostrado, entre otros, Thomas MacCarthy y Jürgen Habermas en sus más recientes trabajos⁷. Por eso, la constatación fáctica de la pluralidad de tradiciones culturales no puede sustentar un juicio de carácter normativo que niegue la vigencia de valores universales.

Frente a la visión antagónica que tradicionalmente ha atravesado las relaciones entre cultura y derechos humanos, es necesario reafirmar la condición universal de los valores desde una perspectiva cosmopolita, abierta al discurso intercultural y a la argumentación racional de valores y formas de vida⁸. Es erróneo afirmar que de la pluralidad fáctica de tradiciones culturales deba deducirse una exaltación incondicional de la diferencia que consagre, a nivel normativo, el respeto a las tradiciones cualesquiera que fueran éstas. Las tradiciones culturales y, con ellas, las tradiciones jurídicas, no gozan de una presunción *iuris et de iure* de su bondad; ésta debe ser probada, argumentada dialógicamente en el marco de un discurso cosmopolita, definitivamente liberado de condicionamientos etnocéntricos. Esta es la posición de Friedman quien apuesta por el desarrollo de una perspectiva global en antropología a partir de la cual establecer vínculos entre las diferentes tradiciones culturales. La antropología no tiene por qué ser irremediabilmente localista. El pluralismo cultural no desemboca en una exaltación indiscriminada de la diferencia, sino que proporciona elementos teóricos de incalculable valor para la fundamentación de una antropología plural universalista, que no reniegue del valor de las culturas, pero que no abdique de la posibilidad de establecer vínculos y conexiones en las coordenadas de una comprensión global de los procesos culturales. En ese sentido, arguye Friedman, no existe contradicción entre la reordenación social de las realidades y lo que debería ser concebido como identidad

7 Sobre esta cuestión ya me he pronunciado especialmente en DE JULIOS-CAMPUZANO, A.; *En las Encrucijadas de la Modernidad. Política, Derecho y Justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000.

8 A propósito de ello, cfr. DENNIGER, E. y GRIMM, D.; *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Trotta, Madrid, 2007.

cultural⁹. Desde esta perspectiva, una cultura global de los derechos humanos resulta plenamente compatible con la diversidad normativa local sin que se lesione la exigencia de universalidad de aquellos¹⁰.

3. El pluralismo cultural y jurídico en un contexto global

En ese sentido, el pluralismo jurídico es consecuencia del reconocimiento de un pluralismo cultural preexistente que se condensa en diversas tradiciones jurídicas. El futuro del derecho en la era de la globalización pasa, ineludiblemente, por la comprensión mutua y el acercamiento entre esas tradiciones jurídicas heterogéneas; una labor cuya consecución precisa de un empeño decidido de juristas prácticos, teóricos y científicos del derecho en la búsqueda de vías de mediación que permitan la construcción de nuevos modelos jurídicos capaces de dar respuesta a las demandas acuciantes que el derecho de nuestro tiempo nos plantea¹¹. Desconocer esta realidad es tanto como autoconfinarse en un palacio de cristal: muy hermoso por dentro, tremendamente frágil por fuera.

Atendiendo precisamente a esa implicación decisiva entre globalización y cultura, Bamyeh ha advertido que la cultura en nuestro tiempo necesita ser comprendida en las coordenadas de la transnacionalización. No se puede desconocer que la interdependencia tiene profundas raíces culturales y que, a su vez, implica a las culturas en una relación compleja de interacciones recíprocas. En atención a ese condicionamiento mutuo, el autor distingue tres elementos básicos que delimitan las coordenadas de esa interacción:

- a) El primero de ellos se refiere al *status* cultural de las fronteras nacionales; las fronteras son culturalmente relevantes en la medida en

9 Cfr. FRIEDMAN, J.; *Cultural Identity and Global Process*, reprinted, Sage, London, 2000, pp. 8-13.

10 HASTRUP, K.; "Accommodating Diversity in a Global Culture of Rights: an Introduction", en HASTRUP, K. (ed); *Legal Cultures and Human Rights. The Challenge of Diversity*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, pp. 1-23; cfr. también, del mismo volumen, IBHAWOH, B.; "Cultural Tradition and National Human Rights. Standards in Conflict", pp. 85-102.

11 Quizás por ello debiera tenerse en cuenta la propuesta de Glenn que plantea definir las identidades en términos de información y tradición jurídica, pues todas las identidades son contingentes y se basan en la información (Cfr. GLENN, H.P.; "Identidad, Ciudadanía y Tradiciones Jurídicas", en DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (ed.); *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, cit., pp. 193-207).

que son transgredidas o, inversamente, en la medida en que pueden constituir un obstáculo a la penetración exterior.

- b) El segundo elemento concierne a la extensión del concepto de cultura. Nos interesa destacar es que la cultura tiene un carácter expansivo y está inescindiblemente unida a las formas cotidianas de vida. Por eso, hablar de cultura implica remitirse a un concepto amplio capaz de abarcar la inmensa variedad de manifestaciones específicas, tales como los patrones de vida y los hábitos de consumo, pero también la cultura económica, la cultura política y la cultura jurídica.
- c) El tercer elemento se referiría, finalmente, a los intercambios culturales y a los procesos a través de los cuales las diversas culturas se expanden y se relacionan¹²; procesos que constituyen un aspecto decisivo de las influencias e interdependencias culturales y cuyo análisis nos permite discernir entre la asunción voluntaria de patrones procedentes de otras culturas, el “mestizaje”, la “hibridación” espontánea y recíproca y la imposición de una asimilación cultural forzada. Considerar esos procesos, estableciendo las condiciones de una relación exenta de imposiciones, constituye una de las prioridades de nuestra era: se trata, en suma, de evitar que la globalización se convierta en una coartada para la emergencia de un nuevo imperialismo o colonialismo cultural, construido desde la expansión irresistible de los mercados y la penetración, subrepticia pero irrefrenable, del modo de vida occidental.

Detrás de estos complejos procesos se oculta también una tendencia a la asimilación cultural que no debe ser confundida con el respeto a las exigencias elementales de la dignidad humana. La diversidad cultural no es el problema de nuestro tiempo, como tampoco lo es, más específicamente, la diversidad jurídica. Nos interesa esa diversidad como expresión del pluralismo cultural de la humanidad, pero nos interesa también que esa diversidad no se oculte bajo los ropajes de un sedicente derecho a la diferencia para justificar atropellos, violaciones y atentados contra la dignidad de las personas. La diversidad jurídica debe ser respetada como expresión del valor de cada cultura, pero esa diversidad no puede sustraerse a un discurso basado en la racionalidad. Las tradiciones jurídicas no sirven

12 BAMYEH, M.A.; *The ends of Globalization*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2000, pp. 89-90.

por sí mismas, por el solo hecho de su reiteración inveterada a lo largo de generaciones -eso no les confiere ningún tipo de salvoconducto-, sino que precisan ser sometidas al tamiz de la razón, a la aceptación reflexiva y crítica, sobre la base de un diálogo cultural libre de distorsiones.

En su obra *Legal Traditions of the World*¹³, Patrick Glenn se sumerge en el océano, tantas veces inescrutado, del pluralismo jurídico multicultural con el objetivo de diseccionar las condiciones de una diversidad jurídica sostenible. Desde esta óptica, el autor se pregunta, en primer lugar, en qué circunstancias el derecho contemporáneo podrá sostener esa diversidad jurídica; en segundo lugar, en qué medida la creciente integración jurídica propiciada por la globalización resultará compatible con la pervivencia de diferentes tradiciones culturales y cuáles serán los límites jurídicos que esas tradiciones culturales no podrán sobrepasar en su afán de autoafirmación cultural; y por último, cuáles son los parámetros sobre los cuales esa diversidad jurídica sostenible puede edificar espacios de conciliación y de integración de tradiciones jurídicas diversas a partir de modelos teóricos compatibles. El fenómeno de la globalización es indiscutiblemente poliédrico. Se trata de un complejo de fenómenos que no puede ser reducido de manera simplista a la pura expansión de la tecnología occidental, del libre mercado y de los derechos humanos. Muy al contrario, la globalización comporta también reacciones identitarias de cuño particularista, expansión de identidades culturales existentes y aparición de nuevos vínculos culturales hasta ahora desconocidos.

La globalización es mucho más que la simple expansión de la influencia occidental que encuentra a su paso formas particulares y locales de resistencia¹⁴. Glenn identifica la globalización con la regionalización entre tradiciones diversas que tienden a expandirse; esto es, la globalización no es únicamente un fenómeno de expansión de la cultura occidental que eventualmente genera reacciones, sino que se trata más bien de una pugna cultural por la hegemonía regional, mediante la creación de nuevos espacios regionales de influencia en los que tienen cabida determinadas aportaciones provenientes de otros modelos culturales¹⁵.

13 GLENN, H.P.; *Legal Traditions of the World. Sustainable diversity in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

14 GLENN, H.P.; *Legal Traditions of the World*, cit., pp. 47 ss.

15 GLENN, H.P.; *Legal Traditions of the World*, cit., pp. 49-50

En contraposición a la confrontación cultural de las diferentes tradiciones jurídicas, Glenn apuesta por la recuperación de una tradición cultural subyacente de signo cosmopolita, que trataría de reubicar el debate entre las diversas tradiciones jurídicas. Si se trata de neutralizar la confrontación subyacente al fenómeno de la regionalización, esto sólo será posible mediante la propia superación de las diferentes tradiciones jurídicas (islámica, judaica, asiática, hinduista, continental y anglosajona), no mediante la perseverancia en el conflicto. La pluralidad de tradiciones jurídicas puede ser compatible con un modelo compartido nacido del acuerdo y de la necesidad humana: un pluralismo jurídico-cultural que no se construya sobre la confrontación, sino sobre la convivencia pacífica, y que sea compatible con un modelo superador que garantice el respeto intercultural.

Esa nueva tradición jurídica que Glenn postula no tiene un origen definido ni representa una ruptura dramática con otras tradiciones. Se trata, por tanto, de una tradición que emerge de la experiencia y de la memoria. En la medida en que todos los pueblos de la tierra son descendientes de pueblos que eran autóctonos, todas las demás tradiciones han surgido en contraste con la tradición autóctona. Se trata, pues, de la más antigua de las tradiciones, su condición de tradición es tan antigua como la historia de la humanidad. Glenn se adhiere así a un modelo elaborado por Edward Goldsmith quien se refiere a la tradición autóctona como la de los pueblos que viven ecológicamente sus vidas, en equilibrio con la naturaleza y en armonía con la tierra. Describir una tradición jurídica como autóctona es intentar describir esa tradición a través de criterios internos a ella misma, frente a la imposición de criterios externos. Es un intento de ver la tradición desde dentro, a pesar de los problemas de lenguaje y percepción¹⁶.

Existen ciertamente algunas cuestiones importantes acerca de la tradición autóctona, en cuanto que en su concreto origen histórico esta tradición jurídica está preñada de primitivismo; representa un estadio de desarrollo de la civilización en el que la precariedad es una de las características distintivas y no existe una estructura social abierta, los

16 Cfr. GLENN, H.P.; *Legal Traditions of the World*, cit., pp. 57-58. Glenn se remonta al análisis de GOLDSMITH, E.; *The Way: an Ecological World View* (Rider, London, 1992), quien reconstruye la tradición autóctona tomando el origen etimológico del término de la voz griega kthonos, que significa tierra. Si tratáramos de describir la tradición podríamos utilizar el término "aborigen", dejando a un lado las connotaciones que este otro término pudiera suscitar (Cfr. GLENN, H.P.; *Legal Traditions of the World*, cit., p. 57, nota a pie de página 5).

diversas normatividades sociales aparecen entremezcladas cuando no directamente confundidas, los derechos individuales no tienen cabida, y tan solo existen unas cuantas instituciones jurídicas rígidamente estables como el matrimonio. Para Glenn, sin embargo, esa tradición autóctona no puede ser confundida con el primitivismo, cuya hostilidad al cambio resulta manifiesta: los avances de nuestra civilización son perfectamente compatibles con determinados elementos de esa tradición jurídica que precisan ser revitalizados.

Frente a un planteamiento de esta naturaleza, el autor reivindica el carácter esencialmente cambiante de la existencia. El conservacionismo de la tradición autóctona, replica Glenn, implica también una tradición de justicia intergeneracional: somos parte de una comunidad en la que hemos nacido, una comunidad que existía antes de nosotros pero que también existirá cuando nosotros ya no existamos y nos debemos a ella: a esta naturaleza que generosamente nos prodiga sus bienes. La recibimos de nuestros antepasados y hemos de legarla a nuestros hijos. Ésta es, sin duda, la aportación decisiva de la tradición autóctona; ésa es su esencia por la que Glenn aboga: una tradición que trata de reconciliar el equilibrio natural entre la especie humana y el planeta, restableciendo la armonía del hombre con su entorno¹⁷. El mundo puede cambiar, el mundo puede reciclarse, lo que no cambia es el respeto y el equilibrio con la naturaleza, la consciencia de que

17 GLENN, H.P.; *Legal Traditions of the World*, cit., pp. 72-73. Añade Glenn que la identidad autóctona es, en este sentido, una identidad desestructurada, que literalmente parece mezclarse con el paisaje circundante. Esa es la razón por la que los pueblos que se adhirieron a formas de vida autóctonas sólo esporádicamente ofrecían resistencia a la expansión occidental cuando ésta ocurría. Muy al contrario, los pueblos autóctonos no poseían un sentido definido e institucionalizado de su propia identidad cuando los pueblos occidentales llegaron a ellos. Ellos sabían quiénes eran, en el sentido de tener una memoria social, una tradición, pero el sentido de identidad en relación al otro, la autoconsciencia, no había sido completamente desarrollada debido a la ausencia de contacto. Muchos de los nombres de los pueblos autóctonos eran simplemente el equivalente de "existencia humana", tales como Apache, Comanche, Khoi-khoi, Egiptio, Bantú y Roma. La humanidad emerge como un concepto abstracto sólo cuando los límites del conocimiento social se expanden. La humanidad es la suma de nosotros y ellos. Para que esto ocurriera, sin embargo, era preciso que el conocimiento desarrollara que existe una diferencia entre nosotros y ellos. Los criterios de la diferenciación social tenían que emerger (Cfr. GLENN, H.P.; *Legal Traditions of the World*, cit., pp. 73-74).

la humanidad es parte de algo más grande que ella misma, algo que ha de preservar para ella y para futuras generaciones¹⁸.

De una tradición jurídica tal no sólo emana un respeto indefectible por el medioambiente, sino que su consideración reflexiva nos permite contemplar el complejo panorama de las tradiciones jurídicas diversas como productos culturales preñados de temporalidad. Este ejercicio reflexivo invita a adoptar una perspectiva crítica no sólo con respecto a las tradiciones culturales ajenas sino también con respecto a las propias. De ahí surge, justamente, la posibilidad del acercamiento: del reconocimiento mutuo que deriva de saberse parte de un legado común, cuya variantes son producto, se quiera o no, de circunstancias históricas. Allí donde las tradiciones jurídicas se reconocen precarias y contingentes y en aquello en que se reconocen como tales, surge, justamente, la posibilidad del diálogo; un diálogo que, al modo habermasiano, precisa de ciertas condiciones formales que garanticen la racionalidad del discurso y que, por tanto, demanda del reconocimiento mutuo que deriva de la ausencia de posiciones de dominio.

En cualquier caso, es inexcusable advertir que las tradiciones jurídicas existentes no viven en universos aislados: están en interacción permanente y de alguna forma ese proceso de relación genera interdependencias complejas entre dos o más de ellas. Que ese proceso conduzca hacia una interpenetración creciente y propicie iniciativas de aproximación es algo que depende, en buena medida, de la capacidad de los juristas, teóricos y prácticos, para diseñar nuevos paradigmas cuya aceptación sólo será posible desde el diálogo y el reconocimiento mutuo.

Es sabido que la multiculturalidad puede ser empleada en sentido descriptivo o prescriptivo. De la premisa fáctica de la pluralidad de tradiciones culturales no debe deducirse necesariamente una proposición normativa en virtud de la cual toda tradición cultural, por el mero hecho de serlo, merece ser protegida y auspiciada, porque, como bien ha mostrado Glenn, las tradiciones jurídicas no son inconmensurables: el propio fenómeno de la interdependencia así lo demuestra. Allí donde se impone la interpenetración de formas culturales diversas, allí donde se comparten elementos procedentes de tradiciones complejas, la inconmensurabilidad queda desplazada, suponiendo que hubiera tenido vigencia en algún momento.

18 GLENN, H.P.; *Legal Traditions of the World*, cit., p. 72.

Y si las tradiciones jurídicas son conmensurables nada impide por tanto que puedan “competir” en buena lid, no desde la imposición dogmática y acrítica sino por el uso distintivamente humano de la razón. Es en el terreno de la argumentación, de la conversación y del diálogo donde las tradiciones pueden confrontarse. Por eso, si no hay inconmensurabilidad dentro de una tradición, si todos sus elementos están entrelazados unos con otros, no hay lugar para la indecisión o el relativismo¹⁹.

La homogeneidad, sin embargo, no debe considerarse como alternativa si admitimos que el pluralismo es un valor, que la diversidad cultural no es algo perverso y que, en definitiva, las tradiciones culturales hunden sus raíces en la propia historia del hombre, construyen su identidad, conforman su patrimonio moral y enriquecen la propia existencia. Por eso, hay razones para actuar positivamente a favor de una diversidad sostenible. No se trata de una actitud exclusivamente pasiva, centrada en la tolerancia hacia las diferentes tradiciones. Sostener la diversidad implica aceptar las principales y complejas tradiciones legales del mundo. Significa considerarlas como mutuamente interdependientes, de suerte que la pérdida de alguna de ellas podría significar una pérdida para el resto. Significa, asimismo, considerar la dominación y los esfuerzos para lograrla como una forma de corrupción de las principales tradiciones jurídicas²⁰.

4. Convergencia jurídica y diversidad cultural

No podemos ignorar, sin embargo, que la globalización incide también directamente sobre la manera en que estas tradiciones jurídicas se expresan, se canalizan e interaccionan. La interdependencia, característica distintiva

19 Al referirse a las diversas tradiciones jurídicas, Glenn enfatiza que se trata de tradiciones complejas en la medida en que cada una de ellas abarca varios subtipos que quedan englobados en el tipo general. Las tradiciones complejas, argumenta Glenn, no te permiten decir: “yo no puedo elegir entre estas dos posiciones irreconciliables e incommensurables”. Las tradiciones complejas te dicen, sin embargo, que no son irreconciliables, pero que ellas demandan tu lealtad; y que existe un gran número de razones (que tú puedes considerar para adherirte a ellas) para decidir de la forma que te resulte más adecuada en tus circunstancias particulares. Las tradiciones complejas, por tanto, no reconocen el relativismo porque no pueden. Su completa estructura multiplica los argumentos y significados del proceso decisorio, dada la existencia de diferentes perspectivas internas a la tradición. Las tradiciones son normativas; las tradiciones complejas son irresistiblemente normativas (Cfr. GLENN, H. P.: *Legal Traditions of the World*, cit., pp. 328-329).

20 Cfr. GLENN, H. P.: *Legal Traditions of the World*, cit., p. 333.

de la globalización, opera también en el ámbito cultural y en las tradiciones jurídicas, de tal modo que la creciente integración económica está apoyada, y a su vez promueve, una integración también creciente desde el punto de vista cultural que se manifiesta inevitablemente en el ámbito jurídico, en un doble sentido:

- a) De un lado, la integración cada vez mayor de los Estados en el concierto mundial a través de un entramado institucional complejo que, auspiciado fundamentalmente por Naciones Unidas, por sus organismos dependientes y por otras organizaciones internacionales de carácter regional, propicia un diálogo intercultural imprescindible a la hora de arbitrar medidas de política legislativa para afrontar algunos de los más severos problemas que afectan a la humanidad en su conjunto. En este ámbito, la acción de los foros internacionales puede resultar tan relevante como se desee: si el diálogo se produce en condiciones de paridad, será efectivamente productivo; si, por el contrario, obedece a reglas predeterminadas que condicionan gravemente la voluntad de los más débiles, sus resultados quedarán limitados por la coerción y el sometimiento.
- b) En segundo lugar, la acción de un derecho global desterritorializado está forzando, por vía de hecho, una adecuación de las estructuras normativas e institucionales de las diferentes tradiciones jurídicas a las demandas de homogeneización jurídica del mercado global. La *lex mercatoria*, ajena a tradiciones culturales de cualquier índole, doblega implacablemente las resistencias que encuentra a su paso, moldeando las regulaciones jurídicas particulares de ámbito estatal a fin de adecuarlas a la lógica del capitalismo transnacional.

Ese proceso de imperialismo jurídico²¹ desarrollado desde las instancias mercantiles y financieras globales provoca rechazos y reacciones de autoafirmación cultural cuyo potencial destructivo no debe subestimarse. Si en otras épocas históricas el imperialismo estaba vinculado al

21 Sobre el nuevo imperialismo que auspicia el proceso de globalización, cfr. BAMYEH, M.A.; *The ends of globalization*, ch. II, "The New Imperialism: Six Theses", cit., pp. 59-87; para una semblanza doctrinal del concepto de imperialismo y su relación con la modernidad, cfr. FITZPATRICK, P.; *Modernism and the Grounds of Law*, Ch. V: "Imperialism", cit., pp. 146-182. Para una visión más amplia de la interacción entre imperialismo y cultura, puede acudirse a DIRKS, N.B. (ed.); *Colonialism and Culture*, The University of Michigan Press, Michigan, 1992.

sometimiento de un pueblo por la fuerza a través del control territorial, el nuevo imperialismo jurídico actúa de forma más soterrada y subrepticia: es un imperialismo que se ejerce desde las pacíficas instancias de los foros internacionales, un imperialismo incruento porque no exige el combate cuerpo a cuerpo de quien se resiste a su avance; va dejando, eso sí, un triste reguero de sufrimientos ocultos frecuentemente por los reclamos efectistas de la sociedad de consumo y la cadena de placeres efímeros que proporciona. Con el nuevo imperialismo la imposición colonial directa de épocas anteriores cede terreno en beneficio de la aceptación contractual de modos de dominación²². Ésa es la nueva forma de imperialismo jurídico: un imperialismo que se construye sobre una imagen mistificada y ficticia de la autonomía de la voluntad de las partes que, en cuanto tales, suscriben, expresando su voluntad libérrima, un acuerdo al que ambas se someten libre y voluntariamente. Todos sabemos, sin embargo, que la realidad es muy distinta: que la autonomía de la voluntad es un simulacro a través del cual se perpetúa en el derecho internacional la dominación de los más fuertes en detrimento de los más débiles; sabemos, también, que las relaciones internacionales son tremendamente asimétricas y que, por tanto, no puede haber voluntad autónoma allí donde una de las partes mantiene una profunda relación de dependencia respecto de la otra.

Así es como penetra la imposición de nuevos modelos jurídicos en el ámbito transnacional y en los derechos internos de los Estados, mediante una aceptación aparentemente libre: ésta es la libertad contractual que ampara las negociaciones del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial. Del mismo modo, la OMC ha venido desempeñando en esta materia una labor nada desdeñable: recuérdese, por ejemplo, el protagonismo de esta institución en la aceptación de los derechos de propiedad intelectual e industrial por los países subdesarrollados, actuación que obliga a estos países a condicionar el funcionamiento de su cobertura sanitaria a las prácticas en absoluto competitivas de las grandes corporaciones farmacéuticas. Esta misma situación es extrapolable al mercado de la alta tecnología y del software.

Los riesgos de una globalización descontrolada deben ser minimizados mediante la acción armonizadora y paliativa de los foros internacionales, creando estructuras jurídicas y regulaciones normativas adecuadas, capaces

22 Cfr. FITZPATRICK, P.; *Modernism and the Grounds of Law*, cit., p. 212.

de someter el derecho informal de las corporaciones transnacionales a reglas precisas y equitativas, y satisfaciendo, simultáneamente, las demandas razonables de un mercado en expansión y la preservación de la riqueza cultural de las diversas tradiciones jurídicas, eludiendo los riesgos de una homogeneidad forzada por la transposición de regulaciones, soluciones y modelos inventados en un lugar y posteriormente transferidos a otros mediante la figura del “transplante jurídico”²³. Por eso, conviene advertir que la integración jurídica y económica no será satisfactoria si no se realiza en condiciones de paridad, si no se evitan las situaciones de imposición y se abandonan los viejos estereotipos que propician la continuación de una dominación que acostumbra a ocultar su crueldad bajo la apariencia de una nueva forma de paternalismo.

5. El paradigma cosmopolita del derecho global

La globalización, inopinadamente, supone fractura, multiplicación, descentralización y diversificación de las instancias jurídicas de producción normativa. Y esto conlleva, en definitiva, una quiebra del propio ordenamiento jurídico y de algunos de sus principios fundamentales. De este modo, la globalización permea las estructuras estatales y determina la propia producción jurídica de los Estados nacionales, condicionando seriamente la discrecionalidad de los legisladores y socavando la congruencia relativa entre los espacios políticos, económicos y culturales. Como consecuencia de ello, no sólo la soberanía nacional, sino también la categoría de soberanía popular, tan crucial para la idea democrática, se vuelve problemática²⁴. Queda claro, con ello, que la globalización exige una recomposición de lo jurídico, profundamente alterado en su funcionamiento por la irrupción de esas nuevas formas de producción normativa; recomposición que pasa necesariamente por la necesidad de concebir el derecho desde una perspectiva global, superando los localismos anacrónicos de los viejos sistemas jurídicos estatales para articular respuestas globales a problemas de alcance planetario.

En definitiva, el impacto que la globalización produce sobre el orden jurídico es, sin duda, trascendente. Tanto que voces autorizadas del pensamiento

23 FERRARESE, M^a.R.; *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma, 2012, p.72.

24 LECHNER, N.; *Los nuevos perfiles de la política: un bosquejo*, Flacso, Santiago de Chile, 1993, p. 12 (cit. por FARIA, J.E.; *O Direito na economia globalizada*, cit., pp. 38-39).

jurídico contemporáneo han coincidido en señalar que la irrupción de la globalización en el ámbito de las relaciones económicas, sociales y políticas provoca profundas alteraciones y disfunciones en la concepción jurídica tradicional, cuya vigencia se ve de esta forma cuestionada cada vez con mayor insistencia. La globalización introduce una ruptura con el paradigma jurídico anterior, en la medida en que rebasa los conceptos, categorías e instituciones del derecho regulador. Bien es cierto que la crisis paradigmática no es un fenómeno radicalmente nuevo. Va unida a la debilidad del paradigma jurídico del Estado social que se hace especialmente patente a partir de los años setenta y que adquiere carta de naturaleza, como recuerda Habermas, al convertirse en tema expreso de la dogmática jurídica. La crisis de ese paradigma tiene mucho que ver sin duda con la compleja e impenetrable estructura del orden jurídico del Estado social, en el que no sólo conviven distintas y contradictorias orientaciones programáticas -condicionales o finalistas-, sino que la sobreabundancia de normas y la aparición de tipologías normativas también novedosas con respecto al periodo anterior, como son las normas procedimentales y de organización, no contribuye a la racionalización y simplificación del sistema, antes bien, sigue compe- liendo al legislador a regular materias complejas y ámbitos funcionales que obedecen a su propia lógica interna²⁵. Existe, además, una circularidad interna entre la complejidad del ordenamiento y la potestad regulatoria de la administración. En palabras de Schuck: “*El movimiento hacia la potestad normativa de la administración está íntimamente conectado con el creciente recurso a la discrecionalidad administrativa como modalidad legal dominante, y ese ejercicio de discrecionalidad genera, a su vez, mayor complejidad*”²⁶.

En nuestro tiempo, empero, esa sensación de crisis paradigmática parece haberse agudizado, en la medida en que ya no es sólo el paradigma del Estado social el que muestra debilidad, sino que la crisis afecta a la propia soberanía nacional y al modelo estatal de producción jurídica que manifiesta actualmente síntomas inequívocos de agotamiento. Sus principios

25 Cfr. HABERMAS, J.; *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 471-472. Habermas certifica el agotamiento del paradigma del Estado social cuyos efectos se han trasladado al ámbito jurídico provocando con ello una reflexión de los expertos en derecho y un estudio de los modelos sociales inscritos en el propio derecho (HABERMAS, J.; *Facticidad y validez*, cit., pp. 477 y 500).

26 SCHUCK, P.H.; *The Limits of Law. Essays on Democratic Governance*, Westview Press, Boulder, 2000, p. 8.

resultan ya insuficientes, y su estructura jerárquica y su configuración unidimensional quedan en entredicho. El derecho del Estado es ahora sólo una de las formas posibles de juridicidad. Y no la más importante si atendemos a las limitaciones que los nuevos actores jurídicos introducen con sus nuevas formas de juridicidad en el espacio de gobernabilidad de los legisladores estatales. Por eso, quienes sostienen la tesis del agotamiento del paradigma jurídico basado en la unidad de producción normativa del Estado nacional alegan que el pluralismo normativo introduce un sesgo diferenciador esencial en el desarrollo del fenómeno jurídico en la era de la globalización.

En relación con el impacto que la globalización tiene sobre la producción jurídica y la teoría del derecho, Twining declara sin ambages la existencia de una crisis de la Teoría jurídica y de la Ciencia del derecho al confrontarlas con las demandas del fenómeno de la globalización y se posiciona entre quienes postulan el agotamiento del paradigma de producción y conocimiento científico sobre el derecho y la necesidad de su sustitución por un nuevo modelo cuyos elementos han comenzado ya a gestarse.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia, en cuanto ideología, herencia y actividad, está siendo particularmente interpelada por el fenómeno de la globalización²⁷. De uno u otro modo, la ciencia del derecho en su más amplio sentido tiene ante sí desafíos que no puede soslayar. Quizás porque es su propia pervivencia como saber la que está en juego, quizás por una pretensión mucho más modesta, pero también mucho más práctica: la de seguir siendo un saber útil, capaz de dar respuesta a problemas actuales del hombre de hoy, y no un saber de enciclopedia, cuya retórica se agota en la empalagosa repetición de conocimientos ya superados.

En cualquier caso, la tesis de Twining apunta hacia la confrontación entre dos modelos de ciencia del derecho: por una parte, la ciencia del derecho angloamericana, una ciencia del derecho particular, cuyos enfoques resultan extraordinariamente localistas, modestos y autolimitados. Frente a ese modelo teórico, el planteamiento preconizado por la tradición positivista inglesa ha tendido a contemplar la ciencia del derecho con una perspectiva cosmopolita superando los enfoques localistas, como una jurisprudencia general.

27 Cfr. TWINING, W.; *Globalisation and Legal Theory*, Butterworths, London, 2000, p. 12.

Parece evidente que los nuevos desarrollos teóricos de la Ciencia del derecho deberán apuntar hacia una visión cosmopolita y global, desde una óptica que sin renunciar a la particularidad de las identidades afirma su compatibilidad. Las identidades pueden coexistir de manera pacífica. El presupuesto de la identidad común de la especie humana constituye el fundamento de un acuerdo básico que permita afrontar riesgos de naturaleza planetaria²⁸.

En esta era de la interdependencia, en la que todo se revela estrechamente interconectado, el derecho no puede permanecer ajeno a la realidad que le circunda, omitiendo la estrecha relación que existe entre lo jurídico y los demás ámbitos vitales e ignorando que la contemplación parcial del fenómeno jurídico como algo estrechamente vinculado al modelo del Estado-nación es un viaje hacia ninguna parte. La teoría del derecho tiene que asumir las mutaciones que el fenómeno de la globalización comporta en su compleja totalidad, como una realidad multiforme, a la que no resulta lícito sustraerse y cuyo impacto en la producción jurídica, en la conformación del derecho como sistema y en nuestra propia comprensión de lo jurídico resulta innegable. La globalidad, pues, ha de contemplarse desde una perspectiva poliédrica:

1º. Desde la profunda interconexión de los saberes jurídicos entre sí y de éstos con el resto de los saberes: el derecho de nuestro tiempo no puede seguir siendo concebido como un saber neutro, aséptico e independiente, aislado con respecto a las aportaciones provenientes de otras ciencias, sino que hoy, por el contrario, se precisa un derecho permeable, flexible, abierto y en continua revisión. Se acabó el tiempo de los saberes conclusos y definitivos, cuya pose mayestática imponía, más que un severo respeto, un temor reverencial. La interdisciplinariedad es una de las características distintivas de nuestro tiempo a la que el pensamiento jurídico no puede quedar sustraído.

2º. En segundo lugar, desde la perspectiva de la conexión global de los problemas humanos: a medida que el fenómeno de la globalización avanza, vamos adquiriendo una consciencia cada vez más diáfana del futuro común de la humanidad. Como consecuencia de ello, las normas jurídicas se multiplican a la par que las instancias

28 Cfr. ARIAS MALDONADO, M.; *Desde las ruinas del futuro. Teoría política de la pandemia*, Penguin Random House, Barcelona, 2020, p. 227.

productoras de derecho proliferan. La globalización es también la era de la descentralización y de la dispersión normativa: los niveles locales, nacionales y transnacionales se confunden, los ámbitos de validez se interpenetran: el derecho se vislumbra ya como una trama difusa de redes normativas cuyo principio y cuyo fin nadie acierta a ver. En esta encrucijada, el derecho internacional resulta un instrumento de dudosa utilidad para lograr reducir la complejidad normativa, un instrumento cuya insuficiencia se hace cada vez más patente a medida que logra superar las limitaciones impuestas por los actores transnacionales y particularmente por los Estados²⁹.

Precisamente por ello, se sugiere la progresiva suplantación del derecho internacional por el derecho global, pues aquél se construye sobre el reconocimiento del principio de igualdad entre los Estados y la afirmación dogmática de la soberanía. Ese soporte teórico del derecho internacional omitió el protagonismo de los ciudadanos que quedaron desplazados de su ámbito de actuación. Por eso, frente a la exaltación de la soberanía propia del derecho internacional, el derecho global opone una defensa radical de la dignidad de la persona³⁰. Algo con lo que coincide Habermas, al postular que el derecho internacional de nuestros días debe evolucionar hacia un derecho de vocación cosmopolita, lo cual comporta un desplazamiento desde la soberanía de los Estados como elemento vertebrador a la consagración efectiva de la dignidad humana como principio rector de ese nuevo orden jurídico cosmopolita³¹ que, en la concreta encrucijada histórica de nuestro

29 Cfr. TWINING, W.; *Globalisation and Legal Theory*, cit., p. 51. Una sucinta aproximación a los problemas actuales que la globalización suscita en el ámbito del Derecho Internacional puede encontrarse en HELD, D.; "International Law", en HELD, D. y MaCGREW, A.; *The Global Transformations Reader. An Introduction to Globalization Debate*, cit., pp. 167-171; Sobre las transformaciones del derecho internacional ante la aparición progresiva del derecho global y la implementación de ese nuevo orden con el derecho estatal, cfr. GARCÍA PASCUAL, C; *Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 151 ss.; cfr. ZICCARDI CAPALDO, G.; "State Law and International Law in a Globalizing Legal System", en ZICCARDI CAPALDO, G.; *The Pillars of Global Law*, Ashgate, Aldershot, 2008, pp. 173-213. Sobre la relación entre derecho internacional y soberanía, cfr. HABERMAS, J.; *El occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 116 ss.

30 Cfr. DOMINGO OSLÉ, R.; *¿Qué es el derecho global?*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 142.

31 HABERMAS, J.; *El occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*, cit., p. 122.

tiempo reclama la construcción de una esfera pública supranacional y la refundación del pacto de convivencia pacífica entre todos los pueblos de la Tierra a través del constitucionalismo global³².

Quizás, ese que hasta ahora ha sido el principal logro del derecho internacional, sea, al tiempo, su carencia más notoria: la necesidad de actuar a través del concierto de las naciones, omitiendo la centralidad de la persona y de su dignidad en el ámbito internacional. El fin de la geografía, proclamado por Paul Virilio³³, no hace sino confirmar esta idea: que el mundo es uno, a pesar de su polimórfica realidad cultural, y que no puede ser analizado con rigor si no es partiendo de esa imagen de totalidad. El ordenamiento jurídico estatal, el modelo centralizado de producción legislativa que simbolizaba la racionalidad suprema, ahora no simboliza más que la fragmentación suprema y es, por ende, una forma abiertamente inadecuada de abordar la reflexión teórica sobre el derecho y, lo que es más, de intentar construir derecho. Edificar sobre arena sigue siendo hoy tan posible como hace cinco mil años, pero nadie podrá dejar de reconocernos que es una necedad, tanto más grave cuanto más consciente se es de lo inútil del empeño.

3º. Por último, tendremos que hacer nuestra, de una u otra manera, la propuesta de William Twining que postula la elaboración de una jurisprudencia general capaz de ofrecer una visión totalizadora del derecho en el mundo moderno: una concepción que, en su opinión, podría retomar la estela dejada por Jeremy Bentham, quien, al autocalificarse como ciudadano del mundo, desarrolló una concepción del derecho más acorde con las actuales tendencias globalizadoras que las perspectivas de muchos de sus sucesores. Su propuesta de una ciencia universal de la legislación constituye, en este sentido, un modelo que no puede ser olvidado³⁴. Tal concepción puede ser construida desde una multiplicidad de perspectivas y deberá incluir no solo los sistemas

32 FERRAJOLI, L.; *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Trotta, Madrid, 2022, pp.16-17.

33 Vid. VIRILIO, P., "Un monde superexposé: fin de l'histoire, ou fin de la géographie?", *Le Monde Diplomatique*, agosto de 1997, p. 17.

34 Cfr. TWINING, W.; *Globalisation and Legal Theory*, cit., p. 101. En este sentido, resulta muy interesante la reconstrucción que el autor hace de la perspectiva benthamita ante el fenómeno de la globalización, cfr. pp. 102 ss.

jurídicos locales y el derecho internacional público en su acepción tradicional, sino también otras regulaciones jurídicas de carácter global, regional, transnacional y local que merecen ser calificadas como tales. Se trata, pues, de proponer nuevos modelos de elaboración teórica acordes con la realidad descentralizada y multívoca del derecho contemporáneo, un derecho que ya no puede ser comprendido desde los esquemas tradicionales de una dogmática jurídica hecha a medida del modelo centralizado, monista y autárquico de producción normativa que representaba el Estado-nación, y cuyas bases epistemológicas, basadas en la traslación de los paradigmas de conocimiento de las ciencias empíricas, resultan ya insostenibles. Este nuevo horizonte teórico, hacia el cual debemos tender, precisa ser sensible hacia el fenómeno del pluralismo, entendido no sólo como la existencia de múltiples órdenes jurídicos que operan a diferentes niveles y que interactúan recíprocamente, sino también como la plasmación a nivel global de diferentes culturas y tradiciones jurídicas, cuyas aportaciones deben considerarse en la gestación de una teoría del derecho general, global y de declarada vocación cosmopolita: “Uno de los desafíos clave de la jurisprudencia contemporánea es compatibilizar las implicaciones de la globalización con el hecho del pluralismo ético y cultural”³⁵. Para lograr su objetivo, esa jurisprudencia general precisa desarrollar una estructura conceptual adecuada y un metalenguaje que pueda trascender a las culturas jurídicas particulares.

Pensar el derecho como una globalidad implica, necesariamente, contemplar globalmente la realidad jurídica. Nuestra apuesta por una contemplación global del derecho puede ser interpretada de dos maneras distintas: *a*) como la exigencia de incorporar una visión global de los problemas humanos a nuestra particular concepción del derecho, o *b*) como la exigencia de incardinar en una contemplación global de la realidad jurídica, de toda la realidad jurídica, una contemplación global de los problemas humanos. De estas dos opciones sólo la segunda, concuerda con nuestro planteamiento: no se trata de ampliar el abanico de la temática jurídica desde una perspectiva etnocéntrica, sino de considerar que nuestra perspectiva es sólo una entre muchas y que los problemas del mundo global precisan ser encajados en esa visión caleidoscópica de la juridicidad.

35 Cfr. TWINING, W.; *Globalisation and Legal Theory*, cit., pp. 88-89. La cita procede de la página 89.

En ese sentido, la propuesta de elaborar un nuevo orden, de constituir el derecho del futuro a partir de un derecho global, constituye una apuesta que no debe pasar desapercibida. El derecho global vendría a ser un sistema de sistemas³⁶, basado en la armonización de tradiciones y de culturas jurídicas, un modelo que podría operar como marco general en la medida en que fuera aceptado por ciudadanos y comunidades del mundo, un orden jurídico mundial de vocación *embrionariamente* cosmopolita, que aspiraría a crear un contexto jurídico en el que la dignidad de la persona humana ocupara un papel central y que, en consecuencia, vendría a desplazar a un *viejo* derecho internacional que, durante mucho tiempo, se edificó sobre el acuerdo de las naciones y la soberanía de los Estados, en detrimento de los propios ciudadanos, un derecho global, en suma, que ofrecería un nuevo paradigma acorde a los apremios de la globalización.

Bibliografía

- ARIAS MALDONADO, M.; *Desde las ruinas del futuro. Teoría política de la pandemia*, Penguin Random House, Barcelona, 2020.
- BAMYEH, M.A.; *The ends of Globalization*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2000.
- COTTERRELL, R.; *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, Aldershot, 2006.
- COTTERRELL, R.; "The Concept of Legal Culture", en NELKEN, D. (ed.); *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Aldershot, 1997, pp. 13-31 (recogido también en COTTERRELL, R., *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the mirror of Social Theory*, cit., pp. 81-108).
- DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *En las Encrucijadas de la Modernidad. Política, Derecho y Justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (ed.), *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007.
- DENNIGER, E. y GRIMM, D.; *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Trotta, Madrid, 2007.
- DIRKS, N.B. (ed.); *Colonialism and Culture*, The University of Michigan Press, Michigan, 1992.
- DOMINGO OSLÉ, R.; *¿Qué es el derecho global?*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- FARIA, J.E.; *O Direito na economia globalizada*, Malheiros, Sao Paulo, 2000.
- FERRAJOLI, L.; *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Trotta, Madrid, 2022.
- FERRARESE, M^a.R.; *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma, 2012.

36 DOMINGO OSLÉ, R.; *¿Qué es el derecho global?*, cit., pp. 20 ss.

Pensar el derecho como globalidad

- FITZPATRICK, P.; *Modernism and the Grounds of Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- FRIEDMAN, L.M.; "The Concept of Legal Culture: A Reply" en NELKEN, D. (ed.); *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Aldershot, 1997, pp. 33-39.
- FRIEDMAN, J.; *Cultural Identity and Global Process*, reprinted, Sage, London, 2000.
- GARCÍA PASCUAL, C.; *Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2015.
- GLENN, H.P.; *Legal Traditions of the World. Sustainable diversity in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- GLENN, H.P.; "Identidad, Ciudadanía y Tradiciones Jurídicas", en DE JULIOS-CAMPUZANO, A.; *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, pp. 193-207
- GOLDSMITH, E.; *The Way: an Ecological World View*, Rider, London, 1992.
- HABERMAS, J.; *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.
- HABERMAS, J.; *El occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*, Trotta, Madrid, 2006.
- HASTRUP, K.; "Accommodating Diversity in a Global Culture of Rights: an Introduction", en HASTRUP, K. (ed); *Legal Cultures and Human Rights. The Challenge of Diversity*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, pp. 1-23.
- HELD, D.; "International Law", en HELD, D. y MaCGREW, A.; *The Global Transformations Reader. An Introduction to Globalization Debate*, pp. 167-171.
- IBHAWOH, B.; "Cultural Tradition and National Human Rights. Standards in Conflict", en HASTRUP, K. (ed); *Legal Cultures and Human Rights. The Challenge of Diversity*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, pp. 85-102.
- LECHNER, N.; *Los nuevos perfiles de la política: un bosquejo*, Flacso, Santiago de Chile, 1993,
- SCHUCK, P.H.; *The Limits of Law. Essays on Democratic Governance*, Westview Press, Boulder, 2000.
- SNYDER, F.; "Law and Anthropology", en THOMAS, P.A. (ed.); *Legal Frontiers*, Dartmouth, Aldershot, 1996, pp. 135-179.
- TWINING, W.; "La difusión del derecho: una perspectiva global", en DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, pp. 131-164
- TWINING, W.; *Globalisation and Legal Theory*, Butterworths, London, 2000.
- VIRILIO, P.; "Un monde superexposé: fin de l'histoire, ou fin de la géographie?", *Le Monde Diplomatique*, agosto de 1997, p. 17
- ZICCARDI CAPALDO, G.; "State Law and International Law in a Globalizing Legal System", en ZICCARDI CAPALDO, G.; *The Pillars of Global Law*, Ashgate, Aldershot, 2008, pp. 173-213.

O PODER DIGITAL NA DEMOCRACIA*

*André Ramos Tavares***

Sumário: 1. Significado atual das novas tecnologias digitais; 2. Neutralidade tecnológica? 3. A posição de poder das grandes plataformas digitais; 4. O risco democrático na Era Digital.

1. Significado atual das novas tecnologias digitais

No contexto de compreensão do novo paradigma decorrente do uso massivo de novas tecnologias disruptivas¹, especialmente com o advento e repentino crescimento exponencial das chamadas plataformas digitais, já nos encontramos experimentando uma remodelagem da própria vida em sociedade, ainda que, muitas vezes, isso ocorra sem a necessária conscientização e sem as salvaguardas que adviriam

* Em homenagem ao estimado Dr. José F. Palomino Manchego, Secretario Ejecutivo Adjunto do Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional e Professor Principal do Departamento de Direito Público da Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Peru.

** Professor Titular da Faculdade de Direito da USP e Coordenador do Núcleo de Pesquisas sobre Direito Econômico e Novas Tecnologias Digitais/USP, Coordenador e Professor do Doutorado e Mestrado em Direito da FADISP; Professor dos Núcleos de Direito Constitucional e de Econômico da PUC/SP, Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais; artavares@usp.br

1 A ideia de um momento disruptivo perpassa a maioria dos autores, de maneira expressa ou não. Nesse sentido: Galbraith, 2014, p. 39 e ss. e, de uma perspectiva monetária: Mayer-Schönberger, 2018.

caso implementássemos as novas tecnologias por meio de um adequado planejamento². Como registrei em recente reflexão sobre o tema:

“A experiência recente já foi capaz de comprovar que os avanços advindos das mais inovadoras tecnologias podem gerar profundas melhorias para todos nós e até mesmo alargar os horizontes da Humanidade”³

Essas novas tecnologias digitais apresentam impacto superlativo em absolutamente todos os setores, tendo pressionado fortemente o modelo (tradicional) em que ocorriam as relações políticas, socioeconômicas, comerciais, profissionais e familiares. Essa tensão entre velhos métodos e concepções com as novas tecnologias digitais se fez muito presente, em âmbito global e com especial apreensão, no cenário democrático-eleitoral⁴, especialmente a partir do processo para eleição de Obama nos Estados Unidos da América do Norte.

Há uma tendência inicial a acreditar que as tecnologias digitais podem gerar um “open Democracy” ou WebDemocracia, no sentido de que as novas tecnologias em rede digital melhorariam a recepção coletiva das escolhas a serem feitas pelo Governo (Democracia plebiscitária), o que reduziria a distância entre autoridade e povo, empoderando o cidadão⁵. Não há dúvida de que a tecnologia digital pode reduzir o atual distanciamento entre representantes e representados e contribuir decisivamente para o avanço democrático, inclusive acelerando exponencialmente esse processo de democratização. Porém, o avanço para uma espécie de Democracia direta pela via digital apresenta uma série de dificuldades e bloqueios, e não é um resultado que se possa esperar como automático pelo mero uso das tecnologias digitais inovadoras⁶.

2 Cf. Tavares, 2020b, p. 401-219.

3 Tavares, 2020a, p. 281.

4 Cf. Tavares, 2022c, *web*.

5 Como forma de aumentar o engajamento cívico das novas gerações e combater à desinformação, o Tribunal Superior Eleitoral tem firmado parcerias estratégicas com redes sociais de grande alcance do eleitor mais jovem. Cf: TSE, 2022, *web*.

6 Pietro Falletta lembra que nem sempre “o cidadão está disposto a participar ativamente, coletivamente e constantemente na *governance* da coisa pública, havendo o risco, pois, que se diminua consideravelmente o nível democrático do sistema e se torne meramente aparente o seu funcionamento” (Falletta, 2018, p. 427).

Assim, se parece não haver nenhuma dúvida acerca da necessidade de renovar e aperfeiçoar o modelo democrático, com mais participação popular efetiva, para distanciar nossa Democracia das práticas corruptas e nefastas da velha política, o que se pode viabilizar com uso de novas tecnologias, ainda menos duvidosa é a necessidade premente de conhecer e preparar respostas para efeitos disruptivos das tecnologias digitais, especialmente engendrados pelas plataformas digitais⁷.

O uso que fizemos, especialmente na última década, dessas novas tecnologias digitais, impõe, como dever moral e por um imperativo de sobrevivência como sociedade, uma profunda reflexão, da qual inevitavelmente não de resultar alterações substantivas na forma como temos praticado e concebido a Democracia nos últimos dois séculos e, por certo, também não de resultar mudanças significativas nesses usos recentes da tecnologia.

Neste ensaio me dedico exclusivamente a identificar os usos tecnológicos que, já disponíveis e colocados em prática, permitem-nos confirmar um novo cenário de grandes desafios, no qual a Democracia deve assumir novos contornos quanto aos seus pressupostos de proteção e aos limites no exercício de supostas “novas” liberdades.

Observei em estudo publicado anteriormente que:

“ao Estado interessa a defesa dessa área tecnológica e o Direito econômico nacional oferece a instrumentalização jurídica dessa política estatal, justamente pelos benefícios que pode carrear ao desenvolvimento socioeconômico da nação.”⁸.

Esses benefícios, porém, só serão efetivos e reais quando a tecnologia for incorporada pelo Estado em um nível estrutural⁹. Não se trata aqui, portanto, de assumir um viés contra-tecnológico, nem de sustentar um ponto de vista necessariamente negativo quanto às novas tecnologias digitais. Mas tampouco se pode admitir o pressuposto ingênuo de neutralidade.

7 Há diversas e importantes iniciativas sobre o uso de novas tecnologias, notadamente o recente encaminhamento no Senado Federal com a criação de Comissão para discutir o marco regulatório da inteligência artificial.

8 Tavares, 2019b, p. 13-44.

9 Tal perspectiva passa, necessariamente, pelo desenho de acesso e universalização da internet como base para as demais mudanças a serem incorporadas e fornecidas pelo Estado. Cf. Tavares, 2022b, p. 253-272

Toda tecnologia pode ser bem empregada, tanto individualmente, como em benefício do interesse social e mesmo empresarial, e isso de maneira legítima. O que pretendo ponderar, adiante, é o uso nefasto propiciado por algumas dessas tecnologias, na forma como formatado por determinadas empresas, em relação especificamente à Democracia e à paz social.

2. Neutralidade tecnológica?

Minha premissa é a de que as novas tecnologias digitais, como configuradas e em uso, têm cunho político¹⁰. Isso não quer dizer que a tecnologia possua uma ideologia, pois a tecnologia realmente não é “nem de esquerda nem de direita”, para utilizar expressão do senso comum. Pelo contrário, o tema tecnológico extrapola as dimensões partidárias e ideológicas.

A tecnologia, em realidade, pode ser até considerada neutra, especificamente falando, aqui, quanto às bandeiras político-partidárias, pois apenas seu uso consolidado em um sentido ou outro é que vai gerar seu apelo ideológico. O uso, portanto, e não a mera existência da tecnologia, é que rompe com a ideia de neutralidade.

O que considero um viés político inevitável das atuais tecnologias digitais é o poder inerente a sua existência, que muito decorre de seu potencial disruptivo e do poder que essas tecnologias (em seus usos específicos) exercem sobre a sociedade e sobre as instituições políticas¹¹, independentemente de alguma específica tecnologia ser utilizada por grupos de esquerda ou de direita.

A criação de uma nova tecnologia não significa apenas o surgimento de uma inovação. Davara Rodrigues, já na década de 90, explicava que “o fenômeno tecnológico”...

“não trouxe como consequência apenas sua utilização comercial e profissional, mas com ele surgiram, também, vinculações e bens até agora desconhecidos. Desta forma, nascem [...] relações produzidas por contratação eletrônica [...] e novos cenários [...] que vêm à luz

10 Aqui entendido no sentido de poder, como específico logo adiante. Nesse sentido: Schwab, 2018, p. 32; Srnicek, 2016, p. 47.

11 Nesse sentido, de que a transformação tecnologia logo se reflete no sistema político, cf. Cummings e Wise, 2005, p. 27.

com o apoio e possibilidades de desenvolvimento que a tecnologia proporciona”¹².

Podemos utilizar o exemplo da plataforma digital de tecnologia UBER. Apesar de se considerar um intermediário das reais forças (diria mesmo tradicionais forças) de mercado (consumidores e motoristas), essa plataforma tecnológica foi capaz de criar um novo mercado e o formatar inteiramente dentro de suas regras (que são regras privadas do mundo corporativo, com a particularidade de que algumas regras são criadas de maneira dinâmica, no dia a dia, por algoritmos protegidos pelo segredo de negócio). Esta é, aliás, uma das vantagens significativas utilizadas pelas novas e mais avançadas tecnologias digitais: o controle das “regras do jogo”, com elevado grau de alienação quanto às normas do Direito em vigor, sem que isso signifique, necessariamente, falar em ilegalidade ou ilicitude.

Falar da decisão tecnológica como decisão política significa alertar que ela “afeta o poder, a estrutura social e a posição de cada um de nós na sociedade”¹³. Falando mais concretamente ainda, decisões *sobre tecnologia digital* e decisões *da tecnologia digital* (decisões *advindas de algoritmos*), hoje, quando adotadas pelos grandes complexos corporativos tecnológicos, especialmente quando relacionadas à infraestrutura digital, “determinam as regras que dirigem o fluxo de dados, impactam o acesso à internet [...] e contribuem para fenômenos como o da divisão digital”¹⁴. As decisões sobre tecnologia e as decisões da tecnologia são decisões políticas, nesse exato sentido de expressarem, inevitavelmente, um poder sobre a sociedade.

A noção mesmo do que sejam países avançados (e, portanto, com economias dominantes no cenário global) sempre esteve lastreada

12 Davara Rodrigues, 1997, p. 28.

13 Schwab avança nesse ponto específico, para observar, ainda, que o precário resultado social das revoluções anteriores deveria ter servido de alerta sobre o problema da decisão tecnológica (p. 32). Uma ilustração sobre os efeitos sociais pode ser feita a partir da Segunda Revolução industrial e a disponibilidade de eletricidade nos domicílios. Isso permitiu o desenvolvimento de máquinas de lavar, fornos elétricos, aspiradores de pó e outros utensílios. O uso destes, por sua vez, não significou apenas mais tempo livre para mulheres. As máquinas reduziram a necessidade de realizar serviços domésticos e com isso alteraram a estrutura das famílias e o perfil do trabalhador nas economias avançadas (cf. Schwab, 2018, pp. 50-1).

14 Para Schwab, “implicitamente se baseia no uso de tecnologias e seu impacto social e econômico” (2018, p. 43).

diretamente na capacidade tecnológica das respectivas sociedades, desde a 1ª Revolução Industrial¹⁵. Essa concepção e a respectiva categorização histórica, portanto, sempre se utilizaram do nível tecnológico alcançado para determinar a posição (de poder) de cada qual entre as nações. A afirmação de que quem domina a tecnologia tem grande poder é mais atual do que nunca, quando estamos a falar dessa que pode ser considerada uma nova fase da Humanidade, para muitos uma nova Era, a Era (da plataforma) Digital.

Essas “poderosas plataformas”, guiadas por tecnologia e inovação no modelo de negócios, alteram de maneira significativa o comportamento das Democracias, o conceito de trabalho de muitas pessoas e, acima de tudo, o valor atribuído a determinados bens imateriais, de maneira a repercutir no próprio modelo de produção capitalista, aprisionando sua essência dentro do domínio absoluto que as plataformas têm sobre o fluxo dos códigos binários.

Há quem, como Srnicek, identifique as plataformas digitais como “meios para liderar e controlar as indústrias”¹⁶. Essa foi uma caracterização inicial das plataformas digitais, que também parece ter correspondido à própria imagem que possuíam de si mesmas e de seu modelo de negócios. Contudo, se esse já era um patamar de forte relação de poder entre empresas, para muito além de uma mera sedução negocial, para caracterizar uma verdadeira dominação econômica¹⁷, o fenômeno tomou rumos ainda mais amplos e profundos, estruturais mesmo, dentro da sociedade.

Assim é que a advertência de Srnicek pode ser ampliada, nos tempos atuais, para “liderar e controlar” não apenas as indústrias tradicionais, mas também a sociedade, especialmente aquela que esteja desprotegida e na qual sejam precarizados os direitos básicos de personalidade.

Parece-me que esse fenômeno requer um redesenho do Estado e uma mudança estrutural do Direito.

15 Schwab, 2018, p. 33.

16 Srnicek, 2016, p. 92.

17 Notadamente o capital financeiro e o investimento em plataformas de redes sociais, como é o caso do Twitter, muito utilizado por políticos, jornalistas e pesquisadores e com grande repercussão social, foi integralmente adquirido pelo bilionário Elon Musk na aquisição histórica de 44 bilhões de dólares.

3. A posição de poder das grandes plataformas digitais

Schwab sustenta a existência de uma nova revolução, como tantos outros estudiosos. E isso porque as atuais tecnologias prometem ser disruptivas em relação até mesmo a todo o atual sistema digital.

No ponto do tema que me parece mais crucial neste estudo (das chamadas plataformas digitais em funcionamento) eu entendo que ocorra exatamente o inverso, pois estamos testemunhando um evento único, cuja promessa não é a eterna disrupção, mas sim a disrupção seguida de uma captura e dominação¹⁸.

Os referidos efeitos tecnológicos disruptivos servem exatamente para reforço da posição e poder de algumas das *Big Techs*. As normas em vigor ignoram os efeitos disruptivos já produzidos; operadores do Direito seguem procurando capturar o fenômeno com instrumentos e categorias jurídicas que foram, em grande medida, pensados e criados nos séculos XIX e XX.

Paradigmas atuais do Direito têm pouca capacidade de compreender e regular o fenômeno decorrente das grandes plataformas digitais, com todas suas potencialidade e funcionalidades¹⁹.

As novas tecnologias estão conseguindo obter um feito global inédito: **o progressivo encolhimento das fronteiras do Direito**. Esse acanhamento do Estado de Direito só havia ocorrido, na História recente, em ocorrências pontuais, geralmente atreladas a ditaduras. Na Era Digital a tecnologia é enaltecida como se pudesse ser um objetivo em si mesma, autonomizando-se das necessidades do ser humano e dos limites que a sociedade havia traçado para si própria, como resultado de uma longa construção civilizatória.

Mais ainda, a tecnologia avançada parece ser reverenciada, em alguns espaços de discussão, como um evento inevitável e incensurável. Consequência disso tem sido privilegiar a independência e supremacia da decisão tecnológica, sob a ilusão de que é neutra ou de que advém de uma inteligência artificial superior e peremptória.

Trata-se de uma proposta que privilegia as posições de poder das grandes plataformas digitais, confirmando-as como instrumentos de

18 Cf. Zuboff, 2018.

19 Um exemplo disso ocorre com as regras tradicionais sobre concorrência, mercado relevante, posição de domínio e concentração empresarial. Essas regras ignoram a função atual dessas empresas na captura de dados.

dominação social plena, ocultando a origem opaca de seus processos decisórios internos. Ademais, essas propostas parecem ter grande desprezo pela decisão coletiva, pela transparência e pela revisão periódica das instâncias que detêm o poder de decisão sobre a sociedade.

É esse o contexto que fez com que o Direito perdesse peso gravitacional na condução sociedade, pela deslegitimação da política tradicional, pela manipulação informacional e eleitoral. O Direito e as instâncias democraticamente eleitas deixam de ser, nessas propostas, o palco e o centro de acompanhamento das principais discussões e decisões da sociedade²⁰.

4. O risco democrático na Era Digital

O uso de novas tecnologias digitais tem gerado sinais de alerta máximo nas Democracias contemporâneas. É preciso entender que a razão dessa ocorrência está diretamente ligada a três fenômenos complementares: i) a anomia e o anarco-capitalismo que caracterizam em boa medida o espaço virtual²¹; ii) o surgimento e consolidação de poderosas plataforma digitais como resultado das novas tecnologias aplicadas, que monopolizam a atenção e os dados de grande quantidade da população mundial²², e; iii) tempos extremos, na acepção de Yasha Mounk²³, o que torna todo esse contexto ainda mais perigoso e radical em sua marcha para a disrupção.

É isso que justifica propor – insisto – uma *mudança paradigmática*. Direito e Estado deverão passar um processo não de atualização, mas de reestruturação, como acentuei em 2019²⁴.

20 Certamente que na base desse fenômeno encontra-se o *gap* educacional de muitos países, o que não deixa de ser paradoxal se comparado com o avanço exponencial das tecnologias mais avançadas. A educação continua sendo o grande desafio das nações, inclusive e especialmente para tutelar a Democracia.

21 Muitos consideram que as grandes plataformas digitais já não operam no capitalismo, mas sim à margem deste e contra os seus princípios básicos. Cf. Morozov, 2017.

22 O que já está conhecido amplamente como capitalismo de vigilância, cf. Zuboff, 2018. Apesar de voltado para o modelo econômico implantado pelas plataformas digitais, baseado na colheita, uso infinito e manipulação de dados das pessoas, a tese serve também para melhor compreender o contexto de impacto desses negócios na Democracia, especialmente quando capitaneado pelas empresas privadas. A expressão, porém, pode ser questionada a partir das premissas de Morozov.

23 Mounk, 2018, p. 19.

24 Tavares, na aula Inaugural da Faculdade de Direito da USP, Semana de Recepção de Calouros, 15 de fevereiro de 2019.

As plataformas, pelo seu gigantismo, atraíram as disputas políticas para o mundo virtual. E as regras desse espaço digital são as regras privadas próprias, empresariais, de negócio. A anomia estatal somada aos interesses expansionistas das grandes plataformas franqueou que a disputa política e eleitoral fosse incorporada ao mundo digital e, com isso, pudesse se realizar em um modelo totalmente inesperado, indesejado e desconhecido para a Democracia, um modelo de abusos, de desinformação, de *fake news* e de controle social.

Nesse ponto assiste razão a Martin Moore ao afirmar que não importa apenas saber se o uso da tecnologia digital com objetivos políticos foi democrático, autocrático ou anarquista²⁵. Embora isso também seja crucial, estamos perante uma ocorrência diversa e preocupante, que é o surgimento de um novo ator digital, que consegue rapidamente capturar o cenário da disputa político-eleitoral. E essa apropriação é apresentada como uma ocorrência natural, inevitável e inofensiva ao jogo político. Aliás, muitas vezes o que se apresenta é um suposto benefício tecnológico, pelo acesso de todos, pela possibilidade de dar voz a quem poderia não tê-la e pela neutralização do poder da grande mídia tradicional.

Em realidade, essa captura liderada pelas grandes plataformas digitais é realizada em um processo oculto de tomada do poder, que envolve a manipulação das discussões, o livre mercado de ideias e as escolhas eleitorais.

Mas não é apenas um processo de reforço do poder das grandes plataformas digitais. Há, ainda, um fenômeno de transgressão democrática explícita, de ataque aos pilares da democracia como a conhecemos e praticamos.

O modelo de negócios de algumas das grandes plataformas digitais, tendo como elemento central o uso de dados pessoais, que dominaram o cenário das eleições recentes pelo Mundo, é baseado na captura e venda de perfis dos seus usuários, de maneira a tornar qualquer propaganda, inclusive a política, muito mais eficaz e certa, atingindo não apenas as pessoas certas, mas também atingindo essas pessoas nos momentos certos, pela capacidade de detectar momentos de vulnerabilidade ou maior suscetibilidade.

25 Moore, 2019, p. xi.

Além disso, a forma de funcionamento (modelo de negócios) dessas plataformas estimula a extravagância, o espetáculo e os escândalos naquilo que é veiculado pelos usuários, gerando uma prática rotineira de *fake news*. Certamente, porém, a divulgação de notícias falsas nem se iniciou com as plataformas digitais, nem estas podem ser consideradas como artífices das infinitas notícias falsas diariamente criadas. Porém, há um dado relevante aqui, para além do estímulo e da responsabilidade indireta, e que compromete a legitimidade desse modelo de negócios. É que o desenho de funcionamento, direcionado exclusivamente para conquistar o maior número de usuários, foi engendrado de maneira que a permitir o gigantismo e e tornar impossível o controle da disseminação de *fake news* pela rede.

Aliás, não se propõe, aqui, um controle de *fake news* a ser exercido pelas próprias plataformas digitais. Isso equivaleria, uma vez mais, a reforçar o poder dessas plataformas em conduzir a sociedade conforme seus interesses privados e opacos. Como bem advertiu Mounk, pedidos de que essas companhias de mídia digital atuem livremente como sensores significariam, na prática, o fim da própria liberdade de expressão²⁶.

É verdade, como assinala Martin Moore, que as plataformas digitais, como o Facebook, não estavam preocupadas, inicialmente, em fazer parte dessa luta partidária pelo poder do Estado²⁷. Mas isso é irrelevante, porque assumiram essa luta, em dado ponto, como uma parte importante de seu modelo de negócios. Mais ainda, desde o primeiro momento a intimidade das pessoas, seus direitos de personalidade e a liberdade de expressão estiveram totalmente ameaçadas em virtude da opção de negócios dessas plataformas.

Assim é que dados pessoais e *fake news* foram utilizados, conjuntamente, para alterar, de maneira oportunista, o comportamento eleitoral de pessoas, por meio dessas redes, como se isso pudesse ser considerado um mero negócio sem maiores consequências. Com isso, o grande poder econômico passou a ter acesso “livre” a instrumentos que jamais haviam existido em toda a História da Humanidade. E, assim, como bem pontua Martin Moore, a sociedade passa a viver sob a influência de indivíduos

26 Mounk, 2018, p. 18.

27 *Op. cit.*, p. 112.

poderosos mas não-eleitos²⁸. Esse risco democrático tornou-se uma realidade com o caso da Cambridge Analytica.

Ademais, as plataformas digitais instrumentalizam a presença e a luta digital dos políticos e de candidatos a cargos eletivos, em seu ambiente virtual baseado na captura da atenção de uma quantidade cada vez maior de usuários.

A questão é permitir que o grande poder econômico atue não apenas manipulando o sistema, mas também opere para, deliberadamente, derrubar o sistema democrático, com uma busca frenética e aberta por destruir a Democracia²⁹. E os algoritmos das grandes plataformas digitais sociais foram devidamente adotados ou comprados, em estratégias pessoais de destruição dos alicerces da Democracia³⁰. Moore sintetiza uma parte dessa situação ao observar como determinado *site*, desconhecido, conseguiu elevar-se ao mais relevante de certa ala ideológica norte-americana, afinando-se com os algoritmos das plataformas digitais: criar estórias recentes, relevantes e regulares, conectadas tanto com a *web* como com a mídia tradicional³¹.

O fenômeno do risco democrático das novas tecnologias digitais foi sentido globalmente. Em diversos locais a Política e os partidos tradicionais foram atacados como sendo corruptos, desonestos ou ineficientes na gestão do Governo. Como observou Moore, esse tipo de racionalização poderia justificar alguma ação caso tudo fosse feito de maneira aberta e sujeita à *accountability*, “porém, eles estão fazendo isso de fora do sistema, sem nunca terem sido eleitos nem procurado aprovação democrática.”³².

28 Moore, 2019, p. 40.

29 Moore elenca diversos personagens, como o bilionário e libertário anarquista Robert Mercer e Andrew Breitbart. E afirma: “[...] a busca de Mercer pela disrupção política foi além da mídia digital, e incluiu outro investimento em 2013 que, embora complementar, os levou a um novo e desconhecido território. Este foi o investimento de \$5 milhões no que se tornaria, mais tarde, uma companhia globalmente conhecida, a Cambridge Analytica.” (Moore, 2019., p. 54-5).

30 Ainda que este ensaio verse sobre as plataformas digitais, é imprescindível acrescentar que os riscos também podem ser evidenciados pela tentativa de manipulação de dados pessoais pelo Estado com finalidades obscuras, como poderia ter ocorrido no caso da MP 954/20. Cf. Tavares, 2022a, p. 575 e ss.

31 Moore, 2019, p. 52. Como se pode observar, essa situação é criticada independentemente da sua coloração política, porque o problema está na manipulação e nos efeitos para a Democracia.

32 *Op. cit.*, p. 71.

Ao mesmo tempo, a liberdade de expressão e a mídia livre³³ sofreram o mesmo tipo de ataque.

A inação de diversos Estados, que ignoram a premência de medidas para proteger a Democracia em tempos digitais significa, na prática, a opção pelo reforço de poder dessas grandes plataformas digitais e dos seus “grandes usuários”. A postergação no enfrentamento direto desse assunto vai ampliando o nível de dificuldade para conseguir conter e corrigir os efeitos danosos já provocados.

Referências bibliográficas:

- Cummings Jr., Milton C., WISE, David. *Democracy under pressure*. An introduction to the American Political System. Belmont: Thomson, 2005.
- Davara Rodrigues, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- FALLETTA, Pietro. La Democrazia 2.0. In: FALLETTA, Pietro, MENSI, Maurizio. *Il Diritto del Web*. Milão: CEDAM/Wolters Kluwer, 2018.
- Galbraith, James K.. *The end of normal: the great crises and the future of growth*. New York: Simon & Schuster, 2014.
- Guibourg, Ricardo A.. *Sobre la técnica en el derecho*. In: *Informática jurídica decisória*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1993.
- MAYER-Schönberger, Viktor, RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of big data*. New York: Basic Books, 2018.
- MOORE, Martin. *Democracy hacked*. How technology is destabilishing global politics. London: One World, 2019.
- MOROZOV, Evgeny. *Capitalismo big tech. Welfare o neofeudalismo digital?* Madrid: Enclave de libros, 2017.
- MOUNK, Yascha. *The People vs. Democracy*. Why our freedom is danger & how to save it. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2018.
- SCHWAB, Klaus. *Shaping the future of the fourth industrial revolution*. With Nicholas Davis. New York: Currency, 2018.
- SRNICEK, Nick. *Platform capitalism*. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity Press, 2016.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022a. 1280p.

33 Paradoxalmente, parte da mídia tradicional ainda não compreendeu o alcance dessa ameaça e tem promovido um ataque a medidas (episódicas) de contenção do cenário digital de risco, como se essas medidas pudessem ser um prenúncio de ataque do Estado à verdadeira liberdade de expressão exercida por essas empresas.

- _____. Telefonia: limite de dados na franquia do contrato. In: Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto (Org.). *Supremo 4.0: Constituição e tecnologia em pauta*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022b, pp. 253-272.
- _____. Um amanhecer disruptivo. In: Tavares, André Ramos. *Vestígios do Futuro: 100 anos de Isaac Asimov*. São Paulo: Etheria, 2020a.
- _____. A regulação na era digital: pressupostos e divergência no Brasil. In: Reynaldo Soares da Fonseca; Daniel Castro Gomes da Costa. (Org.). *Direito regulatório: perspectivas e desafios para a Administração Pública*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020b, v., pp. 401-419.
- _____. Aula Inaugural: “Direito 4.0? A funcionalidade jurídica na nova economia”, XXI SEREC – Semana de Recepção de Calouros da Universidade de São Paulo, em 15.02.2019a.
- _____. *APP’s e plataformas on-line na intermediação econômica no Brasil*. In: Revista de Direito Constitucional e Econômico, Vol. 1, Número 1, Goiânia, Unialfa, 2019b, p. 13-44.
- ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: PublicAffairs, 2018.

Outras fontes de consulta

- TAVARES, André Ramos. Justiça eleitoral estuda suspender Telegram no Brasil por não atender à legislação, entrevista concedida para o *Jornal da USP*, 02 fev. 2022c. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/justica-eleitoral-estuda-suspender-telegram-no-brasil-por-nao-atender-a-legislacao/>.
- TSE. Eleições 2022: TSE e TikTok firmam parceria para combate à desinformação, 15 fev. 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2022/Fevereiro/eleicoes-2022-tse-e-tiktok-firmam-parceria-para-combate-a-desinformacao>.

LA VACANCIA PRESIDENCIAL. PROBLEMÁTICA JURÍDICA-POLÍTICA

Carlos Hakansson*

Sumario: I. A río revuelto ganancia de pescadores; II. Los antecedentes y planteamiento del tema; III. Los tipos de vacancia presidencial previstos en la Constitución; IV. La desnaturalización de la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente; V. El procedimiento de vacancia por incapacidad moral; VI. La vacancia presidencial. Consideraciones finales.

I. A río revuelto, ganancia de pescadores

A fines del siglo XX, la desilusión ciudadana con la clase política tradicional puso la mirada en los candidatos reconocidos como *outsiders* por los especialistas en ciencia política¹; personas presuntamente no “contaminadas” por provenir de un ambiente lejano del *statuo quo*, con la finalidad de buscar un cambio por fuera del sistema. De hecho, las campañas políticas sustituyeron la palabra “esperanza”, propia de una etapa post regímenes de facto, por “el cambio” para promocionar nuevos estilos de gobierno. En ese sentido, nuestros antecedentes políticos no

* Doctor en Derecho (Universidad de Navarra), Profesor de Derecho Constitucional e Integración (Universidad de Piura), Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea).

1 MAINWARING, Scott: “Presidencialismo, Multipartidismo y Democracia: la difícil combinación” en *Revista de Estudios Políticos*, N° 88, 1995, p. 125.

han levantado las banderas de libertad e igualdad para alcanzar el poder, cuando se agitaron banderas en su nombre tampoco tuvieron éxito en las urnas sino más bien destacaron otras: “fe, honradez, trabajo” (1990), “más trabajo” (2001), “la gran transformación” (2011), “lucha contra la corrupción” (2018), hasta la última: “no más pobres en un país rico” (2021). A todas ellas, habría que añadir la frase “dime de qué presumes y diré lo que careces”, la cual debe tenerse presente tras las consecuencias de tan “auspiciosas” formas para acceder al poder.

Todo lo anterior nos conduce a la coyuntura política surgida de julio de 2016 a la fecha. Las acusaciones de corrupción a los expresidentes dieron lugar a una respuesta tan proporcional como peligrosa tras el escándalo internacional producto del caso Lava Jato: la vacancia presidencial. Una institución extrema que, entre sus causales, posee una de contenido abierto para su interpretación política y aplicación por los congresistas: la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente, que ha ingresado al juego político. Por eso, nos ocuparemos de señalar cuáles son los pilares en los que reposa esta institución. Una advertencia a tener en cuenta, es que la vacancia presidencial no consiste en alcanzar un número de votos, sino a una decisión política basada en la experiencia, madurez y realismo, pues, se corre el riesgo de “a río revuelto, ganancia de pescadores”. La instrumentalización de la vacancia presidencial resulta un ejercicio riesgoso para la institucionalidad, dada su probabilidad de quedar instaurada en la dinámica ordinaria entre gobierno y oposición, cuando su naturaleza es excepcional y traumática para países con déficit de tradición democrática.

II. Los antecedentes y planteamiento del tema

En la Constitución peruana, las relaciones ejecutivo-legislativo se distinguen en intensidades de tres grados. El primero es de tipo cooperativo, el Congreso legisla y el presidente de la República promulga la ley²; así como el ejecutivo ratifica un tratado luego de ser aprobado por el Congreso³. Las relaciones de segundo grado son de pura gimnasia parlamentaria, pues, el Congreso puede citar a los ministros de Estado, ya sea para invitarlos a sus sesiones, iniciar una estación de preguntas (*question time*) o, en casos más sensibles, interpelarlos desde el hemiciclo, son las relaciones surgidas

2 Véase el artículo 108 de la Constitución peruana.

3 Véase el artículo 55 de la Constitución peruana.

producto del balance entre poderes⁴. Las relaciones de tercer grado son terminales, porque ponen fin a un ministro individual o gabinete a través de la exigencia de la responsabilidad política, ya sea con la moción de censura o el rechazo de una cuestión de confianza⁵. Se trata de poner fin a un ciclo ministerial o a todo un Consejo de Ministros; de hecho, la Constitución reconoce a esta coyuntura como la “crisis total del gabinete”⁶; en cambio, la presencia de la vacancia presidencial por incapacidad moral es fruto de una circunstancia excepcional, producto de la indignación ciudadana a través de su representación política y contra el jefe de Estado. Es una institución que se encuentra fuera de la relación natural entre las funciones del poder, con sus momentos de crispación, intensidad del control y exigencia de responsabilidad política. La vacancia presidencial responde a circunstancias excepcionales que oscilan desde la incapacidad física, o muerte del jefe de Estado, hasta su destitución tras incurrir en las causales que permitan su acusación constitucional⁷.

A) Un repaso a sus antecedentes históricos

Las tensiones políticas y momentos de crispación han sido recurrentes en nuestra historia republicana. A la sucesión de textos constitucionales de tendencia liberal y conservadora durante el siglo XIX, concretamente, el periodo histórico que abarca entre las constituciones de 1823 hasta 1860, se atravesó por breves periodos democráticos hasta la Constitución de 1993 que ha mantenido más de tres mandatos consecutivos. En la historia republicana destacamos tres casos de presidentes que fueron “exonerados” y vacados en el ejercicio de sus funciones. El primero fue José de la Riva-Agüero, que fuera depuesto de su cargo por el Congreso durante la primera parte de la época fundacional de la República. La razón de su dimisión se produjo cuando el Congreso nombró como autoridades supremas del poder militar a dos venezolanos, José de Sucre y Simón Bolívar; de esta forma, al tratarse de una atribución presidencial ejercida irregularmente

4 Véase el artículo 131 de la Constitución peruana.

5 Véase el artículo 132 de la Constitución peruana.

6 Véase el artículo 133 de la Constitución peruana.

7 Véase el artículo 107 de la Constitución peruana que establece, entre las causales para poder acusar al jefe de Estado: traición a la patria, impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales, municipales, disolver irregularmente el Congreso, hasta impedir el funcionamiento de los órganos que conforman el sistema electoral.

por la representación parlamentaria, el jefe de Estado decidió renunciar con una carta dirigida al Congreso⁸. Un episodio republicano interpretado como golpe de Estado.

El Congreso depuso por segunda vez a un presidente de la República en 1914. Se trató de Guillermo Billinghurst que, desde el inicio de su gobierno, fue presionado por los grupos parlamentarios de oposición, entre ellos los representantes del entonces Partido Liberal, que se oponían a un conjunto de reformas que deseaba impulsar⁹. El 4 de febrero de ese año de 1914 se produjo un nuevo golpe institucional y el presidente de la República se vio obligado a firmar su dimisión. Guillermo Billinghurst fue llevado a Chorrillos, donde se le embarcó hacia el sur y fue obligado a salir del país residiendo por un tiempo en Arica, redactando un manifiesto que intentó explicar las reformas que emprendió realizar y que le costaron el mandato presidencial¹⁰. A inicios del siglo XX, la renuncia del presidente Alberto Fujimori presentada fuera del país por fax, no fue aceptada por el Congreso que aprobó su vacancia presidencial por mayoría absoluta¹¹. En

8 Si bien se trató de una renuncia, en la práctica se produjo un ejercicio de vacancia presidencial producto de las arbitrarias medidas del Congreso respecto a la corriente libertadora del norte. Como explica Basadre, el "(...) Presidente de la República había sido privado de un atributo propio del Poder Ejecutivo, al crearse el supremo poder militar; y el juramento prestado por los diputados al instalarse el Congreso y al sancionarse las bases de la Constitución quedaba violado, puesto que dicho poder había sido entregado a un general extranjero"; el historiador agrega que "[e]l diputado Ignacio Ortiz de Zevallos presentó una moción declarando que Riva-Agüero había cesado en el ejercicio de sus funciones. Tan grave acuerdo llegó a ser adoptado con la limitación propuesta por Nicolás de Aranivar de que el cese fuera 'en los puntos que sirven de teatro a la guerra'. Pero al día siguiente, Riva-Agüero fue exonerado del mando, en vista de que, según entonces se dijo, había manifestado verbalmente 'que estaba llano a dimitir'"; cfr. BASADRE GROHMANN, Jorge: *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, Tomo N°1, Editora El Comercio, Lima, 2005, pp. 65-66.

9 El presidente de la República, Guillermo Enrique Billinghurst Angulo, gobernó el Estado peruano entre los años 1912 y 1914.

10 Véase, GARCÍA CHAVARRI, Abraham: "La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano", en *Revista Pensamiento Constitucional*, N° 18, 2013, p. 390.

11 La decisión del pleno se basó en el hecho de no retorno al país en medio de denuncias por actos de corrupción (19 de noviembre de 2000). El Congreso tramitó y decidió la vacancia presidencial en sólo tres días, pues no existía un reglamento que regulara su ejercicio y fue votada por mayoría absoluta. La nueva mayoría calificada de 87 votos se estableció a raíz de una sentencia del Tribunal Constitucional, que dio lugar a una posterior modificación del reglamento parlamentario; véase HIDALGO, Martín:

los años que corren, la crispación sostenida durante los últimos seis años (2016-2022) produjo un cuarto grado de relación entre ambos poderes. La presión a Pedro Pablo Kuczynski durante la tramitación de un segundo proceso de vacancia, trajo consigo su dimisión (2018) por acusaciones de corrupción¹². La trasmisión de mando a la vicepresidencia, en vez de atenuar agudizó la crispación política hasta decretar una irregular disolución parlamentaria (2019) y¹³, meses después, tras aprobarse sorpresivamente el segundo proceso de vacancia contra Martin Vizcarra Cornejo¹⁴, sucesor presidencial de Kuczynski (2020)¹⁵.

B) La posición jurídico-política de la vacancia presidencial

Como consecuencia de los episodios históricos mencionados, podemos observar que las normas constitucionales relativas a la forma de gobierno

Congresopedia. Veinte años de un sistema parlamentario fallido, Planeta, Lima, 2021, pp. 81-82.

- 12 El primer procedimiento de vacancia surge producto del detonante informe de la Comisión Lava Jato sobre hechos que comprometieron a empresas personales del entonces presidente de la República, las cuales recibieron sendos pagos de la empresa constructora Odebrecht, que no fue aprobada por un polémico desistimiento de parlamentarios de oposición. El segundo intento de vacancia versó sobre falsas declaraciones del presidente sobre la vinculación de sus empresas con la multinacional brasileña; véase HIDALGO: *Congresopedia...*, p. 82.
- 13 Con la negación de la cuestión de confianza al Gabinete Zavala (Fernando), al Congreso no le quedaban más opciones para exigir la responsabilidad política al Consejo de Ministros sin cumplir con las condiciones que habilitan la expedición de un decreto de disolución parlamentaria (véase artículo 134 de la Constitución). La segunda vez que se presentó una cuestión de confianza fue a cargo del gabinete presidido por Salvador del Solar, contra el proceso de elección de los miembros del Tribunal Constitucional (30 de septiembre de 2019) que, tras su continuidad por el pleno, el presidente de la República interpretó una denegatoria fáctica de la cuestión de confianza, cumpliendo las condiciones (según su criterio) y disolver el Congreso de la República; véase el respecto, AA. VV: *30-S. Anatomía de una disolución. ¿Quiénes ganaron y perdieron con el cierre del Congreso?*, Página Once, Lima, 2019, pp. 83-111.
- 14 El primer procedimiento de vacancia se motiva producto de los audios revelados sobre coordinaciones del presidente de la República para obstruir la justicia en temas que era investigado; la segunda y definitiva oportunidad se produjo por los presuntos pagos recibidos durante su pasada gestión como Gobernador de la Región Moquegua; véase HIDALGO: *Congresopedia...*, p. 82.
- 15 La demanda competencial resuelta por el Tribunal Constitucional contra la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, fue declarada improcedente por sustracción de la materia; véase, Exp. N°. 00002-2020-CC/TC.

se enriquecen con el transcurso del tiempo; así como las disposiciones de naturaleza dogmática lo hacen a través de la jurisprudencia¹⁶; sin embargo, la parte orgánica, además de la vía judicial, también lo hace a través de los pasajes históricos surgidos por las relaciones ejecutivo-legislativo que producen antecedentes, usos y costumbres que orientan su correcta aplicación en casos concretos¹⁷. En ese sentido, en comunidades políticas sin tradición constitucional, con muchos textos constitucionales en su historia, el trabajo de las asambleas constituyentes recoge la experiencia inmediata, corrigiendo, retirando disposiciones o añadiendo otras. En el Estado peruano, por ejemplo, esta evolución se evidencia cuando observamos una progresiva incorporación de instituciones parlamentaristas en un inicial modelo presidencialista; en efecto, en resumen se trató de un proceso iniciado con el refrendo ministerial, pero más intenso a partir de introducir el Consejo de Ministros, pues, a partir de ello las interpelaciones, pasando por las instituciones de exigencia de responsabilidad política, hasta la disolución del Congreso, por citar tres ejemplos, terminaron de incorporar el resto de instituciones parlamentaristas.

El trabajo de las asambleas constituyentes, autoras de las Cartas de 1856 y 1860, consistió en dotar a las constituciones de lo mínimo indispensable para que su forma de gobierno pueda operar con eficacia¹⁸. Un equilibrio entre los rasgos liberales y conservadores que continuó con la Constitución de 1920, 1933, 1979 y finalmente con la Carta de 1993 con la

16 La revisión judicial de la constitucionalidad de las normas, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos humanos, así como la observancia a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, entre otros, surgieron gracias al derecho jurisprudencial.

17 La aparición de la institución del primer ministro y su investidura fueron dos instituciones que nacieron fruto de sendos episodios históricos del derecho constitucional inglés, el primero producto de la ausencia de los primeros monarcas de la casa Hannover, que no eran de origen anglosajón, y la segunda ante la necesidad de Robert Walpole de contar con la aprobación de Westminster para llevar las riendas del gobierno; véase PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *En defensa de la Constitución*, Palestra Editores, Universidad de Piura, colección jurídica, Lima, 2011, p. 295; véase además, HAKANSSON, Carlos: *El neopresidencialismo. La forma de gobierno de la Constitución peruana*, segunda edición, Yachay Legal, Lima, 2020, p. 46.

18 Véase, DUMET DELFÍN, David: "Rasgos conservadores y liberales de la Carta Política de 1860 (A la luz de los debates del Congreso Constituyente)", en *Antekirtta. Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura*, Año 1. N° 1, 1999, p. 201.

exigencia al ejecutivo para solicitar cuestión de confianza al Congreso. Por otra parte, si el mínimo constitucional en un inicial proceso de codificación es proveerla de un catálogo de derechos, así como la concreción del principio de separación de poderes para la operatividad de una forma de gobierno, no debe faltar un procedimiento de enmienda constitucional, así como las disposiciones que garanticen la continuidad democrática para evitar los vacíos temporales, o permanentes, del ejercicio del poder; entre estos últimos, nos encontramos con las causales de vacancia y suspensión del ejercicio de la Presidencia de la República.

Si bien el Congreso ha declarado la vacancia presidencial en distintos momentos de su historia republicana, su aplicación se ha producido sin mayor desarrollo teórico para la comprensión de sus presupuestos y debida aplicación en tiempos del Estado Constitucional de Derecho. Por eso, es conveniente conocer los casos de suspensión y vacancia de la institución presidencial, así como la observancia del debido proceso a seguir en la sede parlamentaria.

III. Los tipos de vacancia presidencial previstos en la Constitución

La Constitución de 1993 establece las causales de vacancia y suspensión del ejercicio de la presidencia que podemos resumir en naturales, políticas y jurídicas¹⁹, pero no ha reglamentado y detallado los casos en que procede la incapacidad parcial o total del jefe de Estado, lo cual se presta a la falta de acuerdo sobre el contenido de cada una siendo la muerte, por obvias razones, el único caso sin discusión académica.

Las causales de vacancia por incapacidad física o moral permanente y la disolución parlamentaria son instituciones extremas que se han introducido en las relaciones ejecutivo-legislativo, cuando poseen una naturaleza disuasoria para contener a las fuerzas políticas. Es un binomio surgido con el decreto de primera disolución congresal en 2019 y la

19 En ese sentido, sobre la aplicación de las disposiciones de vacancia de la presidencia, Mainwaring nos dice que “los presidentes han dimitido cuando han perdido buena parte de su apoyo en el legislativo, pero la dimisión es un acto personal del presidente, de modo que es un medio no institucionalizado de tratar una crisis. Más aún, cuando un presidente dimite, a menudo acrecienta una crisis porque al vicepresidente generalmente le falta la legitimidad transferida al presidente”; cfr. MAINWARING, Scott: “Presidencialismo, multipartidismo y Democracia: la difícil combinación” en *Revista de Estudios Políticos*, N° 88, 1995, p. 124.

vacancia presidencial a fines de 2020. Ambas se reducen al juego de “o te marchas tú o nos vamos nosotros”, por eso, consideramos que tienen una finalidad más disuasiva o amenazante para atenuar la crispación política, que una alternativa o posibilidad de solución. Se trata de armas que ambos poderes saben que permanecen ocultas, por eso no debe presionarse al límite e invita a reconsiderar posiciones que parecen inconciliables. Es el momento cuando la política interviene para moderar posturas y retomar el camino más dialogante en favor del bien común.

La segunda década del siglo XX inicia con este nuevo instalado y peligroso cuarto grado de relación ejecutivo-legislativo, más parecido a un *spagueti western*, o “duelo de vaqueros caminado de espaldas y en sentido contrario”²⁰, frente a unos ciudadanos expectantes para saber quién disparará primero. Por eso, sea cual sea el resultado, es necesario regresar ambas posibilidades a su caja de pandora, ya sea aumentando a tres gabinetes censurados, o con la confianza rechazada para poder disolver el Congreso, así como añadir la imposibilidad de vacar por incapacidad moral permanente el último año de mandato presidencial; como tampoco resulta conveniente disolver el Congreso restando doce meses para la sucesión presidencial. A continuación, repasemos las causales a la luz de la historia y el derecho comparado.

A) Las causas de orden natural

La doctrina considera entre los primeros, fuera del caso de muerte, podría comprenderse un deteriorado estado de salud que le impidiera de ejercer con normalidad sus deberes como jefe de Estado y gobierno²¹. La experiencia histórica excluye los casos de parálisis de la actividad locomotora como, por ejemplo, fue el caso del Franklin D. Roosevelt. En resumen, de lo que se trata es que el titular del ejecutivo mantenga la lucidez y salud corporal necesaria para conducir la representación estatal y la política general de gobierno. Un jefe de Estado inestable emocionalmente en la toma de decisiones, que desvaría y contradice, cuando no se trata de deficiencias

20 La producción italiana sobre las historias de vaqueros, conocidas como *spaghetti western*, destacaron por sus primeros planos, a la vez de rasgos de suciedad con unos personajes amorales y rudos, sin el romanticismo y caballeridad propio del western estadounidense, que respondía a una visión cultural diferente.

21 Véase PAREJA PAZ-SOLDÁN, José: *Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979*, Justo y Valenzuela, Lima, 1984, p. 222.

de comunicación sino preocupación sobre el contenido de lo comunicado por incoherencia, insensato y peligro de contraproducente a los intereses nacionales. Un conjunto de condiciones personales que también se prestan a la discusión política, a la necesidad de la oposición de contar o no con mayoría parlamentaria para iniciar un procedimiento de vacancia, la exigencia de conocer un diagnóstico médico por interés público²², sumado a la posición y eventual movilización de los ciudadanos que deberá interpretar el jefe de Estado para continuar o decidirse a dimitir tras reconocer su falta de salud para ejercer el cargo²³.

B) Las causas de orden jurídico

Se pueden distinguir dos casos cumplida las reglas establecidas en la Constitución. La primera, cuando el presidente sale del país sin autorización del Congreso o no retorna en el plazo previsto. La segunda, cuando es destituido por los casos de traición a la patria, por impedir las elecciones ya sea a los órganos ejecutivo, legislativo, a los gobiernos locales o regionales, o por disolver el legislativo salvo que éste haya censurado previamente a dos gabinetes, o por impedir la reunión o funcionamiento del Congreso o del poder electoral; mientras dure el procedimiento de acusación se suspende el ejercicio de la presidencia siendo reemplazado su titular por el primer vicepresidente. En la práctica, la aplicación de estas normas demanda, a su vez la identificación y compromiso de las fuerzas armadas y policías con los ideales democráticos será determinante para poner en práctica esta disposición una vez perdida la legitimidad, o justo título para el mando del jefe de Estado en ejercicio²⁴.

22 Como sostiene Borea Odría, "(...) en este caso deberá existir un dictamen previo emitido por los médicos que acrediten la existencia de la enfermedad y su carácter de incurable. Caso contrario, se produciría la suspensión en el ejercicio del cargo en tanto duren los efectos del mal"; cfr. BOREA ODRÍA, Alberto: *Manual de la Constitución. Para qué sirve y cómo defenderte*, Imprenta Editorial El Búho, Lima, 2016, p. 755.

23 Sobre la renuncia, Borea Odría nos dice que se trata "(...) de una causal voluntaria, aun cuando haya sido empujado por situaciones políticas, la determinación la toma él y es él que pone en movimiento la figura"; BOREA ODRÍA: *Manual de la Constitución. Para qué sirve y cómo defenderte...*, p. 758.

24 Véase, HAKANSSON: *El neopresidencialismo. La forma de gobierno de la Constitución peruana...*, p. 330.

C) Las causas de naturaleza política

Se produce cuando el Presidente presente su renuncia al cargo y el Congreso acepte su dimisión; es decir, no es suficiente que el jefe de Estado formule su renuncia para afirmar una posición política, pues dichas manifestaciones de la voluntad no tienen efectos jurídicos si el Congreso no respalda su decisión; no obstante, ni en la Constitución, ni en el reglamento parlamentario, y tampoco en la ley de ejecutivo encontramos una disposición procedimental que reglamente la renuncia del jefe de Estado. En todo caso, pensamos que el pleno deberá aprobar el pedido de renuncia por mayoría absoluta para que surta efecto jurídico, otra causal es su permanente incapacidad moral declarada por el Congreso, en la que también juega un papel determinante el peso de la oposición política en el Congreso y la opinión pública. A continuación, nos detendremos en esta causal de vacancia²⁵.

IV. La vacancia presidencial por incapacidad moral permanente

La causal de vacancia por incapacidad física y moral permanente ha producido diversas interpretaciones en medio de la crisis política, durante la breve presidencia de Martín Vizcarra Cornejo. Un sector de la academia considera que el concepto de incapacidad “moral” sólo alude a una afectación de carácter “mental”, dolencia que impide el normal ejercicio del cargo, pero sin reparar que dentro de la incapacidad física subyace la salud cognitiva del jefe de Estado; en cambio, el concepto de moral se refiere a las costumbres y buenas normas de conducta para juzgar el comportamiento de las personas, con mayor razón tratándose del perfil para el ejercicio de la presidencia de la República.

A) ¿Cuándo se incorpora la causal de vacancia por incapacidad moral?

La causal de vacancia por “incapacidad moral” fue recogida en la Constitución peruana de 1839, luego la breve Confederación peruano-boliviana y en sustitución de la Carta de 1834. Un fallido proceso de integración con el Alto Perú que culminó con la presidencia del General boliviano Andrés de Santa Cruz²⁶, la cual fue saboteada al poco tiempo por una crisis polí-

25 Véase, HAKANSSON: *El neopresidencialismo...*, pp. 328-331.

26 Basadre recuerda que Santa Cruz no era considerado extranjero en el Perú, fue “(...) fundador de la Independencia, combatiente en las batallas de Pichincha, Zepita, y Junín, había mandado largo tiempo ejércitos peruanos; y en el escalafón del Perú tenía

tica entre diferentes actores, nacionales y extranjeros, que culminó con una guerra exterior liderada por Chile. El presidente Agustín Gamarra convocó a un Congreso General reunido en el Sierra central (Huancayo), a causa de la ocupación de tropas chilenas en la capital. Luego se dejó sin efecto la Constitución de 1834, sosteniendo que no tenía una respuesta ante los actos de traición del entonces jefe de Estado (Luis José Orbegoso), por el modo de sostener la independencia del país frente a las amenazas foráneas y aludiendo los hechos políticos anteriores al establecimiento de la Confederación peruano-boliviana²⁷. Un conjunto de hechos que, probablemente, para tiempos recios, llevó a los constituyentes de la época a incorporar una causal de naturaleza subjetiva que permita vacar la presidencia con una mayoría parlamentaria opositora: la incapacidad moral permanente²⁸.

B) ¿Cómo se configura la incapacidad moral permanente desde la política?

Es previsible que durante el ejercicio de la presidencia de la República se comentan errores, ya sea en la política económica, la seguridad ciudadana, incluso en el nombramiento de algún ministro o alto funcionario público, todos son ejemplos conocidos y recurrentes, cuya repercusión produce el debilitamiento del capital político para el resto del mandato presidencial; empero, cuando se trata de graves inconductas que conllevan la indignidad en el ejercicio del cargo, cuando se pone en cuestionamiento el ejercicio de tres atribuciones presidenciales que sustentan todas las demás: personificar la razón, dirigir las relaciones internacionales y administrar la hacienda pública.

el máximo grado, el de gran mariscal. Algo más: había sido presidente provisional del Perú en 1826 en ausencia de Bolívar, y en 1827 después de la caída del régimen vitalicio, y ese mismo año había sido también candidato a la Presidencia del Perú"; BASADRE GROHMANN, Jorge: *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, Tomo N°2, Editora El Comercio, Lima, 2005, p. 99.

27 Luis José Orbegoso permitió la invasión de las tropas bolivianas, a cargo de Andrés de Santa Cruz, las cuales desataron la guerra por el establecimiento de la Confederación Perú-Boliviana; al respecto, Basadre sostiene que Santa Cruz escogió como aliado a Orbegoso en vez de Agustín Gamarra que era su rival; véase BASADRE GROHMANN: *Historia de la República del Perú (1822-1933)*..., p. 101.

28 El presidente Santiago de Salaverry se rebeló contra el presidente Orbegoso (1835), sucediéndolo de facto en el ejercicio poder. Durante su periodo de dictadura gestionó una alianza comercial con Chile eliminando la contribución de castas hasta que fuera depuesto y apresado por el General Andrés de Santa Cruz y fuera fusilado.

Si como hemos explicado, las causales de vacancia se pueden clasificar de tres tipos: natural, política y jurídica. Las causales de orden natural son las menos polémicas. La muerte pone fin a la persona que ejerce el mandato presidencial, también por grave enfermedad que impida su ejercicio. La causal de orden político es la grave inconducta funcional que lo descalifica moralmente para personificar a la nación y dirigir las relaciones internacionales, entre otras competencias. La presidencia también vaca cuando voluntariamente decide poner fin a la presidencia mediante su renuncia formal aprobada por el Congreso. Finalmente, se añade la vacancia como una consecuencia jurídica tras el vacío de poder por su ausencia injustificada del territorio nacional, como también la consecuencia de una destitución producto de algunas de las causales del artículo 117 de la Constitución peruana²⁹. De todas ellas, la declaración de incapacidad moral presidencial tiene más peso político, pues, la disolución parlamentaria recogida en nuestra Constitución es condicionada por presupuestos expresamente establecidos³⁰.

1. El jefe de Estado personifica a la nación

Si el jefe de Estado personifica a la nación debe transparentar sus actos públicos y atender las interrogantes de la prensa libre sobre cualquier acción u omisión que cometa en ejercicio de sus funciones³¹. Si tiene encomendada la dirección de las relaciones internacionales es para mejorar la posición geopolítica y comercial del país en el mundo³², no para obedecer dictados de gobiernos extranjeros y poner en debate la integridad de nuestro territorio. El deber de administrar la hacienda pública tampoco le permite

29 “(...) el tema no es un freno para que una comisión parlamentaria puede investigar políticamente los hechos que incriminen al presidente con algún acto ilícito, tampoco que se realicen, a nivel del Ministerio Público investigaciones de carácter preliminar (...)”; Cfr., GUTIÉRREZ TICSE, Gustavo: Comentarios a la Constitución política del Perú, Grijley, Lima, 2021, p.737.

30 Para poder decretar la disolución parlamentaria deben cumplirse una serie de presupuestos para que el presidente de la República decida, o no, cesar el mandato congresal y convocar inmediatamente a elecciones complementarias de representantes. La Constitución dispone que la censura o rechazo de la cuestión de confianza a dos gabinetes permiten la disolución, salvo durante el último año del mandato presidencial, véase el artículo 134 de la Constitución de 1993.

31 Véase el artículo 110 de la Constitución.

32 Véase el inciso 11, artículo 118 de la Constitución.

un trato preferente, fuera de la ley y a favor de grupos de presión, como tampoco colocar en la administración a personas no idóneas para asumir altos cargos públicos³³.

La causal incapacidad moral permanente puede surgir inmediatamente si el presidente es descubierto en flagrancia delictiva, pero también cuando su perfil se va configurando a través de una suma de actos irregulares no esclarecidos en el tiempo. Se trata de una figura de naturaleza política, por eso solo podrá ser aprobada por mayoría calificada de ochenta y siete votos parlamentarios. Pero la preocupación no sólo debe estar en si los representantes de oposición alcanzarán ese número, sino también ponderar la realidad del país para recomponer su precaria democracia tras aplicarse, en especial si carecemos de sólidos cimientos institucionales para afrontar sus consecuencias.

2. La vacancia comparada con otras instituciones constitucionales

Para su comprensión, la vacancia se ha comparado con otras instituciones constitucionales como las conductas que, sin que resulten supuestas responsabilidades jurídico-penales, (antejuicio político), ni infracciones a la constitución de carácter político y pasibles de *impeachment* (juicio político)³⁴, hieran profundamente la dignidad presidencial, a tal punto, que su titular no pueda mantener el ejercicio del mandato. La debida justificación para el establecimiento de una causal de vacancia fundamentada en un estado de incapacidad moral permanente, pasa por comprender que la presidencia de la República es, ante todo, un liderazgo moral (*moral leadership*) para el ejercicio del más alto cargo administrativo de la función pública³⁵. El contenido del liderazgo moral de la primera magistratura del país comprende las virtudes de bondad, honradez y sinceridad, las cuales son el sustento y base para su energía, sagacidad y competencia en el ejercicio del cargo. Por tanto, no extraña la dimisión del expresidente Richard Nixon luego de ser imputado por perjurio, obstrucción de la justicia y abuso de poder que produjo la indignidad para no continuar permaneciendo en el cargo.

33 Véase el inciso 3, artículo 118 de la Constitución.

34 Véase, GARCÍA, Abraham: "La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano" en *Pensamiento Constitucional*, N° 18, 2013, p. 402.

35 Véase, PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Invitación al estudio de la Constitución de los Estados Unidos*, Tórculo Ediciones, Santiago de Compostela, 1998, p. 60.

3. El contenido de la causal por incapacidad moral permanente

La causal de vacancia establecida por la Constitución y denominada “incapacidad moral permanente”, no significa una falta de discernimiento del titular del ejecutivo, pues, en ese caso, nos encontraríamos ante una situación de deficiencia mental clínicamente declarada por médicos especialistas en neurología. La causal por incapacidad moral permanente surge como producto de una grave conducta que termina por neutralizar, o destruir, las bases sobre las cuales se construye la confianza pública al jefe de Estado otorgada luego de proceso electoral democrático³⁶. Por eso, es correcto pensar que son los hechos los que determinan la prueba de la incapacidad moral, no solamente un ofrecimiento de disculpas públicas que intente manifestar su discernimiento moral, de lo que está bien y mal, pues, en la práctica podría disculparse en vano. Lo importante en estos casos son los hechos ocurridos e indicios para determinar dicho estado de incapacidad moral por parte del presidente de la República.

La sistemática falta a la verdad ofrecida en declaraciones en los medios de comunicación, escritas y firmadas afectan gravemente la legitimidad, ese justo título para ejercer el mando del gobierno. Si a la presidencia de la República se le confían atribuciones que comprometen a la nación, dirigir la hacienda pública y dirigir las relaciones internacionales, la comisión de hechos irregulares producen su indignidad para la continuidad en el ejercicio del cargo. En ese sentido, si no se produce la presentación de su renuncia aceptada por el Congreso, corresponderá a la representación política iniciar un procedimiento de vacancia que lo presione a dimitir.

4. Los indicios que delatan la conducta presidencial

Si bien al jefe de Estado se le confieren muchas atribuciones también está sujeto a controles objetivos y subjetivos. El primero es el refrendo ministerial que declara nulo todo acto presidencial sin firmar por un ministro, con la finalidad de preservar su irresponsabilidad política³⁷; el segundo

36 De acuerdo con Borea Odría, “(...) la incapacidad moral permanente se presenta, naturalmente, una situación bastante más equívoca puesto que el concepto ‘moral’ es indeterminado aun cuando hay límites que una sociedad no puede soportar en el comportamiento de las personas, especialmente cuando ejercen un cargo público importante”; cfr. BOREA ODRÍA: *Manual de la Constitución. Para qué sirve y cómo defenderte...*, p. 755.

37 Véase el artículo 120 de la Constitución.

guarda relación con los actos personales que le exigen una conducta y cuidado, especialmente con quién habla, qué dice, cuándo y quién lo acompaña, cómo y dónde lo hace; es decir, tener presente que a pesar de sus importantes atribuciones como jefe de Estado debe cumplir actos debidos, transparentes y firmes porque personifica a la nación.

El presidente de la República es el supremo jefe de nuestras fuerzas armadas y policiales³⁸, por eso puede disponer del ejército y la policía durante los regímenes de excepción³⁹, hasta declarar la guerra y firmar la paz con la autorización del Congreso⁴⁰. Por tanto, si al presidente de la República le corresponde cumplir y hacer cumplir la Constitución, como cabeza del sistema de defensa nacional debe respetar la propuesta que las Fuerzas Armadas y los generales de la Policía Nacional le hacen sobre los ascensos que corresponden⁴¹. La gravedad que conlleva la inconducta presidencial para imponer su parecer, por encima del orden meritocrático, es una infracción constitucional que no se traslada a sus ministros sino responde a una personal incapacidad moral para ejercer el cargo, en vez de cumplir con el deber institucional que corresponde por su alta magistratura⁴².

La aprobación o desaprobación pública a la gestión del presidente como jefe de estado y gobierno puede condicionar, en parte, la aprobación de su vacancia, incluso si se tratara de un caso de aparente incapacidad moral permanente; por ejemplo, a fines del siglo XX, el caso del expresidente estadounidense Bill Clinton surgido con Mónica Levitsky, becaria de la Casa Blanca, admitió una relación impropia en el recinto del Salón Oval, que dio lugar a la votación de una acusación constitucional (*impeachment*) en el Congreso, incluyendo los votos a favor de miembros de su mismo partido⁴³. La oposición republicana no alcanzó la mayoría exigida

38 Véase el artículo 167 de la Constitución.

39 Véase el artículo 137 de la Constitución.

40 Véase el inciso 16, artículo 118 de la Constitución.

41 Véase el artículo 172 de la Constitución.

42 Es un caso similar a la renuncia de Christian Wulff, jefe de Estado alemán, por un claro conflicto de intereses (2012); véase, <https://www.dw.com/es/christian-wulff-pido-perd%C3%B3n/a-15621903>

43 “En febrero de 1999 hubo un *impeachment* contra Clinton, acusado de mantener relaciones sexuales con una becaria de la Casa Blanca, perjurio y obstrucción a la justicia, pero salió indemne porque no se alcanzó la mayoría precisa en el Senado; ni

para vacarlo, entre otras razones, a la aprobación ciudadana por el buen momento de crecimiento económico que atravesaba la nación, pero a la vez conscientes que la institución presidencial quedó herida. Es importante señalar el inevitable sesgo político de esta causal que, en la práctica, las razones de peso para una vacancia podrían ser relativizadas si se alcanzarán los votos necesarios en una contienda entre los operadores políticos del Congreso. La necesidad de preservar la estabilidad y gobernabilidad, un complot político, hasta acusar un intento de sedición, serán los argumentos que buscarán disuadir la decisión parlamentaria en atención a la opinión pública.

En el Estado peruano, los hechos vividos durante los ocho primeros meses del gobierno iniciado el pasado 28 de julio de 2021, nos brinda claridad sobre la continuidad del presidente de la República: el despacho presidencial paralelo sin control de recepción de personas y motivo de las reuniones, el supuesto tráfico de influencias en ascensos en las Fuerzas Armadas, la intervención en la licitación de proyectos de obra pública, recepción de dádivas y beneficios familiares violando el principio de transparencia, su injerencia en el proceso de ascensos en la Policía Nacional, la existencia de un gabinete paralelo, el plagio en su tesis de maestría, así como declaraciones que amenazan la integridad territorial y sus contradicciones descubiertas por la fiscalía. Todas ellas son un conjunto de hechos e indicios sumados a las graves revelaciones que, a través de una colaboración eficaz, recaen en el jefe de Estado y producen consecuencias directas para la conducción del ejecutivo.

Si a todo lo anterior sumamos cuatro gabinetes integrados por personas con serios cuestionamientos éticos y profesionales, la jefatura de Estado parece vivir su último año de mandato cuando se trata del primero, pues, el paso del tiempo complica la tarea de renovar un gabinete por el acelerado desgaste de su capital político. En ese sentido, el agravante de esta situación es que la integridad y capacidad personal de sus ministros no sea mejor sino lo contrario. Los mejores cuadros técnicos no participarán en un gobierno para refrendar actos de un presidente cuestionado

siquiera todos los senadores del partido contrario, el Republicano, votaron contra él"; cfr. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *El constitucionalismo de los Estados Unidos. La magna carta norteamericana vista desde la española*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, p. 88.

por indicios de corrupción⁴⁴. Los representantes del oficialismo desde el Congreso, reclaman pruebas para una suspensión o vacancia presidencial, cuando al legislativo no le corresponde actuar como titular de la acción penal ni administrar justicia, sino valorar políticamente los indicios de una presidencia fallida que no brinda garantías para una conducción proba y competente.

V. La desnaturalización de la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente

A través de un proceso de inconstitucionalidad, el máximo intérprete se pronunció ante la necesidad de otorgar un procedimiento a seguir para tramitar una moción de vacancia presidencial, así como la mayoría requerida para su aprobación⁴⁵. De este modo, el Congreso modificó su reglamento estableciendo el siguiente procedimiento⁴⁶: (a) La moción de vacancia se presenta gracias a la firma de, al menos, veinte y seis congresistas, un número que equivale al veinte por ciento de su número legal. (b) Su admisión es sometida a votación, la cual también requiere del voto del veinte por ciento de congresistas hábiles. (c) Una vez admitida la moción, debe debatirse antes de someterse a votación entre el tercer día y décimo día de su fecha de admisión; sin embargo, este periodo de enfriamiento puede ser superado gracias al voto de ciento cuatro congresistas. (d) En el curso del debate, el presidente de la República cuenta con sesenta minutos para ejercer su derecho de defensa, pudiendo contar con la asistencia de letrado. (e) La aprobación de la vacancia presidencial requiere la conformidad de ochenta y siete votos congresales⁴⁷.

El procedimiento de vacancia es de naturaleza sumaria, no exige la previa intervención de una comisión parlamentaria y su debate en el pleno tendrá prioridad en el orden del día del Congreso. La última moción de vacancia presidencial por incapacidad moral permanente fue presentada por 76 representantes a la Mesa Directiva del Congreso, pero solo obtuvo 55

44 Véase el artículo 120 de la Constitución.

45 Véase el Exp. N° 0006-2003-AI/TC, la acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 congresistas de la República contra el inciso (j) del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República.

46 Véase el artículo 89-A del Reglamento del Congreso de la República.

47 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0006-2003-AI/TC (Fundamento jurídico 26).

votos conformes, tras su debate y votación final⁴⁸. En ese sentido, cuando la intención de vacar demanda madurez política, al plantearse bajo una coyuntura excepcional, una sorpresiva declinación de 21 congresistas en la votación resulta sospechosa, para convertir a la vacancia en un instrumento desnaturalizado para poner fin a una crisis política.

La amenaza de un procedimiento de vacancia iniciado ha devenido en un espacio de negociación o “pacto de sobrevivencia” del gobierno con un grupo de parlamentarios de diversas bancadas. Se aprecia cuando se inviste un gabinete ministerial integrado por personas con cuestionamientos personales y profesionales, quedado la vacancia convertida en un mecanismo de extorsión política a cambio de la aprobación de obras públicas en regiones y municipios del interior. Por eso, si la vacancia se admite con alta aprobación congresal, al menos su rechazo debería culminar con la misma votación con la que fue admitida, es decir, sin congresistas que declinen al final. Si no alcanzan los votos, la oposición política debe conservar su papel fiscalizador a la gestión de los miembros del gabinete, interpelarlos cada vez que sea necesario hasta censurar a cada ministro que considere inapto para el ejercicio del cargo. Es decir, exigir la responsabilidad política individual para que no compute con la causal que habilita la disolución parlamentaria prevista en la Constitución⁴⁹.

En resumen, cuando la presencia de un jefe de Estado se torna políticamente insostenible para el ejercicio del cargo por presunta conducta delictuosa, conflicto de intereses o por actos que revelan una falta de transparencia, si no decide presentar su renuncia conduce a la decisión congresal para iniciar un procedimiento que logre su vacancia. Se trata de una institución de naturaleza excepcional como respuesta a una convicción parlamentaria sobre claros indicios de corrupción en el entorno más cercano al jefe de Estado.

VI. La vacancia presidencial. Consideraciones finales

En el escenario político de un presidente de la República renuente a dimitir y, por otra parte, la decisión del Congreso para aprobar un pedido de vacancia, se nos invita a pensar en soluciones intermedias que nos ayuden

48 Véase, <https://convoca.pe/agenda-propia/congreso-rechaza-la-mocion-de-vacancia-contra-el-presidente-pedro-castillo-0>

49 Véase el artículo 134 de la Constitución.

a moderar y evitar extremismos por ambas partes. La Constitución peruana establece que el ejercicio de la presidencia puede suspenderse por incapacidad temporal del jefe de estado declarada por el Congreso; en este escenario, asumiendo el primer vicepresidente la conducción temporal del ejecutivo⁵⁰, nos distanciamos de una eventual renuncia o inminente vacancia, para colocarnos en una posición que, respetando el debido proceso, permita concluir con las investigaciones que brinden la claridad necesaria antes de actuar con precipitación.

1. La suspensión para el ejercicio de la presidencia

Si las disposiciones constitucionales se interpretan bajo un principio de unidad, consideramos que la suspensión del ejercicio a la presidencia puede ser una medida prudente para ser evaluada por el legislativo; el primer vicepresidente asumiría su reemplazo temporal hasta que el ministerio público, que deberá fijarse un plazo perentorio, culmine sus investigaciones y que el Congreso decida con esos resultados el futuro del actual jefe de Estado.

La razón de esta solución responde a que ambas partes, legislativo y ejecutivo, cuentan con argumentos que, si se optara ya sea por la vacancia o renuncia, respectivamente, la institución presidencial terminará igualmente mellada, lo que finalmente debemos proteger y conservar. Sobre el contenido constitucional del derecho de defensa, como argumenta el Tribunal Constitucional, no existe violación, "(...) si el estado de indefensión se ha generado por una acción u omisión imputable al afectado (...)"⁵¹. De esta manera, cualquier informe en mayoría de una comisión investigadora puede trasgredir las garantías y derechos del debido proceso en sede parlamentaria reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; en consecuencia, consideramos que se trata de un procedimiento en dichos casos puede quedar viciado de inconstitucionalidad por indefensión.

2. La observancia del debido proceso en sede parlamentaria

Conforme al análisis del principio de debido proceso y sus garantías, en concreto, del derecho de defensa, una clara afectación a su contenido constitucional se produce cuando, en el seno de un proceso judicial,

50 Véase el inciso 1, artículo 114, de la Constitución.

51 Cfr. Exp. N° 0825-2003-AA/TC (Fundamento 5).

cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, a ejercer todos los medios que sean necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos⁵². Se trata de un derecho exigible en todas las etapas de los procedimientos judiciales o administrativos sancionatorios, como nos dice el Tribunal Constitucional, “(...) ninguna norma privada regulatoria de un proceso sancionatorio y ningún acto en el curso del mismo pueden prohibir o restringir el ejercicio de este derecho”⁵³.

3. El punto de quiebre en las relaciones ejecutivo-legislativo

Si tuviéramos que realizar un diagnóstico al comportamiento de nuestra histórica forma de gobierno nos daremos cuenta de que entra en crisis cada vez que el gobierno resulta incapaz de consensuar una mayoría parlamentaria con la oposición. ¿Se trata de una falla en su diseño o es una dolencia estructural? Pensamos que el problema es más cercano al ánimo que pone en evidencia la salud y la enfermedad de un parlamentarismo, presidencialismo o cualquiera de sus derivados contemporáneos (semi-presidencial y semiparlamentario).

Al final se trata de la política, la actividad humana encaminada hacia el bien común para atender los problemas que importan a todos, los temas históricos por resolver o reparar que nos atañen como sociedad, que se tratan a través de nuestros representantes políticos en una asamblea nacional y se exigen resolver al gobierno; sin embargo, cuando predomina el bien propio de una mayoría de representantes no resulta el ambiente favorable para obtener resultados que favorezcan la gobernabilidad y la estabilidad, pues el poder legislativo queda reducido a un foro donde se administran intereses individuales y corporativos.

Las relaciones ejecutivo-legislativo, en crisis desde julio de 2016, tiene su origen en una clara erosión del principio de separación de poderes. La desnaturalización de la cuestión de confianza para alcanzar la disolución congresal, la validación de una denegatoria fáctica de la confianza por el Tribunal Constitucional, confundir la labor de la oposición política con obstruccionismo, la aprobación de vacancia y sucesión presidencial con

52 Véase, Exp. N° 06648-2006-HC/TC (Fundamento jurídico 4); Exp. N° 08280-2006-AA/TC (Fundamento jurídico 7).

53 Cfr. Exp. N° 05085-2006-AA/TC (Fundamento jurídico 5).

un golpe de Estado, han dejado sentida nuestra forma de gobierno tras cruzarse la línea con la disolución del Congreso primero (2019) y la vacancia presidencial después (2020). El gobierno y legislativo electo el 2021 promueven el ejercicio de las mismas instituciones que parecen haber llegado para quedarse y operar con tanta frecuencia, pero a una escala superior, que la tradicional interpelación y moción de censura.

La erosión de la separación de poderes también guarda directa relación con la ausencia del *fair play* (juego limpio), la carencia más palpable en el ejercicio de la vida política nacional. Se manifiesta cuando comienzan a desnaturalizarse las instituciones ejecutivo-legislativo para emplearlas con un propósito distinto y sin escrúpulos sobre sus consecuencias para la gobernabilidad y salud en su forma de gobierno. Al respecto, hace unas semanas el Congreso reguló las materias que puedan ser objeto de una cuestión de confianza, quedando pendiente excluir su obligado planteamiento para la investidura del primer ministro.

4. ¿Una disolución parlamentaria y vacancia presidencial descontroladas?

No podemos aventurarnos a presagiar un final para el temerario ejercicio de la vacancia presidencial y disolución parlamentaria, dos “armas nucleares” que entraron al juego; por eso, antes de alcanzar la madurez de nuestro sistema político, al finalizar la crispación iniciada en julio de 2016, con sus primeras manifestaciones entre los años 2019-2020 y momento crítico este 2022, será necesario realizar unos “ajustes” a la Constitución de 1993 para guardar la vacancia y disolución en la “caja de pandora”, con un cerrojo y varios candados que exijan más requisitos para su prudente ejercicio.

5. ¿Qué ocurre cuando la plancha presidencial queda agotada?

La Constitución peruana establece el orden de sucesión de la presidencia una vez producidos los casos de ausencia parcial o total de su ejercicio. El artículo 115 de la Carta de 1993 establece que asume la presidencia el primer vicepresidente, en su defecto, el segundo vicepresidente. Si ambos se ven imposibilitados, el presidente del Congreso asume la conducción del ejecutivo, evita el vacío de poder, pero no puede culminar el mandato presidencial estando obligado por la Constitución a convocar elecciones

inmediatamente⁵⁴, una disposición busca evitar que se prolongue la concentración de los poderes ejecutivo y legislativo.

El contenido del artículo 115 no especifica cuál tipo de elecciones deberían efectuarse agotada la plancha presidencial, ¿generales o sólo presidenciales? A pesar que un importante sector de la academia interpreta que se trata de la primera; sin embargo, tengamos en cuenta que por regla constitucional no cabe otra forma de poner fin al mandato legislativo que la disolución parlamentaria condicionada⁵⁵. Por eso, *mutatis mutandi*, las elecciones sólo serían al ejecutivo, atendiendo que si bien la voluntad del constituyente ha sido optar por las elecciones simultaneas de los poderes ejecutivo y legislativo para su forma de gobierno, consideramos que sólo se trata de un proceso general calendarizado una vez culminado el mandato, congresal y presidencial, cada cinco años para ambos poderes estatales. No aplicable cuando se decreta la disolución constitucional del Congreso o el agotamiento de la plancha presidencial.

54 Por otro lado, la Constitución y la legislación peruana no precisan si el vicepresidente debe culminar el mandato o convocar también a elecciones. En ese sentido, la doctrina peruana considera que deben, en principio, concluir el mandato presidencial, véase PAREJA PAZ-SOLDÁN: *Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979...*, p. 223.

55 “No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario”; cfr. Artículo 134 de la Constitución peruana.

LA LIBERTAD DE CATEDRA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

ALGUNAS REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS

*Edwin Figueroa Gutarra**

Sumario: Introducción. 1. Evolución histórica de la libertad de cátedra. 2. Concepto de libertad de cátedra. 3. Contenidos negativo y positivo de la libertad de cátedra. 4. Límites a la libertad de cátedra. Conclusiones de rigor.

Introducción

Sócrates, Hipasio de Metaponto, Giordano Bruno, entre otros, perdieron la vida en defensa de sus ideas, y ello nos conduce a identificar un cierto grado de intolerancia de las sociedades de sus tiempos al no permitirse concepciones contrarias al sistema imperante en los ordenamientos de entonces. Las ideas pueden entenderse, al fin y al cabo, desde la enseñanza, como el germen de la libertad de cátedra.

* Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la *International Association of Constitutional Law*. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe. Código de investigador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>.

Etimológicamente el término cátedra se remonta al siglo XIII, en el cual con esta acepción se aludía a una silla que era reservada al profesor, lugar desde el cual este impartía su clase. Por su parte, los alumnos se sentaban en unos *subsilium*, entendidos como unos simples bancos desde los cuales recibían la clase.

En contexto general muchos avatares han tenido lugar a propósito de la libertad fundamental de expresar las ideas, una de cuyas facetas es la libertad de cátedra, entendida como la facultad de expresar libremente las convicciones que conciernen al conocimiento del profesor sobre su materia. A su vez, es importante matizar grados a este respecto, en la medida que el escenario más amplio de enfoque de la libertad de cátedra tiene lugar en el ámbito de la enseñanza universitaria.

De igual forma, en los niveles de educación menores, si bien ostentan estos los conceptos de un grado de libertad del docente, existe la tendencia a reconocerse que dichos niveles de formación de los niños y adolescentes, en primaria y secundaria respectivamente, mantienen un enfoque educativo formativo en el cual los alumnos aún no tienen una entera libertad de valoración crítica sobre las ideas en la educación que reciben.

En atención al argumento que antecede, entonces, a mayor nivel formativo del alumno, esto es, en el nivel de la instrucción universitaria, mayor es su posibilidad de valoración crítica de las enseñanzas que recibe y, por consiguiente, mayor su nivel de libertad de transmisión de ideas del docente, en consideración a que sus alumnos detentan un mayor nivel de capacidad crítica, y podrán enjuiciar los fundamentos que expone la cátedra.

Resulta necesario realizar algunos distingos de rigor de la libertad de cátedra con otras libertades, a fin de presentar una idea referencial de los contenidos de cada una de esas facetas. De esa forma, se diferencia de la libertad académica y de la libertad de pensamiento, entre otras manifestaciones conexas.

La libertad de cátedra, como derecho fundamental, goza de arraigo principista en la Recomendación de la UNESCO relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior (1997), en referencia a que el docente de enseñanza superior goza del derecho de libertad académica, es decir, de la libertad de enseñar. A su vez, desde la Ley Fundamental de Bonn, Alemania, de 1949, se asume que la libertad de cátedra no exime

del deber de fidelidad a la Constitución, lo que constituye una franca perspectiva axiológica.

Desde otra dimensión, hemos de considerar que la libertad de cátedra, como todo derecho fundamental, no es un precepto absoluto y ciertamente manifiesta límites. Entre otras relativas restricciones, hemos de considerar la impartición de enseñanza en entidades con ideario establecido, es decir, claustros universitarios con una determinada orientación de pensamiento, lo cual a su vez no implica una coacción sobre el docente, sino solo una exigencia de línea de observancia, no contradicción y respeto por los ejes de pensamiento de la entidad universitaria con creencias diferentes.

En esa manifestación conceptual, el docente tendrá libertad de cátedra, pero en cierta medida deberá presentar una línea de respeto por los postulados de la entidad con ideario, sean estos religiosos o de otra naturaleza.

Desde otro eje de nociones, en la línea de su condición de derecho fundamental, la libertad de cátedra exhibe un contenido prevalentemente negativo, en tanto que es entendida como la libertad del docente de no ser presionado por ningún tipo de manifestación externa para la enseñanza de los contenidos de su materia. A su vez, existe un contenido positivo cuando asumimos que existe un derecho a la libre exposición de ideas.

En suma, la libertad de cátedra ha logrado una consolidación y reconocimiento constitucionales, por vía directa y como derecho nudo, esto es, sin necesaria mención expresa, en los ordenamientos contemporáneos. De ahí la exigencia imperativa a los Estados de configurar permanentemente sus contenidos por vía normativa y constitucional. En ese camino, la jurisdicción delimita, igualmente, diversos alcances por el camino jurisprudencial. Nuestro aporte, en este estudio, se orienta a poner de relieve algunas facetas de este derecho desde la doctrina clásica y contemporánea.

1. Evolución histórica de la libertad de cátedra

Proveniente del latín el término *cathedra* “hace referencia al asiento sobre el que se coloca de forma firme o equilibrada algo (...) el catedrático es el maestro (...) que tiene silla o sillón desde el que da la lección (...) los discentes, por el contrario, no tienen (...) sillón para sentarse (...) sino que

se sentaban en un *subsillium*, es decir, un pequeño banco o taburete”.¹ En ese sentido, ya la noción histórica de este concepto asigna al docente un rango de comodidad física en el ejercicio de su función sobre sus alumnos. La silla es más amplia, comfortable; el simple banco exige mayor trabajo físico del cuerpo.

La libertad de cátedra se vincula, inexorablemente, a las universidades. Anota Pozo que la libertad de enseñanza “se fue labrando desde los orígenes mismos de las universidades en la Europa medieval”;² a su vez, señala Polanco que “el origen de las universidades fue en la Alta Edad Media, cuando funcionaron las escuelas monacales y las escuelas catedrales y episcopados, estas tenían como finalidad principal las de formar a los aspirantes al sacerdocio”.³ Advirtamos aquí el detalle relevante de que esa desvinculación entre estamentos religiosos y universidades apuntó a conferirles a estas últimas mayor autonomía.

En atención a un escrutinio más riguroso, sin embargo, si nos atenemos a la búsqueda de raíces históricas más remotas, destaca, en el año 399 a.C., el juicio a Sócrates, “acusado de pervertir a la juventud ateniense. Sus opiniones (...) se consideraron peligrosas y, por eso, fue condenado a morir. Sócrates prefirió morir que comprometer el libre pensamiento”.⁴ La libertad de pensamiento sufrió, en el caso del sabio ateniense, el embate de la intolerancia en sus más diversas formas.

A esa tenebrosa lista se suma, entre muchos otros, Hipasio de Metaponto, quien se atrevió a enseñar sobre los números irracionales, intentando así dar al traste con la idea pitagórica de racionalizar matemáticamente toda la realidad.

Más tarde, con Santo Tomás de Aquino, en el siglo XIII, la libertad de cátedra asume la naturaleza del “derecho a enseñar la verdad”,⁵ en la medida que “todo lo susceptible de ser conocido por el hombre puede ser

1 Salvador Centeno. “Alcance y límites de la libertad de cátedra”. *Eikasía. Revista de Filosofía*. 99 (abril 2021), p. 425.

2 Enrique Pozo Cabrera. “Libertad de cátedra”. (tesis doctoral, Universidad de León, 2020), p. 2.

3 Elías Polanco. “La Universidad de México y la libertad de cátedra”. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. 23 (2014). p. 277.

4 Pozo. Op. cit. p. 8.

5 Pozo. Op. cit. p. 16.

conocido con verdad, gracias al entendimiento divino, que es causa de verdad”.⁶ Aquí advertimos una estrecha vinculación entre la enseñanza en su acepción amplia y el sentido de divinidad del conocimiento. La educación, en ese entonces, asumió un fuerte sentido de religiosidad que afianzó una concepción iusnaturalista de las sociedades de esos tiempos. Bajo esta premisa, la cátedra del docente se debía adscribir, mayoritariamente, a esta tendencia.

Las notas complejas en este aspecto no se detienen: “en 1558 (...) el rey Felipe II (en España) dictamina pena de muerte por importar o imprimir libros sin permiso, lo cual era una forma de controlar la libertad de pensamiento y, por ende, la libertad de cátedra”. Los libros, como medio de expresión de las ideas, se consideraron, apreciamos, como herramientas peligrosas si se alejaban de las ideas imperantes en torno al poder político. Asumimos que, bajo esa pauta, la libertad de cátedra esbozó un matiz de severas restricciones, castigándose incluso con la vida la infracción a esa obligación.

El caso de Martin Lutero, teólogo y fraile católico agustino, también en el siglo XVI, marca otro capítulo complejo en la historia de este derecho. Señala Pozo respecto a este autor que “durante su docencia tuvo que enfrentarse contra los oficiales de la iglesia por sus ponencias sobre teología, llegando a ser destituido de su cátedra”, suceso que más tarde diera lugar a que redactara sus famosas “Noventa y cinco tesis (...)”, sobre las cuales dictaminó Roma que eran escritos heréticos, indecentes, (y) agresivos a los oídos piadosos”.⁷ Observamos que la pérdida de la cátedra, en el caso de Lutero, resultó consecuencia de las discrepancias en las ideas. La Iglesia asumió una concepción radical cuyas máximas expresiones de persecución fueron los tribunales de la Santa Inquisición.

Un capítulo que debe marcar nuestra atención, en este desarrollo histórico, es que, en 1610, Giordano Bruno, autor de la teoría de los mundos infinitos,⁸ fue quemado en la hoguera “por desafiar abiertamente a la Iglesia y sus ideas dentro de la Universidad”.⁹ Bruno proponía que el Sol era solo una estrella y, por tanto, rompía con la concepción imperante de entonces,

6 Pozo. Op. cit. p. 16.

7 Pozo. Op. cit. p. 30.

8 Pozo. Op. cit. p. 34.

9 Pozo. Op. cit. p. 35.

según la cual, por decisión divina, la Tierra representaba el centro del Universo. Esa diferencia de ideas debió pagarla Bruno con su propia vida.

Por fortuna, Galileo Galilei tuvo mejor suerte, pues abjuró, en el año 1630, de su tesis respecto a que la Tierra giraba alrededor del sol. Y, sin embargo, con él se inicia la “libertad de investigación científica”,¹⁰ en alusión a que, finalmente, desde sus trabajos, la ciencia asume una nueva dimensión de investigación. Galilei aceptó ante un tribunal eclesiástico que se había equivocado y, sin embargo, al salir del recinto judicial, llegó a afirmar, al parecer en forma soterrada, *eppur si muove* (pero se mueve), queriendo graficar, de esa forma, que la Tierra en realidad sí giraba alrededor del Sol, y que nuestro planeta no era el centro del Universo.

Los vientos soplan, de mejor forma, en el siglo XIX, cuando Thomas Jefferson, en 1819, “contempla la creación de una universidad estatal, bajo la guía de una *ilimitable freedom of the human mind*” (libertad ilimitada de la mente humana)”. La idea al respecto de una facultad ilimitada coincide con una concepción abierta de la libertad de cátedra. Esta es amplitud en su más reconocida acepción, y es el opuesto a un escenario de restricciones. Entonces, las antípodas de la libertad de cátedra se expresan, por su lado, en negar esa vigencia sin límite de ideas.

Más recientemente, Centeno refiere que en 1941 Bertrand Russell fue retirado de la cátedra de lógica y matemáticas en el *City College* de Nueva York, a instancias del Obispado de la ciudad, dadas las opiniones moralmente liberales de aquel sobre el matrimonio, la religión y la sexualidad. En su caso “las acusaciones seguían siendo las mismas que las que se habían presentado contra Sócrates, impiedad y corrupción de menores”.¹¹

El caso Russell constituye otra expresión más de la intolerancia en la diferencia de las ideas. La salida normal, en estos casos, consistía en cortar de raíz la cátedra del profesor. Así se lograba eliminar las concepciones contrarias por las vías más inmediatas. No se trataba de una disputa de ideas sino del cercenamiento radical del punto de vista opuesto.

10 Pozo. Op. cit. p. 36.

11 Centeno. Op. cit. p. 435.

2. Concepto de libertad de cátedra

Debemos partir de una idea matriz en el sentido de que “todos los derechos fundamentales tienen no sólo una dimensión de libertad, sino también una objetiva-institucional que exige la colaboración del poder público”.¹² Desde esta perspectiva, superamos la noción de un derecho fundamental nominal y asumimos que el Estado tiene la obligación de desarrollar constitucionalmente derechos de raigambre institucional.

Por su lado, afirma Polanco que “la doctrina de la libertad de cátedra es de origen alemán, se enuncia por primera vez en la Constitución Imperial de 1849, que establecía en su artículo 152, la ciencia y la docencia son libres.”¹³ A esta reseña hemos de agregar que la Ley Fundamental de Bonn señala, en su artículo 5.3., que “el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza, son libres”.

En esa misma línea, según esta misma Ley Fundamental, “la libertad de enseñanza entendida como libertad de cátedra no exime de la fidelidad a la Constitución”,¹⁴ supuesto que nos conduce a que no solo se trata del “deber de fidelidad a la Constitución (sino también) es una actividad a la formación de valores.”¹⁵ Esta referencia axiológica es valiosa pues une la exigencia de fidelidad a una enseñanza de valores. Por tanto, “se puede considerar que la enseñanza universitaria es principalmente crítica y valorativa, con un contenido amplio presentado sobre la base de mayor libertad metodológica y valorativa del mismo”.¹⁶

Señala Molina, en esta línea de ideas, que “la libertad de cátedra es uno de los derechos incluidos dentro del derecho humano de libertad académica y es una manifestación externada de la libertad de pensamiento”.¹⁷ La libertad académica es de contenido más amplio, asume más

12 Castillo, Luis. *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario: hacia una interpretación armonizadora de las distintas libertades educativas* (Valencia: Tirant Blanch, 2006), p. 21.

13 Polanco, Op. cit. p. 284.

14 Suarez, Roberto. “Contenido y límites de la libertad de cátedra en la enseñanza pública no universitaria”. *Revista de Derecho UNED*. 9 (2011), p. 450.

15 Suarez, Op. cit. p. 448.

16 Suarez Op. cit. p. 426.

17 Molina- Álvarez, Elda. Agudo Romero Gabriela y Nettel Barrera Allina del Carmen. “La libertad de cátedra y el modelo de universidad.” Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. *DIGITAL CIENCIA@UAQRO* 1. (2017), p. 6.

espacios; la libertad de pensamiento es el vehículo para que el docente exprese sus ideas.

Efectuadas estas precisiones, “la libertad de cátedra es entendida como la capacidad jurídica de los investigadores y profesores de investigar todo lo que deseen en términos de racionalidad deductiva o empírica, sin otra restricción que la propia libertad de los centros universitarios y de los alumnos”.¹⁸ Desarrollamos, más adelante, algunas referencias a varias restricciones necesarias, en la medida que aludimos, respecto a la libertad de cátedra, a un derecho fundamental no absoluto. Bajo esta pauta, debemos advertir espacios de restricción para el ejercicio de este derecho.

Veamos, a continuación, diversas manifestaciones respecto a este derecho fundamental, entre características, dimensiones y principios que rigen esta institución. Es importante advertir algunas características de la libertad de cátedra, entre ellas, la referencia a que:

no se extiende a la enseñanza primaria y secundaria para no deformar la débil conciencia infantil; no se equipara con la libertad de enseñanza que se fundamenta en la coexistencia de la difusión cultural del Estado; se extiende a la organización pedagógica de los cursos respecto a los programas, conferencias, lecciones, trabajos prácticos y exámenes, con la aprobación de la autoridad competente¹⁹.

De la misma forma, Polanco advierte dos dimensiones respecto a la libertad de cátedra, entendidas como campos de acción en cuanto a la universidad, de un lado, y en referencia al perfil investigador docente:

Esta libertad (de cátedra) contiene dos vertientes: la institucional, que se refiere a la potestad de la universidad de decidir el contenido de la enseñanza que se imparte, sin sujeción y con plena autonomía a lo dictado por autoridades externas, con la salvedad en la materia reservada al Estado; en lo individual del docente, es la facultad de él, y del investigador de expresar sus ideas, pensamientos, y opiniones en el ámbito institucional en las actividades de docencia, publicaciones, lecciones, conferencias, etc., permitiendo la conjugación de diversas corrientes de pensamiento, sin que existan ideologías predominantes²⁰.

18 Molina, Op. cit. p. 7.

19 Polanco, Op. cit. p. 287.

20 Polanco, Op. cit. p. 287.

En relación con los principios que rigen la libertad de cátedra, debemos entender estos como fundamentos que inspiran este derecho. Polanco destaca, entre ellos, que:

el principio de libertad sostiene que cada catedrático tiene completa libertad para investigar y enseñar (e igualmente) la cátedra paralela sostiene la necesidad de que existan múltiples opciones para los alumnos. La cátedra libre es un derecho de todo intelectual, científico o artista, competente para difundir una cátedra (concluyendo que) la finalidad de estos postulados es garantizar en la universidad o centros superiores que estén presentes todas las doctrinas y corrientes del pensamiento y las tendencias de carácter científico y social, sin censuras, prejuicios o limitaciones arbitrarias de ninguna índole²¹.

El componente de libertad de pensamiento del docente es aquí un aspecto sustantivo. No se trata tampoco de que el docente pueda manifestarse del modo que quiera. No hemos de confundir libertad de cátedra con un escenario de distorsión de este derecho. En razón de ello, es menester trabajar, más adelante, algunas necesarias restricciones que no vacían de contenido este derecho fundamental, sino complementan su ejercicio.

León Pastor destaca la libertad de cátedra como una “manifestación de la libertad académica”²², e indica que esta es la “potestad que tienen las universidades para ejercer las actividades académicas que le son propias sin intervención estatal, independientemente a cualquier imposición estatal”.²³ A tenor de esta propuesta, la libertad académica es un concepto mucho más amplio.

La Corte Suprema de EE.UU. ha extendido el concepto de libertad de cátedra “a la libertad académica, de la que gozan las universidades, en base a su autonomía para “determinar por sí misma sobre sus bases académicas quién puede enseñar, lo que se puede enseñar, cómo se debe enseñar, y quiénes pueden ser admitidos para estudiar”²⁴. Desde este eje,

21 Polanco, Op. cit. p. 290.

22 Ricardo León Pastor. “Libertad de cátedra: ¿monopolio docente?”. DIALNET (Ponencia primer puesto en el primer concurso de Investigación Jurídica, 1989), p. 442.

23 León, Op. cit. p. 439.

24 Alfonso Santiago. “Libertad de expresión, libertad de cátedra y derecho al ideario institucional”. *Forum* 2020, p. 143.

el principio de autonomía de las universidades perfila un campo de acción en el cual tiene lugar el ejercicio de la libertad de cátedra.

3. Contenidos negativo y positivo de la libertad de cátedra

La referencia a los contenidos negativo y positivo de la libertad de cátedra es relevante. Y señalamos el énfasis antelado respecto al ámbito negativo, conforme se puede observar, en razón de la importancia prevalente del aspecto negativo de este derecho. Veamos por qué.

En su decisión 5/1981 el Tribunal Constitucional español “estableció la distinción entre lo que llamó el contenido negativo y el contenido positivo de la libertad de cátedra. El primero habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada”,²⁵ en tanto que “el contenido positivo de la libertad de cátedra vendría determinado por una serie de facultades que corresponderían al docente en relación con la materia que imparte y los métodos pedagógicos que puede utilizar en la transmisión de sus conocimientos”.²⁶

El contenido negativo puede ser denominado, entonces, un derecho de resistencia, que “habilita al docente para oponerse a la imposición de una orientación ideológica determinada, o, dicho de otra manera, la libertad de cátedra es una noción incompatible con la existencia de una ciencia o doctrina oficiales”²⁷.

Los aspectos citados incluyen un importante desarrollo jurisprudencial. De esa forma “el Tribunal Constitucional de España alude, en referencia al contenido positivo de la libertad de cátedra, a un sentido positivo de libre exposición de la propia investigación y de la orientación de los contenidos docentes”²⁸. Esta referencia positiva es una manifestación central de este derecho, pues el acotado derecho de resistencia a las presiones conlleva, por natural consecuencia, a que el docente disponga el desarrollo autónomo, en clave positiva, de conducción de sus ideas.

Urías refiere que “el contenido negativo se acentúa en los centros públicos y se modula en los privados, justificando esta premisa en que el

25 Pozo, Op. cit. p. 84.

26 Pozo, Op. cit. p. 85.

27 Santiago, Op. cit. p. 146.

28 Santiago, Op. cit. p. 145.

Estado podría establecer, tendría la facultad de hacerlo, aunque no debería, una única doctrina o ciencia aceptable que convertirse en oficial”²⁹. El riesgo de una doctrina oficial es latente en estados autoritarios. Siendo los docentes el núcleo de pensamientos de la libertad, como ha sucedido en muchas experiencias históricas de la humanidad, se procura erradicar su peligro restringiendo la actividad docente, más aún si esta ostenta el germen de las libertades ciudadanas.

A su vez, en relación a su contenido esencial, entendido como el núcleo duro del derecho y sin el cual este no podría existir, dicho ámbito “viene determinado (...) por la posibilidad del docente (...) de expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones en el ejercicio de su función docente”³⁰. Ese contenido vital denota una ausencia de arbitrariedad y es así como entendemos la valía del contenido esencial, es decir, que no existan conductas que priven de contenido a este derecho.

Ese contenido esencial advierte otros espacios que es importante considerar. A este efecto, Urías expresa que “nos encontramos ante una libertad que comprende las tres manifestaciones paradigmáticas de la libertad jurídica: en su aspecto puramente negativo, la ausencia de constricciones; en su aspecto positivo estricto, la autonomía y participación; y en su aspecto positivo potencial, las facultades de hacer”³¹.

Es de apreciarse, entonces, que los contenidos de la libertad de cátedra se extienden a otras manifestaciones de singular relevancia que hacen viable su ejercicio. Destacamos aquí un contenido especial y es el referido a las facultades de hacer, es decir, hay una potencialidad por afianzar los estándares de una óptima aplicación del derecho a la libertad de cátedra.

Suarez agrega algunas referencias de valor respecto a este derecho al señalar que “el contenido esencial de la libertad de cátedra coincide con el contenido negativo, el cual se califica como uniforme, mientras que, *a sensu contrario*, el juez de la Constitución califica el contenido positivo como modulable y graduable en función de los niveles educativos y las competencias

29 Joaquín Urías. 2008. “La libertad de cátedra”. En CASAS BAAMONDE, M. E., y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.). Comentarios a la Constitución española: XXX aniversario, Ed. 1. Fundación Wolters Kluwer. p. 514.

30 Pozo, Op. cit. p. 86.

31 Suarez, Op. cit. p. 16.

públicas”.³² La mención a la naturaleza uniforme del contenido negativo es de interés, en tanto advertiríamos una posición reduccionista, es decir, hay coincidencia en la resistencia a las presiones sobre los docentes. A su vez, la faceta positiva ostenta muchas variantes de ejercicio.

En la experiencia jurisprudencial constitucional de Perú, el Tribunal Constitucional ha señalado, en relación al ámbito subjetivo de la libertad de cátedra, que “el titular de la mencionada libertad cuenta en el desarrollo de su labor docente tanto con un contenido de inmunidad que les protege frente a indebidas injerencias externas (contenido negativo), como con un conjunto de facultades de acción (contenido positivo)”.³³ La coincidencia de esta afirmación con nuestras líneas anteriores de reflexión es concreta: la faceta negativa se centra en evitar injerencias contra el docente; la positiva, concede un conjunto de acciones de perfeccionamiento de su labor pedagógica.

4. Límites a la libertad de cátedra

La libertad de cátedra presenta espacios de restricción, como todo derecho fundamental, asumiéndose, de esa forma, que su ejercicio se torna relativo. En propiedad, no hay derechos fundamentales absolutos y de ahí que sea necesario delimitar algunas facetas de limitaciones de este derecho. Pasemos revista a algunos de estos tópicos con el fin de asumir que la libertad de cátedra no se exime de exhibir aspectos de necesaria delimitación en el ejercicio de sus contenidos.

De ese modo, entre varios tópicos que hemos de señalar como restricciones, es importante precisar que “la facultad que posee el docente para evaluar a los estudiantes no forma parte del derecho a la libertad de cátedra, por cuanto, está sujeto a los idearios de la institución de educación”.³⁴ Sobre esta misma mención, “la libertad de cátedra no significa poseer una total libertad de enseñar, dado que el profesor está sujeto al ideario y al rigor científico”.³⁵

32 Suarez, Op. cit. p. 435.

33 Sentencia Tribunal Constitucional de Perú 0091-2005-PA/TC de 18 de febrero de 2005. Fundamento jurídico Nro. 8. Referencia a Luis Castillo Córdova.

34 Pozo, Op. cit. p. 86.

35 Pozo, Op. cit. p. 92.

El ideario de la institución, conforme ya hemos indicado, es una restricción especial al ejercicio de la libertad de cátedra. Si la universidad perteneciera a una orden religiosa, por ejemplo, entendemos que es una consecuencia lógica que no podrá verse el maestro en la posibilidad de realizar una apología del aborto. El escenario natural, a juicio nuestro, sería que si el docente compartiera un punto de vista opuesto al ideario de la institución donde enseña, se abstenga de desarrollar su posición personal en clase. El Derecho es una disciplina amplia y compleja, de tal manera que correspondería, desde nuestra apreciación, una abstención de defensa de la tesis del profesor en temas manifiestamente contrarios a los de la institución.

Polanco realiza algunas precisiones de interés respecto a los límites a la libertad de cátedra, valiéndole mencionemos que:

El derecho a la libertad de cátedra del profesor no es absoluto, toda vez que tiene controles, reglas, características, impedimentos, derechos, obligaciones, responsabilidades, etc., que se deben de acatar durante el desempeño de la cátedra o investigación; dicha actividad se limita en los siguientes presupuestos: a) Respecto a lo señalado como fundamento en la Constitución, el violentarlo eliminaría la protección o garantía del derecho de libertad o cátedra, puesto que ésta debe atenderse de acuerdo a los planes de estudios. b) Respetar el derecho al honor, a la intimidad, a la imagen, al sexo, a la raza y a la religión, en relación con las opiniones vertidas en clases por el profesor en el aula que puedan afectar al alumno receptor. c) Los planes y programas de estudios determinan la actividad educativa, además fijan a las autoridades administrativas los recursos pedagógicos a utilizar por el profesor. d) Las orientaciones ideológicas, aunque neutrales, el docente debe de cumplirlas como objetivos, sin que ello signifique imposición de doctrinas. e) El profesor debe de cumplir las normas organizativas del centro de estudios, como calendario escolar, los horarios, sistemas de evaluación, etc. f) El deber de enseñar puede ser violentado por la ineptitud o falta de preparación del profesor, además requiere del título correspondiente para ser nombrado y de ser necesario superar el concurso de oposición programado.³⁶

36 Polanco, Op. cit. p. 289.

Podemos advertir, en la descripción de estos contenidos, diversas referencias. Entre ellas, los planes de estudio de la universidad representan un contenido al cual debería adscribirse el docente. De la misma forma, es fundamental no afectar las convicciones de los alumnos, en respeto de la diversidad de ideas que pudiera existir en los centros de estudios.

A su turno, los recursos pedagógicos que fije el centro de estudios, exigen una actitud de adaptación del docente a esos contenidos, en tanto que las posiciones ideológicas del profesor demandan, en todos los casos, una actitud de prudencia, a vincularla con una conducta neutral.

De igual forma, las normas de organización del centro de formación conllevan un deber de adaptación del docente a esas pautas de trabajo, al tiempo que resulta innegable que, si no cumple el perfil de suficiencia para el desarrollo de su labor, es un resultado ineludible que, en ese caso, se abre la posibilidad de prescindencia de los servicios del profesor.

Señala Suárez³⁷ respecto a las mismas restricciones a este derecho, algunas otras facetas como el rigor científico y la ausencia de adoctrinamiento o de proselitismo en el centro docente, la libertad de conciencia de los alumnos, las normas de organización de la docencia y del centro, la programación de la disciplina a impartir, el deber de enseñar, la lealtad del docente a la Constitución, la libertad del estudio del alumno como límite a la libertad de cátedra, el principio de neutralidad ideológica de la enseñanza pública no universitaria, el derecho a la objeción de conciencia a temas curriculares, etc.

Todos estos contenidos son manifestaciones directas de la previsión de necesarias restricciones que afectan a este derecho fundamental. Sin embargo, juzgamos pertinente utilizar una fórmula de rigor al respecto: antes que constituir en sí mismas limitaciones, creemos que se trata de manifestaciones que legitiman la libertad de cátedra como derecho fundamental. En efecto, un mecanismo de legitimación constituye una manifestación directa en el sentido de que comprender el alcance material de esa restricción, en buena cuenta nos permite percatarnos de que ese derecho fundamental tiene espacios naturales de desarrollo, tanto en sentido positivo como en facetas de restricción. Y sin perjuicio de lo expuesto, estas acotadas limitaciones en rigor legitiman el derecho fundamental en sí mismo.

37 Suárez, Op. cit. p. 437 y ss.

En el caso de la libertad de cátedra, podemos percatarnos, por ejemplo, de que el derecho del docente a respetar las diferencias ideológicas de sus alumnos, antes que distanciarlo de ellos, permiten entender la faceta dinámica de ese derecho fundamental. En ese sentido, hemos de valorar un sentido de unidad en la diversidad.

Conclusiones de rigor

La libertad de cátedra es un derecho fundamental cuyo tránsito histórico se ha visto trazado con facetas de incompreensión, en tanto que, como expresión de la libertad de pensamiento, ha exigido una cuota de sacrificios de vida de diversos pensadores de talla en la historia de la humanidad.

Esa forma inicial de libertad de pensamiento adquirió, con el advenimiento de las universidades en la Edad Media, la fisonomía de la denominada libertad de cátedra, entendida como la facultad del docente de expresar libremente sus ideas en el ejercicio de su función docente, sin más restricciones que las propias que este particular derecho ha configurado en esa interacción con los alumnos, con los centros de estudio y con la sociedad.

Es importante concluir que, como derecho fundamental, la libertad de cátedra denota dos contenidos: uno negativo, entendido como un matiz prevalente respecto de este derecho, en la medida que se trata de un derecho a resistir, del propio docente, frente a cualquier presión de naturaleza externa, de algún ente grupal o individual, que pretenda restringir las potestades de libre pensamiento de las ideas.

Sin perjuicio de ello, existe en este aspecto, hemos visto, un límite natural y el mismo se refiere a las instituciones formadoras con ideario propio. En este caso, hemos corroborado que no existe presión ante el docente para compartir, necesariamente, la concepción propia de la institución, pero sí deviene razonablemente exigible no impartir ideas en contra de esa posición.

A su vez, verificamos que el contenido positivo de este derecho fundamental alude a un conjunto de facultades de acción que permiten al docente desarrollar la libre expresión de sus ideas. En esa línea de reflexión, hemos constatado, respecto a esta atingencia, que ese haz de potestades es mayor a nivel de la educación universitaria, y menor en el ámbito de los niveles de formación inicial, esto es, primaria y secundaria.

La razón es muy puntual: a nivel universitario, existe una mayor capacidad de crítica del alumnado, en tanto que en los niveles menores sería conveniente considerar que los estudiantes se encuentran en un proceso de formación de ideas. De ahí que un sector de la doctrina sostenga que la libertad de cátedra se realice, como derecho fundamental, en el nivel de los universitarios, en tanto que el docente de educación primaria y secundaria, antes que inducir en sus alumnos un nivel crítico de ideas, apunte más bien a formar conceptos educativos que van a ser útiles para que, más adelante, haya un desarrollo de capacidad crítica suficiente. La conclusión es directa: a mayor nivel de formación del alumno, mayor nivel de capacidad analítica de este y, por consiguiente, mayor realización de la libertad de cátedra como derecho fundamental.

Por último, hemos aducido que la libertad de cátedra no es un derecho fundamental absoluto, y que existen restricciones de diverso contexto, orden y textura respecto a su desenvolvimiento. Importante es precisar que las acotadas restricciones a este derecho, así lo entendemos, antes que disminuir su eficacia, por el contrario, legitiman su contenido.

Para esa afirmación nos basamos en que se trata de elementos en apariencia restrictivos que, en propiedad, nos permiten apreciar mejor la noción de que todo derecho fundamental necesita, a fin de ser mejor entendido, de facetas que nos permitan aprehender que, en esas limitaciones, hay un efecto de desarrollo material de ese derecho. A modo de ejemplo, hemos anotado, la objeción de conciencia del alumno respecto a una idea del profesor, permite entender que el docente respeta la discrepancia de concepción del estudiante, y por supuesto que eso legitima, potencia y brinda un mejor panorama del derecho a la libertad de cátedra.

Creemos que la libertad de cátedra aún requiere perfeccionarse en sus contenidos y parafraseando a Sócrates, diríamos que corresponden cuatro características al buen docente: escuchar de manera cortés a sus alumnos en el ejercicio de su libertad de cátedra; responder sabiamente a sus preguntas cuando el ejercicio de esa libertad permita un debate alturado de ideas; ponderar prudentemente que existen límites al ejercicio de este derecho; y, finalmente, decidir imparcialmente en relación a la verdad, si acaso sus ideas demandan un cambio de posición.

En el perfeccionamiento de esas tareas, finalmente, transcurre la vida académica del docente, labor que no concluye con la jubilación formal en

la cátedra, pues muy cierto deviene aquello de que los árboles mueren de pie. La tarea de enseñanza jamás declina en el caso del docente y más aún, las ideas del profesor quedan como legado para la posteridad. Solo así se explica que tras 2400 años aproximadamente sigamos leyendo con fruición las enseñanzas de Sócrates, Platón y Aristóteles, y tras ellos, de muchos pensadores más.

Bibliografía

- Castillo, Luis. 2006.** *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario: hacia una interpretación armonizadora de las distintas libertades educativas.* Valencia: Tirant Blanch. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1956/Libertad_de_catedra_en_una_relacion_laboral_con_ideario.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Centeno, Salvador. 2021.** Alcance y límites de la libertad de cátedra. *Eikasía. Revista de Filosofía.* 99 (abril).
<https://www.revistadefilosofia.org/99-15.pdf>
- Enrique Pozo Cabrera. 2020.** Libertad de cátedra. Tesis Doctoral. Universidad de León. https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/12515/thesis_2016000034.pdf;jsessionid=148478668258A6F2064031E957FC3963?sequence=1
- León Pastor, Ricardo. 1989.** Libertad de cátedra: ¿monopolio docente? DIALNET. Ponencia primer puesto en el primer concurso de Investigación Jurídica.
<file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-LibertadDeCatedra-5084801.pdf>
- Molina- Alvarez, Elda. Agudo Romero Gabriela y Nettel Barrera Allina del Carmen. 2017.** La libertad de cátedra y el modelo de universidad. *DIGITAL CIENCIA@UAQRO 1.* Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.
https://www.uaq.mx/investigacion/revista_ciencia@uaq/ArchivosPDF/v10-n1/Arti.7.pdf
- Polanco, Elías. 2014.** La Universidad de México y la libertad de cátedra. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho.* 23.
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/acdmia/cont/23/au/au15.pdf>
- Santiago. Alfonso. 2020.** Libertad de expresión, libertad de cátedra y derecho al ideario institucional. *Fórum* 10.
<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/11116/2/libertada-expresion-libertad-catedra.pdf>
- Suarez, Roberto. 2011.** Contenido y límites de la libertad de cátedra en la enseñanza pública no universitaria. *Revista de Derecho UNED.* 9
<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:RDUNED-2011-9-5190&dsID=-Documento.pdf>

Urías, Joaquín. 2008. "La libertad de cátedra". En CASASBAAMONDE, M. E., y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.). Comentarios a la Constitución española: XXX aniversario, Ed. 1. Fundación Wolters Kluwer.

[https://personal.us.es/urias/LA%20LIBERTAD%20DE%20C%81TEDRA%20\(Ur%C3%ADas\).pdf](https://personal.us.es/urias/LA%20LIBERTAD%20DE%20C%81TEDRA%20(Ur%C3%ADas).pdf)

PENSIERO FEDERALE E FEDERALITING PROCESSES*

Giancarlo Rolla**

SOMMARIO: 1. Il pensiero federale come fonte di ispirazione per i movimenti repubblicani e indipendentisti. 2. Il pensiero federale come ideale politico. 3. Il superamento del federalismo "originario": l'affermazione del federalismo "ibrido" latinoamericano e dell' "anomalia" federale in Canada. 4. Il federalismo "unitario" europeo. 5. Una breve considerazione finale sul metodo nel diritto costituzionale.

1. Il pensiero federale come fonte di ispirazione per i movimenti repubblicani e indipendentisti.

Storicamente il federalismo si è affermato come reazione allo Stato assoluto europeo e ha trovato i suoi riferimenti culturali nell'esperienza delle *ex* colonie inglesi, nella reazione dei Cantoni svizzeri ai tentativi di omogeneizzazione della Francia giacobina, nei movimenti indipendentistici nei confronti del colonialismo spagnolo e portoghese. Nel loro complesso, tali esperienze hanno conseguito una fruttuosa sinergia tra federalismo e volontà sovrana dei territori, che ha prodotto delle unioni di territori liberi, giuridicamente eguali, ma uniti da comuni elementi di natura geografica, culturale, economica o politica.

* A mi querido amigo José, recordando los hermosos días pasados en Siena y Arequipa.

** Ordinario di Diritto pubblico comparato. Giancarlorolla.it; giancarlo.rolla.ge@gmail.com

Rivelatrici appaiono, in proposito, le pagine dei *Federalist Papers* laddove individuano la differenza tra Confederazione e Federazione nel fatto che la prima costituisce semplicemente un assemblaggio di società o un'associazione di due o più Stati, mentre il federalismo, lungi dall'implicare l'abolizione dei governi statali, li rende parte costituente della sovranità nazionale e lascia in loro possesso la titolarità di importanti funzioni¹.

Non a caso, la dottrina ha individuato le precondizioni per la nascita di una Federazione, da un lato, nella presenza di una pluralità di territori collegati dalla storia e, dall'altro lato, nella volontà degli abitanti di quei territori di conseguire l'unione, ma non l'uniformità: d'altra parte, le prime esperienze federali furono animate da una così evidente propensione unitaria che la dottrina le ha considerate la soluzione più idonea per conseguire un "passaggio verso l'unità di governo"².

Per comprendere il rapporto che si instaurò tra libertà dei territori, patto politico e federalismo è significativo l'intervento del delegato della Pennsylvania James Wilson che, intervenendo nel dibattito costituente, fece riferimento al principio di libertà federale: si tratterebbe, a suo avviso, di una libertà ulteriore rispetto a quella individuale, che è esercitata dalle comunità territoriali le quali, dando vita a una Repubblica federata, cedono parte della loro indipendenza politica limitatamente alle materie che più proficuamente possono essere svolte a livello centrale; mentre conservano tutti gli altri diritti a cui non hanno espressamente rinunciato. Secondo questa prospettiva, un assetto federale si contraddistinguerebbe per la presenza in Costituzione della clausole degli *enumerated powers*: per cui l'elemento genetico forma di Stato federale andrebbe individuato nella libera volontà dei territori di unirsi³.

Esempi del pensiero federale "originario" possono essere individuati cronologicamente nella Lega olandese di Utrecht, nel cantonalismo svizzero e nella nascita degli Stati Uniti d'America.

I territori olandesi, dopo anni di guerre e rivolte contro la Corona spagnola, si divisero su base confessionale nel 1579 in due distinte realtà

1 Così in *Federalist* n.9

2 Si veda: J. BRYCE, *The American Commonwealth*, London, MacMillan, 1888.

3 Per una teoria del federalismo si veda, tra i molti: C. J. FRIEDRICH, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, New York, 1968; D. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, Milano, 1995; G. BOGNETTI, *Federalismo*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, VI, 1991, 273 ss.

politiche: il Sud cattolico e il Nord a maggioranza calvinista. Il primo mantenne la sua soggezione alla sovranità spagnola, il secondo - dopo aver dato vita alla Lega di Utrecht - si dichiarò indipendente richiamando la necessità di conservare “i diritti, i privilegi, le libertà dei nostri concittadini, delle nostre mogli e dei nostri figli e dei nostri discendenti”, affermando la perdita, *ipso iure*, di ogni diritto ereditario su questi territori da parte del Re di Spagna.⁴

In Svizzera, invece, l'opzione federale scaturì come reazione all'intervento della Francia rivoluzionaria, che nel 1798 aveva imposto un'omogeneizzazione forzata di quei territori: i Cantoni svizzeri, ribellandosi, sottoscrissero un patto federale che, da un lato, intese recuperare i precedenti ordinamenti cantonali e, dall'altro, decise di affidare alla Federazione il compito garantire l'indipendenza e di armonizzare le molte differenze che contraddistinguevano la realtà di quel paese: religiose (tra protestanti e cattolici), politiche (tra conservatori e giacobini) ed economiche -.⁵

Nel continente Nordamericano, infine, le colonie inglesi iniziarono una protesta fiscale contro il *Tea Act* del maggio 1773, rivendicando che ogni normativa in materia di tassazione e di politica interna facesse parte della competenza dei Parlamenti delle colonie; dopo il rifiuto inglese di accogliere le loro richieste, dichiararono la loro autonomia dalla madre patria con la Dichiarazione di indipendenza del 4 luglio 1776, mentre successivamente approvarono nella Convenzione di Filadelfia del 1787 una Costituzione federale, intesa come patto tra i territori delle *ex* colonie.

L'obiettivo della scelta federale consisteva nel dar vita a una “*more perfect Union*” tra gli Stati: a tal fine fu approvata un'architettura costituzionale caratterizzata dalla presenza a livello federale di organi di rappresentanza sia nazionale (la Camera e il Presidente) che statale (il Senato); da un criterio di distribuzione delle competenze tra i livelli istituzionali che riguardi tutte le funzioni pubbliche - dall'attività normativa a quella amministrativa e giurisdizionale -; dall'adozione della tecnica degli

4 Per maggiori riferimenti: M. VAN DER BURG, *Transforming the Dutch Republic into the Kingdom of Holland: the Netherlands between Republicanism and Monarchy (1795-1815)*, in *European Review of History*, 2010, 151 ss.

5 Per una panoramica storica: W. MARTIN, *Histoire de la Suisse. Essai sur la formation d'une Confédération d'Etats*, Payot, Paris, 1926 ; E. R. Papa, *Storia della Svizzera dall'antichità ad oggi. Il mito del federalismo*, Bompiani, Milano, 1993; M. BRIDEL, *L'esprit et la destinée de la Constitution fédérale de 1848*, Librairie de l'Université, Lausanne, 1949.

enumerated powers per definire le competenze federali; dalla presenza di clausole a garanzia dell'unitarietà dell'ordinamento come la *supremacy clause* o lo *spending power*.

La codificazione dei diritti fondamentali dell'individuo fu riservata ai singoli Stati, demandando alla Federazione la competenza di regolare solo le posizioni soggettive che necessitano di un trattamento omogeneo; mentre le essenziali funzioni inerenti alla pace e alla sicurezza nazionale rientravano tra i poteri del Presidente e del Senato federale (rappresentativo in misura eguale dei territori). Dall'esercizio di tali attribuzioni fu, invece, escluso Congresso, ritenuto inadeguato a tale ruolo per la sua composizione ampia e fluttuante.

Il federalismo "originale" si caratterizzò anche lo stretto legame che univa la forma federale a quella repubblicana e ai principi del costituzionalismo liberale, individuati nel potere limitato, nel principio di legalità, nella riserva di legge in materia di diritti, nella garanzia della Costituzione)⁶.

Il pensiero federale innovò profondamente alcuni cardini del costituzionalismo liberale e, poi, democratico: con particolare riferimento alle idee di Costituzione, di sovranità e di rappresentanza.

In particolare, negli Stati Uniti d'America si affermò la convinzione che alla base della Costituzione vi fosse un "patto", un accordo riconducibile - secondo un'autorevole e consolidata ricostruzione storica - alla tradizione del *covenant* delle Chiese del *dissent* protestante: tale istituto consisteva in un accordo formale con validità legale garantita dalla divinità, il che consentiva ai contraenti (ai cittadini che essi rappresentavano) di considerare il testo costituzionale alla stregua di un matrimonio, un *regular marriage*, una comunione permanente piuttosto che un mero adempimento formale delle regole.⁷ Il patto costituente affievolì progressivamente la sua valenza religiosa, ma continuò tuttavia a identificare la libera volontà di coloro che lo avevano approvato.⁸

6 Per più ampi riferimenti, mi sia consentito rinviare a: G. ROLLA, *Elementi di diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 2018, 19 ss.

7 Così: F. REY MARTÍNEZ, *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 97.

8 Si veda: B. BAILY, *The ideological Origins of the American Revolution*, Belknap, Cambridge, 1967; B. LONG, *Genesis of the Constitution of the United States of America*, New York, MacMillan 1926; D.S. LUTZ, *The Origins of American Constitutionalism*,

Questa visione della Costituzione condizionò le modalità di esercizio della funzione costituente, nel senso che si affermò progressivamente la convenzione costituzionale in base alla quale l'unione di territori liberi e giuridicamente eguali dovesse essere formalizzata direttamente dai rappresentanti legali dei territori che, appositamente riuniti, esercitano il potere costituente.

Coerentemente, negli Stati Uniti d'America la Costituzione fu approvata dalla *Convention* di Filadelfia del 1787 cui parteciparono i rappresentanti delle ex colonie che avevano dichiarato la propria indipendenza; ma la stessa procedura fu adottata anche, nella fase indipendentistica, da diversi Stati dell'America latina. In Venezuela la prima forma federale fu deliberata dal *Congreso General de las Provincias de Venezuela* subito dopo la dichiarazione di indipendenza del 1811; mentre gli Stati Uniti del Messico presero forma attraverso la concorde decisione delle dieci Deputazioni provinciali che nel 1824 approvarono – insieme alle Costituzioni statali – anche l'istituzione di una Federazione, intesa come un patto fondato sull'eguaglianza tra le Province. Egualmente, la Federazione argentina nacque sulla base della Convenzione costituente di Santa Fe del 1853, cui parteciparono i rappresentanti delle diverse unità territoriali.

L'idea federale sottopose a critica anche la concezione prevalente della sovranità intesa come *summa potestas* non frazionabile.

Le teorie giuridiche, per quanto possa essere elevato il carattere di astrazione e la tendenza alla loro universalizzazione, risentono inevitabilmente della storicità dell'"oggetto" costituzionale: anche in questo caso, quindi, la teoria di Jean Bodin sulla sovranità come *potestas legibus soluta* inevitabilmente risentiva del suo obiettivo politico, consistente nel dare un fondamento alla centralità del potere del Re di Francia nei confronti dell'Impero e del Papato.⁹ In modo non dissimile i rivoluzionari francesi del 1789 si appoggiarono alla teoria del "potere costituente" promossa dall'abate Sieyès, secondo cui il potere sovrano - da considerarsi anteriore e superiore a tutti gli altri- deve ricondursi alla volontà popolare che con un atto "razionale, deliberato e sincronico" fissa le norme di base per l'organizzazione della convivenza civile.¹⁰

Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1988; M. RUBBOLI, *La teologia biblica del patto e la Costituzione americana*, in *Humanitas*, 1, 2010, 15 ss.

9 X. DIEZ DE URDANIVIA, *La Nación, el estado y la técnica federativa*, in *Revista digital de Ideas políticas*, 13, 2020, 27 ss.

10 Per ulteriori riferimenti: M. BARBERIS, *L'ombra dello Stato. Sieyès e le origini rivoluzionarie dell'idea di Nazione*, in *Il Politico*, 1991, 509 ss; M. ALBERTONE, *Le*

Con la crisi dello Stato assoluto e l'affermazione del costituzionalismo, la sovranità ha cessato di essere un dato metagiuridico e non si identifica più in un soggetto concreto: entrando nel regno del diritto, si determina, di conseguenza, una scissione tra titolarità formale e suo concreto esercizio, così come si manifesta attraverso atti giuridici e procedure predeterminate.¹¹

Inizialmente, la fonte ideale della sovranità si colloca nell'idea di Nazione: come emblematicamente ha precisato la Costituzione francese del 1791, "la Nazione, dalla quale provengono tutti i poteri, non può esercitarli se non per delega".

Nel secolo successivo, la dottrina tedesca elabora la teoria della sovranità statale, nel senso che il processo di spersonalizzazione del potere ha alla sua base l'entità astratta dello Stato, mentre l'esercizio sostanziale delle funzioni sovrane compete ai suoi organi (il Parlamento, il Capo dello Stato, la Magistratura): a ciascuno dei quali è affidato l'esercizio di una specifica attività. Questa impostazione ha trovato ampio consenso nelle monarchie costituzionali, di tipo elitario, in cui i caratteri della rappresentatività e della democraticità erano assai limitati.

Lo stesso popolo è concepito essenzialmente come un organo dello Stato. Ad esempio, che secondo il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando "è nello Stato che il popolo trova la sua vera espressione come unità giuridica",¹² mentre le autonomie territoriali furono derubricate ad "amministrazione indiretta dello Stato compiuta....nell'interesse oltre che dello Stato anche proprio".¹³

Il criterio della spersonalizzazione della sovranità si ripropone anche negli ordinamenti che riconoscono la sovranità popolare, dal momento che il divieto di qualsiasi vincolo di mandato tra eletti ed elettori attribuisce agli organi elettivi - il Parlamento *in primis* - l'esercizio sostanziale della funzione legislativa e la centralità all'interno dell'organizzazione costituzionale dello Stato.

ragioni della rappresentanza politica. Una prospettiva storica, in *Teoria politica*, X, 2020, 139 ss.

11 S. ROSSI, *La rappresentanza nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2002, 16.

12 V. E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* in *Diritto pubblico generale*, Milano, 1954, 417 ss.

13 S. ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Ranelletti*, II, Padova 1931, 441.

Già Edward Coke, confermando una consolidata convinzione del costituzionalismo inglese, sosteneva che “sebbene ciascun rappresentante sia scelto da una particolare contea o mandamento, tuttavia una volta che è eletto e siede in Parlamento, egli svolge il suo ufficio per l’intera nazione”; concetti ribaditi in tempi più recenti da Raymond Carré de Malberg, secondo cui i componenti l’assemblea legislativa non rappresentano il collegio elettorale, ma esprimono nel loro complesso la volontà della Nazione.¹⁴ Mentre, sua volta, Hans Kelsen ritenne che il popolo esprimesse la propria volontà tramite il Parlamento, organo giuridicamente indipendente dagli elettori.¹⁵

Una prospettiva alternativa alle precedenti teorie è offerta, su basi differenti, sia dalle dottrine federaliste, che dalla tradizione costituzionale del Regno Unito.

Quest’ultima individuava il titolare (formale e sostanziale) della sovranità nel Parlamento, inteso come organo composto dalla Corona, dalla Camera dei Lord e quella dei Comuni.¹⁶ A sua volta, il pensiero federale

14 R. CARRÉ DE MALBERG *La loi, expression de la volonté général*, Paris, Sirey, 1831.

15 Per una ricostruzione delle teorie sulla sovranità si vada: H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1981, 72; G. BACOT, *Carré de Malberg et l’origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, CNRS, 1985; H.J. LASKY, *Studies in the problem of Sovereignty*, New Haven, Yale University Press, 1917.

Con riferimento alla dottrina italiana: T. MARTINES, *Futuro e declino dei concetti di sovranità e autonomia*, in *Scritti*, I, Giuffrè, 2000, 583 ss; C. MORTATI, *La rilevanza giuridica del concetto di Nazione*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, Giuffrè, 1972; F. CASSELLA, *Profili costituzionale della rappresentanza*, Napoli, Jovene, 1997; S. ROSSI, *La rappresentanza nello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2002.

16 Alla base di siffatta impostazione può essere richiamato l’art.9 della *Bill of Rights* del 1689, secondo cui l’attività del Parlamento non può essere messa in discussione da alcuna Corte o da altro organo al di fuori del Parlamento stesso. In materia si veda l’apporto fondamentale di W.A. DICEY, *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, London, Mac Millan, 1915. In materia si veda anche: A. TORRE, *Albert Venn Dicey: un constitutional lawyer al tramonto dell’età vittoriana*, in *Giornale di storia costituzionale*, 13, 2007, 11 ss; P. LEYLAND, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Torino, Giappichelli, 2005.

La costruzione teorica della sovranità parlamentare, così come elaborata nel Regno Unito, rappresenta sostanzialmente un *unicum*, anche se ha trovato un eco in alcune scelte costituenti: in Spagna, ad esempio, nella Costituzione del 1876, la sovranità fu ripartita tra la Corona e le *Cortes*. In proposito C. LÓPEZ SÁNCHEZ, *La soberanía compartida de 1876 frente a la soberanía nacional de 1812*, in *Revista de Historiografía* 20, 2014, 189 ss

ha frazionato la sovranità tra il centro e i territori: nel senso che tutte le funzioni riconducibili all'esercizio della sovranità sono state distribuite tra i differenti livelli di governo, tra i popoli dei territori che si sono uniti in una Federazione e il popolo nel suo complesso.¹⁷

Anzi, nel disegno costituzionale originario la sovranità apparteneva alle comunità territoriali e soltanto successivamente alla sovranità dei territori si è affiancata quella del popolo americano nel suo complesso: il punto di equilibrio nella distribuzione delle funzioni sovrane, inizialmente incerto, si è progressivamente spostato dagli Stati alla Federazione, in ciò favorita non solo dalla giurisprudenza della Corte suprema, ma anche dal crescente esercizio da parte della Federazione dei numerosi poteri impliciti presenti nel testo costituzionale: come la *supremacy clause*, lo *spending power*, la *commerce clause* e la *necessary and proper clause*.

Infine, anche relativamente al tema della rappresentanza politica il federalismo ha innovato la prospettiva tradizionale sviluppata dal costituzionalismo liberale.

Secondo il pensiero anglosassone la nozione di potere rappresentativo si basava sull'idea che le leggi emanate dal Parlamento e le consuetudini costituzionali fossero dirette a limitare l'intervento della Corona nei confronti dei cittadini¹⁸; mentre, in Francia, la Costituzione del 1791 cercò di circoscrivere l'arbitrio del soggetto sovrano, sottoponendo il suo operato al rispetto delle decisioni assunte in via generale da organi a ciò legittimati in virtù della loro rappresentatività popolare. In entrambi i casi, la funzione di rappresentante politico del corpo elettorale era esercitata dal Parlamento: il popolo non partecipa direttamente alla determinazione delle decisioni politiche, ma solo alla scelta dei componenti l'organo che deve assumerle; in altri termini, il principio rappresentativo ha costituito

17 Vedi: P.BIGLINO CAMPOS, *En las origines del federalismo: la formación del modelo norteamericano*, in *La democracia constitucional*, Madrid, 2002, 1136 ss.

18 Non a caso il *Bill of Rights* del 1689 che regolava i rapporti tra il Parlamento e la Corona, vietava al Re di sospendere le leggi o la loro esecuzione senza il consenso dell'assemblea parlamentare e prevedeva che solo con il consenso del Parlamento potessero essere imposti i tributi e mantenuto un esercito all'interno dei confini in tempo di pace.

la tecnica attraverso cui il popolo (o la Nazione) affidano ad alcuni soggetti le decisioni che essi non possono prendere direttamente¹⁹.

Il pensiero federale “originario” non ha messo in discussione la centralità del Parlamento elettivo, ma ha indicato una prospettiva differente rispetto al costituzionalismo liberale: optando per un assetto bicamerale, in cui le assemblee si caratterizzano per una differente rappresentatività. Se, tradizionalmente, la struttura bicamerale del Parlamento è servita a creare un contrappeso al principio della sovranità nazionale o popolare, la Convenzione di Filadelfia, invece, si è proposta di equilibrare la rappresentanza popolare con quella dei territori.²⁰

In tal modo, le ex colonie si sono allontanate dal tradizionale modello inglese per accogliere un’idea di stampo federativo, capace di mediare tra le opposte visioni di chi sosteneva la sovranità piena degli Stati e chi valorizzava la natura unitaria della Federazione: di conseguenza, al Senato fu affidato il compito di rappresentare in misura paritaria gli Stati (due senatori per Stato) contrapponendosi alla rappresentatività del popolo nel suo complesso espressa dalla Camera. Il valore fondante di tale opzione costituzionale fu confermato dalla scelta dei costituenti di dotare tale scelta di una garanzia rafforzata, secondo cui “nessuno Stato potrà, senza il suo consenso, esser privato della sua parità di suffragio nel Senato”²¹.

2. Il pensiero federale come ideale politico.

L’idea federale “originaria” - prima ancora di essere considerata un “prototipo” cui riferirsi per individuare una specifica forma di Stato (alternativa alle Monarchie e agli Imperi europei) ha rappresentato un ideale politico, un’importante forza ispiratrice i movimenti repubblicani e indipendentistici.

19 Si veda: L. ROSSI, *I principi fondamentali della rappresentanza politica*, Bologna, Fava e Garagnani, 1894, 60 ss; E. CROSA, *Diritto costituzionale*, Torino, Utet, 1937, 358; V. E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, in *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1954; M. ALBERTONE, *Le ragioni della rappresentanza politica. Una prospettiva storica*, in *Teoria politica*, 10, 2020, 139 ss.

20 Anche se, solo soltanto nel 1913, con l’approvazione del XVII emendamento, si passerà dalla designazione dei senatori da parte del legislatore statale all’elezione diretta da parte dei cittadini dei vari Stati.

21 Si veda l’art.V del testo costituzionale.

In America latina le *olas* independentiste furono attratte dalle carte costituzionali del Nord America, così come fu determinante l'apporto teorico fornito dall'opera "La Democrazia in America" di Tocqueville e dai *Federalist Papers* di Jay, Hamilton e Madison; né va trascurato l'influenza culturale esercitata dalle Università dei gesuiti, che resero possibile la conoscenza di opere sino ad allora proibite dall'Inquisizione, con particolare riferimento ai principali testi della rivoluzione francese e del pensiero liberale di lingua inglese. Tali contributi hanno fornito le ragioni che fanno preferire un ordinamento federale a una molteplicità di "sovranità indipendenti e non collegate"; così come hanno evidenziato che l'Unione tra i territori è la soluzione più importante per la pace e la libertà degli Stati, in quanto rappresenta un freno per "quella segreta gelosia che dispone tutti gli Stati ad aggredirsi a spese dei loro vicini"²².

L'alternativa tra federalismo e Stato unitario accentratò contrappose gli schieramenti politici di quel periodo: il primo entrò a far parte dell'"agenda politica" dei partiti liberali, mentre i conservatori si contrapposero come partitari della centralità dello Stato nazionale.

Il favore crescente dei movimenti independentisti dell'America latina nei confronti del principio federale fu alimentato anche dall'approfondimento della Costituzione di Bayona del luglio 1810, la quale offrì alle componenti più evolute della società un modello istituzionale "moderno", in grado sia di superare l'antico regime coloniale e il potere assoluto del Re, sia di far convivere i principi della rivoluzione francese con il riconoscimento dell'autonomia dei territori. In particolare, l'interesse delle élites delle colonie ultramarine si focalizzò sulla presenza nel Preambolo di una visione pattizia della Costituzione (tra il popolo e il trono considerati entrambi come espressione della sovranità), nonché sul riconoscimento dei "*reinos y provincias españolas de América y Asia*" che avrebbero dovuto godere degli stessi diritti della metropoli (art.97) e designare 22 rappresentanti per le Cortes eletti dagli *Ayuntamientos* dei *pueblos* interessati (art.92)²³.

22 Così in *Federalist* n.6. Sul punto, E. de la TORRE VILLAR, J. M. GARCÍA LAGUARDIA, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México, UNAM, 1976.

23 Si veda: J. GARCÍA LAGUARDIA, *Da Bayona a la República federal. Los primeros documentos constitucionales de Centroamérica*, in *Ayer*, 8, 1992, 45 ss.

Se la conoscenza dell'esperienza federale nordamericana produsse concreti effetti istituzionali in America latina, la stessa influì sul bagaglio culturale e ideologico dei movimenti repubblicani in Italia e in Spagna.

Nel corso del Risorgimento italiano l'esperienza federale risultò minoritaria a causa di un contesto nazionale condizionato, per un verso, dalla forza delle Monarchie costituzionale e, per un altro verso, dalla prevalenza di un pensiero repubblicano di ispirazione francese ed inglese (quindi di tipo centralistico). Ciononostante non mancò l'interesse di studiosi e di patrioti risorgimentali, che individuaronò in alcuni aspetti del pensiero federale argomenti convincenti per suscitare la mobilitazione contro la concentrazione del potere propria degli Stati preunitari²⁴.

La conoscenza del costituzionalismo nordamericano fu veicolata dagli scritti di importanti giuristi e studiosi del secolo XIX. Carlo Botta, che pubblicò con successo nel 1809 la "Storia della guerra d'indipendenza degli Stati Uniti", contrappose l'esperienza federale degli Stati Uniti d'America al pensiero rivoluzionario francese e motivò la sua superiorità, in quanto movimento patriottico "ordinato e costruttivo", animato da valori integranti e non escludenti; così come apprezzò l'opzione a favore di un governo rappresentativo, basato non sulla distinzione tra le classi e i ceti, ma sull'eguaglianza dei cittadini²⁵.

A sua volta Giuseppe Compagnoni, titolare della prima cattedra universitaria di diritto costituzionale a Ferrara, pubblicò un compendio di storia americana, apprezzando la capacità della Costituzione del 1787 di cementare un comune senso di appartenenza e di distribuire in modo equilibrato i poteri sovrani tra la Federazione e gli Stati; valorizzò anche la visione patteggiata della Costituzione, ritenendola capace di dissuadere un

24 F. MAZZANTI PEPE (cur.), *Culture costituzionali a confronto. Europa e Stati Uniti dall'Età delle rivoluzioni all'età contemporanea*, Genova, Name, 2005; AA.VV., *Italia e Stati Uniti nell'età del Risorgimento e della guerra civile*, Firenze, La Nuova Italia, 1969; C.GHISALBERTI, *Il sistema politico americano e il costituzionalismo italiano del Risorgimento*, in *Clio*, XXVII, 1992, 341 ss.

25 L. MANNORI, *Modelli di federalismo e suggestioni americane nel costituzionalismo risorgimentale*, in *Culture costituzionali a confronto. Europa e Stati Uniti dall'età delle rivoluzioni all'età contemporanea*, cit., 344. Vedi anche G. BUTTÀ, *Carlo Botta's history of the war of independence of the United States of America*, in *The American Constitution as symbol and reality for Italy*, Lewiston, The Edwin Mellen Press, 1989, 69 ss.

tiranno dall'abrogare i diritti e le libertà garantite²⁶. Meno lineare fu l'analisi di Luigi Angeloni il quale, prima, propose per la futura Italia l'adozione di un sistema federale all'interno di un ordinamento monarchico; mentre successivamente optò per una soluzione repubblicana, attratto dalle "virtù" insite in una forma di governo popolare e rappresentativa²⁷.

Si ispirarono agli Stati Uniti d'America anche i capi della Carboneria i quali ipotizzarono la costituzione della Repubblica di Ausonia, che prevedeva la divisione della penisola in 21 Province, rappresentate ciascuna da un'assemblea, e governata centralmente da un Parlamento federale - composto da rappresentanti delle Province- da un esecutivo consolare e al vertice da due Re elettivi: si trattò di un tentativo, istituzionalmente ingenuo, di trasfondere in un contesto repubblicano e democratico istituti propri dei regimi monarchici ed elitari. D'altra parte, specie nell'Italia meridionale, il repubblicanesimo dei coloni nordamericani dovette necessariamente convivere con l'influsso delle Corti costituenti di Cadice (e la relativa Costituzione del 1812), al punto che Santorre di Santarosa poté affermare che la rivoluzione di Spagna aveva rappresentato "un raggio di sole agli occhi delle armate dell'assolutismo"²⁸.

Il pensiero federale ebbe in Italia una importante maturazione in occasione dei secondi moti repubblicani e indipendentistici (1847-1861). Tralasciando di considerare - per l'impossibilità di una corretta comparazione- le teorie del federalismo neoguelfo che, richiamandosi all'ideale federativo del Gioberti, proponeva che gli Stati esistenti conservassero la

26 G. COMPAGNONI, *Storia dell'America: in continuazione del compendio della storia universale del Sig. Conte di Segur*, in *Società dei classici italiani*, vol. 28, Milano, 1820-1822.

27 F. DELLA PERUTA, *Luigi Angeloni. Nota introduttiva*, in *Democratici premazziniani, mazziniani e dissidenti*, Torino, Einaudi, 1979, 3 ss; M. PETROCCHI, *Un progetto di Stati Uniti d'Italia*, in *Miti e suggestioni nella storia europea. Saggi e note*, Firenze, Sansoni, 1950, 69 ss.

28 SANTORRE DI SANTAROSA, *Storia della rivoluzione piemontese del 1821*, Torino, 1850, 27.

In merito ai moti che ispirarono alla Costituzione di Cadice si veda: P. COLOMBO, *Costituzione come ideologia. Le rivoluzioni italiane del 1820-21 e la costituzione di Cadice*, in *La nazione cattolica. Cadice 1812: una costituzione per la Spagna*, Bari, Lacaíta, 1998, 133 ss; M. S. CORCIULO, *Una rivoluzione per la costituzione (1820-21). Agli albori del risorgimento meridionale*, Pescara, ESA, 2010; C. LATINI, *Per il "comune bene": modelli di federalismo e nazionalismo nell'Italia del risorgimento*, in *Historia constitucional*, 14, 2013, 307 ss.; F. MORELLI, *Constitución y federación sin Estado. El modelo constitucional gaditano en el Risorgimento o italiano*, in *Revista de Estudios Políticos*, 175, 2017, 243 ss.

loro autonomia sotto la guida morale del Papa,²⁹ i principali cultori del pensiero federale possono essere individuati in Francesco Ferrara, Giorgio Asproni, G.B. Tuveri e, soprattutto C.Cattaneo e Giuseppe Ferrari.

Il primo, convinto sostenitore delle esperienze maturate nella Confederazione svizzera e negli Stati Uniti d'America, si contrapponeva ai repubblicani di ispirazione mazziniana che intendevano neutralizzare le diversità etniche dei popoli all'interno della nozione di Nazione italiana, proponendo insieme alla "nostra indipendenza" la "confederazione di tutti i popoli italiani"³⁰.

G. Asproni e G.B. Tuveri, esponenti di punta del pensiero federale sardo, si proponevano come obiettivo primario di risolvere il nodo irrisolto della "questione sarda", contrapponendosi all'avvenuta fusione dell'isola con il Piemonte.

Il primo riteneva che l'indipendenza e la libertà degli italiani dovessero scaturire da una rivoluzione di popolo e, solo successivamente, dopo aver allontanato i monarchi e i principi, si sarebbe potuto dar vita a una Federazione repubblicana della quale la Sardegna era parte come entità autonoma. Tuveri, a sua volta, ispirandosi al "Principio federativo" di *Proudhon*, ipotizzò una soluzione istituzionale intermedia tra la prospettiva confederale e quella federale, ispirandosi sia alle dinamiche degli Stati Uniti d'America successive all'approvazione della Costituzione, sia alla riforma costituzionale svizzera successiva al tentativo di secessione da parte di sette Cantoni del 1847³¹.

Importante fu, inoltre, il contributo culturale e politico offerto da Giuseppe Ferrari: a suo avviso la costruzione della Nazione italiana avrebbe potuto realizzarsi solo come alleanza di popoli liberi; non a caso, dopo la delusione per l'epilogo dei moti del 1848, pubblicò l'opera "La federazione repubblica" in cui - riflettendo sull'esperienza della rivoluzione federale degli Stati Uniti d'America-, sostenne che tale obiettivo dovesse

29 Si veda: G.RUMI, *Gioberti*, Bologna, Il Mulino, 1999.

30 Si rinvia a: A. M. LAZZARINI DEL GROSSO, *Il federalismo sconfitto: Francesco Ferrara e Giuseppe Ferrari*, in *Storia e percorsi del federalismo*, Bologna, Il Mulino, 2005, 133 ss; P. ASSO, P. BARUCCI, M. GANCI, *Francesco Ferrara e il suo tempo*, Roma, Bancaria, 1990.

31 Si rinvia a: G. CONTU, *Il pensiero autonomista e federalista in Sardegna*, Cagliari, Fondazione Banco Sardegna, 2008.

essere conseguito dando vita a una coalizione di repubbliche nate dalle rivoluzioni contro i comuni nemici³².

La soluzione federale prospettata da C. Cattaneo, infine, ebbe una base prevalentemente filosofica ed economica, risentendo in misura marginale del "prototipo" nordamericano. Essa si caratterizzò come una proiezione dell'idea di "libertà repubblicana", intesa come la libertà dei territori che si affiancava alle tradizionali libertà individuali derivate dalla rivoluzione francese. Come a ciascun individuo dovrebbe essere riconosciuta la maggior libertà compatibile con quella degli altri, così per ciascuna Nazione e Comune dovrebbe essere codificata la maggior autonomia per provvedere alla cura dei propri interessi.³³ Di conseguenza, la costruzione della Nazione italiana non sarebbe dovuto avvenire in virtù di una strategia di annessione da parte della Monarchia sabauda, bensì attraverso un'unione "dal basso" che riconoscesse le identità storiche e le peculiarità degli *ex* Stati della penisola.

In Spagna, a differenza che in Italia, l'incidenza del pensiero federale nordamericano fu minore, sovrastato dall'interesse per il cantonalismo svizzero, per l'ipotesi di "federalismo monarchico" discussa all'interno delle *Cortes* di Cadice e per i movimenti indipendentistici e federali in America latina.³⁴ Sul piano filosofico fu significativa l'influenza del

32 In concreto propose una Federazione delle Repubbliche di Lombardia, di Venezia, di Toscana, di Roma, di Napoli, di Piemonte, di Parma, di Modena Così in: G. FERRARI, *La Federazione repubblicana*, Londra, senza editore, 1851. Vedi anche: G.FERRARI, *Scritti politici*, Torino, Utet, 1973, 105.

In dottrina: A. M. LAZZARINI DEL GROSSO, *Il federalismo sconfitto: Francesco Ferrara e Giuseppe Ferrari*, in Preda, Vercelli, I, 151 ss; S.ROTA GHIBAUDI, *Giuseppe Ferrari. L'evoluzione del suo pensiero (1838-1860)*, Firenze, Olschki, 1969; S. ROTA GHIBAUDI, R. GIRINGHELLI, *Giuseppe Ferrari e il nuovo Stato italiano*, Milano, Cisalpino, 1990; IDEM, G. Ferrari. *L'evoluzione del suo pensiero (1838-1860)*, Firenze, Olski, 1969; G. ANGELINI, A. COLOMBO, V.P. GASTALDI, *La galassia repubblicana, Voci di minoranza nel pensiero politico italiano*, Milano, Franco Angeli, 1998; M. SCHIATTONE, *Alle origini del federalismo italiano*. Giuseppe Ferrari, Bari, Dedalo, 1996.

33 Cfr., M. THOM, *Europa, libertà e nazioni: Cattaneo e Mazzini nel Risorgimento*, in *Storia d'Italia. Annali*, 22, Torino, Einaudi, 2007, 331 ss; L. AMBROSOLI (cur.), *Carlo Cattaneo e il federalismo*, Roma, Istituto poligrafico, 1999; L. ZANZI, *Cattaneo: il federalismo di fronte alla storia*, in *Storia e percorsi del federalismo*, I, Bologna, Mulino, 2005; F. DELLA PERUTA, *Carlo Cattaneo politico*, Milano, Franco Angeli, 2001.

34 Vedi J. GARCÍA FERNÁNDEZ, *El origen del municipio constitucional: autonomía y centralización en Francia y en España*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1983, 93 ss.

pensiero di Proudhon il quale, prendendo spunto dalle vicende politiche che, nel settembre del 1845, avevano interessato sette cantoni cattolici della Confederazione svizzera che si erano uniti per protestare contro la decisione del Consiglio federale di espellere dal territorio dello Stato i gesuiti, si differenziò dai giacobini che avevano appoggiato la scelta dei radicali svizzeri.

Tale filosofo criticò la tirannia del centralismo e rafforzò il suo convincimento che il problema delle nazionalità non possa essere affrontato positivamente in ordinamenti statali centralizzati: di conseguenza riconobbe la superiorità del federalismo svizzero rispetto al centralismo francese e optò per assetti istituzionali organizzati sulla base di piccole nazionalità, espressione della realtà sociale.³⁵

All'interno dei movimenti nazionalisti spagnoli del XIX secolo trovò un certo consenso l'idea che un'organizzazione di tipo federale fosse l'assetto istituzionale più idoneo per realizzare l'Unione dei quattro popoli di Castiglia, Catalogna, Galizia e Euskadi.

Secundo questa prospettiva, ad esempio, il movimento nazionalista gallego individuò nella codificazione di un assetto federale la condizione affinché la Galizia potesse rinunciare "voluntariamente de sus derechos todo cuanto fuese indispensable para crear la soberanía del Estado español"; mentre, il *Proyecto de Constitución para el futuro Estado gallego*, elaborato nel 1887 dall'Assemblea federale di Lugo, ipotizzò una Confederazione iberica nella quale la Galizia, come Stato autonomo e sovrano, si lega agli altri "Estados hermanos de la Nación española" dando vita a una Patria comune³⁶.

A sua volta Romualdo Lafuente elaborò nel 1864 un progetto di Costituzione repubblicana e federale, il quale - ispirandosi all'esperienza nordamericana - prevedeva una pluralità di Stati indipendenti con competenze inerenti a "sus gobiernos interiores, económicos y administrativos",

35 Cfr., B. VOYENNE, *Histoire de l'idée fédéraliste. Le fédéralisme de P.J. Proudhon*, Paris, Presses d'Europe, 1973; J. CAGIAO Y CONDE, *El federalismo español en la historia: volvamos a Proudhon*, in *Res publica*, 16, 2006, 120 ss. Si veda anche: P. J. PROUDHON, *De la Justice dans la Révolution et dans l'Eglise*, Paris, Fayard, 1988, 736.

36 Così, D. CASTELAO, *Sempre in Galizia*, Buenos Aires, As Burgas, 1961, 319. Si veda anche: M. MÜRGÜÍA, *Historia de Galicia*, I, A Coruña, Librería de don Eugenio Carré, 1865; R. MÁIZ, *O rexionalismo galego. Organización e ideoloxía*, A Coruña, O. Castro, 1994; IDEM, "España" y "Estado español" en el discurso político del nacionalismo gallego histórico (1886-1993), cit., 177 ss.

mentre si limitava a elencare le funzioni che si sarebbero dovute esercitare in ambito centrale. Infine, un successivo progetto di Costituzione federale elaborato da Cala y Díaz Quintero nel 1873 qualificherà i Municipi e i Cantoni come “organismi politici della Nazione”.³⁷ Mentre, l’effimera Costituzione democratica del 1869 attribuì alle Deputazioni provinciali e ai Comuni alcune competenze relative agli “interessi peculiari” dei territori, sia pure all’interno di un sistema di relazioni inter istituzionali di tipo gerarchico, dal momento che gli enti locali sarebbero stati sottoposti al controllo degli organi centrali dello Stato, mentre era riservato al Re e alle Cortes la competenza ad intervenire “para impedir que las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos se extralimiten de sus atribuciones en perjuicio de los intereses generales y permanentes”³⁸.

La convulsa fase politica che caratterizzò il triennio 1871 – 1873 vide un fiorire di progetti federali culturalmente interessanti, ma privi di effettività.

Nel 1871, il periodico di Barcellona “La Independencia” pubblicò una serie di articoli dedicati a “La República Democrática Federal en Suiza” i quali, analizzando la storia e l’organizzazione sia della Confederazione svizzera che degli Stati Uniti d’America, prospettarono per la Spagna una struttura federale basata su tre principi fondamentali: la centralità delle nazionalità storiche, una sovranità ripartita tra la Nazione e le autonomie federate, un’idea pattizia di Costituzione, intesa come patto sinallagmatico tra diverse unità territoriali libere, autonome e sovrane (Municipi, Cantoni, Nazione)³⁹.

Infine, in occasione della III Assemblea del partito federalista, convocato per il febbraio del 1872, fu presentato un progetto di organizzazione federale, che associava provvisoriamente allo Stato anche le colonie, sino al momento in cui non avessero conseguito una adeguata “maturità”

37 F. PEYROU, *Los orígenes del federalismo en España: del liberalismo al republicanismo. 1808-1868*, in *Historia contemporánea*, 22, 2010, 278 ss; M. SUÁREZ CORTINA, *Utopías, chimeras y desencanto. El universo utópico de la España liberal*, Santander, Universidad de Cantabria, 2008.

38 Vedi: Art. 99 della Costituzione del 1869.

39 Cfr., J. POMÉS-VIVES, *El federalismo regionalista catalán de base krausista durante el sexenio democrático (1868-1874)*, in *Historia Contemporánea*, 55, 2017, 421ss; F. PEYROU, *Los orígenes del federalismo en España: del liberalismo al republicanismo. 1808-1868*, in *Historia contemporánea*, 22, 2010, 278 ss; M. SUÁREZ CORTINA, *Utopías, chimeras y desencanto. El universo utópico de la España liberal*, Santander, Universidad de Cantabria, 2008.

politica⁴⁰. Si trattava di una formula associativa innovativa che, sotto il profilo del diritto comparato, si può collegare al rapporto che, qualche anno prima, il Regno Unito aveva instaurato con il *Dominion* canadese approvando nel 1867 il *British North America Act*.⁴¹ Tuttavia, tale proposta presentava il limite di un'eccessiva indeterminatezza, in quanto non venivano precisate le condizioni che le colonie avrebbero dovuto soddisfare per acquisire l'indipendenza⁴².

Questa intensa fase di progettazione dell'idea federale ebbe il suo coronamento nel progetto di Costituzione del 1873 che, se da un lato, suscitò l'interesse dei giuristi per alcune scelte innovative, dall'altro lato si caratterizzò per una gestazione particolarmente travagliata che gli impedì di ottenere all'interno della Commissione costituzionale la maggioranza necessaria per la sua entrata in vigore⁴³.

In base a tale progetto, gli Stati - che si sarebbero dovuti costituire sulla base di patti stipulati liberamente dai diversi territori - avrebbero dovuto esercitare una piena autonomia economica, amministrativa e politica, compatibilmente con l'esistenza della Nazione (art. 92), potevano dotarsi di una Costituzione coerente con quella della Nazione (art.93); i loro organi politici dovevano essere eletti a suffragio universale (art.94), mentre partecipavano all'organizzazione nazionale attraverso una rappresentanza di 4 senatori eletti dalle rispettive *Cortes* (art.52). A sua volta, il meccanismo di distribuzione delle competenze si basava sul criterio della "doppia lista": l'art.99 elencava alcuni settori precluse alla competenza statale (diritti individuali, forma democratica repubblicana, unità e integrità della patria);

40 In particolare l'art. 53 del progetto disponeva che "España reconoce no tener propiedad ne dominio sobre sus colonias. Ejerce una tutela temporal cuyo término fijarán oportunamente las Cortes"; mentre l'art. 58, a sua volta, riconosceva agli abitanti delle colonie gli stessi diritti degli spagnoli e lo *status* di cittadino. A. SÁNCHEZ ANDRÉS, *La alternativa federal a la crisis colonial. Las colonias en los proyectos de organización federal del Estado, 1872-1873*, in *Revista complutense de Historia de Américas*, 23, 1997, 193 ss.

41 In merito al federalismo anomalo canadese si rinvia a *infra* p.....

42 A. SÁNCHEZ ANDRÉS, *La alternativa federal a la crisis colonial. Las colonias en los proyectos de organización federal del Estado, 1872-1873*, in *Revista complutense de Historia de Américas*, 23, 1997, 193 ss.

43 Il progetto fu presentato alla Commissione costituzionale il 17 luglio e la discussione iniziò l'11 agosto, ma successivamente i lavori furono interrotti; il testo finale, inoltre, fu trasmesso con ritardo al Parlamento per la sua approvazione, mentre il voto finale del 26 dicembre ebbe esito negativo.

gli artt.96 e 98 attribuivano agli Stati il potere di sviluppare la loro politica in materia di industria, opere pubbliche, viabilità regionale, beneficenza, istruzione, scuole di grado superiore e Università, nonché negli “asuntos civiles y sociales” non riservati al Potere federale (art. 96 e 98)⁴⁴.

Orientamenti contrapposti si manifestarono, infine, in tema di rappresentatività del Parlamento: se la componente maggioritaria riteneva che i deputati dovessero rappresentare la Nazione spagnola, intesa come l’unione di tante volontà individuali, la minoranza repubblicana sosteneva, invece, che i parlamentari dovessero rappresentare i territori in cui erano stati eletti.

In sintesi, si può sostenere che, per un verso, progetto costituzionale evidenzia il condizionamento culturale esercitato dalla Costituzione del 1812, la quale aveva lasciata aperta la possibilità del “reconocimiento de cierto grado de soberanía por razones históricas, territoriales”;⁴⁵ per un altro verso, sembra anticipare alcuni aspetti della Costituzione della Seconda Repubblica spagnola⁴⁶.

3. Il superamento del federalismo “originario”: l’affermazione del federalismo “ibrido” latinoamericano e dell’ “anomalia” federale in Canada

Un confronto meramente formale dei testi costituzionali potrebbe indurre a ritenere che le Carte costituzionali approvate in America latina nella fase dell’indipendenza abbiano inteso riproporre i caratteri essenziali

44 Cfr., C. PÉREZ ROLDÁN, *El partido republicano federal*, Madrid, Endymion, 2001, 68 ss; A.DE BLAS GUERRERO, *Tradición republicana y nacionalismo español*, Madrid, Tecnos, 1991; T. PÉREZ VEJO, *Nación, identidad nacional y otros mitos nacionales*, Madrid, Nobel, 1999; N. TOWNSON, *El republicanismo in España*, Madrid, Alianza, 1994; J. FERRANDO BADIA, *Historia político-parlamentaria de la República de 1873*. Madrid. Edicusa, 1973, M.TEIXIDÓ FERRER, *La idea de España para el Republicanismo federal*, in *Las escalas del pasado*, cit., 155 ss;

45 In tema: J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Nación, representación y articulación territorial del Estado en las Cortes de Cádiz*, in *Criterio Jurídico*, 11, 2011, 15; J. M. VIDAL BELTRÁN, *La cuestión territorial en la Constitución de Cádiz de 1812. Federalismo e independencia*, in *Revista Española de la Función Consultiva*, 19, 2013, 631 ss; G.TRUJILLO, *El federalismo español*, Madrid, Cuadernos para el diálogo, 1967; J. TRÍAS, A. ELORZA, *Federalismo y Reforma Social en España*, Madrid, Seminarios y Ediciones, 1975; C.A.M. HENNESSY, *La República Federal en España*. Madrid, 1966, 83; M. CHUST (ed.), *Federalismo y cuestión federal en España*, Castellón de la Plana, Universitat Jaume I, 2004.

46 In merito, si veda *infra*,

della Costituzione federale degli Stati Uniti d'America del 1776: tale impressione può avere un fondamento qualora si consideri la *vis* attrattiva esercitata da tale documento: d'altra parte, la sua conoscenza fu favorita dalla diffusione in lingua spagnola di alcuni testi fondamentali come "Democrazia in America" di Tocqueville e, soprattutto, e i *Federalist Papers* di Jay, Hamilton e Madison⁴⁷.

Il loro contenuto contribuì a dotare le formazioni politiche liberali di una base teorica idonea ad affrontare i molti temi connessi alla costruzione dei nuovi Stati che dovevano formarsi una volta conquistata l'indipendenza; così come il *federal process* delle ex colonie inglese entrò a far parte dell'"agenda politica" dei partiti liberali, contrari al centralismo proprio dei conservatori; mentre le componenti più radicali del movimento indipendentista individuaronò nel riconoscimento ai territori di un'ampia autonomia politica un antidoto al dispotismo del potere centrale e una garanzia contro i tentativi di mettere in pericolo i diritti e le libertà individuali⁴⁸.

Inoltre, l'esperienza delle ex colonie inglese rafforzò la convinzione che l'idea federale dovesse necessariamente convivere con quella repubblicana, al fine di dar vita a ordinamenti democratici e rappresentativi, aperti al riconoscimento dei diritti e dei doveri fondamentali dell'individuo⁴⁹.

Alla luce di queste considerazioni si può affermare che le carte costituzionali della fase indipendentistica furono "naturalmente" influenzate dal testo della Costituzione del 1776. Ad esempio, l'istituzione del Senato come Camera di rappresentanza dei territori è presente nella Costituzione

47 M. FERRER MUÑOZ, J. LUNA CARRASCO, *Presencia de doctrinas constitucionales extranjerias en el primer liberalismo mexicano*, México, UNAM, 1996; A. ROIG, *El pensamiento social y político iberoamericano del siglo XIX*, Madrid, Trotta, 2000; J. A. AGUILAR RIVERA, R. ROJAS, *El republicanismo en Hispanoamérica*, México, CIDE, 2002; A. ANNINO, R. BUVE, *El liberalismo en México*, Hamburg, Verlag, 1993; S. MERLE SIMMONS, *La revolución norteamericana en la independencia de Hispanoamérica*, Madrid, MAPFRE, 1992.

48 Vedi E. de la TORRE VILLAR, J. M. GARCÍA LAGUARDIA, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México, UNAM, 1976.

49 Sul rapporto tra Repubblica e federalismo si rinvia a: G.ROLLA, *Federalismo e Regionalismo in Europa. Alcune riflessioni sulle dinamiche in atto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, numero speciale, 685 ss. Si veda anche: F. FERNANDEZ SEGADO, *El federalismo en América Latina*, México, UNAM, 2003.

messicana del 1824⁵⁰, nella Costituzione della Colombia del 1821⁵¹, nella Costituzione argentina del 1853 e nell'art. 30 della Costituzione brasiliana del 1889⁵².

Così come i primi sistemi federali dell'America latina hanno fatto propri la tecnica degli *enumerated powers* per determinare le competenze della Federazione,⁵³ la previsione di clausole generali che legittimino un intervento dei poteri federali in ambiti materiali riservati agli Stati;⁵⁴ oppure il criterio della partecipazione (diretta o indiretta) dei territori ai procedimenti di revisione costituzionale.⁵⁵

50 "La base para nombrar los representantes de la cámara de diputados, será la población. Cada estado nombrará dos senadores, según prescriba la Constitución".

51 "El Senado de Colombia se compone de los Senadores nombrados por los Departamentos de la República, conforme a esta Constitución. Cada departamento tendrá cuatro Senadores".

52 Secondo l'art. 46 della Costituzione argentina del 1853 ("El Senado se compondrá de dos senadores de cada provincia elegidos por sus Legislaturas a pluralidad de sufragios; y dos de la Capital elegidos en la forma prescrita para la elección del presidente de la Nación"), mentre l'art. 30 della Costituzione brasiliana del 1889 statuisce che "O Senado compõe-se de cidadãos elegíveis nos termos do art. 26 e maiores de 35 anos, em número de três Senadores por Estado e três pelo Distrito Federal, eleitos pelo mesmo modo por que o forem os Deputados".

53 Alla base del Patto federativo che ha prodotto la Costituzione del Venezuela del 1811 vi è l'affermazione che "en todo lo que por el Pacto Federal no estuviere expresamente delegado a la Autoridad general de la Confederación, conservará cada una de las Provincias que la componen, su Soberanía, Libertad e Independencia: en uso de ellas, tendrán el derecho exclusivo de arreglar su Gobierno y Administración territorial. Disposizioni simili si rinvencono nell'art.20 della Costituzione messicana del 1824 ("El gobierno de cada estado se dividirá para su ejercicio en los tres poderes legislativo, ejecutivo, y judicial"), nell'art.105 della Costituzione argentina del 1853 ("las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación"). Così come secondo la Costituzione del Brasile rientra nelle competenze dello Stato "todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição."

54 Come l'intervento federale per garantire la forma repubblicana di governo o respingere invasioni straniere o di altre Province (art. 6 Costituzione Argentina); ovvero clausole indeterminate capaci di interferire su di una pluralità di materie di competenza provinciale come quella contenuta nell'art. 67 della Costituzione argentina, ovvero nell'art. 13.2 della Costituzione messicana.

55 La Costituzione argentina ha optato per la partecipazione al procedimento di revisione costituzionale del Senato e richiede una deliberazione assunta a maggioranza dei 2/3 dei componenti (art. 30); mentre la Costituzione del Brasile fa riferimento alla

Ciononostante, al di là delle affinità linguistiche, il giudizio storico impone di considerare che l'affinità tra le due esperienze sia più formale che sostanziale.

In primo luogo, per gli Stati Uniti d'America il federalismo fu una scelta irreversibile, come testimonia la posizione assunta dalla Federazione e dalla Corte Suprema in occasione del deflagrare della guerra civile. Tale vicenda – che coinvolgeva profili essenziali della forma di Stato come la nozione di sovranità e i poteri della Federazione nei confronti dei singoli Stati – produsse una demonizzazione politica e istituzionale della secessione: l'approvazione del XIV emendamento, alla fine della guerra civile, potenziò il ruolo del legislatore e dei giudici federali a garanzia delle minacce alla libertà provenienti dagli Stati;⁵⁶ a sua volta, la Corte Suprema assecondò tale processo qualificando il federalismo nordamericano come “*a more perfect Union*” in cui ciascuno Stato fa parte dell'Unione non in base a un contratto, ma in virtù della Costituzione.⁵⁷

Diversamente, per molti ordinamenti dell'America latina il dilemma tra federalismo o centralismo ha attraversato la loro storia; il contrasto tra queste alternative fu assai aspro, generando non solo scelte istituzionali

partecipazione diretta degli Stati, prevedendo che due terzi delle Province possono sollecitare la revisione costituzionale con una deliberazione approvata dalla maggioranza dei componenti di ciascuna Assemblea legislativa (art. 90).

La Carta costituzionale della Colombia, a sua volta, prevedeva il rinnovo del corpo legislativo secondo il principio per cui l'assemblea che propone la modifica della Costituzione non può procedere anche all'approvazione del nuovo testo Secondo l'art. 190 della Costituzione del 1821, se i 2/3 di ciascuna Camera richiede la riforma di alcuni articoli costituzionali, si dovrà rinnovare almeno la metà dei membri delle Camere, i quali potranno quindi deliberare la revisione costituzionale a maggioranza di almeno i 2/3 di ciascuna assemblea

56 Tale emendamento affermava che nessuno Stato potrà approvare o applicare coattivamente una legge che diminuisca i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti.

57 Così in *Texas v. White* (1869).

Più in generale, in merito alla guerra civile nord americana si veda: C. CALHOUN, *Secessione e libertà*, Torino, La Rosa, 2007; L. M.BASSANI, *Stati e Costituzione: il federalismo autentico di John C. Calhoun (1782-1850)*, in *Economia*, 1,2015,291 ss; A. LA PERGOLA, *Residui contrattualistici e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1969; M.BASSANI, *Gli Antifederalisti. I nemici della centralizzazione in America (1787-1788)*, Torino, IBL, 2011; R. LURAGHI, *La guerra civile americana*, Bologna, il Mulino, 1978.

effimere e prontamente contraddette, ma anche dando vita sia a ipotesi federali impregnate di centralismo, sia a forme di Stato accentrate, ma aperte al riconoscimento dell'autonomia per i territori.⁵⁸

Inoltre, non va sottovalutato il condizionamento culturale esercitato dalla Spagna: tre secoli di dominazione politica non potevano non lasciare un segno indelebile nell'identità del continente, in virtù dell'eredità della religione cattolica, della tradizione giuridica spagnola e portoghese e del fattore linguistico che ha rappresentato un potente veicolo di comunicazione delle idee.⁵⁹ Tra l'altro, al momento di individuare i confini interni degli Stati federali fu determinante la tradizione amministrativa delle Deputazioni provinciali introdotte dalla Costituzione di Cadice in Messico, delle *capitanías hereditarias* in Brasile e dei *pueblos* e dagli *ayuntamientos* in Argentina.⁶⁰

Nel medesimo tempo, non vanno trascurate neppure le profonde differenze che contraddistinguono i singoli ordinamenti del continente latinoamericano; in proposito – come sostenuto da un autorevole giurista – si sarebbe in presenza di un “universo semantico” al cui interno convivono realtà non omogenee, anche se accomunate da alcuni elementi agglutinatori.⁶¹

Questo aspetto complica il lavoro del comparatista il quale si trova a dover confrontare una pluralità di ordinamenti che, pur presentando

58 Si veda in merito: J. REYES HEROLES, *Federalismo y centralismo, México: historia y política*, Madrid, Tecnos, 1987, 151 ss; J. CARPIZO, *Federalismo en Latinoamérica*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 1973.

59 In proposito si rinvia a: F. FERNÁNDEZ SEGADO, *España e Iberoamérica: una reciproca permeabilidad constitucional*, in *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 2003, 13 ss. C. GARRIGA, *Historia y Constitución: trayectos del constitucionalismo hispano*, México, Instituto Mora, 2010; N. L. BENSON, *La aportación de España al federalismo mexicano*, in *Revista de la Facultad de derecho de l' Universidad de México*, 29, 1958; R. DE LABRA, *Relaciones de España con las Repúblicas hispanoamericanas*, Madrid, Ed. Alfredo Alonso, 1910.

60 Si veda, l'organica comparazione compiuta da: F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El federalismo en América latina*, Mexico, 2003, 31 ss.

In generale: R. DE LABRA, *Relaciones de España con las Repúblicas hispanoamericanas*, Madrid, Ed. Alfredo Alonso, 1910; R. BREÑA, *Cádiz a debate: actualidad, contexto y legado*, México, El Colegio de México, 2014; M. FERRER MUÑOZ, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España*, México, UNAM, 1993; E. MARTIRÉ, *La Constitución de Bayona entre España y América*, Madrid, CEPC, 2000.

61 J. CARPIZO, *Derecho constitucional latinoamericano y comparado*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 114, 2005, 949 ss.

profili formali e fonti di ispirazione comuni, hanno seguito processi di federalizzazione autonomi e rivelano un differente rendimento istituzionale: il federalismo in America latina offre esempi di ordinamenti federali promossi dai territori, ma anche di altri nati in seguito a una dinamica devolutiva, attraverso il decentramento delle funzioni dal centro.

Appartiene alla prima tipologia l'esperienza storica del Messico, dove il *federalizing process* fu avviato dalle Deputazioni provinciali (Jalisco, Zacatecas, Guanajuato, Puebla, Yucatàn, Oaxaca, Michoacán, San Luis Potosí, Querétaro) che, dopo aver affermato la propria indipendenza, diedero vita alla Federazione attraverso un patto tra territori indipendenti e posti in posizione di eguaglianza all'interno della Federazione.⁶² Opposta è, invece, l'esperienza venezuelana: se la Dichiarazione di Indipendenza del 1811 formalizzò un mero accordo tra i territori, senza tuttavia dar vita a un ordinamento nuovo ed unitario, le Costituzioni del 1819 e del 1821, invece, su influenza di Simón Bolívar, istituirono uno Stato unitario, suddiviso in Dipartimenti sotto il controllo del Governo nazionale. Mentre la Costituzione del 1858, introducendo il principio dell'elezione a suffragio universale dei governatori locali, favorì nei fatti l'affermazione di un federalismo caratterizzato da un *caudillismo* provinciale.⁶³

Se i sistemi federali dell'America latina si sono essenzialmente plasmati attraverso un processo di ibridazione tra l'esperienza degli Stati Uniti d'America e la tradizione amministrativa del colonialismo spagnolo, nel

62 Tra i molti contributi si segnalano: M. G., OROPEZA *El federalismo*, México, UNAM, 1995. M. FERRER MUÑOZ, *La formación de un Estado nacional en México. El imperio y la República federal: 1821-1835*, México, UNAM, 1995; D. VALADÉS, *Presupuestos históricos del federalismo mexicano*, in G. TRUJILLO (coord.) *Federalismo y regionalismo*, Madrid, CEPC, 1979, 197 ss; A. CÁNOVAS, *El federalismo mexicano*, México, Mex Editores, 1960; D. A. BARCELÓ ROJAS, *Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano*, México, UNAM, 2009.

63 A. BREWER CARÍAS, *Angostura, 1819. La reconstrucción y la desaparición del Estado del Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019, 43 ss; A. BREWER CARÍAS, E. VILORIA VERA, A. AGUIAR, *La Independencia y el Estado constitucional en Venezuela: Como obra de civiles (19 de abril de 1810, 5 de julio de 1811, 21 de diciembre de 1811)*, Miami, Editorial Jurídica Venezolana, 2018; C. PARRA PÉREZ, *Historia de la Primera República de Venezuela*, Caracas, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1959; E. PLAZA, R. COMBELLAS, *Procesos Constituyentes y Reformas Constitucionales en la Historia de Venezuela: 1811-1999*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005; P. GRASES, *Pensamiento político de la emancipación venezolana*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1988; J. ROMERO, L. A. ROMERO, *Pensamiento político de la emancipación 1790-1825*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1977.

caso delle colonie inglesi del Basso e dell'Alto Canada si realizzò un federalismo "anomalo" alimentato non da una tensione unitaria, ma piuttosto dalla ricerca di un punto di equilibrio tra la tendenza alla conservazione delle differenti identità di origine e la necessità di collaborare in ambito continentale.⁶⁴ Le tappe di questo travagliato percorso sono state scandite da una successione di atti di rilievo costituzionale: dal *Constitution Act* del 1791 all' *Act of Union* del 1840, dal *British North America Act* del 1867 al *Constitution Act* del 1982.

Il primo documento si propose essenzialmente di dividere il territorio (prima incluso nella colonia del Québec) nelle due colonie del Basso e Alto Canada, entrambe organizzate secondo la tradizione inglese: tale scelta mirava, sul piano politico, a trasferire progressivamente l'esercizio del potere esecutivo dalla madre patria alle Province; mentre, dal punto di vista economico, si proponeva di favorire lo sviluppo delle infrastrutture necessarie per potenziare le comunicazioni e i trasporti.⁶⁵

A sua volta, l'*Act of Union* del 1840 - adottato in seguito alla ribellione delle Province dell' *Upper* e *Lower* Canada - perseguì prioritariamente l'obiettivo di affrontare la questione francocanadese.⁶⁶ Sotto il profilo dell'organizzazione costituzionale fu istituito un Parlamento unico e a ciascuna Provincia fu riservato un numero eguale di seggi nonostante la diversa consistenza della popolazione,⁶⁷ Kingston divenne la capitale dell'Unione e si perfezionò in senso parlamentare la forma di governo introducendo la regola della responsabilità politica dell'esecutivo nei confronti del Parlamento.

Tale soluzione intendeva affermare il ruolo centrale della maggioranza britannica, protestante e della componente franco-canadese (di religione cattolica); mentre la scelta di unificare le finanze dei due territori si

64 Così L. CODIGNOLA, L. BRUTI LIBERATI, *Storia del Canada*, Milano, Bompiani, 1999, 279 ss.

65 Sul punto si veda: M. OLIVETTI, *Le origini del regime parlamentare in Canada: il Constitution act (1791), l'Act of union (1840) ed il riconoscimento per via convenzionale del responsible government (1848)*, in *Diritto e società* 4, 2017, 743 ss.

66 L'obiettivo individuato non fu conseguito appieno, anche se la legge approvata dalla Camera dei Comuni assicurò al sistema una certa stabilità.

67 Infatti, gli abitanti del Canada Ovest erano 450.000 contro i 650.000 abitanti del Canada est.

proponeva di compensare l'elevato debito dell'Alto Canada con l'apporto del solvibile *Lower Canada*.

L'intenzione di privilegiare una componente etnica a discapito dell'altra fu reso palese dall'introduzione nel documento di rango costituzionale del divieto di uso ufficiale della lingua francese. Tuttavia, il tentativo di assimilazione del gruppo linguistico e religioso minoritario non fu portato a compimento, in quanto, qualche decennio dopo, tale *Act* fu superato da un più organico disegno costituzionale che si concretizzò con l'approvazione da parte dei delegati delle Province - che si riunirono a Charlottetown-del *British North America Act* nel 1876.

Anche questo assetto istituzionale si ispirava all'ordinamento costituzionale britannico: fu previsto, infatti, un Governatore generale in rappresentanza della Corona, un esecutivo con al vertice un Primo ministro, una Camera elettiva composta in base a un sistema uninominale, un Senato nominato a vita nel rispetto delle sezioni geografiche del paese in modo da compensare parzialmente la rappresentatività dei territori demograficamente più deboli.⁶⁸

Anche in questo caso i rappresentanti dei territori del Canada non poterono esercitare un effettivo potere costituente dal momento che il *British North America Act* fu approvato con legge del Parlamento britannico; inoltre, a giudizio di alcuni storici, non può essere considerato l'espressione di *idem sentire* da parte delle Province, che erano animate da motivazioni differenti: i territori marittimi erano interessati a non interrompere il loro *trend* di sviluppo economico, il Québec perseguiva l'obiettivo di salvaguardare la propria identità nazionale e linguistica; mentre l'Ontario puntò a conseguire l'autonomia dal Québec.⁶⁹

Si trattò, in altri termini, di un patto con un fondamento utilitaristico.

Originale - rispetto alle altre esperienze federali - fu la tecnica (in buona parte ancora vigente) utilizzata per distribuire le competenze tra Federazione e Province. Allontanandosi dalla formula adottata dai costituenti statunitensi che riserva alla Federazione le materie esplicitamente elencate, il documento canadese opta per l'introduzione di un duplice elenco:

68 R.J.CHEFFINS, R.N.TUCKER, *The constitutional process in Canada*, Toronto, McGraw Hill, 1975.

69 Così: L.CODIGNOLA, L.BRUTI LIBERATI, *Storia del Canada*, cit., 415 ss.

mentre l'art.91 determina le materie di spettanza federale, il successivo articolo elenca quelle rientranti nella competenza esclusiva del legislatore provinciale. Tuttavia, la separazione tra i rispettivi ambiti di attribuzione era solo apparente, dal momento che la rigidità del criterio fu attenuata dall'introduzione di alcune clausole generali suscettibili di espandere sia le competenze federali che quelle provinciali. Da un lato, l'art.92 riconosceva alle Province la competenza in tutte le materie "of a merely local or private Nature in the Province"; mentre l'art.91, a sua volta, attribuiva al Governo federale del Canada la competenza a legiferare per la "peace, order, and good government of Canada, in relation to all matters not coming within the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the legislatures of the Provinces".

Dal *British North America Act* emerge un'idea del Canada come patto tra "due popoli fondatori", con la conseguenza che il pluralismo riconosciuto e tutelato era di tipo duale: tra la lingua inglese e francese, tra cattolici e protestanti, dal punto di vista religioso, tra *civil law* e *common law* in materia di diritto. Tale intenzione uscì rafforzata dalla scelta di prevedere esplicite garanzie per le sole scuole confessionali cattoliche e protestanti, e per il bilinguismo.⁷⁰

In definitiva, si può - a nostro avviso - attribuire al *British North America Act* la presenza di una contraddizione genetica, individuabile nella difficoltà di innestare la storica tendenza della Province all'autonomia all'interno di un ordinamento modellato sulla base del sistema unitario inglese. Si tratta un sistema "anomalo" o "quasi federale", che riserva alla Federazione poteri assai rilevanti - tra cui quello di veto sulla legislazione provinciale e quello di nomina dei componenti di importanti organi -.

Inoltre, la natura antagonisticamente duale della società canadese non fu armonizzata all'interno di un assetto pluralistico, ma unitario: anzi, alla tradizionale contrapposizione tra i due "popoli fondatori, si aggiunsero progressivamente anche altre tensioni pluralistiche che stressarono l'*idem sentire* dei popoli dei diversi territori: si pensi, ad esempio, alla giusta rivendicazione di *inherent rights* da parte delle comunità indigene o alle crescenti sollecitazioni degli altri gruppi etnici non autoctoni che, sollecitando il riconoscimento del loro apporto al processo di sviluppo del Canada, avanzarono la richiesta di passare da un ordinamento fondamentalmente

70 Si veda, ad esempio, l'art.93 del *North America Act*.

binazionale a uno multicultural, facendo di quel paese la “*home of diverse communities*”.

Queste tensioni, contrapposte e difficilmente riconducibili a sintesi, risero nei fatti impossibile trovare una sintesi “definitiva” né in occasione del *Constitution Act* del 1982, né dei successivi tentativi di far convivere la teoria originaria dei “due popoli fondatori” con la natura indubbiamente multicultural del paese.

Se in occasione del *Meech Lake Accord* (mai entrato in vigore) fu prevista una clausola costituzionale finalizzata a soddisfare la peculiarità nazionale del Québec, in base alla quale il “*Québec constitutes within Canada a distinct society*”; il successivo *agreement* costituzionale, con l’approvazione della c.d. *Canada clause*, adottò una formula ambigua che riconosceva il Québec quale società distinta, ma nello stesso tempo affermava l’eguaglianza tra le varie Province.⁷¹ Si è prodotto, quindi, un percorso assai accidentato che un’autorevole dottrina ha qualificato come “*Constitutional Odyssey*”.⁷²

In definitiva si può ritenere, sintetizzando, che la difficoltà di inserire all’interno di un’organizzazione costituzionale di tipo unitario le contrapposte esigenze della Provincia francofona, delle popolazioni indigene, del tessuto sociale multicultural prodotto dalla massiccia immigrazione evidenziano come la soluzione costituzionale canadese sconti l’incapacità di assolvere alla funzione primaria del federalismo “originario”: cioè di riuscire a comporre “inimicizie” storiche, assicurando all’interno di un contesto unitario la convivenza di una pluralità di nazionalità e la loro aspirazione al *self-government*.

4. Il federalismo “unitario” europeo.

In Europa, alla fine del primo conflitto mondiale, si registra una diffusione di esperienze federali, coincidenti con la fine di importanti assetti imperiali: in quegli anni, infatti, in seguito alla dissoluzione della monarchia Austro-ungarica fu approvata la Costituzione federale austriaca del 1918; dopo la caduta degli Zar prese corpo lo Stato federale sovietico costituzionalizzato nel 1923; a sua volta, mentre in Germania entrò in vigore nel 1919 la Costituzione di *Weimar*. All’interno di questi *federalizing processes*

71 Anche questo accordo - di *Charlottetown*- non entrò in vigore.

72 Così: P. RUSSEL, *Constitutional odyssey: can Canadians be a sovereign people?* Toronto, 1993.

si può far riferimento anche alla Costituzione della Seconda Repubblica spagnola del 1931 che ha rappresentato nel panorama comparato il ponte per il passaggio dal federalismo al regionalismo.

La destrutturazione delle Monarchie accentrate fu una conseguenza politico-istituzionale dell'esito del primo conflitto mondiale della responsabilità di aver promosso - per spirito di potenza - una guerra distruttiva, che aprirà la strada all'avvento dei totalitarismi.

Escludendo l'Unione sovietica che seguì una propria, originale dinamica⁷³, il "prototipo" del federalismo austro-tedesco può essere individuato nella tradizione costituzionale prussiana, la quale nel secolo precedente, contrapponendosi all'accentramento francese, aveva optato per un assetto costituzionale in grado di contemperare l'unità della Nazione con la salvaguardia delle realtà territoriali che si erano confederate in seguito al Congresso di Vienna. Un salto di qualità nella direzione di una maggior integrazione tra gli Stati si ebbe in seguito alla vittoria prussiana sulla Francia, allorché si crearono le condizioni politiche per l'unificazione del *Norddeutscher Bund*, attraverso il quale i principi (tra di loro federati) offrirono al Re di Prussia la Corona imperiale⁷⁴.

La nuova organizzazione degli Stati germanici si perfezionò, poi, con l'approvazione della Costituzione del 1871: tale documento è rilevante, non solo perché dà fondamento giuridico alla nascita di un altro Stato federale in Europa (dopo la Svizzera), ma anche in quanto introdusse alcune soluzioni istituzionali innovative sia in tema di bicameralismo differenziato, sia con riferimento alla tecnica con cui garantire un equilibrio tra i poteri della Federazione. Il *Reichstag*, eletto a suffragio universale, avrebbe dovuto arginare le istanze particolaristiche dei territori, che erano rappresentati dal *Bundesrath*, attraverso i Sovrani dei diversi Stati. La peculiare composizione del Senato, a sua volta, poteva costituire un freno per le tendenze democratiche e liberali della Camera elettiva. Competeva, infine,

73 Si veda: B.Mirkine-Guetzévich, *Théorie générale de l'État soviétique*, Paris, Marcel Giard, 1928; G. BOFFA, *Storia dell'Unione Sovietica*, vol. I (1917-1927), Milano, Mondadori, 1990.

74 L'atto costituzionale confederativo dell'8 giugno 1815 individuava all'art.2 la sua finalità nel "mantenimento della sicurezza esterna e interna dell'Alemagna, dell'indipendenza e inviolabilità degli Stati confederati". Con riferimento alla natura contrattualistica del federalismo tedesco: G. DELLEDONNE, *Il dibattito tedesco sui fondamentali contrattualistici del federalismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2019, 165 ss.

all'Imperatore garantire l'uniformità delle norme all'interno dell'Impero e assicurare l'unitarietà del sistema.

La ricerca dell'unità nazionale ha contrassegnato tutte le fasi della storia di quei territori: dalla proclamazione del II Reich nel 1871 alla Costituzione del 1949, passando per quella di Weimar del 1949. Infatti, il disegno originario venne sostanzialmente riproposto nei documenti costituzionali del secolo successivo, con la variante che la Seconda Camera si è trasformata in un organo e rappresentativo degli Stati. Un'altra caratteristica della tradizione germanica è costituita dalla combinazione tra il sistema parlamentare e un assetto federale di tipo cooperativo in cui i territori partecipano alle scelte fondamentali e alla legislazione federale in virtù di una regola di cooperazione istituzionalizzata; inoltre, a differenza del federalismo americano la titolarità della sovranità appartiene alla Federazione, mentre i *Länder* godono di uno *status* di autonomia⁷⁵.

In definitiva, i tratti tipici del federalismo tedesco possono essere individuati nell'omogeneità, nella lealtà federale, oltre che nella peculiare struttura del bicameralismo. L'omogeneità autorizza la Federazione a intervenire in materie di spettanza dei *Länder*, quando ciò sia necessario per evitare squilibri tra le comunità; la lealtà federale vincola la Federazione e i *Länder* a tenere una condotta rispettosa del principio di collaborazione e di solidarietà. Il bicameralismo, infine, consente ai territori di partecipare direttamente alla formazione della volontà politica nazionale.

Anche in Austria il processo di federalizzazione si è caratterizzato per elementi non secondari di centralismo e per una ponderata distribuzione delle attività "sovrane" secondo criteri devolutivi. Tale caratteristica fu motivata sia da ragioni storiche (come il lascito della Monarchia e la posizione assorbente della Capitale), sia da scelte costituenti (come l'attribuzione di una ridotta attività normativa ai *Länder* da svolgere nelle forme della cosiddetta "amministrazione federale indiretta")⁷⁶.

75 Secondo l'art.60 della Costituzione del 1918 il Reichsrat è costituito "per la rappresentanza dei Länder tedeschi nella legislazione e amministrazione del Reich; così come l'art.50 della Costituzione del 1949 afferma che " attraverso il Consiglio federale i Länder collaborano alla legislazione e all'amministrazione della Federazione".

Sul tema si veda: M. KÖLLING, *La cultura federal institucionalizada en Alemania*, in *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2018,16, 30 ss.

76 Vedi: J. VERNET Y LLOVET, *El sistema federal austriaco*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Anche il primo esempio europeo di federalizzazione dello Stato (la Svizzera) ha progressivamente accentuato la dimensione unitaria del sistema. In Svizzera l'opzione federale maturò come reazione all'intervento della Francia rivoluzionaria che, nel 1798, aveva imposto a tali territori un'omogeneizzazione forzata; come risposta i Cantoni svizzeri sottoscrissero un patto federale, che si proponeva di recuperare i precedenti ordinamenti cantonali e di affidare alla Federazione il compito di armonizzare le molte differenze che contraddistinguevano la realtà di quel paese⁷⁷.

Dall'Atto federale del 1815 emergeva una certa influenza della scelta federale compiuta dagli Stati Uniti d'America - specie per quanto concerne una visione pattizia della Confederazione e un criterio di ripartizione delle competenze per cui sono riservati ai Cantoni tutte le funzioni non esplicitamente riservate al Centro - , mediata dalla persistenza di istituti preposti a valorizzare la posizione centrale dei Cantoni. A tal fine il governo federale assunse un carattere collegiale, con la presenza di rappresentanti dei 22 Cantoni , ciascuno dei quali era sottoposto al vincolo di mandato.

Successivamente la frattura del 1847, prodotta dalla fallita scissione dei Cantoni cattolici, generò l'esigenza di rafforzare il ruolo della Federazione, ampliando le sue competenze legislative e affidando al Tribunale federale il ruolo di unificazione del diritto. A sua volta, la forma di governo fu modellata sulla base di un legislatore bicamerale - il Consiglio degli Stati in cui ogni Cantone ha due rappresentanti e il Consiglio nazionale eletto con il sistema maggioritario sulla base della popolazione dei singoli Cantoni - e di un esecutivo (Consiglio federale), composto di sette membri che operano collegialmente senza essere legati al Parlamento da un rapporto di fiducia.

Infine, il ruolo della democrazia rappresentativa è controbilanciato dalla previsione di molteplici forme di partecipazione diretta dei cittadini alle decisioni pubbliche, tramite l'istituto del referendum. Con tale scelta i federalisti svizzeri individuarono nel popolo - e non nei giudici - la *viva vox Constitutionis*⁷⁸.

Un ponte tra il federalismo e il regionalismo europeo è individuabile - infine - nella forma di Stato integrale, codificata nella breve e tribolata esperienza della Seconda Repubblica spagnola (1931-1936).

77 religiose (tra protestanti e cattolici), economiche (tra un'economia precapitalistica e un'altra liberale) e politiche (tra conservatori e giacobini).

78 dottrina sulla Costituzione svizzera del 1873.

Nel discorso di presentazione del progetto - elaborato dalla Commissione costituzionale - il giurista *Jiménez de Asúa* delineò i presupposti che avrebbero dovuto caratterizzare il nuovo assetto costituzionale dello Stato spagnolo: gli organi costituzionali basavano la loro legittimazione sul principio democratico e sull'idea nordamericana dei *checks and balances*; il concetto generico di Nazione viene superato attribuendo direttamente ai popoli la titolarità della sovranità. Infine, l'assetto istituzionale della Repubblica si fondava sulle rete dei Municipi (associati in *Mancomunidades*) e sulle Comunità autonome, enti dotati di competenza statutaria e legislativa.

Nell'illustrare la proposta innanzi alle *Cortes*, il relatore qualificò tale proposta come una Costituzione avanzata, ma non socialista, democratica, liberale e di contenuto sociale, che *va directa al alma popular*.⁷⁹

Tale architettura costituzionale merita interesse per alcune scelte inerenti la forma di Stato: perché delinea una forma intermedia tra lo Stato unitario e quello federale (chiamata "Stato integrale") e introduce il principio dispositivo quale elemento qualificante lo *status* di autonomia dei territori. Essa fu pensata, innanzitutto, per dare una risposta alle esigenze di autogoverno della Catalogna, dei Paesi Baschi e della Galizia; tuttavia, l'autonomia dei territori avrebbe potuto espandersi su tutta la penisola sulla base della loro volontà: in tal modo ogni territorio potrebbe godere dell'autonomia di cui ha bisogno "por su grado de cultura y de progreso"⁸⁰.

Si trattò di una scelta pragmatica ritenuta in grado di superare, da un lato, le contrapposizioni ideologiche tra federalismo e tradizione monarchica e, dall'altro lato, le storiche antitesi tra centro e periferia, favorendo un'integrazione basata soprattutto su nuovi criteri di distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni⁸¹.

79 *de sesiones de las Cortes Constituyentes de la Segunda República española*, 27 de agosto de 1931,647.

A proposito dell'esperienza costituente e dell'apporto di JIMENEZ DE ASUA si veda: L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Proceso histórico de la Constitución de la II República española*, Madrid, Reus, 1932; IDEM, *La Constitución política de la democracia española*, Santiago de Chile, Ercilla, 1942; IDEM, *Anécdotas de las Constituyentes*, Buenos Aires,1942.

80 Viene, così, introdotta una differenza di *status* tra i territori, assimilabile alla distinzione tra nazionalità e regioni contenuta nell'art.2 della Costituzione del 1978.

81 FERNANDEZ SEGADO, *Las Constituciones Históricas Españolas*, Madrid, Civitas, 1986; J. OLIVER ARAUJO, *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Palma, Universitat de les Illes Balears,1991. R. JIMENEZ ASENSIO, *Introducción a una historia*

Più in dettaglio, l'art.1 affermava che la Repubblica costituisce uno Stato integrale, compatibile con l'autonomia dei Municipi e delle Regioni, mentre l'art.8 precisava che lo Stato spagnolo sarà integrato "por Municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía" e che i territori spagnoli del Nord Africa "se organizarán en régimen autónomo en relación directa con el Poder central". Inoltre, l'art.10 introduceva regimi particolari di autonomia per le isole Canarie e le Baleari,⁸² così come riconosceva la specificità di alcune esperienze organizzative tradizionali, come quelle dei regimi comunali organizzati sotto forma di *consejo abierto*.⁸³

Da ultimo, la Costituzione repubblicana si ispira alla Costituzione di Weimar e a quella austriaca per fissare un articolato sistema di ripartizione delle competenze tra i livelli istituzionali sulla base delle opzioni offerte dal coevo diritto costituzionale europeo. L'art.14 elencava le materie di competenza esclusiva dello Stato, mentre quelle riservate alla disciplina regionale dovevano essere inserite nei singoli Statuti di autonomia,⁸⁴ a sua volta l'art.18, attraverso una clausola generale, precisava che lo Stato ha una competenza residuale in tutte le materie non espressamente riconosciute dagli Statuti. Inoltre l'art.19 introduceva un tipo di competenza

del constitucionalismo español, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993; J. ARRARAS, *Historia de la Segunda República*, Madrid, Editora Nacional, 1970; C. de CABO, *La República y el Estado liberal*, Madrid, Tucar, 1977; AA.VV., *Constitución de 193 : estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, Madrid, Marcial Pons, 2017; AA.VV., *Estudios sobre la Segunda República española*, Madrid, Tecnos, 1974; L. SANCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Madrid, CEC, 1984; S. PAYNE, *La primera democracia española : la Segunda República, 1931-1936*, Barcelona, Paidós, 1995; J. GIL PECHARROMÁN, *La Segunda República española: (1931-1936)*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006; J. L. García Delgado (coord.), *La II República. El primer bienio*, Madrid, siglo XXI, 1987; J. M. CANALES, *La administración de la Segunda República. La Organización central del Estado*, Madrid, INAP, 1986; F. J. CORCUERA ATIENZA, *La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada*, in *Fundamentos* n. 2, 2000, pp. 629-695;

82 "Cada isla formará una categoría orgánica provista de un Cabildo insular como Cuerpo gestor de sus intereses peculiares, con funciones y facultades administrativas iguales a las que la ley asigne a las provincias".

83 Anche questa particolare modalità di esercizio della democrazia è stata confermata a nella Costituzione del 1978. Sul suo attuale funzionamento si veda: E.GALBAJA CABRERO, *Partidos políticos y régimen de consejo abierto*, in *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*, Madrid, CEPC, 2016, 95 ss.

84 Si veda l'art.16.

“concorrente” disponendo che lo Stato potrà “fijar, por medio de una ley, aquellas bases a que habrán de ajustarse las disposiciones legislativas de las regiones autónomas, cuando así lo exigiera la armonía entre los intereses locales y el interés general de la República”.

Un altro gruppo di articoli, infine, individuava alcune competenze statali capaci di incidere su tutte le materie e le funzioni spettanti alle Regioni: si tratta della clausola di supremazia del diritto statale nei confronti di quello regionale (art.21) e del potere statale di affidare alle Regioni l’attuazione delle leggi statali in materie di competenza dello Stato centrale.⁸⁵

Da ultimo, va segnalata l’istituzione- introdotta dall’art.122 Cost. - del *Tribunal de Garantías constitucionales*, un organo competente a decidere sia sui ricorsi di costituzionalità delle leggi, sia sui conflitti di competenza tra lo Stato e le Regioni.⁸⁶

5. Una breve considerazione finale sul metodo nel diritto costituzionale.

La diffusione del pensiero federale - e la sua persistente attualità -, unita agli esiti differenti che essa ha generato nei diversi contesti politici e istituzionali sollecitano una breve riflessione relativa alla specificità del metodo nel diritto costituzionale, che si articola in tre considerazioni.

Innanzitutto, va considerato che la realtà delle istituzioni non coincide con una lista di istituti reciprocamente indipendenti, bensì è l’esito di una sequenza di scelte concatenate le quali producono un processo di sviluppo che si colloca nel tempo e nello spazio. La comparazione, quindi, non può prescindere da un saldo ancoraggio alla storicità del fenomeno giuridico: le pagine precedenti hanno confermato che da disposizioni costituzionali

85 J. LUIS CASCAJO CASTRO, *Notas sobre el ordenamiento constitucional de la Segunda República: la distribución de competencias en el Estado integral*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 36, 1993, 13 ss.

86 J. OLIVER ARAUJO, *El sistema político de la Constitución española de 1931*, cit., 178 ss.; M. BASSOLS COMA, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías constitucionales de la II República española*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1981; J. L. CASCAJO CASTRO, *Kelsen y la Constitución española de 1931*, in *Revista de estudios políticos*, 1978, 1, 243 ss; P. CRUZ VILLALON, *Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)*, in *Revista española de derecho constitucional*, 1982, 2, 115 ss; F. RUBIO LLORENTE, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal constitucional*, in *Revista de derecho político*, 1982-1983, 27 ss; R. M RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías constitucionales en la II República*, Barcellona, Bosch, 1982.

eguali o simili siano scaturiti esiti differenti a seconda della cultura costituzionale caratterizzante un determinato ordinamento.

Le disposizioni costituzionali debbono essere interpretate non tanto alla luce del significato etimologico dei testi, bensì alla luce del significato concreto che assumono all'interno di un procedimento di creazione giuridica prodotto sia dalla legislazione e dalla giurisprudenza, sia dal complesso di norme, istituzioni, riflessioni dottrinali e consuetudini che emergono dal concreto operare dei testi costituzionali all'interno di un determinato contesto sociale.⁸⁷

In secondo luogo, va considerato alcuni documenti costituzionali si differenziano dagli altri per la loro aspirazione universalizzante, perché risultano animati da una tensione universalizzante e da uno "spirito missionario" che si può manifestare, sia nella forma dell'esportazione, che in quella della circolazione. Si è in presenza in questi casi di esperienze che appaiono, nello stesso tempo, determinate ed esemplari.

Si può, ad esempio, sostenere che il pensiero rivoluzionario francese abbia positivizzato, specie in materia di riconoscimento dei diritti, gli ideali che hanno prodotto la rottura dell'assolutismo e il costituzionalismo liberale: come emblematicamente è affermato nell'art.16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino secondo cui "ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata non ha Costituzione.

Così come è indubitabile che l'esperienza avviata dalle *ex* colonie britanniche nell'America del Nord abbia costituito un archetipo per tutti gli altri tentativi di affermare una forma di Stato alternativa al centralismo: essa ha assunto, cioè, un valore che trascende i confini territoriali in cui si è affermata per assumere una funzione di *leadership* capace di orientare lo sviluppo di altre esperienze costituzionali.

87 F. MAZZANTI PEPE (cur.), *Culture costituzionali a confronto. Europa e Stati Uniti dall'età delle rivoluzioni all'età contemporanea*, Genova, Name, 2005.

Sul necessario intreccio tra storia e comparazione si veda anche: G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, Giappichelli, 23 ss; L. PALADIN, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Giuffrè, Milano, 1999, 1151 ss.; L. PEGORARO, *Comparación jurídica y uso "externo" de las otras ciencias*, in *Revista de investigación jurídica, Avances*, 7, 2012, 314 ss; IDEM, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, Il Mulino, 2014.

In questi casi, i documenti costituzionali risultano animati da uno “spirito missionario” che si può manifestare sia nella forma dell’esportazione, che in quella della circolazione. Nel primo caso si annida un limite (e un pericolo), in quanto vengono riproposte architetture costituzionali estranee all’effettivo “sentire” dell’ordinamento che le ospita, con la conseguenza che si genera un disallineamenti tra il diritto formale e quello “vivente”.

Esiti migliori sono stati conseguiti, invece, dal fenomeno della circolazione delle esperienze costituzionale, in quanto – in questo caso – il diritto si spoglia della sua vocazione ideologica, per aprirsi a una prospettiva funzionale: nel senso che la recezione di elementi provenienti da una differente cultura giuridica si realizza in virtù dell’efficacia e del rendimento che determinati soluzioni istituzionali hanno saputo conseguire.⁸⁸

L’oggetto della comparazione costituzionale, in altri termini, è formato dall’intersezione di una pluralità di elementi costituiti dalle disposizioni, dalle teorie e dalla cultura di ciascun ordinamento, cioè da tutto ciò che ci consente di “comprender su historia diversa y las distintas herencias”.⁸⁹

Infine, occorre evitare il rischio che la consapevolezza circa l’inevitabile storicità delle esperienze costituzionali possa indurre la dottrina a scivolare in una “babele linguistica” che renda impossibile una effettiva comparazione tra differenti esperienze. A questo proposito, lo studioso del diritto non può esimersi dall’ accorpate le esperienze sulla base di categorie empiriche, così come un botanico, dopo aver osservato un determinato numero di piante, le classifica secondo un certo ordine.

In definitiva uno studio di diritto costituzionale (nazionale o comparato) deve necessariamente organizzare l’approfondimento degli argomenti prescelti all’interno di categorie empiriche consolidate: ad esempio, nel caso della macro comparazione vanno considerati i criteri informativi la forma di governo (parlamentare, presidenziale, semipresidenziale), la forma di Stato (unitario, federale, regionale), ovvero la disciplina di ampie partizioni del diritto costituzionale (come, ad esempio, la democrazia rappresentativa, i controlli di costituzionalità). Inoltre, le singole esperienze costituzionali

88 Per ulteriori riferimenti: G. ROLLA, *Esportazione, importazione, sostituzione e circolazione di modelli costituzionali*, in *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, Giappichelli, 2004.

89 P. HÄBERLE, *Comparación constitucional y cultural de los modelos federales*, in *ReDCE*, 2007, 173.

debbono essere ricondotte all'interno di "grandi sistemi giuridici, i quali si distinguono o sulla base del differente processo di formazione storica (*civil* e di *common law*) o dei diversi valori e principi. Così come, a proposito delle influenze esercitate da determinate esperienze storiche, occorre valutare se i canali di comunicazione hanno favorito il meccanismo della circolazione (in cui vengono coinvolti ordinamenti appartenenti alla medesima famiglia giuridica) o una "migrazione" di istituti o di principi tra differenti "famiglie" giuridiche⁹⁰.

BIBLIOGRAFÍA GENERALE

- AGUILAR RIVERA, J. A. y ROJAS, R., *El republicanismo en Hispanoamérica*, México, CIDE, 2002.
- BACOT G., *Carrè de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, CNRS, 1985.
- BAILYN B., *The ideological Origins of the American Revolution*, Belknap, Cambridge, 1967.
- BARCELÓ ROJAS D. A., *Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano*, México, UNAM, 2009.
- BIGLINO CAMPOS P., *En las origines del federalismo: la formación del modelo norteamericano*, in *La democracia constitucional*, Madrid, 2002, 1136 ss.
- FERNÁNDEZ SEGADO F., *El federalismo en América latina*, Mexico, 2003.
- FERRER MUÑOZ M., *La formación de un Estado nacional en México. El imperio y la República federal: 1821-1835*, México, UNAM, 1995
- FERRER MUÑOZ M., LUNA CARRASCO J., *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*, México, UNAM, 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Proceso histórico de la Constitución de la II República española*, Madrid, Reus, 1932.
- LA PERGOLA A., *Residui contrattualistici e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1969.
- LASKY H.J., *Studies in the problem of Sovereignty*, New Haven, Yale University Press, 1917.
- LONG B., *Genesis of the Constitution of the United States of America*, New York, MacMillan, 1926.
- LUTZ D.S., *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1988.
- M. SUÁREZ CORTINA, *Utopías, chimeras y desencanto. El universo utópico de la España liberal*, Santander, Universidad de Cantabria, 2008.

⁹⁰ Si rinvia a: G.ROLLA, *Elementi di diritto costituzionale comparato*, Giuffrè, Milano, 2018; PEGORARO L., *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, Il Mulino, 2014.

- MAZZANTI PEPE F., *Culture costituzionali a confronto. Europa e Stati Uniti dall'Età delle rivoluzioni all'età contemporanea*, Genova, Name, 2005
- OLIVER ARAUJO J., *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Palma, Universitat de les Illes Balears, 1991.
- PEGORARO L., *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, Il Mulino, 2014.
- REY MARTÍNEZ F., *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ROIG A., *El pensamiento social y político iberoamericano del siglo XIX*, Madrid, Trotta, 2000.
- ROSSI S., *La rappresentanza nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2002.
- SÁNCHEZ ANDRÉS A., *La alternativa federal a la crisis colonial. Las colonias en los proyectos de organización federal del Estado, 1872-1873*, in *Revista complutense de Historia de Américas*, 23, 1997, 193 ss.

LA RELEVANCIA POLÍTICA DEL SISTEMA ELECTORAL

Joan Oliver Araujo*

Sumario: 1. Definición de sistema Electoral; 2. El Sistema Electoral como instrumento para expresar el principio democrático; 3. Elementos fundamentales del Sistema Electoral; 3.1. El cuerpo electoral. 3.2. La circunscripción electoral. 3.2. La fórmula electoral. 3.4. La barrera electoral.

1. Definición de Sistema Electoral

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en la Sentencia que resolvió el caso *Wesberry versus Sanders* (1964), afirmó que “ningún derecho es más precioso en un país libre que el de participar en la elección de aquellos que hacen las leyes bajo las que viven como buenos ciudadanos”, añadiendo a continuación que “los demás derechos, incluso los más básicos, son ilusorios si el derecho de voto” no está garantizado. En la misma línea de pensamiento, el Tribunal Constitucional español¹ ha afirmado que la participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos por medio de representantes está unida “a la existencia de elecciones libres, periódicas

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares. Consejero del Consejo Consultivo de las Islas Baleares. Vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares.

1 STC 225/1998, de 25 de noviembre (Ponente: Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO), BOE de 30 de diciembre de 1998, fund. juríd. 4º.

y por sufragio universal. Sistema electoral y participación política son, así, el marco de los derechos de sufragio como derechos fundamentales". De hecho, participar por medio de representantes presupone que los ciudadanos² "ejercen sus derechos dentro de un sistema apto para traducir votos en escaños". En síntesis, podemos afirmar que el sistema electoral es, en un Estado democrático, "el instrumento mediante el cual se produce la representación del soberano constitucional"³. Por tanto, en el marco de un Estado de Derecho, la finalidad del sistema electoral es la producción de representación, gobierno y legitimación del poder político⁴.

En coherencia con lo anterior, podemos calificar al régimen electoral como "el elemento nuclear y básico de la democracia representativa, ya que su configuración racional es decisiva para el funcionamiento del sistema democrático"⁵. Es, pues, incuestionable el binomio elecciones y democracia. Ciertamente, como nos recuerda el Consejo de Estado, la elección, al ser el nexo que une a la sociedad con el Estado, "es la institución central de la propia democracia". De ahí que la calidad democrática de un Estado dependa, en gran medida, "de la capacidad del sistema electoral para generar adecuadamente la representación política de la sociedad". Con ello, se quiere subrayar la virtualidad de las elecciones libres como factor de legitimación política y, en consecuencia, poner de relieve que, allí donde el sistema electoral no funciona de forma correcta, "la propia democracia acaba resultando cuestionada"⁶. Es evidente, pues, que "la

2 El Tribunal Constitucional, reiterando la doctrina de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, ha afirmado que el derecho de participación política, consagrado en el artículo 23 CE, "es un derecho que se otorga a los ciudadanos en cuanto tales (*uti cives*) y, por consiguiente, a las personas individuales"; no siendo, por tanto, "un derecho que pueda reconocerse genéricamente a las personas jurídicas". STC 51/1984, de 25 de abril (Ponente: Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), BOE de 29 de mayo de 1984, fund. juríd. 2º.

3 Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: "Las cláusulas de barrera en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista General de Derecho*, núm. 678-679, 2001, pág. 1.912.

4 Cfr., por todos, DE CARRERAS SERRA, Francesc y VALLÈS CASADEVALL, Josep M.: *Las elecciones*, Blume, Barcelona, 1977, *passim*.

5 Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos y VALLÈS VIVES, Francesc: *Los regímenes electorales territoriales en los Estados compuestos. Alemania, Estados Unidos e Italia*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2007, pág. 424.

6 Cfr. CONSEJO DE ESTADO: *Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general* (24 de febrero de 2009). <http://www.consejo-estado>.

legitimidad democrática solo puede ser electoral”⁷. En definitiva, como subraya el profesor Dieter Nohlen⁸, “los problemas relativos al sistema electoral son, al mismo tiempo, problemas de poder y problemas en torno a la concepción de la sociedad y de la democracia”.

Giovanni Schepis, en una obra clásica en esta materia⁹, distinguió entre un concepto amplio y otro estricto de sistema electoral. A su juicio, por sistema electoral en *sentido amplio* hay que entender “la totalidad orgánica de las distintas normas jurídicas, de las técnicas y procedimientos que se aplican al proceso [*electoral*], desde la apertura de las elecciones hasta la proclamación de los candidatos elegidos”. Por el contrario, en un *sentido estricto*, el maestro italiano entiende por sistema electoral solo “el proceso técnico que subyace en la distribución de los escaños”. Entre una y otra definición se mueven los estudiosos de estas materias.

Más cerca del concepto amplio que del estricto, con ánimo descriptivo, el profesor Torres del Moral¹⁰ ha definido el sistema electoral como “el conjunto de reglas y procedimientos conforme a los cuales se convocan y celebran las elecciones, se asignan los escaños a tenor de los votos obtenidos por las candidaturas y se resuelven los recursos a que todo este proceso diere lugar”. Compartiendo esta idea, la profesora Biglino Campos ha subrayado que “la importancia del sistema electoral deriva de que es mucho más que una mera fórmula para traducir votos en escaños”¹¹.

es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf, pág. 10.

- 7 Cfr. SANZ PÉREZ, Ángel Luis: “El sistema electoral en las Comunidades Autónomas: la economía normativa exagerada”, en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 17, 2007, pág. 168.
- 8 Cfr. NOHLEN, Dieter: *Sistemas electorales del mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pág. 16.
- 9 Cfr. SCHEPIS, Giovanni: *I sistemi elettorali: teoria, tecnica, legislazioni positive*, Caparrini, Empoli, 1955, pág. XXI.
- 10 Cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio: *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2004, pág. 374.
- 11 Cfr. BIGLINO CAMPOS, Paloma: “La legislación electoral estatal y el margen del legislador autonómico”, en *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas. Revisión y mejora* (director: Luis A. Gálvez Muñoz), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pág. 13.

Por otra parte, debe ponerse de relieve que la expresión “sistema electoral” (incluso entendida en un sentido estricto) ya refleja claramente la existencia y la interdependencia de varios elementos. Los más importantes son, sin duda, el cuerpo electoral, la circunscripción electoral, la fórmula electoral y la barrera electoral. Además, el término “sistema” subraya el hecho de que la transformación de un elemento, aunque aparentemente sea mínima, puede hacer cambiar de modo muy importante los objetivos y los resultados de dicho sistema¹². En este sentido, muchas veces, basta con incidir en uno de sus elementos (por ejemplo, variando la barrera electoral o el tamaño de las circunscripciones) para lograr un cambio en el funcionamiento global del mismo. De ahí que algún autor haya aludido, con razón, a la existencia de una verdadera “ingeniería electoral”¹³.

2. El Sistema Electoral como instrumento para expresar el principio democrático

Resulta obvio, a tenor de lo que llevamos dicho, que el sistema electoral constituye una pieza fundamental en cada régimen político. En este sentido, se ha afirmado que el “destino de la democracia de un país depende del sistema electoral”¹⁴. Aunque se trate de una apreciación algo simplista y, tal vez, exagerada tiene la virtud de poner el dedo en la llaga. En efecto, sin un sistema electoral que garantice “la adecuada formación de la voluntad popular en las urnas y su correcta traslación a la composición de los órganos representativos”, no hay democracia posible¹⁵. Es más, como subraya

12 Cfr. NOHLEN, Dieter: *Sistemas...*, op. cit., pág. 53; RAE, Douglas W.: *Leyes electorales y sistema de partidos políticos*, CITEP, Madrid, 1977, págs. 14-15.

13 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La representatividad de los sistemas electorales”, en su obra *Estudios de Derecho Electoral*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1997, pág. 42.

14 Cfr. HERMENS, Ferdinand A.: *Democracy and Anarchy. A study of proportional representation*, University of Notre Dame Press, Notre Dame (Indiana), 1941, esp. págs. 48 y 84. Este autor atribuye el desastre de la República de Weimar y el ascenso de Hitler al poder, precisamente, al sistema electoral proporcional “puro” que se utilizó en Alemania en el período de entreguerras.

15 La profesora Paloma BIGLINO CAMPOS (“La legislación...”, op. cit., págs. 14-15) afirma que, en este punto, estaban de acuerdo todos los actores de nuestro último proceso constituyente.

el profesor García Fernández¹⁶, el sistema electoral “es el instrumento para expresar el principio democrático”. Ahora bien, es preciso indicar que no hay un solo sistema electoral admisible, sino varios, y cada país ha de buscar el que mejor se adapta a su propia realidad y a sus necesidades políticas. Esta búsqueda debe hacerse, sin embargo, sabiendo que ningún modelo electoral es “neutral”, pues “todos potencian un aspecto de la representación en detrimento de otros que también merecen consideración y respeto”. Por ello, es imposible que encontremos una solución que agrade a todas las fuerzas políticas en liza, porque en función de dónde pongamos el acento, es decir, “dependiendo de qué aspecto o de qué objeto de la representación queramos potenciar”, el sistema electoral producirá resultados diferentes¹⁷. Además, como ha recordado el profesor Reviriego Picón¹⁸, la cuestión electoral en España “siempre ha sido objeto de intensas pasiones”.

Como hemos tenido ocasión de subrayar en otras ocasiones¹⁹, las normas electorales son cualquier cosa menos inocentes²⁰. De hecho, un cambio insignificante en algún elemento puede favorecer a unas fuerzas políticas y perjudicar a otras, y de ello son muy conscientes los partidos políticos. La mayoría de las reformas electorales esconden, bajo argumentos de técnica jurídica o de mejora democrática, motivaciones políticas, a

16 Cfr. GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: “Sistema electoral, gobernabilidad y Constitución”, en *Temas para el Debate*, núm. 162, 2008, pág. 29.

17 Cfr. QUINTANA PETRUS, Josep Maria: “Hacia una democracia participativa y no solo representativa”, en el libro colectivo *Estudios sobre la reforma de la Constitución Española* (coordinador: Jaume Vernet i Llobet), Institut d’Estudis Autònomic, Palma, 2010, págs. 127, 129 y 142.

18 Cfr. REVIRIEGO PICÓN, Fernando: “Las reformas electorales y la magnitud de las circunscripciones”, en *Estudios de Deusto*, vol. 63/2, 2015, pág. 192.

19 Cfr. OLIVER ARAUJO, Joan: *Los sistemas electorales autonómicos*, Institut d’Estudis Autònomic (Generalitat de Catalunya), Barcelona, 2011, pág. 31; IDEM: “Elementos del sistema electoral: las piezas y el conjunto”, en *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 508.

20 El profesor Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA (“La sombra de las *political questions*. Notas críticas sobre las STC 197/2014 y 15/2015 sobre las normas electorales para la elección de las Cortes de Castilla-La Mancha”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 28, 2015, pág. 78) afirma que en la materia electoral “no es inocente ni el color de las papeletas de votación”.

veces poco confesables. Como afirmó el profesor Varela Díaz²¹, “desde 1810 hasta 1936, se sucedieron en España doce leyes electorales y muchas otras normas de rango inferior”; el motivo de tanta reforma legislativa en esta materia hay que buscarlo en el hecho de que “los regímenes electorales fueron siempre apreciados como piezas decisivas del sistema político. El objetivo de acceder al poder, o de permanecer en él, se vislumbró” por todas las fuerzas política “en relación causal muy estrecha con el régimen electoral, es decir, con la *forma* de regular las elecciones. Nadie que la tuviera, en algún momento, despreció la posibilidad de hacer una normativa electoral a su medida”. Numerosos ejemplos, tanto pretéritos como actuales, nos muestran que quien hace la ley electoral tiene en sus manos un instrumento fundamental para conformar o modelar el régimen político. No es, por tanto, extraño “que la valoración jurídica de las normas electorales haya sido, desde su origen, materia que ofrece amplio margen a las imputaciones de politización o partidismo”²². La idea de que el pueblo es el titular supremo del poder solo puede considerarse cierta si las técnicas electorales, a través de las cuales los ciudadanos eligen a sus representantes, están establecidas de tal modo que el resultado electoral refleja, de forma honrada y exacta, la voluntad de los ciudadanos²³.

La importancia del sistema electoral en la configuración del régimen político de cada Estado ha sido puesta de relieve por numerosos autores que se han dedicado al estudio de estas materias. Así, se ha destacado la influencia que ejerce en la fragmentación del sistema de partidos²⁴, en la composición del Parlamento, en el comportamiento del electorado, en la representatividad de las Cámaras, en el tipo de relación entre electores y representantes, en la posibilidad de formar un Gobierno estable y eficaz, en las características de las campañas electorales y, en definitiva, en la propia legitimación del sistema democrático. Hans Kelsen, en una de sus obras

21 Cfr. VARELA DÍAZ, Santiago: “La perspectiva histórica”, en *El proceso electoral* (director: Jorge de Esteban Alonso), Labor, Barcelona, 1977, pág. 282.

22 Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “La sombra...”, *op. cit.*, pág. 75.

23 Cfr. LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, pág. 334.

24 Por todos, cfr. DUVERGER, Maurice: *L'influence des systèmes électoraux sur la vie politique*, Librairie Armand Colin, París, 1950; SANTAMARÍA OSSORIO, Julián: “Sistemas electorales y sistemas de partidos”, en *Cuadernos Económicos del ICE*, núm. 1, 1977, págs. 5-24; LEONI, Francesco: “Relación entre procedimientos electorales y sistema de partidos”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 52, 1986, págs. 147-156.

clásicas²⁵, califica al sistema electoral como “decisivo” en la realización de la idea de democracia. En esta misma línea de pensamiento, en el escrito del Gobierno por el que encomendaba al Consejo de Estado un informe sobre las principales propuestas de reforma del régimen electoral general, de 27 de junio de 2008, se afirmaba que “el régimen electoral es una pieza clave del Estado constitucional, puesto que habilita la participación política de los ciudadanos, transforma sus votos en escaños y, en definitiva, hace operativo el principio democrático en las instituciones del Estado”²⁶.

3. Elementos fundamentales del Sistema Electoral

3.1. El cuerpo electoral

De forma sencilla, podemos definir el “cuerpo electoral” o “electorado” como el conjunto de ciudadanos con derecho de voto, es decir, la relación de aquellas personas que tienen reconocido el derecho de sufragio activo. Por tanto, como regla general, están excluidos del cuerpo electoral los extranjeros, al considerarse que el derecho de sufragio (sobre todo en las elecciones parlamentarias) es un derecho de naturaleza política, que entronca de forma directa con el concepto de soberanía, de cuya titularidad solo participan los que poseen el vínculo estable de la nacionalidad. Pero, hecha esta afirmación, surge la siguiente pregunta: ¿qué nacionales deben tener derecho al voto? A lo que hay que responder que, superadas las etapas del sufragio restringido por motivos económicos (censitario) o culturales (capacitario), hoy se ha impuesto, en todos los países democráticos, la tesis de que el sufragio es un derecho fundamental de participación política, que corresponde a todos los nacionales. Nos estamos refiriendo, como es obvio, al sufragio universal como derecho público subjetivo. Sin embargo, hay que precisar que este derecho, atribuido *intuitu personae*, debe ejercerse necesariamente de forma colectiva, pues “se presenta como una manifestación de autogobierno reconocido a la correspondiente colectividad”²⁷. Es lógico que ello sea así, pues el voto —además de un derecho— también es una función, que cumple, entre otros, el cometido de formar los órganos representativos y de elegir a los gobernantes. En esta línea, la Sentencia del

25 Cfr. KELSEN, Hans: *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, 1979, pág. 347.

26 Cfr. CONSEJO DE ESTADO: *Informe...*, *op. cit.*, págs. 3-4.

27 Cfr. BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 306.

Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 afirmó que “el derecho de sufragio presenta a la vez otro polo como obligación ciudadana, el ejercicio de la cual constituye la base del sistema democrático”. Por ello, como regla general, quedan excluidos del mismo aquellos nacionales que se presume que no tienen la capacidad intelectual necesaria para realizar esta función (los menores de edad y los incapacitados mentales) y, en algunos ordenamientos de forma mucho más discutible²⁸, los que cumplen condenas penales, a los que se considera incurso en una especie de indignidad o incapacidad moral. En consecuencia, no coincide el status de nacional con la condición de elector, ya que solo pueden votar aquellos nacionales que cumplen con los requisitos fijados por el ordenamiento jurídico para ejercer este derecho y, además, están incluidos en el censo electoral²⁹.

A tenor de lo anterior, podemos afirmar que el cuerpo electoral está formado por una parte de la población del territorio donde se celebran los comicios, aunque evidentemente no por toda ella. Sus integrantes son los *electores*, es decir, “quienes ostentan la capacidad y cumplen los requisitos” para poder votar, con “independencia de que ejerzan o no el derecho de sufragio”. Por contra, reservaremos el término *votante* para quien, efectivamente, haga uso del derecho de sufragio, acudiendo a las urnas a depositar su voto³⁰.

En el cuerpo electoral — como subraya el profesor Pérez Royo³¹ — reside de forma permanente “tanto el poder constituyente como el poder constituido”. En efecto, el cuerpo electoral “se expresa, excepcionalmente, como poder que constituye el Estado y, normalmente, como poder que dentro del Estado constituido determina, directa o indirectamente, el funcionamiento” ordinario de todas sus instituciones. En coherencia con ello, se puede afirmar que el cuerpo electoral es “el concepto a través del cual se expresa técnicamente el principio esencial de todo Estado democrático: el de que el poder del Estado en todas sus manifestaciones, constituyentes y constituidas, tiene que ser expresión de la voluntad” popular.

28 Cfr. LÓPEZ GUERRA, Luis: *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 144.

29 Cfr. GARCÍA SORIANO, María Vicenta: *Elementos de Derecho Electoral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 48-49.

30 *Ibidem*, pág. 45.

31 Cfr. PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 537-538.

Hay que precisar, no obstante lo anterior, que, en el Estado español, el voto no es una obligación jurídica, sino un derecho a la libre disposición de su titular. La *abstención* es, por tanto, una posibilidad legal y legítima, incluso –en casos extraordinarios– justificada y cargada de dignidad. En este sentido, el Tribunal Supremo³² afirmó que la abstención, que “no conlleva una consecuencia perjudicial ni sanción o respuesta represiva alguna para su autor”, puede ser “una forma de expresión política”. En efecto, frente a la *abstención indiferente*, que merece el reproche cívico, la *abstención consciente* “puede tener un carácter activo, racional y beligerante”, que –si es muy amplia– podría obligar a replantearse la legitimidad del sistema político en su conjunto³³.

Esta filosofía, que respeta al máximo la libertad individual –incluso para poner en entredicho los mismos fundamentos del régimen político–, está implícitamente asumida en el ordenamiento constitucional español. De hecho, un sistema de voto obligatorio resultaría poco coherente con la definición que del sufragio ha efectuado nuestra Constitución³⁴. Precisamente por ello, al profesor Presno Linera³⁵ le parece acertado que no se haya impuesto la concepción del sufragio como deber jurídico, pues “de esta manera la autodeterminación política de los ciudadanos se extiende también al hecho mismo de emitir, o no, el sufragio”, y en este se realza más su dimensión de derecho subjetivo que de función pública. Ello explica, como ha subrayado el profesor Aragón Reyes³⁶, que el voto como obligación (esto es, haciendo prevalecer su dimensión objetiva o institucional sobre su dimensión subjetiva o de derecho fundamental) apenas

32 Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990.

33 Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel; MARCO MARCO, Joaquín J.; y URIBE OTALORA. *Ainhoa: Sistemas electorales. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 32-33.

34 Por todos, cfr. PÉREZ ALBERDI, María Reyes: “Los derechos de participación en los Estatutos de Autonomía reformados recientemente. (Especial referencia al Estatuto de Autonomía para Andalucía)”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008, págs. 193-194.

35 Cfr. PRESNO LINERA, Miguel Ángel: *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 210-211.

36 Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel: “Democracia y representación. Dimensiones subjetivas y objetiva del derecho de sufragio”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 9, 2000, págs. 47-50.

se acepte en los países de la Unión Europea³⁷, apreciándose, además, una progresiva tendencia a eliminar el carácter obligatorio del voto en países que tradicionalmente lo configuraban con este carácter (el caso paradigmático es Italia tras la reforma electoral de 1993)³⁸.

3.2. La circunscripción electoral

Podemos definir la circunscripción electoral o el distrito electoral (que hoy son, tanto para la doctrina como para la legislación españolas, conceptos sinónimos) como cada una de las porciones en que se divide *el territorio* de una entidad política (Estado, Comunidad Autónoma, Isla, Municipio, etc.) a efectos electorales³⁹. Es, en la mayoría de los supuestos, el elemento que *condiciona de forma más decisiva* el funcionamiento real del sistema electoral⁴⁰, pues es la demarcación territorial que se utiliza “para la distribución de los escaños, la presentación de candidatos, la aplicación de la fórmula electoral y la designación de electos”⁴¹. Resaltando, por su especial importancia,

37 Los ordenamientos de la Unión Europea en los que el sufragio también se considera un deber solo son los de Austria (para tres Länder), Bélgica, Grecia y Portugal. Por el contrario, esta es la regla general en casi todos los países iberoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela). De todas maneras, como apunta el profesor Aragón Reyes, la configuración del sufragio como deber tiende a suavizarse por tres motivos: en primer lugar, porque los ordenamientos que lo establecen como obligatorio también lo definen, simultáneamente, como un derecho; en segundo lugar, porque —en numerosos casos— “la obligación no traspasa el plano de la retórica sin convertirse en un auténtico deber jurídico”; y, en tercer lugar, porque, cuando se ha establecido una sanción, “existe una gran laxitud” en la aplicación de la misma. Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel: “Democracia...”, *op. cit.*, págs. 48-49.

38 Cfr. PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “La reforma electoral en Italia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994, págs. 142-143.

39 Cfr. GIL-ROBLES Y QUIÑONES, José María y PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás: *Diccionario de términos electorales y parlamentarios*, Taurus, Madrid, 1977, págs. 45 y 92; SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel: “El marco territorial de las elecciones”, en la obra colectiva *El proceso electoral* (director: Jorge de Esteban Alonso), Labor, Barcelona, 1977, págs. 92-93; BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo: *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 314-316.

40 En el mismo sentido, cfr. PADILLA RUIZ, Pedro: “Sistema electoral de Castilla-La Mancha. Una reforma necesaria”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2010, pág. 90.

41 Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos: *La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pág. 221.

estas dos últimas funciones, el profesor Dieter Nohlen⁴² ha definido la circunscripción electoral como “aquella zona en la cual los votos emitidos por las personas con derecho a sufragio constituyen el fundamento para el reparto de escaños a los candidatos, con independencia de los votos emitidos en otra zona electoral”⁴³.

Cuando se trata de organizar territorialmente las elecciones a una Asamblea representativa pueden adoptarse dos criterios diferenciados: la circunscripción única y las circunscripciones múltiples. En el primer caso, no hay divisiones en el territorio de la entidad política que celebra las elecciones y, en consecuencia, todos los votos —se emitan donde se emitan— se suman para efectuar, tras aplicar la fórmula electoral, la distribución de los escaños. En el segundo caso, el de las circunscripciones múltiples, se establece una pluralidad de divisiones territoriales. Cada una de ellas, que constituye un todo completo con independencia de las otras, agrupa una porción de la población y tiene asignado un número determinado de representantes.

Si se opta por utilizar electoralmente una pluralidad de circunscripciones, se plantea la cuestión de determinar *cuál debe ser el tamaño o la magnitud* de las mismas (su tamaño o magnitud se define por el número de representantes que le corresponde elegir, no por su extensión territorial o su demografía)⁴⁴. Se trata, como ha puesto de relieve la doctrina, de una variable de extraordinaria importancia, ya que el tamaño de las circunscripciones condiciona, en buena medida, el funcionamiento de cualquier fórmula electoral. De hecho, Douglas W. Rae⁴⁵ demostró, con datos incuestionables, que la efectividad de las fórmulas electorales depende, en gran parte, del tamaño de la circunscripción. En la misma

42 Cfr. NOHLEN, Dieter: *Sistemas...*, *op. cit.*, pág. 106.

43 Con criterio análogo, cfr. OLIVER ARAUJO, Joan: “Circunscripción electoral y elecciones autonómicas”, en el libro colectivo *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos* (coordinador: Francesc Pau i Vall), Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 204-205.

44 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La representatividad...”, *op. cit.*, págs. 55-59; IDEM: “El régimen jurídico electoral español”, en su obra *Estudios de Derecho Electoral*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1997, pág. 151; VALLÈS CASADEVALL, Josep M. y BOSCH GARDELLA, Agustí: *Sistemas...*, *op. cit.*, págs. 81-83.

45 Cfr. RAE, Douglas W.: *Leyes...*, *op. cit.*, pág. 39.

línea, con posterioridad, Arend Lijphart⁴⁶ confirmó las tesis de Rae, insistiendo en la enorme relevancia que tiene el tamaño de la circunscripción para determinar el grado de proporcionalidad del sistema. Por su parte, los profesores Giovanni Sartori⁴⁷, Dieter Nohlen⁴⁸ y W.J.M. Mackenzie⁴⁹ también han subrayado que, cuanto mayor sea la magnitud de la circunscripción, mayor será la proporcionalidad que se alcance (pues se consigue una más exacta relación votos/escaños y logran entrar en el Parlamento un mayor número de partidos políticos) y, a la inversa, cuanto menor sea el tamaño del distrito, menor será la proporcionalidad (por debajo de seis escaños – incluso, a menudo, de algunos más –, cualquier sistema proporcional produce los efectos propios de un sistema mayoritario corregido). No se ha exagerado cuando se ha afirmado que “los cambios en los tamaños de las circunscripciones electorales pueden implicar un cambio del sistema electoral”⁵⁰. Pero esto no es todo. Como consecuencia de que el tamaño de las circunscripciones electorales condiciona decisivamente la proporcionalidad de la representación⁵¹, también tiene una influencia directa en el grado de fraccionamiento del sistema de partidos. En este sentido, Douglas W. Rae ya puso de relieve que la magnitud elevada de las circunscripciones conduce al multipartidismo y a la consiguiente fragmentación parlamentaria; en tanto que las circunscripciones de pequeño tamaño, aunque se aplique en las mismas una fórmula proporcional, suelen producir frecuentemente resultados bipartidistas⁵².

46 Cfr. LIJPHART, Arend: “Las consecuencias políticas de las leyes electorales 1945-1985”, en *Estudios Públicos* (Chile), núm. 46, 1992, págs. 122-123.

47 Cfr. SARTORI, Giovanni: “La influencia de los sistemas electorales”, en la obra colectiva *Los sistemas electorales* (directores: Maurice Duverger y Giovanni Sartori), número 27 de los Cuadernos de CAPEL (Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral), San José de Costa Rica, 1988, pág. 59.

48 Cfr. NOHLEN, Dieter: *Sistemas...*, *op. cit.*, pág. 106.

49 Cfr. MACKENZIE, W.J.M.: *Elecciones libres*, Tecnos, Madrid, 1962, pág. 67.

50 Cfr. NOHLEN, Dieter: *Sistemas...*, *op. cit.*, pág. 107.

51 Cfr. SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel: “El marco...”, *op. cit.*, págs. 98-99.

52 Cfr. RAE, Douglas W.: *Leyes...*, *op. cit.*, pág. 127. Este autor también pone en evidencia que el binomio mayor magnitud de la circunscripción/mayor fraccionamiento del sistema de partidos es una relación curvilínea, ya que – a partir de cierto número de escaños – dicha fragmentación aumenta de forma decreciente a medida que se incrementa el tamaño del distrito. En el mismo sentido, cfr. VIDAL PRADO, Carlos: *El sistema electoral español: una propuesta de reforma*, Método Ediciones, Granada, 1995, pág. 120.

3.2. La fórmula electoral

El tercer elemento básico de un sistema electoral es la denominada “fórmula electoral”, que puede definirse como el procedimiento matemático que traduce los votos emitidos por los ciudadanos en escaños. Con criterio análogo, los profesores Vallès y Bosch afirman que es el “procedimiento de cálculo que convierte las preferencias expresadas por los electores en una distribución de escaños entre los diversos candidatos o candidaturas contendientes en el distrito correspondiente”⁵³.

Como se ha señalado con reiteración, las fórmulas electorales pueden clasificarse en dos grandes grupos: las fórmulas mayoritarias y las fórmulas proporcionales, tanto unas como otras con múltiples variantes y combinaciones⁵⁴. Las ventajas e inconvenientes de cada fórmula electoral han sido ampliamente estudiadas por la doctrina. Subraya, gráficamente, el profesor Bar Cendón⁵⁵ que “la tensión dialéctica se produce siempre entre dos polos contrapuestos: la eficacia y la legitimidad democrática o representatividad del sistema. En un extremo, la eficacia viene dada por la existencia de Gobiernos estables, de mayoría sólida, tal y como los que salen de sistemas electorales mayoritarios puros, como el británico, o de sistemas mayoritarios de doble vuelta, como el francés. Son Gobiernos que pueden actuar con gran estabilidad. Y, en el otro extremo, la plena legitimidad democrática, o representativa, es la que resulta de sistemas proporcionales puros, como el israelí, que —con una ligerísima corrección— lleva al Parlamento a un porcentaje de diputados igual al porcentaje de votos que ha obtenido cada partido en las elecciones. Ello significa que el Parlamento representa de manera prácticamente plena a todo el abanico de fuerzas políticas o ideológicas existentes en la sociedad. El efecto es que se producen gobiernos débiles, inestables, de coalición, pendientes

53 Cfr. VALLÈS CASADEVALL, Josep M. y BOSCH GARDELLA, Agustí: *Sistemas...*, *op. cit.*, págs. 77 y 83. También puede verse el trabajo de Francesc DE CARRERAS SERRA y Josep M. VALLÈS CASADEVALL: *Las elecciones*, Blume, Barcelona, 1977, pág. 62.

54 Recientemente, se ha publicado una extensa monografía que analiza detenidamente ambas fórmulas de atribución de escaños. Nos referimos al trabajo de Francisco CAMPS ORTIZ titulado: *El sistema electoral proporcional y el mayoritario: votar a una lista, votar a un candidato*, Edetania Ediciones, Valencia, 2016.

55 Cfr. BAR CENDÓN, Antonio: “Las elecciones del 24 de mayo y la segunda transición”, en *Las Provincias*, 26 de mayo de 2015, pág. 48.

del juego político cambiante que pueda producirse en el Parlamento. En el medio están los sistemas proporcionales corregidos, como el español, o los existentes en la mayoría de los Estados de la Unión Europea. Son sistemas que, aunque proporcionales, establecen unas correcciones en la fórmula del cómputo de votos, o en el número mínimo de votos requerido para poder entrar en el escrutinio final, que hace que... la representatividad no sea completa y que, por el contrario, los partidos mayoritarios... salgan favorecidos y tengan más diputados que los que debería corresponderles por el número total" de sufragios obtenidos.

Con sus pros y sus contras, podemos afirmar que el sistema proporcional, más o menos corregido, sigue siendo en la actualidad el criterio de reparto de escaños mejor valorado por la doctrina española, por responder a un ideal elemental de justicia igualitaria ("a cada uno lo suyo"). A pesar de ello, los entusiasmos que entre nosotros levantaba, hace unas décadas, el *proporcionalismo* hoy se han enfriado en cierta medida, pues a sus inconvenientes (conocidos) se ha sumado la revalorización de algunas de las ventajas (también conocidas) de los sistemas electorales mayoritarios. Las reformas electorales llevadas a cabo en los últimos años en países muy cercanos a nosotros, como Italia o Grecia, son ejemplos claros de los nuevos vientos que parecen soplar en materia electoral, ante el valor indiscutible que suponen la estabilidad y la eficacia gubernamentales.

a) Las fórmulas mayoritarias

Las fórmulas mayoritarias —de mayor tradición histórica que las proporcionales— son aquellas que pretenden formar mayorías sólidas en el Parlamento, de modo que pueda lograrse un Gobierno estable capaz de llevar adelante su programa político sin excesivas dificultades. Su objetivo no es tanto que la Asamblea represente fielmente las corrientes de opinión existentes en la sociedad, como conseguir que un partido pueda asumir una acción de gobierno con eficacia. Para los modelos mayoritarios, las elecciones no tienen como objetivo convertir el Parlamento en una fotografía de la sociedad, sino que son concebidas como un proceso constructivo dirigido a posibilitar una mayoría parlamentaria cómoda para un partido o una coalición de partidos. Lo que nos revela, en definitiva, que las elecciones no son sino "un medio de escoger una fuerza política que

asuma las responsabilidades de gobierno”⁵⁶. Con frecuencia, las fórmulas mayoritarias se presentan “como encarnación del valor *eficacia*, en tanto su funcionamiento favorece la traducción de la voluntad popular en mayorías parlamentarias sólidas, homogéneas y estables, normalmente capaces de apoyar una opción de gobierno” con estas mismas características⁵⁷. Para lograr estos objetivos, se prima (en la relación votos-escaños) al partido vencedor y se castiga a todos los demás: es la “ley del más fuerte”.

El diseño del sistema electoral mayoritario —conocido, tradicionalmente, con la expresión inglesa “*first past the post system*”⁵⁸— es “reforzar la presencia parlamentaria” de los grupos políticos con mayor apoyo ciudadano, al objeto de lograr “la formación de mayorías parlamentarias claras y definidas”⁵⁹. Ante estas reglas de juego, las ideologías tienden a agruparse en grandes partidos o coaliciones, ya que los partidos pequeños o medianos apenas tienen posibilidades de llevar algún diputado al Parlamento⁶⁰. Todo ello facilita la gobernabilidad, pero empobrece notablemente el escaparate de opciones partidarias que se ofrece al elector.

Las formulas mayoritarias presentan *diversas versiones*. La modalidad más elemental es la de mayoría simple en distritos uninominales, en los cuales consigue el escaño el candidato que obtiene más votos que los otros (es el modelo seguido en el Reino Unido). Otra versión es el sistema de mayoría cualificada a doble vuelta, en el que si ningún candidato obtiene la mayoría absoluta en la primera vuelta se pasa a una segunda, en la que solo pueden participar aquellos candidatos que han superado cierto porcentaje de sufragios o los dos candidatos más votados (es el sistema de la V República Francesa). Una tercera modalidad, algo más atenuada, es la fórmula mayoritaria con voto limitado (en este caso se combina con

56 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La representatividad...”, *op. cit.*, pág. 24.

57 Cfr. SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 22.

58 Se trata de una fórmula deportiva que, literalmente, se podría traducir como “el primero que pase el poste (gana)”. De forma más libre sería: “el que primero llega, gana”.

59 Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A.: “Ciudadanía y derechos: el régimen de la participación política”, en *Derecho Autonómico de la Región de Murcia* (coordinadores: José Antonio López Pellicer y Luis A. Gálvez Muñoz), Universidad de Murcia, Murcia, 2008, pág. 89.

60 Cfr. DUVERGER, Maurice: *Sociología política*, Ariel, Barcelona, 1972, pág. 324.

distritos plurinominales), de modo que cada elector tiene un número de votos inferior al número de escaños que corresponden a aquella circunscripción; el efecto es que el partido más votado se lleva la mayoría de los escaños, pero se deja una especie de “premio de consolación” para el segundo (este fue el modelo seguido durante nuestra Segunda República⁶¹ y es el sistema que se utiliza actualmente en España para elegir el Senado⁶²).

b) Las fórmulas proporcionales

Las fórmulas proporcionales, que necesariamente se aplican en circunscripciones plurinominales, parten de un planteamiento muy distinto al de las fórmulas mayoritarias: su objetivo es que el Parlamento refleje fielmente las tendencias presentes en la sociedad, es decir, que sea un espejo o una maqueta de la sociedad que lo elige. Para ello, cada partido político debe tener en el Parlamento un número de escaños, más o menos, proporcional a su número de votos⁶³. Dicho con otras palabras, las fórmulas proporcionales se definen por buscar una correlación entre el respaldo electoral y la representación parlamentaria de las formaciones políticas que concurren a las elecciones, esto es, “por conseguir una adecuación entre los votos recibidos y los escaños obtenidos por cada una de ellas. Se trata de que la *importancia parlamentaria* de cada contendiente guarde relación con su *importancia electoral*, que los escaños a proveer se distribuyan entre las fuerzas políticas en función del número de votos recibidos. El sistema electoral proporcional es, por tanto, una especie de «*suum cuique electoral*», que pretende que el Parlamento sea fiel reflejo del pluralismo político” expresado en las urnas⁶⁴.

61 Cfr. OLIVER ARAUJO, Joan: *La II República en Baleares: elecciones y partidos políticos. (Ensayo de sociología electoral balear)*, Institut d'Estudis Baleàrics, Palma de Mallorca, 1983, págs. 15-34; IDEM: *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 1991, págs. 130-140.

62 En las provincias continentales, lo normal, es que los senadores se distribuyan del siguiente modo: tres escaños para el partido más votado y uno para el segundo. En las islas mayores, la distribución entre los dos primeros partidos es dos y un escaño, respectivamente.

63 Cfr. ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: “Diccionario electoral de urgencia”, en la obra colectiva *El proceso electoral* (dirigida por Jorge de Esteban Alonso), Labor, Barcelona, 1977, pág. 381.

64 Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A.: “Ciudadanía...”, *op. cit.*, pág. 89.

Para producir los efectos deseados, las fórmulas proporcionales deben aplicarse en circunscripciones relativamente grandes (cuantos más escaños se elijan en un distrito mayor es la proporcionalidad que se consigue). El planteamiento que subyace en las fórmulas proporcionales, como hemos señalado, parece responder a un criterio de justicia elemental (“a cada uno lo suyo”), consiguen una representación más ajustada de la voluntad general y disminuyen el porcentaje de “votos inútiles”. Sin embargo, también presentan aspectos menos positivos. Así, además de aumentar la distancia entre representados y representantes, pueden producir una Asamblea muy dividida, por la presencia de numerosos partidos, lo que en algunos casos dificultará en no poca medida la posibilidad de formar un Gobierno estable y eficaz. De todos modos, esta crítica debe ser matizada, pues, en sentido estricto, las fórmulas proporcionales de representación electoral no multiplican la presencia de partidos políticos en el Parlamento, sino que no hacen nada para evitarla⁶⁵. Desde esta concreta perspectiva, los sistemas proporcionales aceptan perder el “control sobre la proliferación de formaciones políticas”⁶⁶.

Aunque todas las fórmulas proporcionales participan de la misma filosofía (“asegurar a cada partido político o grupo de opinión una representación, si no matemática, cuando menos sensiblemente ajustada a su importancia real”⁶⁷), se manifiestan en diversas versiones: fórmulas del cociente electoral o de los restos mayores y fórmulas del divisor o de las medias más altas. Dentro de las primeras, figuran las denominadas Hare, Droop y Hagenbach-Bischoff; dentro de las segundas, incluiríamos los métodos D’Hondt, Sainte-Laguë, Imperiali, Igualado o Sainte-Laguë modificado, Danés y Huntington⁶⁸. No se olvide que, con los mismos resultados electorales, cada una de estas fórmulas

65 Cfr. LÓPEZ PINA, Antonio: “Sobre la ley electoral”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 16, 1977, pág. 103.

66 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *Aproximación a la nueva normativa electoral*, Dykinson, Madrid, 1986, pág. 91.

67 STC 40/1981, de 18 de diciembre (Ponente: Antonio TRUYOL SERRA), BOE de 14 de enero de 1982, fund. juríd. 2º.

68 Para recordar el funcionamiento de cada una de estas fórmulas proporcionales, puede verse la obra ya clásica del profesor Dieter NOHLEN: *Sistemas...*, op. cit., págs. 127-137.

proporcionales puede producir una distribución de escaños diferente. En consecuencia, es obvio, que la opción por una u otra no es neutral ni tiene nada de inocente, sino que es una decisión que persigue objetivos políticos muy concretos y perfectamente conocidos.

El sistema proporcional de asignación de escaños es, a juicio del profesor Bastida Freijedo⁶⁹, el más democrático, “pues es el que más se ajusta a aquella idea originaria de unanimidad fundacional (peso igual de las fracciones de soberanía y presencia de todas en el contenido del Contrato)”. Sus ventajas, que hemos sintetizado, han motivado que — desde principios de los años setenta del pasado siglo— una parte muy importante de la doctrina española haya apostado decididamente por el modelo proporcional. Sin embargo, como también apuntábamos, dicha valoración positiva hoy está lejos de ser unánime, habiéndose levantado cualificadas voces en sentido contrario. En efecto, los inconvenientes de las fórmulas proporcionales se han vuelto a escuchar y los entusiasmos que levantaban hace unas décadas se han enfriado en no poca medida. Así, el profesor Fernández-Miranda Campoamor⁷⁰, con evidente ironía, se refiere al “aura de respetabilidad suprema al servicio de criterios de justicia abstracta de que goza el proporcionalismo”. Valoración que, como confiesa el Catedrático de la Universidad Complutense, está lejos de compartir en todos sus términos, al cuestionar “la intrínseca virtud democrática del proporcionalismo”.

c) *Las fórmulas mixtas*

Las ventajas e inconvenientes de los modelos mayoritarios y de los modelos proporcionales han sido ampliamente estudiados por la doctrina. Los dos sistemas tienen aspectos positivos y negativos. Precisamente por ello, en algunas ocasiones, se han procurado suavizar las fórmulas más rígidas y, en otras, se han ideado diversas fórmulas mixtas o intermedias que buscan, en la medida de lo posible, combinar lo mejor de las fórmulas puras, esto es, que el Parlamento sea suficientemente representativo de las tendencias que existen

69 Cfr. BASTIDA FREIJEDO, Francisco José: “La soberanía borrosa: la democracia”, en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 1 (Soberanía y Constitución), 1998, pág. 440.

70 Cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso: “Reflexiones sobre una improbable reforma del sistema electoral del Congreso de los Diputados”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 74, 2009, págs. 21 y 34.

en la sociedad y, al mismo tiempo, que sea posible formar un Gobierno estable que pueda llevar adelante con éxito un programa político.

Como ha subrayado el Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), los sistemas electorales mixtos “tratan de combinar los atributos positivos de los sistemas mayoritarios y de los de representación proporcional. En un sistema mixto coexisten dos sistemas electorales que utilizan fórmulas diferentes. Los electores votan y contribuyen a la elección de los representantes bajo ambos sistemas. Uno de ellos es el sistema de mayoría, generalmente un sistema de distrito uninominal, y el otro es uno de representación proporcional por listas. Existen dos modalidades de sistemas mixtos. Cuando los resultados de los dos tipos de elección están vinculados, la asignación de escaños a nivel de representación proporcional depende de lo que suceda con los escaños de los distritos de tipo mayoritario y sirve para compensar cualquier desproporción que ocurra con estos, al sistema se le conoce como *representación proporcional personalizada*. Cuando los dos componentes se aplican por separado y no guardan ninguna relación para efectos de la adjudicación de escaños, estamos en presencia de un *sistema paralelo*. Mientras que un sistema de representación proporcional personalizada generalmente produce resultados proporcionales, es probable que uno paralelo produzca resultados en los que el grado de proporcionalidad se ubique en algún punto entre un sistema mayoritario y uno de representación proporcional⁷¹.

3.4. La barrera electoral

Las denominaciones “barrera electoral”, “barrera legal”, “cláusula de exclusión” o “tope electoral” se utilizan, indistintamente, para designar aquellas cláusulas en virtud de las cuales *se establece el porcentaje mínimo de votos que debe lograr una candidatura (esto es, una lista electoral) para participar en la distribución de los escaños que están en disputa*⁷². En palabras de Ríos

71 Cfr. REYNOLDS, Andrew; REILLY, Ben; ELLIS, Andrew y otros: *Diseño de sistemas electorales. El nuevo manual de IDEA Internacional*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral- Instituto Federal Electoral-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, pág. 105.

72 Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GARCÍA COUSO, Susana: “La barrera electoral”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 52, 2001, esp. págs. 182-184.

Rull⁷³, podemos definir la barrera electoral como “aquel límite, impuesto por la legislación electoral, establecido en un determinado porcentaje de votos que impide a las candidaturas que no lo superen el acceso al reparto de escaños, según el modo de escrutinio proporcional adoptado”. Dicho en otros términos, es un número mínimo de votos que deben superar las candidaturas, que concurren a unas elecciones con criterios de reparto proporcional, para poder participar en el reparto de escaños, “de tal manera que, de no alcanzar aquel número de sufragios exigido, queda excluida de la representación, aun cuando según la fórmula electoral” —y de no existir dicha cláusula— tuviera derecho a la adjudicación de uno o varios escaños. Como ha señalado sintéticamente el Tribunal Constitucional, en dos sentencias recientes⁷⁴, por barrera electoral debe entenderse “la fijación normativa de un determinado porcentaje de sufragios para acceder a la fase de distribución o adjudicación de escaños”.

El profesor Martínez Sospedra⁷⁵, con voluntad de diseccionar la *naturaleza jurídica* de las barreras electorales, comienza definiéndolas como “la exigencia dirigida a las formaciones políticas de obtener un apoyo electoral mínimo predeterminado, de tal modo que alcanzarlo supone ser tenido en cuenta, esto es, entrar en la fase de atribución de escaños, y no alcanzarlo supone la exclusión, determinada *ex lege*, de ser tomado en consideración” al efecto de determinar la composición de la Cámara. De este modo, no lograr el porcentaje mínimo, priva de representación a las candidaturas que se encuentren en tal situación. A partir de aquí, el profesor Martínez Sospedra aborda el análisis de cinco aspectos⁷⁶:

1. *La determinación de un mínimo apoyo electoral.* Es, sin duda, la “pieza esencial y, al mismo tiempo, más visible de las cláusulas de cierre o barrera”. Los partidos políticos (o, más correctamente, las candidaturas) que igualan o superan el porcentaje mínimo de votos exigido son

73 Cfr. RÍOS RULL, Fernando: “Barreras de exclusión en los sistemas electorales de las Comunidades Autónomas”, en *IV Jornadas de Derecho Parlamentario: reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, págs. 721 y 727-728.

74 STC 197/2014, de 4 de diciembre (Ponente: Fernando VALDÉS DAL-RÉ), *BOE* de 13 de enero de 2015, fund. juríd. 7.c; y STC 15/2015, de 5 de febrero (Ponente: Andrés OLLERO TASSARA), *BOE* de 2 de marzo de 2015, fund. juríd. 8.a.

75 Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “Las cláusulas...”, *op. cit.*, pág. 1.917.

76 *Ibidem*, págs. 1.917-1.920.

admitidos a la fase de aplicación de la fórmula del reparto de escaños; por el contrario, los que no alcancen dicho mínimo son inadmitidos a dicha fase del procedimiento electoral, todo ello *ope legis*. En la terminología que utilizan nuestras normas electorales, “quienes igualan o superan el porcentaje establecido «son tenidos en cuenta» a los efectos del reparto de escaños, quienes no lo alcanzan «no son tenidos en cuenta», fueren cuales fueren sus oportunidades de alcanzar representación”. Al cerrarles el paso a la fase del procedimiento electoral en la que se lleva a cabo la atribución de los escaños en disputa, las barreras electorales producen dos efectos: de un lado, las candidaturas que no superan la barrera “carecen de posibilidad legal de acceder a la representación; del otro, se produce una esterilización de los votos emitidos a favor de las candidaturas excluidas por ministerio de la ley” y, precisamente, por motivo de dicha exclusión.

2. *La capacidad de exclusión*. Las barreras electorales solo tienen “sentido cuando y en la medida en que tienen capacidad de exclusión”. Lo que implica que, para ser eficaz, la barrera debe ser “mayor que el umbral a partir del cual es factible obtener representación parlamentaria”. Con una franqueza poco usual, lo expresa el legislador español: “No se tienen en cuenta aquellas candidaturas que no hubieran obtenido...” (art. 163.1.a LOREG).
3. *La privación de representación por ministerio de la ley*. El efecto primero e inmediato de la capacidad de exclusión de las barreras electorales puede formularse diciendo que las candidaturas que no logran el porcentaje de apoyo popular demandado por la ley “quedan privadas de acceso a la representación parlamentaria”. Lo que significa que el o los escaños a los que un partido político tendría derecho, de conformidad con la fórmula electoral de reparto, “se evaporan al impedir la ley el acceso del partido a la fase de distribución”.
4. *Las primas a los partidos “que se tienen en cuenta”*. Además del efecto inmediato al que nos acabamos de referir, las barreras electorales tienen —fruto de su referida capacidad de exclusión— un efecto mediato: la prima en escaños a los partidos que sí consiguen superar la barrera. El motivo es obvio. El escaño o los escaños que hubieran correspondido a las candidaturas excluidas del reparto no desaparecen, sino que van a incrementar el número de escaños a distribuir, según la fórmula proporcional establecida, entre las candidaturas que

sí han tenido apoyos populares por encima del porcentaje legalmente establecido. Por tanto, no solo tiene el indicado efecto de exclusión, “sino que, además, al aumentar el número de puestos que se reparten efectivamente entre las formaciones que hayan superado dicha barrera, opera como un mecanismo productor de primas positivas”, de sobrerrepresentación de estas últimas. A ello también se refiere de forma clara el profesor Razquin Lizarraga⁷⁷, al afirmar que las barreras electorales “favorecen indirectamente a las fuerzas que más votos han recibido”, por cuanto que los escaños no asignados a los partidos políticos excluidos por la barrera se distribuyen “entre los que han superado el porcentaje mínimo exigido”.

5. *La ablación del contenido esencial del derecho de sufragio activo*⁷⁸. A juicio del profesor Martínez Sospedra, los votos emitidos a favor de candidaturas excluidas no solo es que carecen de valor de resultado (no otorgan escaños), “es que tal valor de resultado no puede existir, porque una parte del valor inicial del voto (el «ser tenido en cuenta») se desvanece por mor de la barrera electoral. Se produce la ablación del derecho de participación” por medio de la amputación “de una parte esencial del *ius sufragii*”. Es más, a su entender, “la ablación del contenido esencial del derecho de voto de los ciudadanos que tuvieran la mala fortuna de votar candidaturas minoritarias es un presupuesto necesario, no un daño colateral: sin ella no puede haber exclusión, privación ni prima”⁷⁹.

La barrera electoral, por su propia esencia y naturaleza, divide las candidaturas concurrentes en dos grupos: las que superan el porcentaje de votos que aquella exige, que son tomadas en consideración para el posterior reparto de escaños; y las candidaturas que no logran superar la barrera, que no son tomadas en consideración para dicha distribución. Es una diferencia de trato “lesiva para los intereses de los candidatos minoritarios, que se ven privados de acceder a la representación al ser privados de la fase de asignación de escaños”. La diferencia de trato, como se ha

77 Cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: “Elecciones y gobernabilidad”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 8, 1999, pág. 293.

78 Este es —para nosotros— el punto más discutible de la construcción elaborada por el profesor Martínez Sospedra. De hecho, está en total contraposición con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y casi la totalidad de la doctrina española.

79 Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “Las cláusulas...”, *op. cit.*, págs. 1.917-1.920.

subrayado⁸⁰, “consiste en la exclusión de los pequeños, de quienes son menos votados, precisamente porque lo son”, y esta exclusión supone, y no puede dejar de suponer, un “resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas”⁸¹.

Los destinatarios de la barrera electoral son, sin duda, los partidos pequeños, pues la mera incorporación al ordenamiento jurídico de esta cláusula de exclusión desalienta su concurrencia a los comicios y, caso de concurrir, condiciona el ánimo con que abordarán la campaña electoral que precede a la votación, al sentir aquella cláusula como una pesada losa que pesa sobre ellos, que difícilmente podrán levantar. Además, es muy posible que los potenciales votantes de estas formaciones políticas pequeñas se dejen seducir por las llamadas, que hacen los partidos grandes, al “voto útil” o que ellos mismos decidan hacer un “voto estratégico”⁸². Con gran fuerza expresiva, el profesor Martínez Sospedra⁸³ afirma que si se aplicara a los partidos políticos la legislación sobre la competencia que se aplica a las sociedades mercantiles, “es muy probable que la calificación de un instituto como la barrera electoral oscilara entre el «abuso de posición dominante» y las «prácticas restrictivas de la competencia». Lo primero porque la barrera es sostenida por los partidos grandes contra los pequeños, en cuyo perjuicio opera por razones obvias; lo segundo porque, al tener el efecto señalado en el apartado anterior, erosiona la posición de los partidos menores que no tengan la certeza de superar la barrera en el ámbito en el que se aplica e impide el acceso al «mercado político» de «empresarios» nuevos. Si se desea abandonar esa terminología —sigue afirmando el catedrático de la Universidad CEU-Cardenal Herrera—, podríamos afirmar que la barrera restringe la competencia política potencial —y, mediante ella, minorla actual— al dificultar la introducción de nuevos actores en el área de competencia política efectiva”. Además, no puede olvidarse que somete a una constante inseguridad a aquellos partidos que, aunque

80 *Ibidem*, págs. 1.949-1.950.

81 STC173/1994, de 7 de junio (Ponente: Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER), BOE de 9 de julio de 1994, fund. juríd. 3º.

82 Sobre el voto estratégico entre nosotros, cfr. LAGO PEÑAS, Ignacio: *El voto estratégico en las elecciones generales en España (1977-2000). Efectos y mecanismos causales en la explicación del comportamiento electoral*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2005.

83 Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “Las cláusulas...”, *op. cit.*, pág. 1.955.

normalmente superan la barrera electoral, están muy cerca de ella, lo que fragiliza su imagen y debilita sus expectativas, siempre al albur de algún pequeño cambio en los vientos electorales.

SEGURIDAD Y SEGURIDAD SANITARIA: UNA VISIÓN DESDE EL CONSTITUCIONALISMO AL HILO DE LA PANDEMIA DEL COVID-19

*José Julio Fernández Rodríguez**

Sumario: 1. Introducción; 2. Sobre el concepto de seguridad: 2.1. La naturaleza jurídico-constitucional de la seguridad; 2.2. Los conceptos tradicionales; 2.3. Nuevas formulaciones; 2.4. Nuestra propuesta; 3. La incidencia de las cuestiones sanitarias en la seguridad; 4. La llegada de la pandemia; 5. Consecuencias en el plano de seguridad; 6. ¿Reforma de la Constitución? 7. Conclusiones.

1. Introducción

La pandemia del COVID-19 ha evidenciado el mundo convulso en el que nos encontramos, mostrando, incluso, una realidad líquida (en afortunada expresión de Zygmunt Baugman¹). Estas dudas e incertidumbres también alcanzan a diversas categorías y conceptos de las

* Doctor y licenciado en Derecho con premio extraordinario, licenciado en Ciencias Políticas, en Periodismo, en Comunicación Audiovisual. Diplomado en Estudios de Seguridad y Defensa. Director del Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) y delegado de protección de datos de la Universidad de Santiago de Compostela. Antiguo *ombudsman* de la Comunidad Autónoma de Galicia (Valedor do Pobo). Profesor titular de Derecho Constitucional - Universidad de Santiago de Compostela (España). josejul.fernandez@usc.es

ciencias sociales, por lo que es preciso esforzarnos en analizar tales cambios. Y no sólo la crisis sanitaria está detrás de esta situación sino también los problemas ambientales, la superpoblación o la dinámica indeterminada entre la hiperglobalización y el proteccionismo de algunos países. Todo ello sume al constitucionalismo ante una situación exigente en la medida en que debemos esforzarnos por su actualización.

Entre los conceptos que se ven afectados por la realidad actual destaca la seguridad, un concepto que se ha vuelto poliédrico y multidimensional, complejo como el mundo actual y futuro, y cuyos problemas se sitúan en las primeras páginas de las agendas gubernamentales de todo el mundo. En efecto, tales problemas presionan la calidad de nuestras democracias y pueden hipotecar la convivencia en las sociedades que habitamos. Un desafío de primer orden que exige realizar análisis adecuados para perfilar correctamente las causas de todo ello y, sobre ese esfuerzo, construir respuestas que ayuden a su superación y/o mitigación.

La pandemia del COVID-19 se revela como un acontecimiento histórico que ha aportado elementos significativos en la conformación de la idea de seguridad. Así las cosas, en el presente trabajo nos proponemos estudiar la irrupción de la seguridad sanitaria en la primera línea de la dinámica sociopolítica y jurídica, con la consiguiente incidencia en el concepto de seguridad y su repercusión en el contenido de una constitución.

Estos años en que vivimos, verdadera época de riesgo, determinan situaciones abiertas que, por ello, debemos tomar científicamente con cautela pues la concreta evolución futura podría obligar a reconsiderar ciertos aspectos. La propia pandemia se desarrolló a través de varias olas, alternando fases de más intensidad con otras de menor incidencia, lo que denota lo que estamos indicando de situaciones indefinidas, en cambio y abiertas.

2. Sobre el concepto de seguridad

2.1. La naturaleza jurídico-constitucional de la seguridad

El concepto de seguridad ha evolucionado de forma paralela a la progresiva complicación de la realidad. Con el fin de la bipolaridad, y la caída

1 BAUGMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

del Muro de Berlín, se desarrolla un nuevo orden mundial y un renovado panorama estratégico, donde los conflictos asimétricos e híbridos añaden una relevante complejidad para su análisis. En este entorno evoluciona un conjunto de riesgos y amenazas heterogéneo y diverso, que altera la propia idea de seguridad. Como ya hemos sostenido, “la actual idea de seguridad presenta un sentido poliédrico y complejo, multidimensional y cambiante”². Ello exige detenerse en su configuración y sentido para que pueda ser útil en el estudio de los sucesos que acontecen hoy en día, pero sobre todo en el futuro inmediato. La pandemia y la guerra de Ucrania son dos potentes ejemplos recientes que justifican lo dicho.

En este sentido, la seguridad se ha convertido en uno de los temas estrella de las agendas de los decisores públicos de todo el planeta, presionados por distintas urgencias que percuten en sus sociedades. Incluso, puede afirmarse que los problemas de seguridad son un importante obstáculo para el progreso de la democracia. Sólo en un entorno de razonable seguridad pueden aplicarse los derechos fundamentales. De ahí la raigambre constitucional de la propia categoría de seguridad.

Aunque existe un entendimiento genérico de la idea de seguridad, fácilmente aprehensible por la opinión pública, es necesario efectuar mayores concreciones para delimitar su naturaleza y sentidos. Desde un punto de vista jurídico, básicamente la seguridad puede ser cuatro cosas: un principio, un valor, un derecho (subjetivo) o un interés, aunque también puede ser una competencia de una entidad o una mera actividad. No se trata de configuraciones excluyentes, ya que un mismo ordenamiento jurídico pueden catalogar la seguridad de varias formas. En lo que sigue continuamos una línea argumental ya expuesta³.

Un principio es una norma que persigue una vigencia general que lleva a la abstracción en cuanto a la exigencia de actividad ulterior, lo que permite una gradación en su cumplimiento. Reclama actuaciones horizontales y permanentes en los distintos sectores del ordenamiento. De este modo, la seguridad entendida como un principio adquiere esa dimensión que se expande por todos esos sectores, no sólo en la producción normativa

2 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Seguridad(es) en un futuro incierto. Un estudio jurídico constitucional*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 31.

3 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Seguridad(es) en un futuro incierto...*, *op. cit.*, 2020, pp. 32 y ss.

sino también en la aplicación de políticas y programas. De igual forma, la seguridad vista como principio admite gradación (lo que también se produce en términos sociológicos al sentirse más o menos seguro, o al percibir mayor o menor seguridad). A su vez, un *valor* es un elemento axiológico que en varios casos se ha juridificado (como en el art. 1.1 de la Constitución española, que habla de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político como “valores superiores de su ordenamiento jurídico”). Si vemos la seguridad como un valor adquiere ese sentido axiológico que sirve para fundamentar la convivencia, lo que incluso adquiere un carácter axiomático si alcanza a ser valor constitucional. Como los valores superan la antítesis entre iusnaturalismo y positivismo⁴, la seguridad, en este sentido, se ubicaría en la confluencia entre Derecho natural y Derecho positivo, con lo que también aportaría una dimensión cultural. Por su parte, un *derecho subjetivo* es una facultad que tienen una persona de hacer, no hacer o impedir una conducta. Concebir la seguridad como un derecho da lugar a la atribución de distintas facultades específicas a las personas titulares del mismo. De este modo, adicionalmente se hace necesario completar los diversos elementos del régimen jurídico de un derecho subjetivo, por ejemplo, titularidad, objeto, contenido, límites o garantías. Y finalmente, con relación a la idea de *interés*, su precisión es más difícil que en los supuestos anteriores, puesto que desde el punto de vista jurídico público la categoría de interés presenta bastante indeterminación. Puede ser un elemento que debe ser protegido por un derecho subjetivo, pero también una actividad que muestra una relevancia que justifica que sea protegida. Ahí se conecta lo que se suele denominar interés público, que como tal semejar ser un concepto jurídico indeterminado que habrá que concretar en el momento de su aplicación, no antes.

Tras este rápido análisis, y conectando con lo que decíamos *supra*, la naturaleza multidimensional de la seguridad le permite fungir con varias naturalezas al mismo tiempo. En función del ordenamiento jurídico ante el que estemos, puede ser un derecho, un principio, un valor o un interés (aunque con relación al “interés”, no lo consideramos conveniente dado el carácter indeterminado y poco objetivo del mismo, frente a lo positivo que resulta que la seguridad tenga un entendimiento objetivo y delimitado). Además, podría ser una competencia de una entidad determinada o una simple actividad. A mayores también se articula en ocasiones como

4 PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 53.

un límite a un derecho (por ejemplo, cuando un juez autoriza una intervención de comunicaciones por razones de seguridad). En el preámbulo de la Constitución española puede verse como un principio o como un valor. En el art. 44 de la Constitución peruana semeja ser principio. Y como derecho, ligado a la seguridad personal, está en el art. 17.1 de esa Carta Magna española, en el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el art. 6 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 27 de la Constitución de Portugal, o en el art. 2.24 de la Constitución de Perú. En fin, la seguridad en sentido multidimensional debe ofrecer estructuras que se mezclan para cumplir sus funciones en el complejo entramado geoestratégico actual, por lo que no vemos dificultad para emplearla en varios sentidos, incluso superpuestos.

2.2. Los conceptos tradicionales de la seguridad

Además de lo dicho en el apartado anterior, hay que tener presente que es muy habitual emplear la idea de seguridad con distintos calificativos, alguno de los cuales es de uso tradicional. Hacemos ahora una aproximación teórica, puesto que, de nuevo, para ulteriores precisiones deberemos centrarnos en un ordenamiento en concreto, para lo que ahora no tenemos espacio.

Teniendo presente lo que acabamos de comentar, quizá el sentido más tradicional que ahora nos interesa es el de *seguridad nacional*, que es la acción del poder público que defiende a su ciudadanía, al país de referencia, con sus principios y valores, sin interferencia extranjera, y colabora con los socios internacionales en los compromisos comunes. Se trata de un sentido que aparece con la Guerra Fría con la intención de ayudar a la unidad frente al bloque soviético, en gran medida sedimentado con los trabajos del diplomático George Kennan. Ya en 1947 Harry S. Truman aprobó la primera Acta de Seguridad Nacional. Su evolución le ha otorgado un sentido cada vez más complejo, aunque la caída del Muro de Berlín le restó actualidad, en la línea ya apuntada por la doctrina⁵.

5 JAIME, Óscar, DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis y BLANCO, José María, "Aproximación a la seguridad nacional", en DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis y BLANCO NAVARRO, José María (coords.), *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*, LID, Madrid, 2014, p. 26.

A su vez, la *seguridad ciudadana* es la situación de tranquilidad que permite la aplicación de los derechos en la vida social ordinaria. La *seguridad pública* se usa como sinónimo de la seguridad ciudadana, por lo que se liga a la tranquilidad ciudadana, aunque quizá haya que verla como más amplia englobando al orden público. Obsoletas semejan las categorías de *seguridad interior y exterior*, que se ligaban respectivamente a las actividades de protección dentro y fuera de las fronteras. Los procesos de globalización e interdependencia de los últimos años las han dejado fuera de juego, al igual que el progreso tecnológico. Por su parte, la *seguridad del Estado* hace referencia a la protección de los intereses específicos de esa personalidad jurídico-pública que conocemos como Estado. La *seguridad colectiva* se refiere al apoyo conjunto que realiza un grupo, que en el marco de la OTAN se traduce en el principio de defensa colectiva (art. 5 del Tratado del Atlántico Norte)⁶.

Como se percibe, un cúmulo de calificativos que matizan sobremanera el alcance y la concepción de la seguridad. Pese a ello, defendemos que hay que evolucionar a partir de este marco y ofrecer otros supuestos, que es a lo que vamos acto seguido.

2.3. Nuevas formulaciones

Los múltiples cambios de las últimas décadas, y las incertezas que comentábamos, propiciaron un esfuerzo epistemológico para hacer avanzar la categoría de seguridad. Lo vemos positivo: es conveniente transitar hacia fórmulas más comprensivas que actualicen las visiones direccionales recibidas puesto que es obvio que el mundo actual es muy diferente del de antaño.

A esta motivación responde en parte la noción de *seguridad humana*, que se puede concebir como una actuación que persigue el desarrollo socioeconómico de la comunidad y la defensa efectiva de los derechos a partir de un análisis realista de las causas de inestabilidad. Para ello se intenta actuar al margen de los intereses de los grupos fácticos de poder, diseñándose con la ciudadanía para que la seguridad que demande y perciba coincida con la seguridad realmente necesitada. Zavaleta Hernández considera que la seguridad humana es un “concepto de seguridad antropocéntrico,

6 Al margen de todos estos sentidos geopolíticos y geoestratégicos también la seguridad se tilda con otro tipo de calificativos de manera muy habitual, pero no nos paramos ya en ello (seguridad jurídica, seguridad social o seguridad informática, por ejemplo).

de carácter multidimensional, universal, contextualizado integrado por componentes interdependientes y mutuamente vulnerables”⁷. Aquí los temas sanitarios pueden entrar de forma directa. En todo caso, a este concepto se le puede achacar negativamente que diluye las fronteras entre seguridad y otros problemas, dificultando así su abordaje práctico.

También la *seguridad natural* forma parte de este esfuerzo reciente por actualizar las construcciones dogmáticas en el tema que nos ocupa. Nos puede servir como concepto de seguridad natural, desde la óptica geoestratégica que estamos utilizando, el siguiente: actuación que busca un desarrollo sostenible preservando el equilibrio ambiental y promoviendo una economía circular. Como se ve, presenta una dimensión amplia que incluye, entre otras cosas, el acceso a recursos, las mejores técnicas disponibles para la economía circular o la delimitación de sistemas industriales sostenibles. No cabe duda de que este concepto implica un replanteamiento de la forma de considerar los problemas tradicionales de seguridad, obligando a examinar la incidencia de la energía, minerales o agua, y también la mengua de la biodiversidad y la depredación de recursos. Así se conocerán los efectos desestabilizadores que nos pueden afectar como sociedad y como planeta. Los temas sanitarios pueden tener conexión con esta problemática ambiental y con la forma en que tratamos al planeta y a sus recursos.

2.4. Nuestra propuesta

Tras el rápido recorrido efectuado por las múltiples caracterizaciones explicadas de forma sucinta en las páginas anteriores, ahora ofrecemos nuestra propuesta del concepto de seguridad, para lo cual optamos por un *sentido integral* de la misma.

De este modo, *la seguridad es la situación de tranquilidad, y la acción que lleva ella, en la que se pueden ejercitar eficazmente los derechos, las personas tienen previsibilidad sobre el futuro, se dan las circunstancias para avanzar en la igualdad material, y se encuentran elementos adecuados de protección ambiental*⁸.

7 ZAVALETA HERNÁNDEZ, Sandra Kanety, “El concepto de seguridad humana en las relaciones internacionales”, *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, n.º 10, 2015, p. 66.

8 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Seguridad(es) en un futuro incierto...*, *op. cit.*, 2020, p. 51.

Esta situación de tranquilidad es coherente con la naturaleza jurídica multidimensional y de estructuras que se mezclan para cumplir varias funciones, tal y como hemos caracterizado *supra* la naturaleza jurídico constitucional de la seguridad. Se trata, además, de una visión en positivo y de un entendimiento que ayuda a que coincidan en la seguridad necesitada, la percibida y la demandada. Esto último es un elemento de importancia para la estabilidad de la vida democrática en común. La problemática sanitaria se incluye en este entendimiento que estamos proponiendo.

3. La incidencia de las cuestiones sanitarias en la seguridad

Los documentos estratégicos contemplaban desde hace años las epidemias y pandemias como riesgos y amenazas de seguridad. En la actualidad ello presenta singular significación pues sorprende cómo muchos gobiernos se vieron sorprendidos por la irrupción del COVID-19, a pesar de que desde hace tiempo los documentos oficiales confeccionados por ellos mismos subrayaban la amenaza pandémica y alertaban de la necesidad de prepararse ante ese desafío. Otros peligros sí han tenido mayor atención por parte de los responsables públicos, como los ciberataques, la protección de las infraestructuras críticas, la vulnerabilidad energética o las migraciones masivas. En cambio, en Occidente (ni aparentemente en otros lugares) el conocido riesgo de las pandemias no se tradujo en la dotación de recursos necesarios para construir planes efectivos de prevención y de respuesta rápida ante las hipotéticas nuevas enfermedades infecciosas.

Así, en España, la antigua Estrategia de Seguridad Nacional de 2013 aludía, como riesgo relevante en el marco de las emergencias y catástrofes a la “expansión a gran escala de determinadas enfermedades y pandemias, favorecida por el desplazamiento masivo de la población” (p. 35). En ese lugar se citaba el Síndrome Respiratorio Agudo Severo y alguna enfermedad que se creía erradicada como la tuberculosis. Y la Estrategia de Seguridad Nacional de 2017 identificaba “al menos 6 alertas sanitarias globales” con impacto en España. Se refiere al Síndrome Respiratorio Agudo Grave, a la gripe por virus A/H5N1, a la gripe por virus A/H1N1, a la diseminación internacional del poliovirus salvaje, la enfermedad por virus Ébola en África del Oeste y a la infección por virus Zika (p. 74). También en ese país ibérico la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de seguridad nacional, prevé la seguridad sanitaria como uno de los ámbitos de especial interés para la

seguridad nacional (arts. 10 y 11). Por lo tanto, en España eran varios los documentos oficiales que alertan del peligro sanitario antes del COVID-19.

A su vez, la Estrategia de Seguridad Nacional de 2015 de Estados Unidos (con Obama de presidente) previó un subapartado con el título "Incrementar la seguridad sanitaria mundial" (*"Increase Global Health Security"*), en donde se decía que la propagación de enfermedades infecciosas constituye un riesgo creciente y citaba la epidemia de ébola en África originada por "un virus furioso" (*"raging virus"*, p. 13). También se consideraba que Estados Unidos era el líder mundial en la lucha contra las pandemias y en la mejora la seguridad sanitaria mundial. Incluso, "salvaremos vidas fortaleciendo las regulaciones sobre seguridad alimentaria y desarrollando un sistema global para prevenir epidemias evitables, detectar y notificar brotes en tiempo real y responder con mayor rapidez y eficacia" (p. 14). La siguiente Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos, de 2017 (con Trump), sigue recogiendo un subapartado de esta temática, esta vez rotulado "Combatir bioamenazas y pandemias" (*"Combat Biothreats and Pandemics"*, p. 9), aunque la política gubernamental de ese período redujo los presupuestos y la estructura de la biodefensa.

De igual forma, la Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la Unión Europea "Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte", de 2016, sostiene que "trabajaremos para lograr una mayor eficacia en la prevención y detección de las pandemias mundiales y en la manera de responder a las mismas" (p. 34). También podríamos citar documentos de Alemania, Francia, Italia o Reino Unido, pero con lo dicho ya cumplimos la finalidad buscada y no queremos dilatarlos en exceso.

La preocupación teórica, como se ve, existió. Y tuvo alguna consecuencia, como en los planes frente al terrorismo biológico, sobre todo tras los ataques con ántrax en 2001. Pero, y al margen de ello, esta identificación del problema no se tradujo en unas respuestas cabales, precisas y efectivas, con una financiación correcta. Quizá se pensaba que era algo lejano o exótico⁹, lo que nos ha hecho pagar un precio ahora. Como no podía ser de otro modo, los documentos estratégicos aprobados tras el inicio de la pandemia insisten mucho más en el tema sanitario. Nos

9 En cambio, en Corea del Sur, Singapur o Taiwán los planes previos fueron más efectivos, con relevante inversión en tecnología de coordinación y control.

sirve de ejemplo la nueva Estrategia de Seguridad Nacional de España, aprobada a finales de 2021¹⁰.

En el marco de la seguridad, como ya hemos comentado, se sitúan distintos elementos, producto de un entendimiento integral de dicho concepto que evoluciona con específicas características en las últimas décadas. Tal comprensión amplía la idea de seguridad, que debe abarcar también los problemas sanitarios. De hecho, la categoría de seguridad humana así lo hace al incorporar la garantía de los derechos y la estabilidad social, solo posibles con una razonable situación de salud pública. Y de igual forma, nuestro concepto que acabamos de defender también incorpora la dimensión sanitaria para que la situación de tranquilidad que se persigue sea efectiva, para que exista verdadera previsibilidad sobre el futuro y la igualdad material no se resquebraje por diferencia en el acceso a la asistencia sanitaria. En esta línea, el derecho a la salud ocupa un lugar importante para la indicada situación de tranquilidad que busca la comprensión que hemos propuesto de seguridad. Ya no estamos en los marcos de la tradicional seguridad nacional, sino que nos ubicamos en una problemática global que debe ser analizada con esos nuevos entendimientos integrales de la seguridad, y en la que la coordinación supranacional tiene

10 Así, además de considerar un riesgo para la seguridad las epidemias y pandemias (pp. 57-58) se recogen otras ideas que denotan la importancia asumida por tal problemática. Por ejemplo: “La Estrategia identifica la pandemia de la COVID-19 como un factor que ha producido una aceleración de las principales dinámicas globales que afectan a la seguridad” (p. 12); “La pandemia ha sido el evento con mayor impacto global desde la Segunda Guerra Mundial, con grave afectación a la salud, la economía y la seguridad” (p. 18); “La pandemia ha puesto de relieve la importancia de los sistemas de alerta temprana, de la fusión y el análisis de la información y de los planes de respuesta para la gestión de crisis, medidas todas ellas que facilitan y agilizan la toma de decisiones” (p. 19); “La pandemia de la COVID-19 desencadenó la peor crisis económica mundial desde la Segunda Guerra Mundial, con una caída sin precedentes del Producto Interior Bruto (PIB) y de la actividad laboral mundial” (p. 30); “La interrelación entre ellos (los riesgos y amenazas de seguridad) puede producir efectos en cascada, como ha ocurrido con la crisis generada por la pandemia” (p. 52); “La lucha contra las epidemias y pandemias demanda la modernización del sistema de vigilancia epidemiológica nacional, a partir de las lecciones aprendidas en la gestión de la pandemia de la COVID-19” (p. 78); “Ningún país por sí solo puede hacer frente a amenazas globales del siglo XXI como la lucha contra las pandemias o contra los efectos del cambio climático” (p. 96). Esta Estrategia está disponible en <https://www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/estrategias/estrategia-seguridad-nacional-2017>

que incrementarse de forma paralela al rol de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Los poderes públicos deben esforzarse en trabajar para evitar que los programas de salud ineficaces sean obstáculos que imposibiliten nuestra convivencia con un estándar democrático aceptable. También en un Estado descentralizado, como es el caso español y otros muchos, habrá que tener en cuenta los diversos niveles territoriales para concretar estas exigencias de supervisión pública. Sea como fuere, el escenario actual requiere una mayor presencia pública y políticas que incrementen su sofisticación, adoptando una naturaleza integral y horizontal para responder de mejor manera a los desafíos presentes. Pero al mismo tiempo, y esto es de singular relevancia, todo ello debe ser conforme con las garantías propias del Estado democrático de Derecho.

A mayor abundamiento, esta consideración de la dimensión sanitaria en la categoría de seguridad se refuerza si pensamos en la seguridad como base para el ejercicio de los derechos de la ciudadanía. La compleja relación entre seguridad y derechos (libertad) puede verse un sentido negativo, es decir, dialéctico (el aumento de una mengua la otra), pero también puede ser entendido en un sentido positivo (la relación entre seguridad y libertad es complementaria: a mayor seguridad mejor ejercicio de los derechos fundamentales). Pues bien, en este segundo entendimiento se percibe cómo una situación de inseguridad dificultará de forma destacada la aplicación de los derechos, incluso los vulnerará. Por el contrario, si asistimos a una razonable situación de seguridad ciudadana, el ejercicio de los derechos podrá alcanzarse. Todo ello reclama una implementación de las políticas públicas específicas para estas finalidades, con adecuada planificación y con una suficiente dotación de recursos. En lo que ahora nos interesa cabe afirmar que sin un verdadero nivel razonable de salud de las personas que integran la comunidad, no podrá configurarse realmente la seguridad como base para el ejercicio de los derechos. Y aquí también habrá que considerar la importancia de la asistencia sanitaria de calidad.

4. La llegada de la pandemia

La pandemia del COVID-19 ha incidido en múltiples aspectos de la vida en todo el planeta. Desde la óptica que estamos empleando aquí, este suceso subraya los aspectos sanitarios en las cuestiones de seguridad. Ya vimos antes cómo defendemos conceptos de seguridad que abarcan estas

dimensiones. La Organización Mundial de la Salud (OMS), el 7 de enero de 2020, declaró el brote del coronavirus COVID-19 como una emergencia de salud pública de importancia internacional, y el 11 de marzo de 2020 como una pandemia. De esta forma subrayó la velocidad de su propagación e instó a los Estados a tomar acciones urgentes y decididas frente a la pandemia, como identificar, aislar y monitorear los posibles casos y divulgar las medidas preventivas.

La importancia *per se* de las cuestiones sanitarias se incrementa en la medida que existe un derecho a la salud habitualmente previsto en los ordenamientos jurídicos. Por lo tanto, adoptar medidas de protección de la salud no sólo es una exigencia de buena gestión pública o de los deberes de salvaguarda de la sociedad, sino que también es un correlato impuesto por el susodicho derecho a la salud. Pero de igual forma, es habitual que se contemple el deber que sujeta a la ciudadanía de cuidar la salud, lo que incluso se hace conjuntamente convirtiéndose en un “derecho-deber”.

El derecho a la salud puede entenderse como la facultad que tiene una persona para beneficiarse de acciones en favor de su objeto (la salud). Por lo tanto, es un derecho de prestación y finalista sobre la exigencia de medios y en parte también de resultados, aunque también hay que considerarlo como un derecho de libertad (libertad para someterse o no a un tratamiento) y reaccional (reaccionar jurídicamente frente a los ataques contra la salud individual y colectiva). Pero la salud no sólo es un concepto jurídico, sino también médico y cultural. Hace referencia a la ausencia de enfermedad y sufrimiento, y a la esperanza de vida.

Sirven de ejemplo el art. 43 de la Constitución española, donde se “reconoce el derecho a la protección de la salud”, además de establecer que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”, y que “la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. Por su parte, el art. 7 de la Constitución de Perú, ubicado en el Capítulo II relativo a los derechos económicos y sociales, asevera que “todos tienen derecho a la protección de su salud”; el art. 9 prevé que el Estado “determina la política nacional de salud”, facilitando a todos “el acceso equitativo a los servicios de salud”; y el art. 11 afirma que el Estado “garantiza el libre acceso a prestaciones de salud”. En Portugal, el art. 64 de su Constitución también se refiere a este derecho: “Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover”. Su realización

requiere un servicio nacional de salud universal y general, y la creación de condiciones que garanticen la protección de la juventud y la infancia, y la mejora sistemática de las condiciones de vida. Ahí se contemplan deberes del Estado para proteger la salud, como garantizar el acceso o una cobertura racional y eficiente. A su vez, el art. 6 de la Constitución de Brasil prevé como derecho social la salud. La Unión, los Estados y el Distrito Federal deben legislar en defensa de la salud (art. 24.XII). Y los municipios prestan servicios “serviços de atendimento à saúde da população” (art. 30.VII). Los arts. 196 y ss. de la Carta brasileña desarrollan estas ideas e insisten en la salud como un derecho de todos y un deber del Estado.

En los distintos países, ante la crisis sanitaria del COVID-19 se activaron distintas respuestas jurídicas. La dimensión del deber de protección de la salud es uno de los fundamentos en los que se asentaron las restricciones y obligaciones que se impusieron. En unos casos se limitaron a la aplicación de la legislación sanitaria, en otros, además, se sumaron normas de emergencia. Y también tenemos supuestos en los que se activó el Derecho de excepción o necesidad, completado con la legislación sanitaria.

Con relación a esto último, ligado de igual forma a aspectos de seguridad, el recurso a los estados excepcionales frente a la pandemia en el mundo se ha hecho con excesos, como en el caso de Iberoamérica¹¹ (en este sentido, por ejemplo, Hurtado y Aguilar, 2021) o en España, cuyo Tribunal Constitucional ha declarado nulos dos de los tres estados de alarma declarados a través de las SSTC 148/2021 y 183/2021, por excesos, figura inidónea (estado de alarma en lugar de estado de excepción), problemas competenciales o ausencia de control¹². No deja de ser curioso

11 En este sentido citamos a HURTADO, Javier y AGUILAR, Gerardo, *Regímenes de excepción e Iberoamérica por el COVID-19: afectaciones al Estado de Derecho y la democracia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Entre otros muchos trabajos ahora sólo recordamos respecto a España a ALIENZA GARCÍA, José Francisco, “El Derecho administrativo sancionador durante el estado de alarma”, en LUQUÍN BERGARECHE, Raquel, *COVID-19: conflictos jurídicos actuales y otros desafíos*, Bosch - Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 409-424; y a ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente *et alii*, *Lecciones jurídica para la lucha contra una pandemia*, Iustel, Madrid, 2020.

12 Se pueden consultar múltiples noticias sobre el particular, por ejemplo <https://www.larazon.es/espana/20211027/wmqsdwbx4bh5pca7cdtf5ljbhm.html>

Nosotros ya habíamos sido críticos en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19”, documento de opinión IIEE 43/2020, pp. 1-23, disponible en

que ante los novedosos problemas víricos se acude a institutos jurídicos de repuesta tradicionales, propios del Derecho de excepción.

5. Consecuencias en el plano de seguridad

La línea argumental que hemos seguido en el apartado 3 de este trabajo la retomamos ahora para enfatizarla ante la presencia del COVID-19. También por las disfunciones que han existido a la hora de enfrentarse a este coronavirus. Así el elemento sanitario se debe incorporar a los conceptos actuales y de futuro de la seguridad, como los ya vistos de seguridad humana o nuestra visión de seguridad integral. De esta forma, hay que entender desde tal óptica la dimensión exterior en materia de salud, los planes de vacunación, el control de elementos infecciosos, o los programas y protocolos de prevención. Con relación a esto último, la Estrategia de Seguridad Nacional española de 2017, al referirse a los desafíos que presentan las epidemias y pandemias, consideraba que para reducir la vulnerabilidad de la población es necesario “desarrollar planes de preparación y respuestas ante amenazas y desafíos sanitarios, tanto genéricos como específicos”. Una aproximación multisectorial que asegure la buena coordinación. La evolución de las políticas sanitarias ante un entorno más exigente requiere esta ampliación del concepto de seguridad que incluya tal dimensión. En este orden de cosas, la Estrategia de Seguridad Nacional española actual, de 2021, como ya vimos, cita la importancia de los sistemas de alerta temprana, de la fusión y el análisis de la información y de los planes de respuesta para la gestión de crisis, todo ello puesto de relieve por la pandemia (p. 19). Y al referirse específicamente a la amenaza de epidemias y pandemias, se subraya el “aspecto crucial” de la “fragilidad de las cadenas de suministro global de determinados recursos” y de la necesidad de “disminuir el grado de dependencia exterior de recursos esenciales para garantizar la accesibilidad en todo momento” (p. 58).

Según indicamos *supra*, ya no resulta muy operativa la antigua idea de seguridad nacional dado el carácter mundial de los acontecimientos pandémicos actuales, y quizá futuros. Se refuerza lo supranacional y la cooperación más allá de las fronteras, todo lo cual puede ser atendido

por el sentido integral de seguridad. El rol de la OMS en este sentido se hace imprescindible.

Pero todos los argumentos que hemos seguido hasta aquí deben tomarse, en todo caso, con cierta precaución. La pandemia ha evidenciado el riesgo de que la burocracia sanitaria imponga sus recomendaciones sin debate ni transparencia. De igual forma, hemos tenido la sensación de que las aparentemente necesarias restricciones de las libertades no se han visto acompañadas de una rigurosa aplicación del principio de proporcionalidad. Quizá la urgencia de la respuesta ante la ágil difusión del virus cegó la pulcritud a la hora de legitimar o no los límites a los derechos fundamentales. Cuando pase toda esta situación deberemos reflexionar como sociedad democrática si la respuesta ha sido adecuada y si debemos prepararnos mejor para la siguiente crisis. Bernard-Henri Lévy se muestra muy crítico: “Una vida en la que aceptamos, con entusiasmo o resignación, la transformación del Estado providencial en Estado policial”. E insiste con rememoraciones rousseauianas: “Adiós al contrato social (en el que pierdes un poco tu voluntad particular, pero ganas una voluntad general) para darle la bienvenida a un nuevo contrato vital (aplicas un poco coma mucho o lo esencial de tu libertad y yo te ofrezco a cambio una garantía antivirus”¹³.

El tema reviste particular seriedad porque es un dato conocido como el coronavirus está siendo la disculpa perfecta para avanzar en intenciones autoritarias. El caso de China con Hong-Kong es ilustrativo al respecto. Por ello, esta incorporación de los problemas sanitarios al concepto integral de seguridad no debe desplazar las exigencias del Estado democrático de Derecho, y el carácter prioritario que desempeñan los derechos fundamentales. Precisamente, el concepto propio que hemos ofrecido de la seguridad pivota sobre la aplicación efectiva de los derechos. Además, no hay que olvidar la naturaleza temporal de los estados excepcionales, algunos decretados en esta pandemia. Cuando se supere la situación de crisis severa debe volver la disposición jurídica propia de la normalidad, o sea, deben retirarse las medidas extraordinarias establecidas. Ello es compatible con mejorar la normativa ordinaria al detectar insuficiencias por esta problemática. Pero esto no debe suponer incorporar medidas propias del

13 LÉVY, Bernard-Henri, *Este virus que nos vuelve locos*, La esfera de los libros, Madrid, 2020, p. 97.

Derecho de excepción en esa legislación ordinaria porque pervertiríamos el sentido técnico-jurídico de esta construcción que diferencia ambos tipos de situaciones (ordinarias vs. extraordinarias), construcción que vemos adecuada y oportuna¹⁴. Esta es otra preocupación del citado Lévy cuando se pregunta si “estamos seguros de que todo lo que se está decretando solo se mantendrá en vigor mientras dure la pandemia”¹⁵. El sistema democrático debe finalmente imponerse y no regularizar la excepcionalidad¹⁶.

6. ¿Reforma de la constitución?

Lo visto hasta ahora evidencia la necesidad de ampliar el concepto de seguridad, otorgándole una índole multidimensional e incluyendo los temas sanitarios. De esta forma, desde un entendimiento material del concepto de constitución, la seguridad en esta amplia dimensión se convierte en un contenido necesario de la carta magna, sobre todo en su parte dogmática. Esta construcción teórica debería encontrar

14 Incluso se ha propuesto una tercera situación ente la normalidad y la excepción, algo así como un estado de vigilancia permanente o estado de tensión (ROSENFELD, Michael, “Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing Diverse Approach to the War on Terror”, *Cardozo Legal Studies Research Paper*, 2006, n.º 119). Nosotros aquí vemos un claro riesgo de caer en una desproporción contraria a los principios del Estado de Derecho. Es muy extensa la doctrina sobre el Derecho de excepción, citamos para ver su evolución y matices a SCHMITT, Carl, *Der Diktatur*, Duncker & Humblot, Munich - Leipzig, 1921.

15 LÉVY, Bernard-Henri, *Este virus que nos vuelve locos*, op. cit., p. 101.

16 Es un tema conocido cómo en el pasado, en distintas situaciones y lugares, cobró sentido cotidiano lo que en puridad eran medidas de excepción. Así sucedió en América Latina con el recurso constitucional a las Fuerzas Armadas para el mantenimiento de la seguridad interior y enfrentarse a la criminalidad organizada. El paradigma constitucional tradicional, en situaciones de normalidad, confiaba el tema de la seguridad interna a los entes policiales, y la seguridad externa a las Fuerzas Armadas; y en circunstancias excepcionales permitió a las Fuerzas Armadas la Asunción de tareas en la seguridad interna. Este paradigma se ha modificado en parte ya que existen diversos casos del Derecho comparado en los que se permite a las Fuerzas Armadas ostentar roles en la seguridad interna sin haberse declarado una situación excepcional. Tal situación ya la criticamos de forma expresa reclamando que las situaciones excepcionales sean necesariamente transitorias y que si se supera el paradigma tradicional se haga con precisas garantías democráticas y oportunos límites (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, “El recurso constitucional a las Fuerzas Armadas para el mantenimiento de la seguridad interior: el caso de Iberoamérica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 128, 2010, pp. 737-760; ampliando estas ideas SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Democracias bajo presión*, Dykinson, Madrid, 2017, 119 y ss.).

trasunto en la práctica. De este modo, al hilo de esta indudable raigambre constitucional del nuevo concepto de seguridad, los temas sanitarios también deben irrumpir en el contenido imprescindible de una ley fundamental, sobre todo ligados al sentido amplio de seguridad.

Quizá ello requiera, en el plano ya del Derecho positivo, una reforma de la constitución respectiva. Así lo hemos propuesto nosotros para España cuando sugerimos que se introduzca en nuestra Carta Magna esa visión multidimensional de la seguridad, y más en concreto un artículo en el Título preliminar que contemple la seguridad humana y la seguridad natural, lo que en la práctica incluiría la seguridad sanitaria¹⁷.

Y en esta línea también situamos lo conveniente de reforzar el derecho-deber constitucional de la salud, tanto en su dimensión individual propia de un derecho social que le corresponde a todas las personas, como en su vertiente de compromisos de los poderes públicos para intensificar su garantía y aseguramiento. Incluso, vislumbramos un nuevo estadio del Estado social, que borra a sus críticos y genera un consenso en la opinión pública. Veremos cómo obtenemos los recursos para mantenerlo a lo largo del tiempo, pero la experiencia heredada de esta pandemia no parece ofrecer otra solución. También la intensificación de los derechos sociales es una vieja reclamación del constitucionalismo, o sea, que estaríamos caminando en una senda ya abierta.

7. Conclusiones

La amplísima incidencia de la pandemia del COVID-19 ha ubicado de manera definitiva la problemática sanitaria en la noción de seguridad. El concepto integral que hemos defendido abarca, entre otros, esos elementos. El futuro aconseja que ello siga considerándose así para ganar en la eficacia de las respuestas a los desafíos que vendrán.

Es cierto que los documentos estratégicos ya contemplaban las epidemias y pandemias como riesgos y amenazas de seguridad, pero entendemos que la incidencia del COVID-19 es de tal envergadura a nivel mundial que obliga a incorporar ese tipo de temas en el

17 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Seguridad(es) en un futuro incierto...*, op. cit., p. 211.

concepto integral y multidimensional que debe usarse para referirnos a la seguridad. La evolución y mejora de las políticas sanitarias en el entorno más exigente en el que ya nos encontramos y en el que permaneceremos, obliga a esa ampliación de la categoría de seguridad para incorporar tal dimensión.

En todo caso, creemos necesario mantener el paradigma tradicional de la Teoría de la Constitución, que diferencia entre situaciones extraordinarias y ordinarias, activando para aquellas las previsiones propias del Derecho de necesidad. La pandemia no debería regularizar en lo cotidiano medidas extraordinarias, aunque sí aconseje actualizar la legislación sanitaria para hacerla más eficaz. La restricción de la libertad tiene un precio, por lo que no debemos equivocar la lectura. Hay que mantener siempre la óptica propia del Estado democrático de Derecho, que con tanto esfuerzo intentamos construir y hacerlo evolucionar de manera satisfactoria. Ni los poderes públicos ni la sociedad deben perder tal óptica. Una correcta gestión de la idea integral de seguridad, con elementos sanitarios en su interior, debe permitirlo.

Así las cosas, semeja necesaria recoger en las constituciones esta idea multidimensional de la seguridad, como los conceptos de seguridad humana y seguridad natural, que incorporan lo dicho acerca de la seguridad sanitaria. Asimismo, puede ser preciso realizar reformas constitucionales que amplíen las previsiones del derecho-deber a la salud y las exigencias que pesan sobre los poderes públicos para su protección.

En fin, esperemos que esta triste experiencia que hemos vivido con el COVID-19 nos prepare mejor para el futuro porque las situaciones de emergencia sanitaria se reproducirán. La superpoblación, los programas ambientales y las motivaciones geopolíticas azuzarán a las futuras pandemias, percutiendo en la calidad de nuestra vida de nuestras democracias. Desde el constitucionalismo debemos intentar conseguir respuestas adecuadas para todo ello.

Bibliografía citada

ALIENZA GARCÍA, José Francisco, "El Derecho administrativo sancionador durante el estado de alarma", en LUQUÍN BERGARECHE, Raquel, *COVID-19: conflictos jurídicos actuales y otros desafíos*, Bosch - Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 409-424.

- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente *et alii*, *Lecciones jurídica para la lucha contra una pandemia*, Iustel, Madrid. 2020.
- BAUGMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Seguridad(es) en un futuro incierto. Un estudio jurídico constitucional*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19”, documento de opinión IIEE 43/2020, pp. 1-23, disponible en http://www.iecee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2020/DIEEEO43_2020JOSFER_alarma.pdf
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, “El recurso constitucional a las Fuerzas Armadas para el mantenimiento de la seguridad interior: el caso de Iberoamérica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 128, 2010, pp. 737-760.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, *Estrategia de Seguridad Nacional 2013*, disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/documents/seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblebpdf.pdf
- GOBIERNO DE ESPAÑA, *Estrategia de Seguridad Nacional 2017*, disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidenciadelgobierno/Documents/2017-1824_Estrategia_de_Seguridad_Nacional_ESN_doble_pag.pdf
- GOBIERNO DE ESPAÑA, *Estrategia de Seguridad Nacional 2021*, disponible en <https://www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/estrategias/estrategia-seguridad-nacional-2017>
- HURTADO, Javier y AGUILAR, Gerardo, *Regímenes de excepción e Iberoamérica por el COVID-19: afectaciones al Estado de Derecho y la democracia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- JAIME, Óscar, DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis y BLANCO, José María, “Aproximación a la seguridad nacional”, en DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis y BLANCO NAVARRO, José María (coords.), *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*, LID, Madrid, 2014, pp. 23-38.
- LÉVY, Bernard-Henri, *Este virus que nos vuelve locos*, La esfera de los libros, Madrid, 2020.
- PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.
- PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS (2015), *National Security Strategy*, disponible en https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/2015_national_security_strategy_2.pdf
- PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS (2017), *National Security Strategy*, disponible en <https://trumpwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf>
- ROSENFELD, Michael, “Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing Diverse Approach to the War on Terror”, *Cardozo Legal Studies Research Paper*, 2006, n.º 119.
- SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Democracias bajo presión*, Dykinson, Madrid, 2017.
- SCHMITT, Carl, *Der Diktatur*, Duncker & Humblot, Munich – Leipzig, 1921.

UNIÓN EUROPEA (2016), *Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la Unión Europea "Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte"*, disponible en https://eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/eugs_es_.pdf

ZAVALETA HERNÁNDEZ, Sandra Kanety, "El concepto de seguridad humana en las relaciones internacionales", *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, n.º 10, 2015, pp. 65-87.

LA DÉBIL GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN ESPAÑA. UNA PROPUESTA DE REFORMA

*José María Porras Ramírez**

Sumario: 1. El punto de partida: un reconocimiento constitucional insuficiente. 2. Una titularidad y un contenido del derecho cuestionados. 3. Avances limitados en la tutela jurisdiccional extraordinaria del derecho. 3.1. Conexiones directas con algunos derechos fundamentales. A) El derecho a la integridad física y el derecho a la protección de la salud. B) El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la protección de la salud. 3.2. Conexiones indirectas con otros derechos fundamentales. 4. Conclusiones y propuesta de reforma.

1. El punto de partida: un reconocimiento constitucional insuficiente

No resulta, en modo alguno, frecuente que las Constituciones europeas, redactadas de nueva planta o parcialmente reformadas tras la II Guerra Mundial, reconozcan, siquiera, expresamente el “*derecho a la protección de la salud*”. La necesidad que en las mismas se advierte de garantizar prioritariamente los derechos que se reputan

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada (España) y Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo. jmporras@ugr.es

indispensables en una democracia liberal, recientemente reconstituida, tras un período de cuestionamiento o negación de su propia existencia, explica esa omisión. En este sentido, la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, se erige en el paradigma, más representativo, de lo indicado¹. No obstante, este fenómeno no se aprecia unánimemente, ya que, de forma muy relevante, si bien excepcional, la Constitución de Italia de 1947, en su art. 32, tutela la salud “*como derecho fundamental del individuo y en interés de la colectividad*”.

Sin embargo, sí es corriente observar la declaración del derecho de referencia en aquellas Constituciones de los Estados del Sur de Europa, como las de Grecia, Portugal y España, que fueron elaboradas, certificando el acceso a la democracia de aquéllos, en los años setenta del pasado siglo. No en vano, durante ese período histórico se juzgaba ya, en Europa, consustancial a la forma democrática de Estado la obligación de amparar los llamados “*derechos de justicia y solidaridad*”², habida cuenta de la estrecha vinculación que aquéllos mantienen con la dimensión social que el constitucionalismo asume durante dicho período, favoreciendo el entendimiento del Estado constitucional como *Estado material de derecho*³.

Menos de dos décadas después, en la etapa fin de siglo, de ese reconocimiento del derecho a la salud se hacen eco las Constituciones de Polonia, Chequia, Eslovaquia, Hungría, Rumanía, Bulgaria, Ucrania y Albania, y, algo después, las Constituciones de los Estados que, en tiempos anteriores, integraban la antigua Yugoslavia, como son las de Eslovenia, Montenegro, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Macedonia del Norte y, últimamente, Kosovo. En tiempos más recientes, la Constitución de Suiza, de 1999, se suma a ese reconocimiento, si bien considerando a la protección de la salud, no un derecho, sino un objetivo que ha de orientar las políticas que debe desarrollar la Confederación⁴.

Además, el contexto internacional se muestra particularmente propicio. No en vano, en el ámbito de las Naciones Unidas el derecho a la protección de la salud aparece reconocido insistentemente. Así, el art. 25.1 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* se refiere a aquél, acompañado de otros, como son los derechos a obtener alimentos, vestido, vivienda y

1 Hesse (1983), p. 70 ss.

2 Riedel (1986), p. 160 ss; y Pérez-Luño (1991), p. 205.

3 García-Pelayo (1977), p. 13. Böckenförde (1991), p. 143.

4 Häberle (1997), p. 75 ss.

los demás servicios sociales necesarios, en tanto que imprescindibles para garantizar a todas las personas “un nivel de vida adecuado”. Más específicamente, el *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en su art. 12.1, reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”; por lo que se insta a los Estados a que adopten medidas específicas destinadas a asegurar la plena efectividad de este derecho.

Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa es de subrayar que el art. 11 de la *Carta Social Europea* hace hincapié en que los Estados adoptarán las “medidas adecuadas para, entre otros fines: eliminar, en lo posible, las causas de la salud deficiente, establecer programas educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; y prevenir, en lo posible, enfermedades epidémicas, endémicas y otras”.

En la Unión Europea se dedica el art. 35 de la *Carta de los Derechos Fundamentales* a proclamar que: “Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales”. Por eso, añade que “Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”. Por consiguiente, dado que la Unión carece de competencias propias en la materia, corresponde a los Estados Miembros concretar el contenido material de la asistencia sanitaria que se dispense, por lo que serán aquéllos quienes establezcan los requisitos para acceder a dichas prestaciones. No obstante, la Carta configura la protección de la salud como un derecho subjetivo universal. De ahí que no establezca restricciones derivadas de la condición de ciudadano o de la situación administrativa concreta en la que se halle el demandante de asistencia. Mas la referencia a que el ejercicio del derecho se deba desarrollar “en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales” revela que su operatividad se circunscribe a la ser un principio inspirador de la actuación de la Unión Europea y de los Estados Miembros, y no a fungir como un derecho individual invocable ante el Tribunal de Justicia de la Unión⁵.

Pues bien, es en ese contexto en el que necesariamente se mueve la *Constitución española de 1978*, en la cual, conforme dispone su art. 43, en su

5 López Escudero (2008), p. 594 y ss.

párrafo 1º: “Se reconoce el derecho a la protección de la salud”; añadiendo el párrafo 2º del mencionado artículo: “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto” (art. 43.2). Finalmente, el párrafo 3º señala que “Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

Ante todo, cabe advertir, como nota característica del reconocimiento constitucional indicado, que el derecho a la protección de la salud, ni en España, ni en prácticamente ninguno de los Estados europeos, con la excepción, más semántica que real, de Italia y Portugal, recibe la consideración de derecho fundamental. De ahí que, al no presentar el mismo esa condición determinante, no vincule reforzadamente a todos los poderes públicos, ni vea asegurada su eficacia directa e inmediata. Tampoco se reservará su regulación a la ley orgánica, con la garantía de que su contenido esencial pueda ser aplicado, no sólo frente, sino, incluso, en ausencia del oportuno y, por lo demás, habitualmente necesario desarrollo legislativo⁶. Además, no podrá impugnarse su eventual vulneración a través de un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, ni acudiendo, de forma subsidiaria y extraordinaria, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Ello obedece a que el derecho a la protección de la salud se ubica en el Capítulo III del Título I de la Constitución, lo que supone, conforme a lo dispuesto en el art. 53.3 de aquélla, unas menores garantías que, sin embargo, no implican su desprotección. Así, la condición que se le atribuye como *principio rector de la política social y económica* no entraña, tal y como la STC 139/2016 vino a subrayar, que su eficacia sea sólo la propia de una norma meramente programática, vacía de contenido, sin referencias que la informen, especialmente con relación al legislador. No en vano, éste, ya sea estatal, ya autonómico, deberá configurar el derecho conforme al mandato incluido en el párrafo segundo del art. 43, concretando las prestaciones necesarias que garanticen su materialización, tal y como, por cierto, ha hecho aquél, de forma particularmente intensa⁷.

6 Jiménez Campo (1999), p. 121 y ss. Sarlet (2009), p. 233 y ss.

7 Rey Martínez (2018), p. 282.

Que no presente el carácter de derecho fundamental suele, además, justificarse aludiendo a la considerable dificultad estructural, expresada en la norma que declara este derecho, para hacerlo valer por sí mismo, con carácter previo a toda intervención legislativa de ordenación. La apertura manifiesta de la norma constitucional que lo enuncia, conduce a aquélla a expresar un programa constitucional, "*prima facie*", de distribución de bienes y servicios, que requiere un ineludible desarrollo, normalmente muy intenso, a cargo del Legislativo y del Ejecutivo, los cuales contarán con el margen de autodeterminación que de la Constitución se deduzca, por lo que nunca será pleno, siendo controlable en lo que a sus excesos se refiere⁸. Tal desarrollo configurador supone la creación de estructuras organizativas complejas y la necesaria apertura de cauces de participación activa a los sujetos y colectivos interesados, a fin de permitir la ulterior intervención o concesión de prestaciones a sus potenciales demandantes y el acceso a la tutela judicial efectiva. De ahí se derivarán derechos invocables ante los tribunales, si bien condicionados a la realización por parte de los poderes públicos del presupuesto de hecho de los mismos⁹.

Por tanto, puede decirse, en suma, que el derecho a la protección de la salud se configura en España como un derecho diferido a la ley, esto es, propiamente, como un "*mandato de legislar*", que requiere el concurso de acciones graduales de los poderes públicos, expresadas en normas de competencia, tendentes a realizar, "*bajo la reserva de lo posible o de lo razonable*", en palabras, ya clásicas, del Tribunal Constitucional Federal alemán¹⁰, el programa genéricamente prefigurado que determina la cláusula constitucional que lo reconoce. De ahí que sólo a partir de la regulación legislativa y, a menudo, administrativa, nazcan pretensiones jurídicas bien determinadas y exigibles ante los órganos jurisdiccionales, como derechos subjetivos individuales, esto es, dando forma a auténticas "posiciones jurídicas prestacionales", en sentido estricto¹¹.

Esa importante libertad de configuración con que cuenta tanto el legislador estatal como el autonómico¹², en el marco de la Constitución,

8 Böckenförde (1992), p. 56 ss. Sarlet (2009), p. 317 y ss.

9 Häberle, (1980), p. 163 ss. Alexy (1993), p. 483 ss. Hesse (1994), p. 83 ss.

10 BVerfGE, 43, 291.

11 Porras Ramírez (2004), p. 663.

12 Cobreros Mendazona (2018), pp. 1355 y ss.

faculta a aquél para extender o restringir los derechos y prestaciones concretas que conforman la protección de la salud, sin tener que atenerse al respeto o salvaguardia de un “contenido esencial” aquí inexistente. Aun así, actuarán como límites expresos que limitarán sus posibilidades de actuación ciertos *contenidos básicos* que el precepto constitucional incorpora de manera expresa. En consecuencia, el legislador habrá de establecer, en todo caso: un conjunto de “*medidas preventivas*”; un elenco o cartera de “*prestaciones y servicios necesarios*”; una relación de “*derechos y deberes*”; y un haz de acciones o iniciativas que fomenten la “*educación sanitaria*”. Y en verdad que así lo ha hecho, hasta el punto de poderse afirmar que, a pesar de la débil consistencia constitucional que presenta el derecho a la protección de la salud en España, tal y como asimismo sucede en la mayoría de los Estados europeos, el alcance o extensión adquirida por aquél ha llegado a ser, hoy, muy considerable. Todo lo contrario de lo que sucede en muchos países de Iberoamérica, en los que, pese a contar, aparentemente, con una garantía constitucional del derecho más reforzada, en la práctica, su materialización se encuentra rodeada de limitaciones. De ahí que, en demasiados supuestos, solo el control de convencionalidad, efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haya colmado, en parte, esas carencias, dando así cuerpo o contenido a un derecho de más bien reducida o debilitada efectividad¹³.

En cualquier caso, ha de insistirse en que la circunstancia de que el derecho a la protección de la salud no merezca el reconocimiento propio de un derecho fundamental, genera un riesgo importante: permite que el legislador introduzca retrocesos significativos en la determinación de un alcance que se revela así lejos de quedar consolidado. Por tanto, aun cuando la acción involutiva o regresiva del legislador, amparada frecuentemente en situaciones de crisis económica, no pueda suponer el despojo del contenido mínimo o básico del derecho prefigurado en la norma constitucional, lo cierto es que el amplio margen de autodeterminación de que goza le ha llevado a efectuar redefiniciones “*in pejus*”, a veces, muy significativas, de los, en exceso, indeterminados contenidos de índole prestacional que aparecen ligados al derecho¹⁴. Para evitar estas actuaciones sólo cabe plantear una reforma de la Constitución, a fin de que el derecho a la protección de la salud se acabe incorporando a la relación de aquéllos que merecen las

13 Ferrer Mac-Gregor Poisot (2019), p. 13 ss.

14 Müller (1974), p. 900 y ss.

sobresalientes garantías dispuestas en los arts. 53.1 y 53.2 CE. Por eso, se insta a una reforma constitucional. Así, se propone incluirlo en la relación de aquéllos a los que se considera fundamentales en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, a fin de dotarlo de un “contenido esencial”, vinculante para el legislador y en orden a que se haga beneficiario, por sí mismo, de una garantía jurisdiccional directa y máxima, también ante el Tribunal Constitucional. A ese fin, la redacción del precepto puede seguir siendo la misma que presenta el actual art. 43, si bien pasando a ubicarse en un nuevo párrafo, el 2º, del art. 15 de la Constitución.

En tanto en cuanto, en el caso español, se observa cómo, a fin de paliar la insuficiente protección que afecta a este derecho, tal y como sucede con la mayoría de los considerados de prestación, los Estatutos de las Comunidades Autónomas, normas éstas material, ya que no formalmente, equiparables, habida cuenta de la función que en todo caso realizan, a las Constituciones de los estados miembros en los sistemas federales¹⁵, han procedido a su reconocimiento más preciso y específico, en el marco de cartas declarativas de nuevos derechos, deberes y principios rectores. En todo caso, esas referencias suplementarias, asociadas al derecho a la protección de la salud, se vinculan necesariamente al ámbito competencial asumido por la respectiva Comunidad Autónoma. De este modo, vinculan positiva y negativamente al legislador territorial, ya que, de un lado, propician actuaciones tendentes al desarrollo del derecho, de acuerdo con el contenido concreto que a aquél se atribuye en la correspondiente norma estatutaria; y, de otro, limitan su libertad de configuración, lo que implica una prohibición de retroceso respecto de ese núcleo básico de beneficios prestacionales adicionales así consolidado¹⁶.

De esta suerte, cabe comprobar el minucioso reconocimiento que se ha efectuado del derecho a la protección de la salud y de su extensión concreta, en especial, en los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía; regulaciones éstas que no pretenden reiterar lo que la Constitución ya dispone, sino avanzar con respecto a lo en ella establecido, afianzando posiciones jurídicas subjetivas, reclamantes de intervenciones o prestaciones concretas, ya a los poderes públicos, ya a terceros, las cuales encuentran así una cobertura y garantía jurídicas efectivas en el orden autonómico,

15 Watts (2006), p. 128 ss.

16 Cámara Villar (2007), p. 23.

que refuerzan lo prevenido, inicial y más débilmente, en la Constitución. De ahí que se proyecten en pautas directivas de normación jurídica que han de ser objeto de expreso y positivo desarrollo legislativo y de eficiente ejecución administrativa.

En particular, el Estatuto andaluz establece, como garantía institucional del derecho a la protección de la salud, la existencia de un “*sistema sanitario público de carácter universal*” (art. 22.1 EAA). Al tiempo, concreta los *derechos* derivados que asisten, indefectiblemente y con carácter mínimo, a los pacientes y usuarios del sistema de salud pública en el territorio de la Comunidad Autónoma, los cuales ven así garantizado el acceso a todas las prestaciones que asume el sistema, entre las que sobresalen los derechos a la libre elección de médico y de centro sanitario; a recibir información sobre los servicios y prestaciones que se ofrecen; a ser adecuadamente informado sobre los procesos de la enfermedad que se sufre; y, antes de emitir el consentimiento para ser sometido a tratamiento médico, a que el paciente sea tratado con respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad; al consejo genético y a la medicina predictiva; a la garantía de no superar un tiempo máximo para acceder a los servicios y tratamientos; a disponer de una segunda opinión facultativa; a beneficiarse de cuidados paliativos; a la confidencialidad de los datos de salud, características genéticas y acceso al historial clínico; a recibir asistencia geriátrica especializada; y a ser destinatario de programas y actuaciones especiales y preferentes, en caso de sufrir una enfermedad mental, crónica, invalidante o pertenecer a un grupo de riesgo reconocido (arts. 22.3 y 22.4 EAA). Es así que la ley determinará los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de estos derechos, así garantizados en su contenido básico (art. 22.4 EAA)¹⁷. De este modo, se contribuye, sin duda, a generalizar un sistema multinivel de protección de los derechos, de carácter social o prestacional, más intenso y completo, que mejora, sin duda, su eficacia, avanzando en pos de su realización plena.

Asimismo, ha de destacarse el esfuerzo efectuado para proteger, en los diversos órdenes jurisdiccionales ordinarios, la salud en tanto que *interés colectivo*, en ocasiones considerado difuso, reclamado por una, a veces, vasta e indiferenciada masa de sujetos. Se reconoce así una situación jurídica activa, expresiva de un auténtico interés legítimo, que conlleva, por una

17 Garrido Cuenca (2008), p. 610.

parte, un derecho de participación de los colectivos implicados en su configuración; y, por otra, dada la potencial afectación lesiva que, ocasionada por un acto o disposición, pueda sufrir el mismo, en perjuicio de cuantos son sus particulares beneficiarios, el derecho reaccional de acceso de los afectados, articulado individual o grupalmente, a la jurisdicción ordinaria, aunque no así a la constitucional, para lograr la reparación del daño causado. A tal fin, se legitima procesalmente para el ejercicio de la acción a todos los miembros de la colectividad afectada, en orden a que puedan deducir una pretensión común a todos ellos, que, de resultar acogida, aun habiéndola expresado sólo un miembro o una parte del colectivo interesado, beneficiará a cuantos componen aquél, al proyectarse los efectos de la resolución judicial, no sólo sobre el actor o actores, sino sobre toda la comunidad de sujetos concernidos¹⁸.

2. Una titularidad y un contenido del derecho cuestionados

Junto con el de su garantía, cuestión acerca de la cual se volverá más adelante, el principal problema que, hasta el presente, se ha planteado en España tiene que ver con la titularidad del derecho. Esto es, afecta a la determinación de quiénes son los beneficiarios del mismo. La fórmula impersonal utilizada por la Constitución, en el primer párrafo del art. 43: “Se reconoce el derecho a la protección de la salud”, unida a la previsión del párrafo segundo, que hace mención a “...los derechos y deberes de todos”, conduce inicialmente a pensar en el carácter indiscriminado y universal que implica su reconocimiento¹⁹. La pretensión de acceso al ejercicio del derecho por parte de cualesquiera personas, gocen o no del estatus de ciudadanos, se explica así en atención a que la Constitución no distingue a la hora de limitar o circunscribir la titularidad del derecho a los españoles y no a los extranjeros.

Dicha interpretación se vio confirmada por la creación, mediante la *Ley 14/1986 General de Sanidad*, de un sistema público de salud por el que se garantizaba la asistencia sanitaria gratuita y universal, a la par que se declaraba, en su art. 1.2, que *son titulares del “derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”*. Sin embargo, conforme

18 Cappelletti (1982), p. 86. Gutiérrez de Cabiedes (1999), p. 96.

19 Cárcar Benito, (2016), p. 201.

al art. 1.3, se determinó que “los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan”²⁰, consideración ésta que abre la posibilidad legal tanto de incluirlos, como de excluirlos o de restringir el acceso al ejercicio del derecho. Aun así, la tendencia y el ánimo del legislador, que culmina en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, no fue otra que, en consonancia con el espíritu de la Constitución, de los convenios internacionales y de la importante ley fundacional del sistema, universalizar el derecho, negándose así a considerar las ventajas que aquél comporta una contraprestación a lo cotizado²¹, sino, más bien, una manifestación más de la voluntad de garantizar a todas las personas, de forma indiscriminada, el disfrute de un derecho asociado a una digna calidad de vida.

Sin embargo, el Real Decreto 16/2012, de 20 de abril, *de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*, dictado al amparo de la grave crisis económico-financiera iniciada en 2008, cuestionó esa interpretación. Así, vino a restringir el alcance de la asistencia sanitaria pública, privando de acceso a la misma a los miembros de determinados colectivos. Por ende, se dispuso que para ser beneficiario de aquélla se requería contar con la restrictiva condición de *asegurado* o ser *nacional español o nacional de un Estado europeo con autorización de residencia en España, que acredite no superar el límite de ingresos determinado reglamentariamente*. De este modo, los extranjeros en situación irregular o en situación de estancia temporal, al no poseer permiso administrativo de residencia en el país, quedaron excluidos “grosso modo” del sistema, a menos que se acogieran a las “*situaciones especiales*” descritas por la ley, lo que les permitía, al menos: recibir asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente; por embarazo, parto y postparto; y, en todo caso, si eran menores de dieciocho años.

Al actuar de este modo, el legislador vino a propiciar una clara involución en la protección de la salud de las personas, revirtiendo la orientación gradual y progresiva que, desde un principio, marcó, en este aspecto, el desarrollo de la Constitución. Arrebató así la titularidad del derecho y la condición consiguiente de beneficiarios de prestaciones

20 Ley 16/2003, de 28 de mayo.

21 Delgado del Rincón (2019), p. 53.

sanitarias a determinados grupos de personas, distinguiendo donde la Norma Fundamental, en principio, no lo hacía, por motivos de nacionalidad o residencia²². De este modo, se generó un daño o perjuicio grave a colectivos numerosos, alguno especialmente vulnerable, como el de los migrantes en situación irregular, a los que se privó en gran medida del derecho, causando simultáneamente una afectación lesiva potencial de la salud pública. No en vano, al apartar a un sector de la población de la asistencia sanitaria ordinaria, se situó en posición de riesgo al conjunto de aquélla, al tiempo que se saturaban los servicios de urgencia hospitalaria.

Años más tarde, el Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, *sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud*, suprimió, en buena medida, esas restricciones, volviendo a considerar titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todas las personas con nacionalidad española y a las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en territorio español. Asimismo, los extranjeros que no gocen de residencia legal en España tendrán, también, reconocido el derecho siempre que cumplan con una serie de requisitos²³. Igualmente, aquellos extranjeros que se encuentren en situación de estancia temporal (esto es, durante menos de noventa días), accederán también a las prestaciones que conlleva el ejercicio del derecho, siempre que se emita un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las Comunidades Autónomas. De este modo, aun avanzándose en pos de su universalización, lo cierto es que la subsistencia y el establecimiento de ciertas restricciones administrativas ensombrecen la recuperación de la concepción primigenia del derecho a la protección de la salud, ya que dificultan su realización.

Además, no hay que olvidar que la polémica STC 139/2016, de 21 de julio, avaló, considerándola conforme a la Constitución, la pretensión del legislador, debidamente justificada, de estrechar o reducir el alcance subjetivo del derecho, cuando aquél así lo estime necesario u oportuno, al atribuirle una amplia capacidad de configuración en lo referente a la organización de

22 Aun así, el art. 13.1 de la Constitución determina que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I "en los términos que establezcan los tratados y la ley".

23 Tales requisitos son, a tenor de lo dispuesto en el art. 3 ter de la Ley 16/2003: a) no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía; b) no poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia; c) no existir un tercero obligado al pago.

la salud pública y a disponer su procura a través de las medidas, las prestaciones y los servicios imprescindibles. A su vez, el Tribunal Constitucional se limitó a identificar, de forma cuestionablemente restrictiva, como contenido mínimo del derecho que ha de reconocerse a todas las personas, la *atención en urgencias con el riesgo grave para la salud y la vida*. Pero más allá de eso no estableció límites a la reversibilidad de la protección respecto al alcance de la asistencia sanitaria general. Esta interpretación ignora que el riesgo o daño grave para la vida e integridad de la persona lo generará, de forma mediata, esto es, a medio y largo plazo, la restricción del acceso a las prestaciones sanitarias. Por tanto, la aplicación de una política legislativa como la desarrollada entre 2012 y 2018, lejos de contribuir a la pretendida sostenibilidad del sistema, favorece, ciertamente, la reducción de gastos a corto plazo, si bien a costa de propiciar un más que probable incremento de aquéllos con el trascurso del tiempo²⁴. En cualquier caso, el resultado de tales políticas no es otro que proyectar la desprotección de un derecho, asociado inextricablemente a la digna calidad de vida de las personas, a sectores poblacionales especialmente vulnerables, de una forma que no resulta ni proporcional, ni razonable²⁵.

En cualquier caso, el *Anteproyecto de Ley de Equidad, Universalidad y Cohesión Sanitarias* trata de garantizar el acceso universal a la sanidad pública, mejorando y ampliando los derechos de sus usuarios. Se consiguen así suprimir las restricciones aún persistentes que vinculaban el acceso al sistema sanitario a la exigencia de cotización a la Seguridad Social. De este modo, los colectivos de no nacionales cuya situación en España no estaba regularizada y el de los españoles residentes en el extranjero, y sus familiares, hasta entonces privados del acceso irrestricto e incondicionado a la sanidad, se incorporan plenamente al sistema. Se recupera así el espíritu de la Ley General de Sanidad de 1986, extendiendo el derecho a la protección de la salud a todos. Y se establece una cartera única y común de servicios en el territorio nacional para que puedan beneficiarse de ella los titulares del derecho, con independencia de cuál sea la Comunidad Autónoma en la que aquéllos demanden su prestación.

Ciertamente, la pandemia de COVID-19 ha subrayado la importancia de garantizar la extensión universal, gratuita y homogénea del derecho

24 Balaguer Pérez (2021), p. 432.

25 Requena de Torre (2020), p. 431.

a la protección de la salud, habida cuenta de la necesidad que hoy se ha hecho tan presente de fortalecer los sistemas sanitarios para hacer frente a situaciones como la sufrida. Además, evidencia cuan necesarios son los esfuerzos supranacionales desplegados para coordinar la respuesta a amenazas imprevisibles y extraordinarias, tal que la experimentada, la cual ha requerido proporcionar atención hospitalaria a un número muy significativo de personas, junto con la exigencia de proveer de vacunas a prácticamente toda la población. Se pone así de manifiesto cómo la globalización ha irrumpido, también, en el ámbito del derecho a la protección de la salud, revelando la impotencia de los Estados para afrontar por sí mismos situaciones que superan su capacidad individual de actuación.

3. Avances limitados en la tutela jurisdiccional extraordinaria del derecho

Además del problema de la titularidad, la no consideración del derecho a la protección de la salud como derecho fundamental, sujeto a las garantías que ello comporta, ha supuesto que los particulares no puedan acudir al recurso extraordinario de amparo para articular pretensión inmediata o directa alguna de restitución²⁶. No obstante, a fin de colmar esa carencia, se ha vinculado el derecho a la protección de la salud a otros que sí merecen esa calificación, lo que permite a aquél contribuir decisivamente a la determinación de los contenidos de éstos. Mas, en tales casos, el derecho a la salud deberá supeditarse a las peculiaridades que revistan esos derechos fundamentales, cuya infracción se presupone que se habrá producido por aplicación de la ley²⁷.

Subyace a este interés por maximizar su protección jurisdiccional el entendimiento de que la salud, aun no gozando de un nivel máximo de protección en la Constitución, ha devenido en nuestra cultura un derecho inherente a la dignidad humana²⁸, un requisito ineludible para alcanzar un nivel de vida adecuado, en tanto que "*prius*" o "*conditio sine qua non*" indispensable para el ejercicio de otros derechos. Se expresa así el anhelo de que todo ser humano tenga derecho a que se proteja su salud, con independencia de que goce o no del estatus de ciudadano, y sea cual sea

26 Jiménez Campo (1999), p. 123.

27 Cossío Díaz (1989), p. 185 ss.

28 BVerfGE 40, 121, (133). BVerfGE 78, 104. Vid., Könemann (2005), p. 32; STJUE (Gran Sala) de 12 de noviembre de 2019. Asunto C-233/18.

su concreta situación administrativa. Ello comporta la exigencia de que se asegure el acceso tanto a la prevención como a una asistencia reparadora suficiente de su estado de bienestar físico, mental y social. Y a que se establezcan controles por parte de los poderes públicos, a fin de que aquél no sea puesto en peligro por medio de cualquier amenaza.

Partiendo de esta realidad, esto es, del hecho de que asistimos a un proceso, aun imperfecto o inconcluso, de reconocimiento y, sobre todo, de garantía plena del derecho a la protección de la salud, los Tribunales Constitucionales europeos, entre los que sobresalen el alemán y el español, han insistido en subrayar las “*conexiones*” existentes entre el mandato de *protección de la salud y algunos derechos indiscutiblemente fundamentales* con los que aquél entra en relación. Se pone así de manifiesto la fuerza expansiva e irradiante que ha adquirido contemporáneamente.

Algunas de estas conexiones, como se observará, son *directas o inmediatas*, como las que se aprecian en relación con el derecho a la integridad física y con el derecho a la tutela judicial efectiva; mientras que otras lo son, más bien, *mediatas o indirectas*, entre las que destacan las que se efectúan con el derecho a la igualdad y con el derecho a la intimidad. Ello no impide que, así mismo, puedan establecerse otras vinculaciones potenciales. No obstante, son las indicadas las que se han beneficiado, hasta la fecha, preferentemente, del desarrollo de la jurisprudencia constitucional en Europa, en general, y en España, en particular.

3.1. Conexiones directas con algunos derechos fundamentales

Se trata de supuestos en los que la vinculación con ciertos derechos fundamentales se efectúa en atención al daño o peligro grave y cierto que sufre la salud en ocasiones en las que, simultáneamente, aquéllos se ven comprometidos, hasta el punto de poder declararse su lesión, expresamente, “por motivos de salud”.

A) El derecho a la integridad física y el derecho a la protección de la salud

Así, el derecho a la protección de la salud se relaciona esencialmente con el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en la jurisprudencia constitucional española²⁹, partiendo de que este último precepto

29 Santiago Redondo (2018), p. 1348 ss. Tenorio Sánchez (2018), p. 23.

protege la inviolabilidad de la persona contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu, y cualquier otra modalidad de intervención sobre esos bienes realizada sin el consentimiento de su titular. De ese modo, se determina que “el derecho a no dañar o perjudicar la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal” en las ocasiones en que se genere un “peligro grave y cierto” para la misma (SSTC 5/2000, FJ 3º y 119/2001, FJ 6º)³⁰.

En este sentido, las primeras sentencias que pusieron de manifiesto la conexión entre ambos derechos se refirieron a reclusos en establecimientos penitenciarios. En el marco de la relación de sujeción especial que vincula a aquéllos con la Administración Penitenciaria, y dada la obligación que asume ésta de velar por la vida y la salud de las personas sometidas a su custodia, el Tribunal Constitucional trató diversos supuestos en los que se planteaban posibles limitaciones de derechos fundamentales de los reclusos y de otros bienes constitucionalmente protegidos, relacionando el art. 15 y el art. 43.1 CE (SSTC 120/1990 y 35/1996). En tales casos se declaró que el derecho fundamental a la integridad física y moral podía verse afectado por actuaciones coactivas que, aun viéndose justificadas por las normas de seguridad penitenciaria, pudieran suponer una amenaza o daño grave, inmediato o futuro para la salud. Así, se determinó que el derecho fundamental resulta lesionado si se impone a una persona *asistencia médica coactiva en contra de su voluntad*, a no ser que ello encuentre justificación constitucional. Semejante disculpa se advirtió, excepcionalmente, de forma polémica, en la STC 120/1990, al afectar a presos terroristas en situación de huelga de hambre, por lo que dio lugar a la desestimación del recurso de amparo en una sentencia que, no obstante, se vio contestada por importantes votos particulares. Mas lo importante es que en ella vino a reconocerse, por vez primera, el vínculo existente entre la integridad física y la protección de la salud personal³¹.

Y justo es reconocer, a ese respecto, que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, “*reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*”, confirmó esa conexión, cuando vino a concluir que sólo la prestación del consentimiento por parte del titular del derecho faculta una intervención legítima en la integridad

30 Canosa Usera (2006), 34.

31 De la Cueva Aléu (2004), p. 13.

de la persona, sin menoscabo consiguiente de su derecho a la salud. No en vano, según establece el art. 8.1 de esa Ley, “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado”. Por tanto, una vez que éste haya recibido la información disponible, le corresponderá valorar las opciones propias del caso y prestar, en su caso, el pertinente consentimiento informado, que puede revocar libremente, por escrito, en cualquier momento³².

A su vez, aun siendo, también, desestimatoria del recurso, la STC 35/1996 fue la primera en referirse al potencial impacto que tienen sobre el derecho a la integridad física y moral distintas actuaciones seguidas en el curso de un proceso penal, concebidas como actos de investigación o medios de prueba, ya que pueden suponer un daño a la salud. Así, dicha resolución dispuso que las exploraciones con rayos X a internos en un centro penitenciario, en contra de su voluntad, podían suponer una lesión del mencionado art. 15, y un menoscabo de la salud del paciente, si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad carcelaria tenían excesiva intensidad, se repetían con demasiada frecuencia, o se practicaban de forma técnicamente inapropiada, o sin observar las garantías exigibles. En una misma línea, el Tribunal Constitucional se refirió, en la STC 207/1996, a que esas *intervenciones corporales*, orientadas a la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (sometimiento a escáner o TAC, resonancia magnética...) y así averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión de un delito, podían suponer una afectación lesiva del derecho a la integridad física, implicando un daño corporal, con riesgo para la salud, si se efectuaban sin las debidas garantías (STC 207/1996, FJ 4º).

La jurisprudencia constitucional posterior ha insistido en este estrecho nexo existente entre el derecho fundamental a la integridad física y el derecho a la protección de la salud en otros supuestos relevantes. Así, la STC 119/2001, alude a la vulneración del derecho que se produce por la exposición continuada de los individuos que habitan una vivienda, como consecuencia de las molestias generadas por establecimientos hosteleros existentes en la zona, a niveles intensos de *contaminación acústica*, poniendo en grave peligro o riesgo la salud de las personas. Aun así, el Tribunal Constitucional determinó que, si bien “no todo supuesto de riesgo o daño

32 art. 8.5 de dicha Ley Básica 41/2002. Porras Ramírez (2021), p. 74.

para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo, cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a causa de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15³³. El vínculo entre el derecho fundamental a la integridad física y el derecho a la protección de la salud se hacen así patentes.

Otras sentencias han insistido en estos mismos planteamientos. No obstante, es importante dejar claro que ambos derechos no se confunden porque el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho fundamental no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud. En consecuencia, se producirán intervenciones corporales indiferentes para la salud del sujeto pasivo, prohibidas, sin embargo, por el art. 15; y otras que, por las circunstancias en que se desarrollan, se considerarán legítimas desde el punto de vista de ese precepto constitucional, pese a incidir sobre la salud u ocasionar algún grado de malestar a la persona afectada, y que no se consideren lesivas por no causar en ella un daño o un riesgo relevante, cierto o grave, que es lo determinante para que quede comprometido el art. 43.1 en relación con el art. 15 CE³⁴. Así se observa, por ejemplo, en el ATC 57/2000, que inadmite el recurso de amparo a una persona que fue requerida por su empleador para aportar el perfil biométrico de su mano, con la finalidad de implantar un sistema de control de permanencia de la empresa, al considerar el Tribunal Constitucional que no existía acreditación alguna de que dicho sistema causara daño para la salud del recurrente.

En cualquier caso, existe una notable confluencia del art. 43.1 CE con el derecho fundamental a la integridad física en el ámbito de las *relaciones laborales*. En ese sentido, las SSTC 62/2007 y 160/2007 destacan notablemente.

En el primer supuesto, el Tribunal Constitucional, en la STC 62/2007, apreció la vulneración del derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), en relación con el art. 43.1 CE, al otorgar el amparo a la demandante, la cual se mostraba disconforme con el hecho de haber sufrido una reasignación de funciones en su trabajo, que implicaba un traslado de puesto. Se determinó así que, en su condición de madre gestante, los

33 Serrano-Súñer Hoyos y Tenorio Sánchez (2005), p. 95.

34 De la Villa Gil (2006), p. 969.

nuevos cometidos que se le habían asignado suponían un especial peligro para su salud y la de su futuro hijo, dado el evidente riesgo potencial de contagio de enfermedades existente en dicho puesto. No en vano, en sus instalaciones se hallaban animales portadores de enfermedades. De este modo, la sentencia ordenó la restitución de la trabajadora a su situación original, en evitación de que se produjera una lesión de su derecho a la integridad física, al afectarse lesivamente su salud. A tal fin, la STC 62/2007 alude a los preceptos relativos a la protección de la maternidad, recogidos en la Ley de Riesgos Laborales, para subrayar que dicho régimen legal viene a constituir el desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora gestante, por lo que la lesión del derecho fundamental se producirá si, desatendiendo esas concretas previsiones legales relativas a la protección de la salud de la trabajadora y de su estado de embarazo, el empleador, aún así, le asigna una actividad peligrosa que pueda generar un riesgo grave para la salud o para la gestación, omitiendo las obligaciones de protección y prevención que le competen³⁵.

En el siguiente caso, resuelto por medio de la STC 160/2007, se contesta a la demanda de amparo de una trabajadora que alegaba su temor fundado a sufrir un trato vejatorio, inhumano y degradante, causante de daños a su salud mental, por parte de su superior, si se la trasladaba a un puesto de trabajo que se encontrara bajo la dirección de aquél. La constatación de esos hechos permitió al Tribunal Constitucional subrayar, tras reiterar la conexión existente entre la protección de la salud y el derecho a la integridad física; que *no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino, únicamente, el que genere un peligro grave y cierto para la misma*. De ese modo, se concluye afirmando que el art. 15 CE no protege frente a cualquier daño o riesgo potencial o hipotético para la salud, sino que sólo cabe invocarlo frente a decisiones empresariales, como las que comportan el traslado forzoso o la orden de reincorporación al puesto de origen, las cuales tengan lugar “*existiendo un riesgo constatado de producción cierta o potencial, pero justificado “ad casum”, de la causación de un peligro para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta*”.

Desarrollando esta idea, cabe entender que *el art. 15 de la Constitución, declarativo del derecho fundamental a la integridad física y moral, se ve afectado,*

35 Martín Hernández (2008), p. 156.

tanto si el riesgo ha quedado constatado, como si no se ha verificado aún, pero no puede descartarse que se produzca en vistas de las circunstancias del caso, ya que este hecho resulta suficiente para activar la protección constitucional. Por tanto, el derecho fundamental proyecta, también, su cobertura preventivamente, esto es, no sólo ante la confirmación de la producción del daño, ni siquiera ante su inminencia, al no ser necesaria la actualización del daño para que se desencadene la tutela constitucional. Si no fuera así, dicha protección sería sólo compensatoria o restitutoria, pero no inhibitoria, ni preventiva de la lesión. Por eso, en definitiva, el Tribunal Constitucional entiende que la vulneración del art. 15 CE no requiere que la lesión de la integridad física de la persona se haya consumado, sino que basta con que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse para apreciarla. Así pues, es suficiente demostrar un riesgo cierto o previsible y grave para activar la cobertura constitucional del derecho fundamental³⁶. En todo caso, se exige un deber de acreditación del riesgo cierto o potencial, que ha de probar la parte actora. Por tanto, a aquélla le corresponde siempre demostrar la relación de causalidad existente entre las medidas impugnadas y las consecuencias lesivas que se pretenden impugnar. En consecuencia, no basta con acreditar, en abstracto, que una determinada actividad es peligrosa o puede serlo, sino que habrá de justificarse que la orden recibida puede llegar a causar el daño, en ese caso concreto, específicamente, a quien formula la denuncia.

Asimismo, tiene también interés subrayar que el derecho a la integridad física puede resultar comprometido, no sólo por acciones, sino también por *omisiones del empleador en el marco de la relación laboral*. De este modo se advierte en la primera sentencia comentada, en la que la Administración empleadora tuvo noticia del embarazo, que la trabajadora demandante hizo constar, por lo que fue la inactividad sucesiva de aquélla, pese a conocer el hecho del embarazo, la que generó un riesgo consiguiente para la salud de la mujer embarazada, vulnerando así el derecho fundamental. De este modo, se demuestra que cabe *lesionar el derecho fundamental por omisión*, como también ha expresado la STC 220/2005, en la que la Administración para la que trabajaba la denunciante denegó por dos veces a aquélla sus solicitudes de prórroga de baja por incapacidad laboral temporal, obligando a la recurrente a reincorporarse a la vida laboral. Así, aun desestimando el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional insistió en que el derecho

36 Santiago Redondo (2018), p. 1351.

a la integridad física puede verse lesionado, no sólo por acciones, sino también por *omisiones de los poderes públicos*, como cuando se aprecia una negativa injustificada a conceder una prórroga de baja por incapacidad laboral. No en vano, este hecho, en determinadas circunstancias, comporta un riesgo o daño para la salud del trabajador.

En este sentido, en el referido marco de las relaciones laborales, es importante tener en cuenta que el Tribunal Constitucional no ha definido la tutela constitucional del art. 15 CE, en conexión con el art. 43.1 CE, en referencia a una concepción abstracta o apriorística del riesgo para la salud, ni tampoco, en particular, midiendo lo que se considera objetivamente generador de riesgos para la salud en un trabajador. Más bien, lo que resulta constitucionalmente relevante es que se ocasione riesgo para la salud del denunciante, y que se acredite debidamente. Se trata, pues, de una *aproximación caso por caso*, aunque apreciando un doble requisito adicional: *que el riesgo o daño para la salud no nazca de factores ajenos a los antecedentes laborales pretendidamente desencadenantes; y que la medida impugnada genere un riesgo cierto o potencial justificado en el caso concreto*. Ambos requisitos generan la relación de causalidad que es necesario valorar. Así, el Tribunal Constitucional viene aplicando el *criterio de la previsibilidad del riesgo*, para comprobar si existe nexo causal entre los antecedentes y la situación patológica señalada, en el contexto de una situación concreta³⁷.

Otro elemento a tener cuenta que se deduce de esta importante doctrina jurisprudencial afecta al *daño a la salud por anticipación*. Así, el Tribunal Constitucional describe en la referida STC 160/2007 un doble escenario de protección del derecho fundamental. Primeramente, considera que, aun cuando la tutela ordinaria de este tipo de supuestos opera cuando se demuestren problemas sucesivos a los hechos previos que puedan repercutir en la salud del trabajador; también, en segundo lugar, se pone de manifiesto la cobertura del derecho fundamental cuando se acredita una relación de causalidad entre los antecedentes y el cuadro psicopatológico, motivada por una vivencia anticipada acerca de cuál será el nuevo ambiente laboral posterior a la denuncia, generando estados de ansiedad, grave inquietud, error, angustia, sentimiento de inferioridad u otras perturbaciones psíquicas y trastornos similares que impliquen un menoscabo o riesgo grave para la

37 Santiago Redondo (2018). p. 1353.

salud³⁸. Por tanto, no sólo cabe invocar la protección del derecho cuando se constata riesgo cierto o posible para la salud, según las circunstancias del caso concreto, vinculado al problema laboral y ajeno a patologías previas del sujeto; sino también en aquellas situaciones en las que la persona vive o se representa de forma anticipada una situación futura, aunque ésta no haya llegado a producirse, ni exista certidumbre de que así vaya a ocurrir, tal y como la prevé o anticipa el afectado. Por tanto, *se protege también la percepción subjetiva del sujeto generadora de un daño o riesgo para la salud*, según expresa la STC 160/2007, evidenciada en el hecho de que la trabajadora en cuestión sufrió una depresión por anticipación, antes de reincorporarse al puesto de origen, lo que no fue óbice para otorgarle la protección constitucional máxima requerida.

Finalmente, hay que subrayar la absoluta *preponderancia del riesgo grave frente a las causas justificativas de la medida empresarial*. Así, el Tribunal Constitucional entiende que, si el riesgo es cierto o posible, a la vista de las circunstancias del caso, y resulta que está vinculado al problema laboral, siendo ajeno a patologías previas del sujeto, no importará que la decisión empresarial tenga soporte legal y fundamento objetivo y razonable. Prevalece la integridad personal del trabajador, en conexión con el derecho a su salud. Se demuestra así la existencia de una relación íntima entre el art. 15 CE y el art. 43.1 CE. No obstante, de forma polémica, el Tribunal Constitucional resolvió desfavorablemente, mediante la STC 118/2019, una cuestión de inconstitucionalidad que discutía la facultad atribuida a un empresario, con fundamento en lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores (art. 52 d)), para extinguir un contrato de trabajo por faltas de asistencia al trabajo, justificadas pero intermitentes, derivadas de enfermedades de corta duración del trabajador. De tal modo, el Tribunal Constitucional vino a afirmar que, frente a lo alegado por el recurrente, dicho despido por causas objetivas no supone una coacción al trabajador enfermo, al que se disuade de permanecer en situación de incapacidad temporal por temor a sufrir un despido, con daño para su derecho fundamental a la integridad física, en conjunción con su derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), sino que se trata de un ejercicio legítimo del interés del empleador por paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, en defensa de la productividad de la empresa (art. 38 CE). La no existencia, a juicio del Tribunal, de afectación directa y grave, real o potencial, de la

38 Santiago Redondo (2018), p. 1353.

salud de la trabajadora despedida, ocasionada por la decisión empresarial, ni constatarse tampoco una merma de las prestaciones a recibir, llevó así a descartar la lesión del derecho fundamental a la integridad física, en conexión con el derecho a la protección de la salud.

En suma, podemos comprobar cómo el derecho a la protección de la salud, pese a su ubicación constitucional en el Capítulo III del Título I, es objeto de una cada vez más intensa tutela constitucional, gracias a los relevantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la materia. En consecuencia, su naturaleza como principio rector no implica, tal y como la STC 139/2016 ha reconocido, que aquélla sea una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que la informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurar el derecho conforme al mandato incluido en el párrafo segundo del art. 43, para establecer las prestaciones necesarias que garanticen su tutela efectiva. Por el contrario, el derecho a la salud constituye un elemento que ayuda, de manera creciente, a conformar los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral. No obstante, tal y como se ha tenido ocasión de apreciar, analizando la jurisprudencia constitucional en la materia, no todo riesgo o daño para la salud vulnera el art. 15 CE, sino sólo aquél que genera un peligro grave, cierto, o siquiera potencial, para la misma, extremo éste que el actor deberá probar en cada caso. Y serán tanto las acciones como las omisiones del empleador las que, comprometiendo el derecho fundamental, generen el riesgo o daño para la salud y, consiguientemente, para la integridad, merecedoras de un justificado reproche jurisdiccional.

B) El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la protección de la salud

Otra manifestación de la “vis expansiva” que despliega el derecho constitucional a la protección de la salud, contemplado en el art. 43.1 de la Constitución española, se encuentra expresado en la STC 95/2000. Dicha Sentencia, dictada en relación con el control de constitucionalidad de ciertas resoluciones judiciales, viene a modificar el canon o parámetro aplicable al derecho de motivación de las sentencias para los casos en que estén comprometidos principios rectores de la política social y económica, recogidos en el Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución. Así, en este caso, se extiende la garantía del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE) al ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial

efectiva (art. 24.1 CE). Ello revela el protagonismo creciente alcanzado por el art. 43.1 CE en los procedimientos de amparo, habida cuenta de su confluencia con derechos fundamentales indiscutibles³⁹.

La sentencia judicial impugnada en amparo incurre en una evidente falta de razonabilidad al calificar la situación jurídica en la que se encuentra una persona extranjera solicitante de asistencia sanitaria. Y es que no se tuvo en cuenta que el tribunal inferior competente había previamente acordado, conocedor de que aquélla no poseía, aún, la correspondiente tarjeta de autorización para residir legalmente en España, una medida cautelar, conforme a la cual quedaba en suspenso la exigencia de obtener visado durante el tiempo en que se sustanciara el litigio conducente a declarar su exención definitiva de aquél y su consiguiente asimilación a los residentes legales en España, lo que le permitiría beneficiarse de la asistencia sanitaria que aquellos tienen reconocida. Sin embargo, desconociendo esa resolución, claramente orientada a facilitar la concesión de la prestación demandada, se vino a estimar que la solicitante se hallaba en situación ilegal, por lo que debía denegársele el pleno disfrute del derecho a la protección de la salud.

En atención a lo indicado, el Tribunal Constitucional vino a señalar que “la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales”. Por ello, recuerda que “los principios rectores de la política social y económica”, entre los que se encuentra el precepto referido a la protección de la salud, “no son meras normas sin contenido, sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE”. En consecuencia, “una decisión no sólo se adopta sobre una conclusión que contradice los hechos, sino que, además, desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad, acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la resolución impugnada”. Por ende, estima que se ha afectado lesivamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al haberse aplicado un precepto legal negando relevancia a hechos y elementos de juicio determinantes para la resolución del litigio. De este modo, además, se ha impedido el acceso a la asistencia sanitaria, conculcándose el derecho a la protección de la salud del art. 43.1 CE.

39 Montserrat Quintana (2008), p. 17.

En definitiva, la razón principal de la estimación del amparo es la inadecuación de la resolución judicial impugnada a la voluntad de maximizar el valor de los principios rectores de la política social y económica (en este caso concreto, del contenido en el art. 43.1 CE, relativo a la protección de la salud). Así, si bien la sentencia recurrida se anula por lesionar el art. 24.1 CE, que reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional estima que el menoscabo de este derecho se produce por la indebida consideración dada por el órgano judicial autor de esa resolución a esos principios rectores. De ahí que se concluya insistiendo en la irrazonabilidad del pronunciamiento recurrido.

A la postre, *el Tribunal Constitucional refuerza el canon del art. 24.1 CE, por referencia a otros preceptos de la Constitución, vinculando la tutela judicial efectiva a otro derecho constitucional, aunque sin rango fundamental, como es, en este caso, el derecho a la protección de la salud, expresado en el art. 43 CE. Se subraya así el protagonismo alcanzado por determinados principios rectores de la política social y económica⁴⁰. Y se insiste en que las resoluciones judiciales habrán de estar informadas por el reconocimiento, respeto y protección de tales principios rectores. De ahí que se disponga que una resolución judicial será declarada contraria al art. 24.1 CE si desatiende esos principios, aun no siendo los mismos susceptibles directamente de amparo, conforme a la Constitución.*

3.2. Conexiones indirectas con otros derechos fundamentales

En otras ocasiones, aun no estando ante un riesgo o daño directo para la salud, se puede generar un perjuicio que afecte al estado de salud del denunciante o a su conocimiento por terceros. De este modo, se conecta de forma derivada o indirecta con lo estipulado en el art. 43.1 CE.

A) Así, en relación al *derecho a la igualdad*, la STC 62/2008 extiende la tutela constitucional del derecho a la salud ya que delimita el derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el art. 14 CE, en relación, en este caso, con la salud, factor éste no enumerado entre las prohibiciones de discriminación que incluye el precepto constitucional, por lo que se subsume en la cláusula genérica de ese precepto, referida a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, motivadora de un trato desigual injustificado. Así, la sentencia en cuestión viene a equipararlo, en

40 Santiago Redondo (2018), p. 1355.

determinadas circunstancias, a las mencionadas. De ese modo, sucederá “cuando el factor *enfermedad* sea tomado en consideración como un *elemento de segregación* basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, *al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato*”.

Así, la STC, aunque no llega a citar el art. 43.1 CE, relativo a la protección de la salud, lo cierto es que sus conexiones con él son manifiestas. En este caso, la vinculación se aprecia, no tanto con el principio rector de protección de la salud, como con el factor de la salud/enfermedad⁴¹. No obstante, también es verdad que cabe advertir en esos supuestos una conexión mediata o derivada con aquél. De ahí que la propia sentencia concluya diciendo que la situación de desventaja relativa de determinadas personas en el mercado de trabajo, en razón de sus circunstancias físicas o de salud y su eventual riesgo de exclusión social, constituyen problemas cuya atención corresponde a los poderes públicos, a través del conjunto de medidas de política sanitaria a las que se refiere el art. 43.2 CE, en tanto que instrumento esencial para realizar el modelo de Estado social y democrático de Derecho que la Constitución establece.

B) Por otra parte, la STC 202/1999 expresa la conexión existente entre el *derecho a la intimidad* y los datos relativos a la salud de una persona. Aunque en este supuesto no está en juego la protección de ésta, ni daño directo alguno a la misma, no deja de ser cierto que la protección de datos propios de la salud se revela imprescindible, no sólo para proteger el ámbito de privacidad del sujeto, garantizando así su derecho a la intimidad personal, sino, también, para evitar otros efectos asociados que pueden causar perjuicios al mismo, más allá del propio hecho de requerirse el conocimiento y el consentimiento expreso del afectado. De tal forma se llega a hablar de la existencia de una conexión indirecta o mediata con el art. 43.1 CE.

En cualquier caso, la STC 196/2004 constituye el mejor ejemplo de lo expuesto. Así, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo, estableciendo que los reconocimientos médicos en el ámbito laboral no pueden imponerse si sólo está en juego la salud del propio trabajador, sin

41 Santiago Redondo (2018), p. 1357.

el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable. De ese modo, fija como condiciones de los reconocimientos médicos obligatorios, que concurren factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con las previsiones legales que contemplan esos reconocimientos; y declara la necesidad de un consentimiento informado.

A ello se añade, en lo que constituye la principal relación con el art. 43.1 CE, relativo a la protección de la salud, una conexión mediata con la intimidad, que no deriva de la penetración no consentida, en tanto que no informada, en la esfera privada; sino en la desviación del fin legalmente previsto para la detección médica, que, en el caso enjuiciado se convirtió en un instrumento empresarial de selección del personal y en fundamento de la ruptura contractual. Por eso, afirma el Tribunal Constitucional que no es aceptable la idea que recoge la sentencia recurrida sobre el interés de la empresa en conocer el estado psico-físico de sus trabajadores, pues dicho interés, ni anima la configuración legal de los reconocimientos médicos de vigilancia de la salud en el trabajo, ni implica una justificación suficiente para la penetración en ámbitos de la esfera íntima de los trabajadores. En suma, si se indaga en la salud de las personas con un fin distinto del legalmente previsto y consentido expresa por el afectado, empleando ese reconocimiento con una finalidad que puede suponer perjuicios para el interesado, como su despido, se está creando un escenario contrario al perseguido por el reconocimiento constitucional de la protección de la salud⁴². De ahí que se produzca, siquiera de forma mediata o indirecta, una afectación lesiva de este derecho.

4. Conclusiones y propuesta de reforma

La *crisis pandémica* causada por la expansión del COVID-19 ha situado, como foco de atención, a la garantía constitucional del derecho a la protección de la salud. Un derecho cuyo aseguramiento y efectividad plena distan, sin embargo, de ser hoy satisfactorios, al carecer de la consideración de derecho fundamental. No en vano, el derecho a la protección de la salud se configura en España como un derecho diferido a la ley, esto es, propiamente, como un “mandato de legislar”, que requiere el concurso de acciones graduales de los poderes públicos, expresadas en normas de competencia, tendentes a realizar, “bajo la reserva de lo posible o de

42 Santiago Redondo (2018), p. 1359.

lo razonable", el programa genéricamente prefigurado que determina la cláusula constitucional que lo reconoce. De ahí que sólo a partir de la regulación legislativa y, a menudo, administrativa, nazcan pretensiones jurídicas bien determinadas y exigibles ante los órganos jurisdiccionales, como derechos subjetivos individuales. Ello faculta al legislador para introducir retrocesos significativos en la determinación del alcance de un derecho que se revela así lejos de quedar consolidado. Aun así, en el caso español, algunos Estatutos de las Comunidades Autónomas han introducido, en el ámbito de sus competencias, referencias suplementarias que amplían el contenido garantizado del derecho, vinculando, de ese modo, positiva y negativamente, al legislador. A su vez, la significativa renovación y mejora de la tutela jurisdiccional ordinaria de la salud, en tanto que interés colectivo merecedor de protección, se evidencia en el hecho de que cualquier persona o grupo se encuentra legitimado para ejercer la acción, deduciendo así una pretensión común, en solicitud de reparación de un daño eventualmente sufrido.

En cualquier caso, en la actualidad asistimos a la lucha por la extensión plena del derecho, a fin de conseguir el acceso libre y universal a la sanidad pública, y la mejora y ampliación de los servicios de los que se benefician sus usuarios. Se pretende así la incorporación al sistema de los colectivos de extranjeros cuya situación en España no esté aún regularizada, el de los españoles residentes en el extranjero y el de los extranjeros en situación de estancia temporal, a fin de asegurar que nadie quede, sea cual sea su situación administrativa, desprovisto de la protección necesaria.

También ha de subrayarse cómo la garantía jurisdiccional extraordinaria del derecho ha obtenido avances estimables, a pesar de que los particulares siguen sin poder acceder al recurso extraordinario de amparo para articular pretensión inmediata o directa alguna de restitución. Así, a fin de colmar esa significativa carencia, se ha vinculado el derecho a la protección de la salud a otros que sí merecen la calificación de fundamentales, lo que permite a aquél contribuir decisivamente a la determinación de los contenidos de éstos.

En todo caso, aun admitiendo esos progresos, se hace necesario superar los obstáculos existentes, dado el riesgo, siempre presente, de retroceso con respecto a lo conquistado. Por eso, se insta a una reforma constitucional que suponga la reconfiguración de un derecho que sigue mostrándose débil. Así, se propone incluirlo en la relación de aquéllos a

los que se considera fundamentales en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, a fin de dotarlo de un “contenido esencial”, vinculante para el legislador y en orden a que se haga beneficiario, por sí mismo, de una garantía jurisdiccional directa y máxima, tanto ordinaria como extraordinaria ante el Tribunal Constitucional. La redacción del precepto puede seguir siendo la misma que presenta el actual art. 43, si bien pasando a ubicarse en un nuevo párrafo, el 2º, del art. 15 de la Constitución. Subyace a esa propuesta la clara conciencia de que estamos en presencia de un derecho inherente a la dignidad de todo ser humano. De ahí el empeño por alcanzar su plena realización.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alexy, Robert (1986), *Theorie der Grundrechte*. (Trad. Esp., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993).
- Balaguer Pérez, Amalia (2021), “El derecho a la salud de los migrantes”, en Porras Ramírez, José María (Dir.) y Requena de Torre, Mª Dolores, (Coord.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 411-442.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang (1991), “Entstehung und Wandel des Staatsrechtsbegriff”, en *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 143-169.
- Böckenförde, Ernest Wolfgang (1992), “Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge”, en *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 146-158.
- Cámara Villar, Gregorio (2007), “Derechos, deberes y principios rectores”, en Balaguer Callejón, Francisco, (Coord.), *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Madrid, Tecnos, pp. 23-43.
- Canosa Usera, Raúl (2006), *El derecho a la integridad personal*, Madrid, Lex Nova.
- Cappelletti, Mauro, Mauro, (1981), *Access to justice in Welfare State*, Bruxelles, Bruylant.
- Cárcar Benito, Jesús Esteban (2016), “Una reflexión sobre el derecho a la asistencia sanitaria como derecho social y universal con financiación pública”, *Revista de Derecho UNED*, 18, págs. 191-224.
- Cobrerros Mendazona, Edorta, (2018), “Artículo 149.1.16º”, en Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XL aniversario*. Madrid, Wolters Kluwer, Tomo II, pp. 1355-1367.
- Cossío Díaz, José Ramón (1989), *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- De la Cueva Aléu Ignacio (2004), “El derecho constitucional a la protección de la salud: jurisprudencia constitucional”, en VVAA, *Salud pública y Derecho administrativo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 13-79.

La débil garantía constitucional del derecho a la protección de la salud...

- De la Villa Gil, Luis Enrique (2006), "El derecho constitucional a la salud", en VVAA, *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid, La Ley, pp. 969-1004.
- Delgado del Rincón, Luis (2019), *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- European Agency for Fundamental Rights (2015), *Cost of exclusion from health-care. The case of migrants in an irregular situation*, Luxembourg, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/cost-exclusion-healthcare-case-migrants-irregular-situation>.
- Ferrajoli, Luigi (1999), *Diritti e garanzie*. (Trad. esp., Madrid, Trotta).
- Ferrer MacGregor Poisot, Eduardo (2019), "La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad (a propósito del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 52, nº 154, pp. 1-16.
- García-Pelayo y Alonso, Manuel (1977), *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza.
- Garrido Cuenca, Nuria (2008), "Derechos, principios y objetivos relacionados con el derecho a la salud", en Balaguer Callejón, Francisco (Dir.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, pp. 605-621.
- Gutiérrez de Cabiedes, Pablo (1999), *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Pamplona, Aranzadi.
- Häberle, Peter (1980), "Grundrechte im Leistungsstaat", en *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Regensburg, Athenäum, págs. 163-186.
- Häberle, Peter (1997), "Verfassungsentwicklungen in Osteuropa -aus der sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre", en *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 75-113.
- Hesse, Konrad (1962), *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* Heidelberg, C.F. Müller, 3 Auflage, 1983.
- Hesse, Konrad (1994), "Grudrechte. Bestand und Bedeutung", en Benda, Ernst, Maihofer, Werner, Vogel, Hans Jochen, Hesse, Konrad, Heyde, Wolfgang, (Hrs.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. (Trad. Esp., Madrid, Marcial Pons, 1996, pp.ágs. 83-124).
- Könemann, Britta (2005), *Der verfassungsunmittelbare Anspruch auf das Existenzminimum*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac.
- Jiménez Campo, Javier (1999), *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta.
- López Escudero, Manuel. (2008), "Artículo 35: protección de la salud", en Mangas Martín, Araceli (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, pp. 594-606.

- Martín Hernández, María Luisa (2008), "El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y la salud en el trabajo: un estudio desde la perspectiva de género", en *Revista Española de Derecho del Trabajo-Civitas*, nº 137, pp. 115-158.
- Montserrat Quintana, Antonio (2008), "El derecho a la salud y a las prestaciones sanitarias", en VVAA, *Nuevos derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- Moyse, François (2006), "Article 35", EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Bruxelles, pp. 304-311.
- Müller, Jörg Paul (1974), "Soziale Grundrechte in der Verfassung?". *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, Band 114, págs. 853-894.
- Pérez Luño, Antonio Enrique (1991), "Las generaciones de derechos humanos", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 10, pp. 203-217.
- Porras Ramírez, José María (2004), "Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional", en Balaguer Callejón, Francisco, (Coord.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, pp. 659-673.
- Porras Ramírez, José María (2021), *Derecho de la Libertad Religiosa*, Madrid, Tecnos, 8ª edición.
- Santiago Redondo, Koldo (2018), "Artículo 43", en Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XL aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Tomo I, pp. 1345-1359.
- Requena de Torre, María Dolores (2020), "La asistencia sanitaria a inmigrantes irregulares y a solicitantes de protección: ¿un derecho universal a la salud?" en VVAA, *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro homenaje a Jörg Luther*, Pamplona, Thomson Reuters, pp. 427-443.
- Rey Martínez, Fernando (2018), "Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales", en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 41, pp. 281-296.
- Riedel, Eibe (1986), *Theorie des Menschenrechtsstandards*, Berlin, Duncker & Humblot.
- Sarlet, Ingo Wolfgang (2009), *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Abogado, Décima edição.
- Serrano-Súñer Hoyos, Genoveva y Tenorio Sánchez, Pedro (2005), "Salvaguarda de los derechos fundamentales frente al ruido", en *Revista de Derecho Político*, nº. 62, pp. 95-146.
- Tenorio Sánchez, Pedro (2018), "Naturaleza y contenido del derecho constitucional a la protección de la salud y jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional relativa al mismo", en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº. 27, pp. 1-33.
- VVAA (1982), *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della coletività*, Rimini, Maggioli editore.
- Watts, Ronald (1999), *Comparing Federal Systems*. (Trad, esp, Madrid, Marcial Pons, 2006).

NORMAS LEGALES CITADAS

Normas de la Unión Europea:

La débil garantía constitucional del derecho a la protección de la salud...

Commission Decision of 18.6.2020 *approving the agreement with Member States on procuring Covid-19 vaccines on behalf of the Member States and related procedures*. C(2020) 4192 final.

Normas españolas:

- Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril (BOE 102, de 29/4/1986).
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (BOE 274, de 15/11/2002).
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, *de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud* (BOE 128 de 29/5/2003).
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública* (BOE 240, de 5/10/2011).
- Real Decreto 16/2012, de 20 de abril, *de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones* (BOE 98, de 24/4/2012).
- Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, *sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud* (BOE 183, de 30/7/2018)
- Anteproyecto de *Ley de Equidad, Universalidad y Cohesión Sanitarias*, de 15 de noviembre de 2021. https://www.sanidad.gob.es/normativa/audiencia/docs/DG_67_21.pdf

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

STJUE (Gran Sala) de 12 de noviembre de 2019. Asunto C-233/18. *Haqbin/Federaal Agentshap voor de opvang van asielzoekers*. ECLI: EU:C:2019:956.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania:

BVerfGE 40, 121 (133). 18-06-1975. 1 BvL 4/1974.

BVerfGE, 43, 291 (291). 08.02.1977. 1 BvL 1/1976.

BVerfGE 78, 104. 26.04.1988. 1 BvL 84/1986.

Tribunal Constitucional de España:

SSTC 120/1990 (BOE-T-1990-18314), 35/1996 (BOE-T-1996-8576), 207/1996 (BOE-T-197-1175), 202/1999 (BOE-T-1999-23944), 5/2000 (BOE-T-2000-3254), 95/2000 (BOE-T-2000-9220), 119/2001 (BOE-T-2001-10938), 196/2004 (BOE-T-2004-21369), 220/2005 (BOE-T-2005-16976), 62/2007 (BOE-T-2007-8654), 160/2007 (BOE-T-2007-14788), 62/2008 (BOE-T-2008-10785), 139/2016 (BOE-T-2016-7904).

LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL MARCO DE LA AGENDA 2030 Y LA PERSPECTIVA ESTATAL

*Karen Añaños Bedriñana**

Sumario: Introducción; 1. Derechos de tercera generación; 2. La Agenda 2030 y su repercusión en los pueblos indígenas; 3. La posición jurídica de los Estados en relación con los derechos colectivos de los pueblos indígenas; Conclusiones; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Mis primeras palabras al escribir esta contribución son de un sincero reconocimiento y gratitud, y van dirigidas al profesor José Palomino Manchego, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú), que trabaja arduamente, junto a su maestro, Domingo García Belaunde, por la difusión del Derecho Constitucional peruano a

* Doctora en Derecho por la Universidad de Granada (UGR), cuya Tesis, "El sistema interamericano de protección de derechos humanos y la aplicación de los tratados de derechos humanos en el Derecho constitucional peruano", fue calificada con «Sobresaliente Cum Laude», por unanimidad, y con Premio Extraordinario de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la UGR. Profesora de Derecho Internacional Privado e Historia del Derecho. Investigadora del Instituto Universitario de la Paz y los Conflictos-IPAZ. Universidad de Granada, España. karengananos@ugr.es.

lo largo del mundo, en particular, como puente entre Perú y España. Se trata de un referente a nivel nacional e internacional, hecho que se refleja con este más que merecido libro homenaje. Asimismo, quiero destacar su calidad humana y por tratar siempre de ayudar a que las cosas sean mejor, a pesar de los obstáculos que la propia labor conlleva.

A continuación, presento sintéticamente el siguiente trabajo, como reflejo de la importancia que tienen los derechos de tercera generación. En concreto, se van a abordar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, enmarcados dentro de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas (ONU) y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), así como la visión de los Estados, con especial referencia al caso de Colombia.

En primer lugar, a modo de contextualizar el tema, desde una óptica histórica, parto de la premisa de que, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial y sus desastrosas consecuencias, se produce un cambio en la agenda internacional de los países, de manera que los derechos humanos y la dignidad de las personas pasan a ocupar el centro de preocupación de los Estados. De este modo, tanto a nivel internacional y regional, se toman medidas para la protección de los derechos humanos. Así, se crea, a nivel global, el sistema de protección internacional de los derechos humanos de la ONU, y a escala regional, se avanza considerablemente en Europa, América Latina y África¹.

La promulgación de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) constituye un hito muy importante, que marcó un antes y un después en la configuración jurídica de los derechos y, en el continente americano, de igual forma, la promulgación de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*², anterior en seis meses a la Declaración Universal, fue también muy relevante.

Los derechos humanos de tercera generación conforman una actualización de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que surgen por un conjunto de preocupaciones globales, que implican a toda la humanidad, y que son propias de las inquietudes de finales del siglo XX y principios del XXI, como, por ejemplo, el progresivo deterioro medioambiental y sus

1 Añaños, K. *Los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Latinoamericano*. Granada: Editorial Universidad de Granada (Colección *Eirene* n° 48), 2021.

2 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia.

efectos negativos en la calidad de vida de las personas³. En consecuencia, tras la irrupción de la pandemia de la COVID-19, se ha visibilizado aún más la vulnerabilidad de las poblaciones menos favorecidas, como es el caso de los pueblos indígenas, que, a lo largo de los siglos y aún hoy, se han visto marginados y sus derechos conculcados, siendo necesario un nuevo contrato entre estas comunidades y la política estatal.

1. Derechos de Tercera Generación

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* fue sólo el primer paso para el reconocimiento de una serie de principios inherentes a la condición humana. Sin embargo, pasado el tiempo, quedó claro que muchos derechos no estaban especificados en la Declaración, sino simplemente sugeridos o esbozados y que, por tanto, convenía puntualizar y actualizar el documento con declaraciones, procedimientos o pactos anexos.

En este proceso, el concepto de derechos humanos se fue ampliando progresivamente, hasta adquirir nuevos significados. Tanto es así, que hoy día, ya es común hablar, por cuestiones metodológicas, se utilizará en este texto la terminológica generacional, no sólo de los derechos de primera generación (derechos civiles y derechos políticos), sino de derechos de segunda generación, que son básicamente los de carácter económico, social y cultural, y más tarde, de los derechos de tercera generación, vinculados a valores como la solidaridad. Estos derechos son: el Derecho al desarrollo sostenido⁴; el Derecho a la autodeterminación de los pueblos⁵; el Derecho a la paz⁶; el Derecho a la protección de los datos personales⁷; el

3 ACNUR - Comité español. ¿Cuáles son los derechos humanos de tercera generación? 2017.

4 Derecho al desarrollo sostenido: modelos y estructuras económicas que, además de generar beneficios propios, permitan el acceso a servicios básicos y garanticen la sostenibilidad del planeta

5 Derecho a la autodeterminación de los pueblos: el que tienen los países de determinar libremente su condición política y su modelo social y económico.

6 Derecho a la paz: entendido no solo como ausencia de guerra, sino también como la puesta en marcha de procesos positivos que fomenten la participación, el diálogo, la inclusión, la cooperación y la superación de conflictos.

7 Derecho a la protección de los datos personales: llama la atención sobre los eventuales peligros y abusos a los que se exponen las personas ante el cada vez más extendido proceso de informatización.

Derecho al patrimonio común de la humanidad⁸; el Derecho a gozar de un medioambiente sano⁹; o los derechos relacionados con los avances que se han producido en ingeniería genética¹⁰; entre otros.

Derechos de tercera generación, que surgen por esas inquietudes mundiales, como el cambio climático, entre otros. La peculiaridad de estos derechos de colectivos radica en que no son absolutos, sino que se encuentran en constante transformación, de acuerdo con las nuevas inquietudes mundiales.

Los derechos de tercera generación o conocidos también como “derechos de solidaridad”, históricamente, más recientes, según el profesor Antonio Cançado, interactúan con los derechos de primera y segunda generación, es decir, son complementarios entre todos y no concurrentes, y pueden examinarse adecuadamente a la luz de la unidad fundamental de la concepción de los derechos humanos¹¹. Por ende, en línea con la ONU, podemos

-
- 8 Derecho al patrimonio común de la humanidad: alude al acceso a los bienes de tipo material e inmaterial que constituyen un legado de especial relevancia para comprender la evolución humana.
- 9 Derecho a gozar de un medioambiente sano: Todas las personas tienen derecho a disfrutar de ambientes sanos, limpios y sostenibles.
- 10 Los derechos relacionados con los avances que se han producido en ingeniería genética que obligan a afrontar retos anteriormente inimaginables (procreación asistida, patentes genéticas, diagnósticos y terapias genéticas, clonaciones...), reflejados en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de la Persona Humana, de 1997, que en su artículo 10 indica, que: “*Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos*”.
- 11 Continúa el profesor José Antonio Cançado, que entre las diferentes categorías de derechos –individuales y sociales o colectivos– solo puede haber complementariedad y no antinomia, lo que revela la artificialidad de la noción simplista llamada tercera generación de derechos humanos: los llamados derechos de solidaridad, históricamente más recientes, en nuestra opinión interactúan con los derechos individuales y sociales, y no los sustituyen, de forma distinta a la que la inadecuada invocación de la imagen de las generaciones venideras pretendería o pareció insinuar. Así pues, las categorías de derechos (civiles y políticos y económicos, sociales y culturales) propuestas, complementarias y no concurrentes, con variaciones en su formulación, pueden examinarse adecuadamente a la luz de la unidad fundamental de la concepción de los derechos humanos (Cançado Trindade, J. A. Elementos fundamentais da evolução da proteção internacional dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, 177, p.47).

afirmar que los derechos humanos de tercera generación “conforman una actualización de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”¹².

La peculiaridad de estos derechos de tercera generación radica, entre otros aspectos, en que es “común que acojan nuevos derechos”, en función con los nuevos retos mundiales. Por ejemplo, en el mes de octubre de 2021, Naciones Unidas se pronunció, por primera vez, reconociendo que el derecho al medio ambiente es un derecho humano¹³. Particularmente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas condenó a Paraguay, por no prevenir la contaminación medio ambiental, violando de esta forma el derecho del pueblo indígena guaraní, a sus tierras tradicionales. Es una decisión trascendental en la que se afirma que, en el caso de los pueblos indígenas, la noción de “hogar” debe entenderse en el contexto de la relación especial entre ellos y sus territorios, incluyendo su ganado, sus cultivos y su forma de vida, como la caza, la búsqueda de alimentos y la pesca.

Derechos de tercera generación, que están vinculados a la Agenda internacional, ya que no es casualidad, que, en el marco de la ONU, se haya planteado, inicialmente, los Objetivos de Desarrollo del Milenio, y en septiembre de 2015, posteriormente, 193 países aprobaron los ODS en la Asamblea General de Naciones Unidas, que precisamente nacen de estas preocupaciones globales.

2. La Agenda 2030 y su repercusión en los pueblos indígenas

En la actualidad, la dignidad de las personas y sus derechos, y las nuevas preocupaciones globales, constituyen desafíos mundiales, y ya no es posible un análisis sin tener en cuenta la Agenda 2030 y sus 17 ODS. Se trata de una agenda universal ambiciosa, que sitúa los derechos humanos de todas las personas en el centro¹⁴. Son 17 ODS, con 169 metas, a fin de

12 ACNUR-Comité español, *op, cit*.

13 ONU - Noticias ONU. El Consejo de Derechos Humanos declara que tener un medio ambiente limpio y saludable es un derecho humano (08-10-2021).

Cfr. UN-Human Rights Council. Report of the Human Rights Council (A/HRC/48/2) on its forty-eighth session (13 September-11 October 2021) Vice-President and Rapporteur: Paul Bekkers (Netherlands). Advance unedited versión, 23 December 2021.

14 Naciones Unidas - NU. Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2015.

afrontar, entre otros desafíos, las desigualdades, la pobreza, la igualdad entre los géneros, el crecimiento económico, los océanos, los ecosistemas, el cambio climático, la paz y la justicia.

No obstante, se ha avanzado relativamente poco en este camino y se está aún lejos de alcanzar las metas programadas para el año 2030, especialmente, en los países menos desarrollados. A pesar de ello, se ha progresado en las últimas décadas en muchas zonas, aunque tal vez no al ritmo deseado, en la protección de los eslabones más débiles de sus habitantes ante las crisis económicas, sanitarias, climáticas, sociales, políticos o financieras.

No debemos olvidar que, bajo la óptica de la historia de la humanidad, llevamos muy poco tiempo, relativamente, hablando de derechos humanos. Específicamente, la proclamación de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* impulsó la consideración de la protección de la dignidad y los derechos de la persona como un eje prioritario de la agenda internacional y, más recientemente, como derechos emergentes, la reivindicación y la defensa de los derechos de las poblaciones más desfavorecidas, como es el caso de los pueblos indígenas, que, tras la irrupción de la pandemia de la Covid-19, se ha acrecentado aún más su vulnerabilidad.

En este contexto, en los últimos tiempos, hemos sido testigos de grandes movilizaciones y demandas de los pueblos indígenas en Latinoamérica, por el creciente descontento que ha surgido a causa de la trasgresión constante de sus derechos. De esta manera, se ha puesto de manifiesto una ausencia de intervención de los Estados, con una falta de políticas públicas adecuadas y eficaces, que estén en sintonía con la cultura ancestral, ritual, espiritual, cosmogónica e histórica de estos pueblos, que, a lo largo de los siglos, y aún hoy, se han visto marginados y sus derechos transgredidos¹⁵.

Concretamente, esto se observa en el marco social de Bolivia y las marchas de protesta y reivindicación (1990) de sus territorios, sus recursos y su dignidad, lo que no ha sido una tarea fácil, incluyendo episodios de violencia. Este hecho constituyó la punta de *iceberg* para urgir a que los Estados de la región Iberoamericana replanteen su postura y reformulen

15 Oliva Martínez, D. *Diversidad, Resistencia y Utopía. Los pueblos indígenas de nuestro tiempo*. Valencia: Tirant humanidades, 2022.

su relación en todos los niveles, sobre todo en el ámbito de cooperación con los Pueblos indígenas¹⁶.

Esto ha impulsado que la Comunidad Internacional y los Estados implementen una nueva hoja de ruta conforme a la nueva realidad. Por lo tanto, es necesario un nuevo contrato entre estos grupos y la política estatal, lo que no sólo beneficiará a estos pueblos, sino también al conjunto de la humanidad.

Las organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas (mediante La Organización Internacional de Trabajo (OIT), la Organización Mundial de Salud (OMS), la Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), entre otros. Más recientemente, la Organización de Estados Americanos¹⁷ y entidades como la Organización Panamericana de la Salud, u otros, como, por ejemplo, el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas para América Latina y el Caribe (FILAC), se han identificado con la causa de los pueblos indígenas, en el sentido de que mantengan y perduren como sociedades diferenciadas del resto, conservando su legado y las tradiciones de sus ancestros, tanto a nivel cultural, religioso, económico, social, político, etc., y con dominio de su propio rumbo.

El germen de las reivindicaciones de los derechos de los pueblos indígenas ha sido una lucha constante, por parte de los indígenas y de sus pueblos excluidos. A esta situación, se le puso un primer freno, a nivel internacional, con el *Convenio 107* de 1957; y, posteriormente, con el *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales*, de la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989¹⁸. Este último de cumplimiento obligatorio.

16 Añaños, K. La vulneración y discriminación de las poblaciones indígenas en Latinoamérica. Estudio del caso de Bolivia. En: Olivero Guidobono, S. y Martínez González, A. (coords.), *Identidades, segregación, vulnerabilidad. ¿Hacia la construcción de sociedades inclusivas? Un reto pluridisciplinar* (pp.551-579). Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2021.

17 CIDH. Informe: "Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la panamazonía". Washington D.C: OEA-CIDH, 2019.

18 OIT. *Convention on indigenous and tribal peoples, 1989 (Nº 169)*. A manual. Geneva, International Labour Office, 2003.

Tras los Convenios de la OIT, los derechos de los pueblos indígenas y tribales, a las que históricamente no se les ha tomado en cuenta, dio lugar, en primer lugar, al desarrollo de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* de 2007¹⁹, con el propósito de que exista un estándar mínimo de protección de estas poblaciones frágiles²⁰, para la supervivencia, la dignidad, el bienestar y los derechos de los pueblos indígenas de todo el mundo, y brinda una base para el diálogo entre los pueblos indígenas y los Estados miembros.

Por otro lado, en la región Latinoamericana, se detectó la necesidad de adoptar un primer instrumento internacional propio, que proteja a esta población históricamente excluida y constantemente vulnerada en sus derechos, y que vincule a los 35 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Así, en el año de 1989, en Washington D.C., se inició este proceso de elaboración del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Como resultado, tras 27 años de trabajo conjunto entre la OEA, las ONGs, la sociedad civil y representantes de las poblaciones indígenas, el 15 de junio de 2016, en Santo Domingo, la Asamblea General de la OEA adoptó y promulgó la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Y, de esta manera, se consideró finalizado este proceso tan largo y no exento de múltiples dificultades²¹. Declaración que reconoce, entre otros, la importancia de la presencia de los

Cfr. OIT. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT. Programa para Promover el Convenio N° 169 de la OIT (PRO 169) Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

- 19 Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Resolución aprobada por la Asamblea General (A/61/L.67 y Add.1) de 13 de septiembre de 2007.
- 20 Añaños, K. y Hernández, B. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Otra Lectura, desde el Buen Vivir. *Revista de Paz y Conflictos*, 1(12), 2019, pp. 252-253.
- 21 Cfr. Toro, L. La Participación de los Pueblos Indígenas en la OEA. En: *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano. Principios Básicos* (pp.27-43), Washington, D.C.: Departamento de Derecho Internacional de la OEA, 2013. Cfr. Toro, L. El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos Indígenas: el proceso de negociación. En: *XXXIV Curso de Derecho Internacional* (Vol. 27, pp.351-374), Washington D.C.: Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la OEA, 2008. Cfr. OEA. *Manual para la participación de la sociedad civil en la Organización de los Estados Americanos y en las cumbres de las Américas*, Washington, D.C.: Departamento de Asuntos Internacionales, 2009.

pueblos indígenas y su gran contribución al desarrollo, la pluralidad y la diversidad cultural de las sociedades del continente²².

En este marco, la Agenda 2030, con la promesa de “que nadie quede relegado”, reviste una importancia crucial para los más de 370 millones de personas pertenecientes a pueblos indígenas en el mundo, “que históricamente han sufrido graves injusticias, y muchas de las cuales siguen siendo objeto de marginación, explotación y exclusión”²³.

A la fecha, según informe del Foro Permanente para Cuestiones Indígenas de la ONU, “los pueblos indígenas representan el 5% de la población mundial, aunque también el 15% de la población más pobre”²⁴. Pese a los grandes avances logrados en la erradicación de la pobreza, favorecidos por los antiguos Objetivos de Desarrollo del Milenio, los pueblos indígenas siguen estando entre los más pobres de los pobres²⁵.

Su modo tradicional de vida, sus prácticas y sus medios de subsistencia están cada vez más amenazados, debido a una serie de factores, entre ellos: la falta de reconocimiento y de protección de sus derechos, las políticas públicas excluyentes y las repercusiones del cambio climático. Además, están otras cuestiones como: la pérdida de acceso a las tierras tradicionales y los recursos naturales, la discriminación en el mundo del trabajo y la migración involuntaria, entre otros. Todos estos elementos los han vuelto aún más vulnerables, desde el punto de vista social y económico. En particular, las mujeres y las niñas indígenas están expuestas a múltiples formas de discriminación y explotación, tanto dentro como fuera de sus

22 Cfr. Negro, D. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: principales alcances. En: Añaños, K. (coord.), *Desarrollo humano y protección de los derechos humanos en poblaciones vulnerables* (pp.231-245). Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2021.

Cfr. Añaños, K. y Hernández, B. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas... *op. cit.*

23 Kumar Dhir, R. *Objetivos de Desarrollo Sostenible Los Pueblos Indígenas en la mira*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo (OIT), p.1, 2016.

24 NU-Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. “Los pueblos indígenas y la Agenda 2030”. Documento de antecedentes. Departamento de Información Pública de Naciones Unidas, 2016, p. 1.

25 Oliva Martínez, D. *op. cit.*

comunidades, muy lejos de las metas establecidas en el ODS 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas²⁶.

Y, también, en el ámbito de la salud y el bienestar (ODS 3), que persigue garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades, la esperanza de vida de los pueblos indígenas es nada menos que 20 años inferior a la de sus contrapartes no indígenas. Puesto que suelen carecer de suficiente acceso a información y a servicios relacionados con la salud, los pueblos indígenas registran niveles desproporcionadamente elevados de enfermedades como el paludismo, la tuberculosis, el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). Asimismo, son más propensos a las discapacidades. La tasa de suicidios, en particular, entre los jóvenes indígenas, es considerablemente superior en muchos países²⁷.

Paralelamente, no hay que olvidar, que, en relación con la ODS 6: Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos y todas, los pueblos indígenas suelen carecer del acceso al agua potable y al saneamiento. Se trata de una de las razones fundamentales de la prevalencia de ciertas enfermedades entre estos grupos. Un importante factor coadyuvante a esta falta de acceso a agua y saneamiento es la contaminación de los recursos naturales de los que muchos de los pueblos indígenas dependen. Ello conlleva consecuencias específicas para las mujeres indígenas, que asumen la responsabilidad del saneamiento y de la búsqueda de agua limpia²⁸.

En este panorama, los ODS ofrecen la posibilidad de aminorar la trasgresión impune de sus derechos y resolver de forma paulatina estos problemas. A su vez, los pueblos indígenas tienen mucho que aportar al logro de los ODS, como agentes decisivos de cambio, ya que el desarrollo de estos pueblos, sus prácticas de subsistencia, sus conocimientos y saberes tradicionales y modos de vida, se fundamentan en los principios de universalidad, derechos humanos, igualdad y sostenibilidad del medio ambiente, que son fundamentales para luchar contra el cambio climático y concretar la ambiciosa visión de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, a escala global.

26 Cfr. UN, *op. cit.*, 2015; Cfr. Kumar, *op. cit.*; UN-FPCI, *op. cit.*

27 *Ibidem.*

28 *Ibidem.*

De esta forma, cada uno de los 17 ODS y sus metas respectivas son relevantes en cuanto a los derechos y el bienestar de los pueblos indígenas: así, 156 de las 169 metas están estrechamente relacionadas con los derechos humanos, mientras que 73 de estas metas están vinculadas de forma significativa con la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.

En la Agenda 2030 existen seis referencias directas a los pueblos indígenas, tales como la producción agrícola de los agricultores indígenas a pequeña escala (Objetivo 2), y la igualdad de acceso a la educación para los niños indígenas (Objetivo 4).

En el marco de indicadores mundiales para los ODS y sus metas respectivas, se han incluido variables importantes para los pueblos indígenas, particularmente, las relacionados con la dimensión colectiva de los derechos sobre la tierra (meta 1.4 y 5.a), los ingresos de los agricultores a pequeña escala (meta 2.3), el acceso de los niños indígenas a la educación (meta 4.5) y la no discriminación (meta 10.3)²⁹.

Para aumentar la visibilidad de los pueblos indígenas e identificar cuáles son las desigualdades, que enfrentan en relación con cada uno de los ODS, los pueblos indígenas han estado promoviendo el desglose de datos y la inclusión de un “identificador indígena” y de datos comunitarios en las estadísticas oficiales³⁰.

Por otro lado, la Agenda 2030 también incluye graves riesgos para los pueblos indígenas, tales como los proyectos de energía no contaminantes, que invaden sus tierras y territorios. A fin de evitar cualquier impacto negativo, la implementación de los ODS debe llevarse a cabo de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³¹.

3. La posición jurídica de los estados en relación con los derechos colectivos de los pueblos indígenas

A nivel jurídico, Bolivia, respecto a los demás países, posee una de las Constituciones más avanzadas en el reconocimiento y la protección jurídica

29 *Ibidem.*

30 *Ibidem.*

31 *Ibidem.*

de los indígenas y sus poblaciones. También, el país cuenta con una legislación específica, que protege a estas comunidades, la tierra, el territorio y los recursos naturales, que, en conjunto y en un argot más cotidiano, la denominan “La Madre Tierra”.

Es relevante la inclusión en las Constituciones Latinoamericanas de esta filosofía de vida del Buen Vivir o Vivir Bien³², aunque es limitado su reconocimiento todavía. Sin embargo, las Constituciones de Bolivia³³ y Ecuador son un ejemplo evidente, ya que reflejan su aspiración a ser consideradas sociedades colectivas, plurales, pacifistas y de Paz, sincronizadas con los ciclos de la naturaleza y el equilibrio del medio ambiental. Así, los pueblos indígenas han sido considerados como los guardianes de la Naturaleza frente a la devastación o exterminio de la flora, la fauna y toda la biodiversidad, que, en buena parte, está almacenada en la Amazonía, considerada el pulmón de la humanidad.

En definitiva, si las guerras del pasado se suscitaron a causa de la expansión, la conquista y el dominio de territorios, las guerras futuras serán muy probablemente por el acceso al agua, de manera que las grandes potencias económicas mundiales están incrementando su presencia en Latinoamérica, invirtiendo en estudios científicos de la flora y fauna en unos territorios ancestrales, que pertenecen a los pueblos indígenas. En la actualidad, es recurrente la temática de la relación entre la empresa y los derechos humanos, a fin de buscar esa equidad y contrapeso, en cuanto a la devastación de los recursos naturales, territoriales y biodiversos³⁴.

En este panorama, los Estados, en muchas ocasiones, en lugar de proteger a sus connacionales indígenas y sus fuentes de riqueza, les dan la espalda y prefieren vender y otorgar en concesión a las grandes empresas transnacionales, las tierras, los territorios y los recursos, sin importar que estas poblaciones puedan desaparecer o extinguirse, con todo su legado

32 Añaños Bedriñana, K. El “buen vivir” en la Declaración Americana sobre los Derechos Indígenas. *Revista Peruana de Derecho Público*, 42, año 22, 2021, pp. 41-54.

33 Cfr. Añaños, K.; Hernández, B. & Rodríguez, J. “Living Well” in the Constitution of Bolivia and the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Reflections on Well-Being and the Right to Development. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 8(17), pp. 2870-2895, 2020.

34 Cfr. Aylwin, J. *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales*, Washington D.C.: OEA, 2002.

histórico, cultural y espiritual; pero esta situación, en Latinoamérica, por desgracia, no supone una novedad.

Asimismo, los Estados son reticentes a firmar tratados internacionales, que beneficien y protejan a estas poblaciones. Esta postura quedó reflejada, a través de reservas que se plantearon tanto en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, como observaciones en la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* de la OEA. En esta última, por parte de delegaciones de países como Estados Unidos (EEUU), Canadá, Brasil y Colombia³⁵, alegando sus razones y “desencuentros” con su Derecho interno³⁶, que deberán ser tomadas en cuenta en dichos países, al momento de implementar la Declaración³⁷. Son Notas que están vinculadas a temas de libre determinación, consulta y consentimiento previo, los derechos colectivos y los recursos naturales, tierras y territorios³⁸.

En el caso de los conflictos armados, los Estados deben tomarán medidas adecuadas para proteger los derechos humanos, instituciones, tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas y sus comunidades, por lo que deben cumplir las obligaciones que asumen en los acuerdos, que hayan firmado y ratificado. Por todo ello, los Estados deben cumplir y garantizar la protección a los miembros más vulnerables de la población,

35 Cfr. Añaños, K. Las Observaciones de Estados Unidos, Canadá, Colombia y Brasil en la aprobación de La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En: Martín López, M.; Rueda López, R.; Pérez Curiel, C. y García Martín, L. (coords.). *Tierra, Derechos Humanos y Desarrollo: supuestos y visiones desde África y América. Terre, Droits de L'Homme et Développement: Cas et Visions D'Afrique et D'Amérique* (pp. 274-291), Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, 2020.

36 Durante la Décimo novena Reunión de Negociaciones, del 16 al 19 de mayo de 2016.

37 Consejo Permanente, 2016. Cfr. Añaños, K. (2020), *op. cit.*

38 Cfr. Anaya, J. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, 2ª edición, New York: Oxford U. Press, 2004. Cfr. NU-UNDG. Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas, New York: ONU, 2008. Cfr. NU. Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisión* [Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2011/2], 2011, p.26. Cfr. NU-UNPFII. Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas [Doc. ONU E/C.19/2005/3]. NU: Consejo Económico y Social, 2005; Cfr. CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* [Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009].

como son los menores y las mujeres. Por lo tanto, no se deben reclutar a los niños, niñas y adolescentes indígenas en las fuerzas armadas de un país en ninguna circunstancia. También, los Estados tienen la obligación de tomar medidas de reparación efectiva y proporcionar los recursos necesarios, de manera conjunta con los pueblos indígenas afectados, por los perjuicios o daños ocasionados por un conflicto armado.

En contraparte, la posición, por ejemplo, de Colombia es que, en su Constitución Política, la Fuerza Pública tiene la obligación de estar en cualquier sitio del territorio con el propósito de garantizar a todos los habitantes: “la protección y el respeto de su vida, honra y bienes, tanto individuales como colectivos”. Este hecho requiere asegurar los territorios indígenas para proteger sus derechos y su integridad. De hecho, Colombia ha dado instrucciones a la Fuerza Pública de cumplir con su obligación de protección de los pueblos indígenas. Este es uno de los puntos de disidencia tanto con las Declaraciones sobre pueblos indígenas de la ONU y de la OEA, que plasman, de forma expresa, la prohibición del desarrollo de acciones militares en territorios indígenas, salvo que exista una razón pública, que justifique la intervención, o que se haya llegado a un acuerdo libre con los pueblos indígenas, o que estos últimos lo hayan solicitado.

En cualquier caso, el Estado, antes de utilizar las tierras o territorios, deberá consultar a los pueblos indígenas, empleando los medios y procedimientos adecuados antes de su uso militar. En esta línea, ambas Declaraciones reconocen el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. El último informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonía, refiere que los pueblos indígenas tienen derecho a ser protegidos en el desplazamiento forzado generado por la violencia, como sucede en el conflicto armado³⁹.

De esta forma, estas situaciones sirven de justificante, a fin de que los Estados no quieran adherirse o ratificar este tipo de instrumentos internacionales, ya que socava sus propios intereses, y de ahí la indiferencia de querer reconocerlos “plenamente” a nivel constitucional, no solo como pueblos indígenas, sino como sujetos plenos de derecho, respetando sus tradiciones, ritos, usos, costumbres, idiomas, vestimentas, medicina tradicional, etc.

39 CIDH. 2019, *op.cit.*, ... p. 119.

Conclusiones

Los Estados, respetando los derechos de las poblaciones indígenas, a través del derecho de la consulta previa, libre e informada, garantizan la convivencia pacífica y armónica entre indígenas, sus poblaciones y los Estados, junto con el equilibrio del medio ambiente y los recursos naturales, como el agua. En ese sentido, los Estados tienen una tarea trascendental y determinante en lo relativo a los derechos de las poblaciones indígenas para garantizar su dignidad, el mantenimiento de su identidad, sus costumbres, sus tradiciones orales y su medicina tradicional. Sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer y muchas tareas pendientes en este proceso, en un marco condicionado por los intereses particulares de los Estados, que bien no implementan siempre los mecanismos adecuados o bien, en otras ocasiones, lo suelen hacer parcialmente, sin tomar en cuenta a las poblaciones indígenas.

Esta situación va más allá de esta generación o de un territorio concreto, pero también de la coyuntura política o económica de un país, ya que trasciende a la deforestación actual de la flora y fauna o al impacto en el medio ambiente y la biodiversidad, puesto que repercute directamente en estas poblaciones, poniendo en peligro la desaparición de sus conocimientos y prácticas ancestrales como la medicina tradicional. Este hecho nos arrastra a todos y a todas, porque si no hacemos algo por proteger a estas poblaciones indígenas y, de forma íntegra, a la "Madre Tierra", poco queda por hacer en un futuro próximo, quebrando cualquier atisbo de equidad intergeneracional.

Es importante que los programas, que se desarrollen para implementar la Agenda 2030 y sus ODS, posean sensibilidad cultural y respeten la autodeterminación de los pueblos indígenas, así como también sus derechos colectivos en cuanto a las tierras, la salud, la educación, la cultura y las formas de vida, que, en última instancia, aspiran a alcanzar la justicia social, el reconocimiento de la diversidad, el respeto por la naturaleza, "la Madre Tierra" o "la Pachamama" y, en esencia, la protección de los derechos de todas las personas que pertenecen a esa sociedad. En este contexto, hay que considerar su identidad cultural y su cosmovisión indígena, sin

ningún tipo de discriminación, marginación, ni desigualdad, que vienen sufriendo históricamente los pueblos indígenas⁴⁰.

En definitiva, los cambios no se logran de un día para otro. Promover transformaciones de este calado necesita tiempo, arrojo, seguimiento y rigor, que permitan hacer evaluaciones maduras y revelar los aspectos a mejorar y fortalecer la defensa de los derechos humanos, pero, sin duda, en el marco de la Agenda 2030 de los ODS de la ONU, debemos fomentar y proteger los conocimientos de la naturaleza y los saberes hereditarios que poseen los pueblos indígenas originarios. Ellos son un activo de incalculable valor para la adopción y el éxito de esta crucial estrategia global de la humanidad. La supervivencia, la dignidad, la sabiduría, el bienestar y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas representan una esperanza para nuestras futuras generaciones, para el respeto a nuestra Madre Tierra, para el desarrollo sostenible y, en definitiva, para nuestro futuro común en la Tierra.

Bibliografía

- ACNUR - Comité español. ¿Cuáles son los derechos humanos de tercera generación? Abril-2017. Disponible en https://eacnur.org/blog/derechos-humanos-tercera-generacion-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/
- Aylwin, J. *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales*, Washington D.C.: OEA, 2002.
- Anaya, J. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, 2ª edición, New York: Oxford U. Press, 2004.
- Añaños Bedriñana, K. *Los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Latinoamericano*. Granada: Editorial Universidad de Granada (Colección *Eirene* n° 48), 2021.
- Añaños Bedriñana, K. La vulneración y discriminación de las poblaciones indígenas en Latinoamérica. Estudio del caso de Bolivia. En: Olivero Guidobono, S. y Martínez González, A. (coords.), *Identidades, segregación, vulnerabilidad. ¿Hacia la construcción de sociedades inclusivas? Un reto pluridisciplinar* (pp.551-570). Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2021.
- Añaños Bedriñana, K. El “buen vivir” en la Declaración Americana sobre los Derechos Indígenas. *Revista Peruana de Derecho Público*, 42, año 22, 2021, pp.41-54.
- Añaños Bedriñana, K. Las Observaciones de Estados Unidos, Canadá, Colombia y Brasil en la aprobación de La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos

40 Añaños, K. Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos: análisis de los informes del Comité de Derechos Humanos en Latinoamérica. *Revista de Paz y Conflictos*, 1(9), 2016, pp. 271-275.

- Indígenas. En: Martín López, M.; Rueda López, R.; Pérez Curiel, C. y García Martín, L. (coords.). *Tierra, Derechos Humanos y Desarrollo: supuestos y visiones desde África y América. Terre, Droits de L'Homme et Développement: Cas et Visions D'Afrique et D'Amérique* (pp. 274-291), Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, 2020.
- Añaños Bedriñana, K. Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos: análisis de los informes del Comité de Derechos Humanos en Latinoamérica. *Revista de Paz y Conflictos*, 1(9), 2016, pp.261-278. DOI: <https://doi.org/10.30827/revpaz.v9i1.3984>
- Añaños Bedriñana, K., Hernández Umaña, B. & Rodríguez Martín, J. A. "Living Well" in the Constitution of Bolivia and the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Reflections on Well-Being and the Right to Development. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 8(17), pp.2870-2895, 2020. DOI: <https://doi.org/10.3390/ijerph17082870>
- Añaños Bedriñana, K. y Hernández Umaña, B. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Otra lectura, desde el Buen Vivir. *Revista de Paz y Conflictos*, 1(12), 2019, pp.251-264. DOI: <http://dx.doi.org/10.30827/revpaz.v11i2.9507>
- Cançado Trindade, J. A. Elementos fundamentais da evolução da proteção internacional dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, 177, pp.36-70, 1991.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* [Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009]. Disponible en <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH (2019). Informe: "Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos indígenas y Tribales de la Panamazonia". Washington D.C.: OEA-CIDH. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/panamazonia2019.pdf>
- Convenio Núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Conferencia General de la OIT, Ginebra, 27 de junio de 1989. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P1210_0_INSTRUMENT_ID:312314
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (AG/RES. 61/265). Resolución aprobada por la Asamblea General en la 107a. Sesión plenaria 13 de septiembre de 2007. UN. Disponible en https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, 1992. Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992. Naciones Unidas. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/Minorities.aspx>
- Declaración Americana sobre los Derechos Pueblos Indígenas* (2015). [AG/RES. 2888 (XLVI-O/16)]. Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016. Santo Domingo: OEA. Disponible en <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

- Kumar Dhir, R. Objetivos de Desarrollo Sostenible. Los Pueblos Indígenas en la mira. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2016. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_533596.pdf
- Naciones Unidas – Consejo Económico y Social. *Informe del Grupo Interinstitucional y de Expertos sobre los Indicadores de los Objetivos de Desarrollo Sostenible* [E/CN.3/2017/2], del 15 de diciembre de 2016. Disponible en <https://unstats.un.org/unsd/statcom/48th-session/documents/2017-2-IAEG-SDGs-S.pdf>
- Naciones Unidas – Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. “Los pueblos indígenas y la Agenda 2030”. Documento de antecedentes. Departamento de Información Pública de Naciones Unidas, 2016. Disponible en https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2016/08/Spanish-Backgrounder-SDGs_FINAL.pdf
- Naciones Unidas – Noticias ONU. El Consejo de Derechos Humanos declara que tener un medio ambiente limpio y saludable es un derecho humano (08-10-2021). Disponible en <https://news.un.org/es/story/2021/10/1498132>
- Naciones Unidas – NU. Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2015. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>
- Naciones Unidas – UNDG. Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas, New York: ONU, 2008. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf.
- Naciones Unidas – Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisión* [Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2011/2], 2011.
- Naciones Unidas – UNPFII. Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas [Doc. ONU E/C.19/2005/3]. ONU: Consejo Económico y Social, 2005.
- Negro Alvarado, D. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: principales alcances. En: Añaños, K. (coord.), *Desarrollo humano y protección de los derechos humanos en poblaciones vulnerables* (pp.231-245). Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2021.
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. *Convention on indigenous and tribal peoples*, 1989 (Nº 169). A manual. Geneva: International Labour Office, 2003. Disponible en http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2003/103B09_345_engl.pdf
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT. Programa para Promover el Convenio Nº 169 de la OIT (PRO 169). Ginebra: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.
- Oliva Martínez, D. *Diversidad, Resistencia y Utopía. Los pueblos indígenas de nuestro tiempo*. Valencia: Tirant humanidades, 2022.
- Toro Utillano, L. El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: el proceso de negociación. En: *XXXIV Curso de Derecho Internacional* (Vol. 27,

pp.351-374). Washington D.C.: Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la OEA, 2008.

Toro Utrillano, L. La participación de los pueblos indígenas en la OEA. En: *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano: Principios Básicos* (pp.27-42). Washington D.C.: Departamento de Derecho Internacional de la OEA, 2013.

United Nation - Human Rights Council. "Report of the Human Rights Council" (A/HRC/48/2) on its forty-eighth session (13 September-11 October 2021) Vice-President and Rapporteur: Paul Bekkers (Netherlands). Advance unedited versión, 23 December 2021. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/regular-sessions/session48/regular-session>

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA

*Luciano Parejo Alfonso**

Sumario: I. Preliminar; II. La inatención de las consecuencias del proceso de integración europea; III. El ámbito subjetivo del régimen jurídico del sector público; IV. La cuestión del carácter básico del régimen jurídico del sector público a la luz, en especial, de la autonomía local; V. Algunas consideraciones finales sobre la actualidad de la regulación del procedimiento administrativo.

I. Preliminar

Las Leyes 39 y 40, de 1 de octubre de 2015, actualmente en vigor, han venido a actualizar en España, respectivamente, el procedimiento administrativo común (en adelante LPAC) y el régimen jurídico del sector público (en adelante LRJSP). Ambas son resultado, en efecto, del informe emitido por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas en el contexto del programa nacional de reformas para 2014, que recogía expresamente la aprobación de nuevas Leyes administrativas como una de las medidas precisas para racionalizar la actuación de las instituciones y entidades del poder ejecutivo. Su propósito confesado es el de superación de un diagnóstico de situación según el cual los defectos

* Catedrático de Derecho Administrativo - Universidad Carlos III de Madrid.

tradicionalmente atribuidos a las Administraciones obedecían, entre otras causas, a un marco normativo previsor de procedimientos administrativos demasiado complejos, generadores, en ocasiones, de inseguridad jurídica. Su objeto es, por tanto, la Administración pública que, en su doble e inescindible condición de organización y actividad, forma parte de las estructuras y funciones constitucionales, bien como prolongación necesaria de la ejecutiva (y, por tanto, con relevancia constitucional: arts. 97, 103.1, 105 y 106 de la Constitución española; en adelante CE¹), bien como pieza basal de articulación democrático-representativa de la gestión de los asuntos públicos en el escalón de la convivencia social inmediata (arts. 137, 140 y 141, en relación con el art. 23, todos CE²). Estas Leyes son, por tanto, no ya troncales, sino esenciales para el funcionamiento del actual Estado social y democrático de Derecho que, integrado en la Unión Europea (cuyo ordenamiento es, esencialmente, jurídico-público y, más concretamente, administrativo), adquiere progresivamente la coloración de Estado regulador y garante de la dación de bienes y la prestación de servicios que, aún entregados a la lógica del mercado, tienen dimensión pública.

Por de pronto y sin perjuicio de alguna mejora concreta (los ejemplos al propio tiempo más significativos y prácticamente únicos: las regulaciones de los convenios entre Administraciones y de los consorcios), no hay en los nuevos textos legales progreso real digno de ser reseñado y sí, por el contrario, más de una regresión (y deficiencia técnica³). Lo que es especial-

-
- 1 Preceptos constitucionales relativos al Gobierno; la Administración pública, los funcionarios públicos en general y las fuerzas y cuerpos de seguridad en particular; la encomienda a la Ley de la regulación de la audiencia de los ciudadanos en la elaboración de las disposiciones administrativas, su acceso a los archivos y registros administrativos y el procedimiento para el dictado de actos administrativos; y el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa y la responsabilidad patrimonial por razón de esta última.
 - 2 Preceptos constitucionales relativos, los tres primeros a la Administración local y su autonomía, y el último, al derecho fundamental de participación en los asuntos públicos y de acceso, en igualdad, a las funciones y los cargos públicos.
 - 3 Es ya casi lugar común señalar como tal el artículo 37.2 LPAC que, referido a la indelegabilidad de los reglamentos, reúne las prescripciones de los artículos 52.2 de la Ley precedente 30/1992, de 26 de noviembre (“Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas”), y 23.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (“Son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado”) en un nuevo precepto

mente visible en las regulaciones referidas a la actuación administrativa, en particular la formalizada procedimentalmente. Aunque las enfáticas apelaciones a la “better” y “smart” “regulation” hubieran podido hacer esperar (en un país pionero en ella) un paso adelante, un avance significativo en la materia, una regulación a la altura del tiempo y, por ello, desde la consideración de la acción administrativa y su procedimiento como proceso decisonal y de acción para la correcta definición y realización del interés general (entendido éste, en términos constitucionales y, por tanto y en todo caso, como no contrapuesto por principio al privado) bajo la dirección-programación de la Ley y en el contexto de la misión principal de realización del orden sustantivo constitucional (el definido conjuntamente por los derechos-libertades públicos y los principios rectores de la política social y económica), lo cierto es que lo constatable es más bien i) la confusión de “mejor” con “menor” (desde una visión claramente reduccionista “económica”) Administración y ii) la opción por lo aparente en detrimento de lo real; por lo instrumental (lo digital, electrónico, que tampoco es nuevo⁴) en detrimento de lo sustantivo-finalista; por lo detallado-reglamentario en detrimento de lo legal-principial (sin huir de lo innecesariamente complicado; ejemplo: el régimen de las notificaciones), pero, además, iii) el recurso a la alternativa de técnica legislativa más discutible: la de separar

(pasando aquellas prescripciones a constituir sendos apartados de ésta) y añadiendo a la procedente de la Ley del Gobierno, como inciso final; “así como aquéllas que incurran en alguna de las causas recogidas en el artículo 47”. Pues los términos en que se lleva a cabo la operación descrita (en particular: la suma innecesaria de las prescripciones de la Ley 30/1992 y 50/1997 a los efectos de la determinación del supuesto de la inderogabilidad singular, la consecuente descontextualización de la segunda y la vinculación de la consecuencia de la incursión en derogación singular (dictado por el órgano con competencia reglamentaria de decisión que “excepciona” una norma existente para un caso concreto) con el régimen de nulidad de los actos produce la apariencia de la contemplación de aquella derogación singular como nuevo supuesto de nulidad de cualesquiera actos infractores de reglamentos (y, con ello, una inadmisibles diferencia de trato de tales actos respecto de los infractores de Leyes formales) que podría haberse evitado simplemente con una redacción más depurada técnicamente, sin provocar la necesidad actual de un proceso interpretativo que despeje el malentendido, con el consecuente riesgo de interpretaciones no consecuentes con las instituciones implicadas.

- 4 El legislador se detiene en precisiones y detalles de carácter más bien reglamentario, pero nada significativo nuevo introduce respecto de lo dispuesto ya previamente en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (modificada por las Leyes 5/2009, de 12 de diciembre, y 15/2014, de 16 de septiembre).

(régimen jurídico y procedimiento) lo hasta entonces unido sin ganancia o ventaja apreciable alguna y en términos necesariamente arbitrarios (como prueba que en cada uno de los textos legales hay elementos que deberían estar en el otro y viceversa).

En definitiva, la operación legislativa resulta, en su conjunto y como renovación completa del régimen jurídico de la Administración pública y su actuación, poco comprensible, salvo quizás desde la finalidad política de la inclusión también de tal renovación en el paquete reformador comprometido con las instituciones europeas.

II. La inatención de las consecuencias del proceso de integración europea

El contenido de las Leyes objeto de análisis impone una observación previa: su sustancial desatención de las apreciables consecuencias, en el orden jurídico-administrativo y ya en 2015, de la pertenencia del Estado español a la actual Unión Europea. Pues, siendo el Derecho de ésta sustancialmente programación de una actividad administrativa, ha venido impactando en los ordenamientos internos de los Estados miembros en términos de generación de un cierto y creciente Derecho administrativo europeo.

El fenómeno obedece a que la regla general de la entrega de la ejecución del Derecho europeo a los Estados miembros (y, por tanto, sus Administraciones) comporta que dicho Derecho tenga la pretensión obvia de ser efectivo y descansa en la consideración de que su ejecución es cuestión de interés común (de la Unión y los Estados miembros)⁵, por lo que:

- a) Aunque solo contenga disposiciones materiales o sustantivas, entregando a las Administraciones de los Estados miembros su ejecución, sin prejuzgar su organización administrativa interna y el procedimiento administrativo a seguir, impone en todo caso que las normas internas aplicadas: i) no sean -en punto a la protección de derechos- más favorables que las correlativas del Derecho europeo (principio de equivalencia) y ii) no hagan ineficaces de los derechos reconocidos por este último Derecho (principio de eficacia).

5 El artículo 197 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone: "La aplicación efectiva del Derecho de la Unión por los Estados miembros, que es esencial para el buen funcionamiento de la Unión, se considerará asunto de interés común".

- b) Está lejos de impedir que, además de contener disposiciones materiales o sustantivas, incurse también -en la medida en que así sea necesario- en los planos organizativo y procedimental (incurción que cada vez es más frecuente) mediante previsiones propias que se imponen a los Estados miembros en virtud de la primacía del Derecho europeo.

Pero responde igualmente al hecho de que el progreso del proceso de integración europea ha ido dando lugar a la inserción de las Administraciones de los Estados miembros en lo que cabría denominar “conglomerado administrativo”, cuyas manifestaciones más visibles son los procedimientos compuestos verticales (con fase nacional y europea) y horizontales (entre Estados miembros) y las redes interadministrativas.

Es obvio que todo ello tiene notables consecuencias en el plano interno de los Estados miembros, en el doble orden del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo (incluido el régimen de invalidez de los actos administrativos). A pesar de ello, el legislador de 2015 no lo aborda frontalmente, tomando nota de él sólo en alguna ocasión (así, cuando se trata de la ampliación del plazo máximo para resolver un procedimiento por razón de la pendencia de un informe preceptivo de un órgano de la Unión Europea). Es éste un claro déficit de las Leyes a que se viene haciendo referencia; déficit del mismo tipo (desatención a fenómenos evidentes, esta vez en el seno del propio ordenamiento) que el apreciable en punto al régimen de invalidez de las decisiones administrativas de carácter normativo, de cuyo enriquecimiento con figuras nuevas como la de los planes (especialmente importantes en materia de ordenación territorial y urbanística) tampoco ha tomado nota el legislador de 2015.

III. El ámbito subjetivo del régimen jurídico del sector público

De cómo se aborda la regulación de asunto tan importante como -en términos del art. 149.1.18 de la CE- el de las “bases” del régimen jurídico de todas las Administraciones públicas -es decir de las organizaciones que forman parte de las estructuras del Estado ejercientes de poder público constituido- de manera que, en todo caso, garanticen un tratamiento común ante ellas, da cuenta la determinación de los sujetos comprendidos en el régimen jurídico constitutivo del objeto de la LRJSP desde una perspectiva parcial y adjetiva,

es decir, recurriendo a una suerte de sinécdoque difícilmente acorde con el cometido de desarrollo constitucional básico que el texto legal cumple⁶.

6 La sinécdoque comentada en el texto trae causa del considerable y desordenado desarrollo – junto al sector público instrumental estatal y en función de la organización territorialmente descentralizada del Estado- de los sectores públicos autonómicos y locales (municipales e insulares y provinciales), cuyas causas se han querido ver en i) la necesidad del recurso a la conocida “huida del Derecho administrativo” (sujeción de actividades al Derecho privado); ii) la capacidad de endeudamiento “fuera de balance”; iii) la creación de sociedades instrumentales (creadas para un fin concreto y determinado); y iv) la creación de *holdings* autonómicos del tipo del desaparecido Instituto Nacional de Industria estatal.

El primer intento de clasificación, es decir, de fijación de criterios generales de organización del proteico mundo empresarial público (que no, sin embargo, de establecimiento de un marco definitorio de un estatuto general), fue la Ley de entidades estatales autónomas de 28 de diciembre de 1958. Este primer intento de ordenación general, aparte de quedar frustrado por su propia previsión de excepciones y la dinámica real del tipo de entidades de que se trata (caracterizada por la búsqueda siempre del estatuto singular y generadora de los organismos llamados, por ello, atípicos), inauguró la perspectiva que va a acabar por ahora predominando: la del control económico-financiero. En este contexto, la Ley 11/1977, de 4 de enero, general presupuestaria, profundizando la perspectiva parcial económico-financiera, estableció una nueva clasificación.

La Ley 7/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, supuso el segundo intento de introducción de orden en la Administración institucional al margen de la línea de reducción a disciplina de aquella desde la perspectiva económico-financiera inaugurada legalmente en 1977; intento realizado ya con el propósito de adecuación del sector público empresarial al Derecho comunitario europeo, pero también igualmente frustrado por idénticas razones al fracaso del de 1958. La incapacidad de la legislación general de carácter organizativo para imponer su filosofía se puso pronto de manifiesto con ocasión de la aprobación de: i) la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, que generaliza la aplicación a la gestión pública de la figura de las fundaciones en mano pública (rebautizadas luego como “del sector público estatal”) y ii) la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas, que –desde la perspectiva que le es inherente- descansa en una clasificación propia de entidades influida ya por la legislación general presupuestaria.

El predominio final de la disciplina económico-financiera sobre la propiamente organizativa se consumó en la vigente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, que:

- Consagró definitivamente la categoría “sector público estatal”, integrando en ella –en lo que aquí interesa- la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y entidades públicas empresariales (así como las entidades de Derecho público estatales distintas a unos y otras), las sociedades mercantiles estatales, las fundaciones del sector público y los consorcios de carácter estatal, para su sometimiento al régimen económico-presupuestario y de controles de tal condición en ella previstos.
- Dividió el aludido sector público en tres subsectores: administrativo, empresarial y fundacional.

El aludido predominio se manifestó ya en la decantación final (para su ajuste al Derecho comunitario europeo) de la Ley de contratos justamente del sector público. El texto

Así lo anuncia ya el empleo indistinto de los términos “Administración pública” (en singular, pero referido al conjunto de las Administraciones) y “sector público” en el preámbulo del texto legal⁷ y lo confirma su artículo 2,

refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, extiende, en efecto y al delimitar el ámbito subjetivo de aplicación del texto legal, la lógica de la legislación general presupuestaria a todo el sector público, es decir, el de todas y cada una de las instancias territoriales del Estado. Perspectiva ésta que, en lo sustancial se mantiene en el artículo 3 del texto vigente: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

La conversión de la perspectiva comentada en criterio organizativo general se produce en sede de la LRJSP. El ámbito subjetivo de aplicación del régimen básico de todas las Administraciones públicas que el texto establece se acota, en efecto, por relación a la categoría de sector público (art. 2); sector, que –además de las Administraciones públicas territoriales– incluye (sector público dentro del sector público) el “sector público institucional”, integrado –a su vez y además de las Universidades públicas– por: i) organismos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas (únicos que, dentro de este sector, tienen la consideración de Administraciones públicas); y ii) entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de éstas.

La Ley fía el cumplimiento de su ambición sistematizadora del sector público:

- a) En el esquema básico, a dos mecanismos: 1) el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local (art. 82), en el que deben inscribirse obligatoriamente la creación, modificación y extinción de cualquier entidad integrante del sector; inscripción que, significativamente, es requisito para la obtención del número de identificación fiscal definitivo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria; y 2) el establecimiento y funcionamiento preceptivos en cada Administración territorial de un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes, que conlleve la formulación periódica de propuestas de transformación, mantenimiento o extinción (art. 81.2).
 - b) Y, en la regulación de la Administración General del Estado, específicamente a: i) la supresión de especialidades propiciadoras de la excepción de la aplicación de los controles administrativos, es decir, la famosa huida del Derecho administrativo, y el establecimiento de dos tipos de control: la supervisión continua (a cargo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; art. 85.3); ii) la evaluación de la eficacia o cumplimiento de objetivos (a cargo del Departamento competente, que no enerva el de la gestión económico-financiera por la Intervención General del Estado; art. 85.2); y iii) la prohibición tanto a la Administración General del Estado, como a las entidades integrantes del sector público institucional estatal, del ejercicio de control efectivo, directo o indirecto, sobre ningún otro tipo de entidad distinta, cualquiera que sea su naturaleza (art. 84.2).
- 7 El empleo indistinto de los términos prosigue en el texto articulado. Así utilizan el de “sector público”: las denominaciones del Título preliminar y de su Capítulo V, del Título II y su Capítulo I, así como la de los Capítulos VII y VIII, y los artículos 38, 48, 52, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 90, 95, 96, 107, 111, 112, 114, 117, 118, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136 y 137. Se emplean las expresiones “Administraciones públicas”, “Administración pública” o “Administración General del Estado” en las denominaciones del Capítulo II del Título Preliminar y de su Sección 3ª, del Capítulo IV y de su Sección 2ª y del Capítulo IV del Título I, y en los artículos 7, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 28, 29, 32,

en el que todas las Administraciones territoriales, que en la precedente y derogada Ley 30/1992 eran aún Administraciones públicas sin más (a diferencia de sus organizaciones instrumentales, que únicamente tenían “la consideración” de tales), pasan a ser elementos del “sector público”, el cual –por falta de riqueza del léxico empleado- integra en su seno, a su vez, un “sector público institucional”. Se consume así, sin justificación objetiva y apartándose innecesariamente del planteamiento que se había seguido en 1997 para la organización de la Administración General del Estado (de forma perfectamente compatible con el Derecho comunitario europeo), la victoria final –bajo la influencia decisiva del sistema europeo de cuentas (SEC 99)- de la perspectiva económico-financiera y presupuestaria en la determinación del poder público administrativo⁸. Victoria que refleja la importancia otorgada (para mantener la disciplina de lo público) a lo instrumental, lo contable, frente a lo organizativo y sustantivo.

La consecuencia es, en cualquier caso, que, aún declarando el artículo 1 LRJSP que su objeto es el establecimiento y la regulación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, la acotación del ámbito subjetivo del texto legal se produce por relación a la expresada noción de sector público (aunque ciertamente enumerando dentro de él las Administraciones territoriales) y con la precisión, más que sorprendente, chocante (apdo. 2 del art. 2) de que dichas Administraciones “tienen la consideración de Administraciones públicas” [en el mismo plano ya que las entidades del sector público institucional, en el que quedan comprendidas incluso entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes que, paradójicamente quedan sujetas –además de por entero a la Ley cuando ejerzan potestades administrativas- a los principios generales típicos de las Administraciones según el art. 3 de la propia LRJSP]. Queda ahora, pues, sin correspondencia en su sede propia la identificación que de las organizaciones jurídico-administrativas (por su condición y de todas ellas, incluidas las instrumentales) hace la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora

33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 54, 55, 59, 61, 73, 75, 81, 85, 88, 106, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 118, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 134, 135, 137, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 147, 148, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157 y 158. Como se ve, el legislador, cuando se ve precisado a aludir a la organización o las organizaciones administrativas territoriales lo hace por su condición de Administraciones y no de componentes del sector público.

8 Al punto de que la disposición final octava LRJSP modifica el artículo 2 de la Ley General Presupuestaria para sintonizarlo con su propio artículo 2.

de la jurisdicción contencioso-administrativa⁹, la cual –aunque igualmente general y troncal- la efectúa obviamente solo “a estos efectos” (art. 1.2), es decir, a los del control judicial (la acotación del ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo).

Huelga decir que este modo de proceder del legislador no priva a las territoriales de su condición de Administraciones públicas, pero habría sido sin duda preferible, más claro y riguroso, así como desde luego más conforme con el objeto regulado, que hubiera mantenido la determinación que realizaba la Ley 30/1992, en tanto que habría bastado –para conseguir el objetivo buscado- con el añadido a ella de la precisión de tener todas las organizaciones correspondientes “la consideración” –ahora sí- de “sector público”.

IV. La cuestión del carácter básico del régimen jurídico del sector público a la luz, en especial, de la autonomía local

La LRJSP se dicta en todo caso (disposición final 14^a) al amparo no solo del apdo. 18 (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas), sino también de los apdos. 13 (bases y coordinación de la planificación de la actividad económica) y 14 (Hacienda pública general) del artículo 149.1 CE (en el que se enumeran las materias que se reservan a la competencia del Estado)¹⁰. Establece, por ello y en punto al régimen jurídico de las Administraciones públicas, una regulación

9 El artículo 1 de la Ley citada reza, en lo que aquí interesa, así:

“1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.

2. Se entenderá a estos efectos por Administraciones públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración local.
- d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

.....”.

10 En las dos primeras materias se reserva a la competencia legislativa del Estado sólo los aspectos o extremos básicos, quedando libre el resto de las mismas en la disposición de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas, pero sólo en

que se califica ciertamente de básica¹¹, pero cuyos alcance y densidad aparecen reforzados por los dos últimos títulos competenciales (desde la interpretación generosa de que, sobre todo el económico, han sido objeto por parte del Tribunal Constitucional), si bien su pertinencia al objeto del texto legal es cuando menos dudosa (al menos por lo que hace a la coordinación de la actividad económica, que aquí no está ni directa, ni sustantivamente en juego). La sospecha de exceso en alcance y densidad reguladora que se desprende, así, de su contenido prescriptivo minucioso se acentúa con la ambigua habilitación que para su desarrollo sin más contiene a favor del Consejo de Ministros y los Ministros de Presidencia y Hacienda y Administraciones Públicas (pues el inciso acotador de tal habilitación al “ámbito de sus competencias” no aparece referido, como debería haberlo sido, a la instancia general del Estado, ofreciendo soporte, así y por su ubicación, a la interpretación de su alusión solo a las respectivas competencias de aquellos órganos que no a la constitucional estatal en la materia)¹². A lo que se suma el mandato de adaptación, en un año (a contar desde la entrada en vigor de la Ley), de las normas estatales y autonómicas incompatibles con el texto legal (disposición final 17^{a13}).

No es posible realizar ahora el análisis que requeriría la confirmación o no de la expuesta sospecha. A los efectos que ahora importan ésta es suficiente, sin embargo, para sostener que en los dos textos legales se pone

términos de desarrollo de las normas básicas estatales. En la tercera materia la reserva se extiende a toda ella, aunque sólo los elementos de la Hacienda “general”.

- 11 Salvo por lo que se refiere a las prescripciones directamente referidas a la Administración General del Estado y el sector público institucional estatal y, por supuesto, las disposiciones adicionales de modificación de Leyes estatales.
- 12 La disposición final 15^a dispone literalmente: “Se faculta al Consejo de Ministros y a los Ministros de Presidencia y de Hacienda y Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, para dictar cuantas disposiciones reglamentarias sean necesarias para el desarrollo de la presente Ley, así como para acordar las medidas necesarias para garantizar la efectiva ejecución e implantación de las previsiones de esta Ley”.
- 13 La disposición establece, en lo que aquí importa:
“1. En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, se deberán adecuar a la misma las normas estatales o autonómicas que sean incompatibles con lo previsto en esta Ley.
....”

una vez más de manifiesto la escasa sensibilidad mostrada por el legislador estatal en la legislatura en que se aprobó el texto comentado para con los requerimientos que la circunscripción competencial a lo básico impone la organización territorial del Estado. Y esa falta de sensibilidad sí puede comprobarse desde el criterio de la garantía constitucional de la autonomía local. Pues a este respecto puede decirse que la LRJSP se sitúa, junto con la LPAC, en la misma línea de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, desde luego por lo que hace al incremento y centralización del control económico-financiero, aunque ciertamente con un menor impacto (pero, por ello mismo, menos comprensible) en el estatuto de aquella Administración. Veamos ese impacto con más detalle en las siguientes materias.

1. Organización

En materia de organización, la LRJSP:

- i) Aunque mantiene (disposición adicional 21^a¹⁴) la inaplicabilidad de las reglas legales a los órganos de gobierno de las entidades locales (equiparándolos así a los estatales y de las Comunidades Autónomas, lo que hacía ya la disposición adicional 1^a de la Ley 30/1992), establece una serie de reglas (arts. 15 a 18) aplicables a todos los órganos colegiados (especialmente importantes en la Administración Local por razones obvias) de todas las Administraciones públicas sin respetar enteramente la doctrina sentada en la STC 50/1999, de 6 de abril¹⁵. Sin perjuicio de que sus efectos no sean necesariamente negativos, estas reglas inciden claramente, en la potestad de autorganización local en forma no siempre compatible con la coletilla general del “sin perjuicio

14 La disposición determina:

“Las disposiciones previstas en esta Ley relativas a los órganos colegiados no serán de aplicación a los órganos Colegiados del Gobierno de la Nación, los órganos colegiados de Gobierno de las Comunidades Autónomas y los órganos colegiados de gobierno de las Entidades Locales”.

15 Esta Sentencia resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por las Comunidades Autónomas de Castilla y León y Cataluña contra diversos preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (Ley inmediatamente anterior a la LRJSP y LPAC) y, entre ellos, los reguladores del régimen de los órganos colegiados de las diferentes Administraciones públicas, en el sentido de confirmar la competencia estatal para establecer el régimen básico de dichos órganos.

de las peculiaridades de las Administraciones públicas” correspondientes y, por tanto, de la local, que encabeza aquellas reglas.

- ii) Consolida y profundiza (arts. 81 y sgs.) el proceso de “normalización” que del sector público local –por el rasero del modelo del estatal y con afección de la potestad de autoorganización de las entidades locales- había iniciado la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para a modernización del gobierno local, sujetándolo a un régimen jurídico básico que, presidido por determinados principios y capaz de extenderse hasta el escalón reglamentario, desplaza a lugar secundario la normativa local, la cual se relega incluso a una función de mera supletoriedad en el caso de los consorcios, y supone, además, la imposición del deber de establecimiento de un sistema de supervisión continua de las entidades dependientes para: 1) comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron la creación y 2) asegurar la sostenibilidad financiera; sistema, que debe incluir la formulación expresa de propuestas sobre mantenimiento, transformación y extinción de las correspondientes entidades instrumentales.

La regulación de los consorcios constituye, por contraste y en sí misma, una novedad sin duda positiva, porque, entre otros extremos¹⁶: a) aclara el instrumento de creación (el convenio) y la naturaleza de los consorcios (entidades de Derecho público con personalidad); b) acota con amplitud sus miembros y objeto posibles; c) establece la prohibición del ánimo de lucro (en caso de participación de sujetos privados); y, sobre todo, d) aporta solución al supuesto –de suma importancia en el mundo local- de incumplimiento de sus obligaciones por alguno de los miembros (no obligación de aportación al fondo patrimonial o de la financiación anual en caso de no realización por otros de la totalidad de sus aportaciones dinerarias correspondientes a ejercicios anteriores; disp. ad. 10^a), así como también el abandono por un municipio

16 Y comportando la derogación directa de diversos preceptos de la legislación de régimen local (los arts. 87 de la 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, 110 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local; y 37, 38, 39 y 40 del Decreto de 7 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios Locales).

del servicio consorciado (permitiendo su separación del consorcio). Pero junto a esta vertiente podría decirse que beneficiosa para la Administración local, la regulación presenta otra menos amable para con la autonomía local. De un lado, la importante regla de la adscripción del consorcio a la Administración que ostente su presidencia (a consignar en los estatutos) se enturbia y complica luego (con más que previsibles negativos efectos en la Administración local) con la imposición de la determinación anual (por ejercicio presupuestario y según la situación a 1 de enero) de la presidencia (lo que, ligado a la recogida en los estatutos de cualquier cambio de adscripción, obliga a la modificación de cada vez de aquéllos) y conforme, por el orden de su enunciación, a criterios en modo alguno proclives al mundo local: mayores votos en órganos de gobierno; facultad de nombramiento y destitución del mayor número de miembros de órganos ejecutivos; facultad de nombramiento y destitución de la mayoría de personal directivo; mayor control sobre la actividad, financiación en más del 50% o, en su defecto, en mayor medida; mayor participación en el fondo patrimonial; mayor número de habitantes o extensión territorial en función de los fines (servicios personales o territoriales). Y, de otro lado, no solo relega a la legislación básica de régimen local a una función supletoria al establecer el régimen de los consorcios, sino que incluso suprime incluso tal función (siquiera sea a través de los estatutos) en la integración de posibles lagunas sobre separación, disolución, liquidación y extinción.

- iii) Extiende, además, esa postergación de la legislación básica de régimen local a la función de mera supletoriedad al ámbito de las relaciones interadministrativas, planteando así no sólo la cuestión menor (por ausencia de sustancial incompatibilidad con los establecidos en el art. 140.1 LRJSP) del juego de los principios consagrados en aquélla, sino la de mayor porte de sus reglas sobre los conflictos con las Administraciones general del Estado y autonómica, siquiera sea en el terreno de la cooperación orgánica (articulada en las Comisiones Territoriales correspondientes), a la vista de la remisión -a efectos del cumplimiento de los acuerdos de dichas Comisiones- a la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (con la

consecuencia, además, del surgimiento del interrogante de la posible aplicabilidad al respecto, además del art. 44¹⁷ de dicha Ley procesal, del art. 29¹⁸ de la misma).

A todo lo anterior se suma el distinto y más restrictivo tratamiento que a la Administración local reserva la LPAC en punto a: 1) la organización del registro electrónico de apoderamientos (art. 6.4, *in fine*), pues –a diferencia de lo que sucede para las Comunidades Autónomas– el régimen a observar alcanza a los modelos de poderes inscribibles fijados por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; 2) la lengua de los procedimientos (art. 15.2), que ha de ajustarse también a lo dispuesto en la legislación autonómica incluso en las Comunidades que no cuenten con lengua propia cooficial (lo que carece de justificación desde el punto de vista del tratamiento común ante las Administraciones públicas que la legislación básica debe asegurar); 3) la determinación de los órganos competentes para la

17 Artículo, que establece:

“1. En los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada.

...

2. El requerimiento deberá dirigirse al órgano competente mediante escrito razonado que concretará la disposición, acto, actuación o inactividad, y deberá producirse en el plazo de dos meses contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad.

3. El requerimiento se entenderá rechazado si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestara.

4. Queda a salvo lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local”.

18 Precepto que dispone, en lo que ahora interesa:

“1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

...”.

declaración de lesividad de los actos viciados (art. 107.5), pues a diferencia de la que se hace para la Administración General del Estado y las de las Comunidades Autónomas (el que sea competente sin más), se precisa que lo son solo, en el caso de la Administración local, el Pleno o, en defecto de éste, el órgano colegiado superior; determinación ésta que, aparte de responder a una mala técnica, es contradictoria en todo caso con la salvedad general de las especialidades organizativas de las Administraciones y carece de verdadera justificación al tratarse de una competencia que ha de ejercerse en términos estrictos de legalidad; y 4) la regulación de la sustitución de los recursos de alzada y facultativo de reposición (art. 112.2), ya que, además de representar (la reserva a la Ley de la sustitución) una nueva manifestación de la rigidez de los términos en que el legislador trata la relación Ley formal-norma local, insiste en el límite (importante aquí solo para la reposición) de que la fórmula sustitutiva no desconozca las facultades resolutorias de órganos electos representativos que en la actualidad debe entenderse superado, no sólo porque tal fórmula solo puede incluir cuestiones de estricta legalidad (que no de oportunidad), sino porque la actual organización de las entidades locales incluye órganos colegiados ejecutivos con análoga legitimación democrática indirecta que los órganos de las Administraciones estatal o autonómica.

2. Potestad normativa.

En cuanto a la atribución y determinación del régimen de la potestad normativa, la LPAC (arts. 128 y 133, fundamentalmente) conjuntamente con la LRJSP (principalmente en el art. 25):

- i) Dispone que el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde, además de al Gobierno de la Nación (conforme a la Constitución) y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas (de acuerdo con los respectivos Estatutos de Autonomía), a los órganos de gobierno locales a tenor de la Ley básica de régimen local. Obviamente nada hay que objetar a la calificación genérica [lo hace también el art. 4.1, a) de la aludida Ley básica local] de la potestad normativa de las entidades locales como reglamentaria. Pero si es objetable su "normalización" total y sin modulación alguna por el rasero de la de las instancias territoriales general y autonómica. Pues de 1985 a hoy la referida potestad local se ha depurado y perfilado mucho, lo que debería haber tenido reflejo en las Leyes analizadas. Como tengo

dicho en otro lugar¹⁹, las normas emanadas por instituciones dotadas constitucionalmente de autonomía, sea territorial o funcional –cuyo modelo son las Ordenanzas y los Reglamentos Orgánicos (pero también las normas de los planes urbanísticos) de las entidades básicas locales (Municipios y Provincias) no son subsumibles sin más en la categoría estricta de los reglamentos (aunque reciban esa denominación formal). Pues la garantía institucional expresada en los arts. 137, 140 y 141 CE comprende la potestad normativa, que es así originaria, aunque –al igual que el entero poder local– limitada, por circunscrita al marco determinado por la Ley (general y autonómica, concurrentemente). La especificidad, pues, de las normas locales consiste en que son resultado de una potestad normativa originaria, se producen en el seno de un ordenamiento territorial autónomo, es decir, con lógica propia y articulado con los ordenamientos superiores únicamente a través de la Ley (más precisamente el bloque de legalidad formado por aquélla y su desarrollo reglamentario), de suerte que las normas locales no son desarrollo de los textos legales y, en su caso, reglamentarios de las instancias estatal y autonómica, sino traducción de opciones locales que deben respetar los límites externos o negativos que les fijan dichos textos. Son, pues, normas singulares no identificables con los Reglamentos en sentido estricto, al estar caracterizadas por dos notas: contar con un campo propio, aunque delimitado por la Ley formal (la cual es, así, no directriz positiva, sino solo límite externo delimitador del referido campo) y expresar decisiones de configuración social propias (la Ley no representa, pues, el programa a precisar “en línea de continuación”). De ahí que les convenga más la denominación de normas estatutarias, en alusión a que son fruto de una cierta capacidad de autoordenación en el seno del ordenamiento del Estado²⁰.

19 L. Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 13ª ed., 2021.

20 La conceptualización de la potestad normativa local como propia y operativa en el marco de la Ley se deduce, aunque ciertamente con una interpretación favorable o extensiva del margen del legislador para la definición de tal marco, de las Sentencias del Tribunal Constitucional 179/1985, de 19 de diciembre; 19/1987, de 17 de febrero; y 214/1989, de 21 de diciembre. Pero está hoy reconocida por la más reciente y progresiva jurisprudencia contencioso-administrativa: las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 y 10 de octubre de 2009 y 10 de abril de 2014, que, continuando la línea iniciada por las de 21 de mayo de 1997 y 30 de enero de 2008, sostienen que hoy en día no es la concepción del principio de legalidad como vinculación positiva la que mejor se

La principal cuestión que sigue planteando, así, la potestad normativa local es –como refleja la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009– la de su relación con la reserva constitucional en favor de la Ley (y, por tanto, del Parlamento, sea estatal o autonómico) de espacios decisionales, pues es claro que, con el reconocimiento de la potestad local, la Constitución no ha podido querer una vulneración de dicha reserva. Desde este punto de vista, la necesaria actualización del concepto clásico de reserva de Ley (y, en su contexto, de la división funcional y territorial del poder), pasa indudablemente por la revalorización del principio de Estado democrático y su conexión con la idea de la gradación de la importancia de las decisiones políticas. Precisamente la combinación de aquel principio con el de autonomía territorial lleva a la idea de que la reserva de Ley, cuando está implicada la organización territorial descentralizada del Estado, no está referida necesariamente por el orden constitucional al legislador parlamentario, en la totalidad de su contenido y con la misma intensidad que cuando se trata de la división y el equilibrio funcionales entre poderes dentro de un mismo ordenamiento territorial. Hasta el momento la doctrina constitucional solo ha llegado a admitir la flexibilización de la reserva de Ley en favor de la expansión de la normación local (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio –si bien en sendos votos particulares se llega más lejos al señalar que las normas locales no son reglamentos burocráticos sino normas con legitimación democrática propia–; en la misma línea las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1998, 8 de febrero de 1999 y, sobre todo, la ya citada de 29 de septiembre de 2009). Sin embargo, la actualización de la reserva de Ley que impone la implicación de la autonomía territorial local debe tener mayor alcance, si se tiene en cuenta que la instancia local –básicamente la municipal– es representativa directamente y también, para determinados asuntos, de forma más concreta que ninguna otra y la asamblea de su sistema de gobierno interno es equiparable a estos efectos a la parlamentaria

acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de la Administración local que respete la Carta Europea de Autonomía Local, siendo más correcto su entendimiento como vinculación negativa, el cual permite a las entidades locales actuar (incluso mediante ordenanza) sin previa habilitación legal en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que exista en la materia.

propia de las instancias políticas superiores. Pues en términos constitucionales, el Ayuntamiento Pleno (y, por extensión, los órganos homólogos provinciales e insulares) es, al igual que los Parlamentos de las instancias territoriales superiores, una representación de primer grado capaz de cumplir –en el seno del ordenamiento territorial al que pertenece y, por tanto, de la correspondiente esfera competencial– la función de formación de la voluntad general y, por tanto, de adopción de las decisiones relativas a los asuntos de mayor relevancia, de modo que en sus decisiones normativas se cumple el principio de disposición de la correspondiente colectividad sobre sí misma. Puede decirse, pues, que la corporación representativa local cumple, en su ámbito y en términos en todo equiparables a como lo hacen en las suyas los Parlamentos, las funciones de mediación de la legitimación democrática; de aseguramiento del debate, la transparencia y la publicidad en los procesos de toma de decisiones; y, sobre todo, de control de la función ejecutiva. Y ello conduce a la conclusión de que el régimen de la norma local debe ser, pues, específico, sin que al mismo puedan trasladarse sin más las reglas relativas a la habilitación legal y la colaboración Ley-Reglamento en términos de complemento necesario y suficiente. Así pues, incluso la interpretación constitucional más restrictiva posible, aunque postula la reserva de Ley como límite a la competencia normativa local, justifica y al propio tiempo demanda una modulación específica de su alcance cuando de la delimitación de las esferas competenciales –por razón de la distribución territorial del poder– de los legisladores formales de las instancias territoriales superiores y de la corporación representativa local se trata. La consecuencia no es otra que la de que la reserva de Ley ha de ser objeto de una aplicación absolutamente estricta, dejando expedito el mayor campo de actuación posible a la norma local.

Dicho esto, la regulación que el apdo. 2 del art. 128 LPAC hace de los límites de los reglamentos y las disposiciones administrativas (y, por tanto, también de las normas estatutarias locales) es merecedor de crítica severa. Por de pronto, no es ya solo el tratamiento indiferenciado de las normas locales, sino sobre todo la deficiente determinación del ámbito de la reserva de Ley al prohibir a las normas reglamentarias “... regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de

las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas". Pues ¿a qué reconocimiento de la competencia parlamentaria se refiere el precepto legal? La duda surge porque –al establecer reservas a favor de la Ley- ni la Constitución, ni los Estatutos "reconocen" competencia alguna (ya que la legislativa de los órganos parlamentarios es universal, pudiendo ocupar cualquier materia, incluso las de acceso compartido con otras funciones constitucionales o estatutarias), circunscribiéndose justamente a "acotar" determinadas materias en defensa de la facultad primera del legislativo para regularlas frente a la normativa secundaria de que dispone el ejecutivo). El resultado de esta inexplicable imprecisión técnica es devastador, en todo caso, para la integridad de la potestad normativa local. La evolución de ésta dentro del orden constitucional queda así en todo caso "frenada" por circunscrita la flexibilización de la reserva local a la ya formalizada en la legislación básica de régimen local y recogida ahora en el artículo 25 LRJSP (limitada al ámbito del Derecho sancionador). Pero, más allá de lo dicho, la ausencia de todo atisbo de singularización de la norma local hace que el límite consistente en "no vulnerar las Leyes" implique igualmente un claro riesgo para la autonomía local, en la medida en que deja sin despejar, siquiera principalmente, los términos específicos de la relación de la norma local con la Ley (que es en ella límite y nunca programa-directriz simplemente a desarrollar o complementar). Luce igualmente lo indebido de este encorsetamiento en el régimen general de los reglamentos en la prohibición final de "... tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, exacciones parafiscales u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público", si bien afortunadamente este límite debe entenderse flexibilizado gracias a la remisión que al Título XI de la Ley básica de régimen local se hace en otro lado (en el art. 25.1 de la siamesa LRJSP).

- ii) Impone positivamente a las entidades locales, además (arts. 129, 130, 132 y 133): 1) la observancia (de necesaria justificación en los preámbulos o motivaciones) de un elenco de principios de buena regulación (necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia) en el ejercicio de la potestad normativa y la cuantificación y valoración de sus repercusiones y efectos (además de la supeditación a los requerimientos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad

financiera) cuando afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, cuya incidencia en la autonomía local no es enteramente inocua; y, sobre todo, 2) deberes, primero de planificar anualmente (publicando el correspondiente plan) las iniciativas normativas a aprobar en el año siguiente, y, luego, de revisar periódicamente su normativa en vigor para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas, así como de plasmar en un informe el resultado de la evaluación y hacerlo público (deberes, que confirman la incidencia en la autonomía local).

- iii) Establece directamente nuevos trámites del procedimiento de aprobación de normas locales, concretamente los de 1) consulta previa (a la elaboración de la norma) y pública de los sujetos y las organizaciones más representativas potencialmente afectados; y 2) audiencia (cuando vaya a afectar derechos e intereses legítimos de personas) e información pública para recabar aportaciones adicionales por otras personas y entidades, así como, facultativamente, de las organizaciones o asociaciones reconocidas por Ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos puedan verse afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la misma. El régimen de estos trámites es, por de pronto, confuso e impreciso (por plagado, en todo caso, de conceptos jurídicos indeterminados): puede prescindirse de los mismos solo en el caso de normas presupuestarias u organizativas y de aquellas en que concurren razones generales de interés público que lo justifiquen, pero con la especialidad de que, además, cabe prescindir también, aunque ahora solo del trámite de consulta previa, cuando las últimas de las referidas normas carezcan de impacto significativo en la actividad económica, no impongan obligaciones relevantes o regulen aspectos parciales de una materia. A la inseguridad en la aplicación de los supuestos que autorizan a prescindir de los trámites, se añade un considerable impacto en el ejercicio de la potestad normativa local (y, por tanto, en la autonomía local), que se agrava por el desconocimiento de la heterogeneidad de las normas locales y la singularidad de algunas de ellas (como, especialmente, de los planes de urbanismo, cuyo procedimiento es ya de por sí complejo por sobrecargado de trámites,

de modo que el impacto eventual de los nuevos trámites es, de considerarse éstos aplicables, imprevisible, pero sin duda agravador de la deficiente situación actual).

IV. La cuestión del carácter común del procedimiento administrativo objeto de regulación estatal

A pesar de su objeto central –el procedimiento común a todas las Administraciones públicas (art. 1.1), como obliga el título competencial ejercitado: el del apdo. 18 del art. 149.1 CE, el preámbulo de la LPAC no contiene referencia alguna al decisivo carácter “común” de las previsiones procedimentales que establece; previsiones que son también, al igual que las de la LRJSP, de apreciable alcance y densidad²¹. La cuestión no es baladí obviamente. La regulación del procedimiento administrativo se ha caracterizado históricamente por la tensión entre la generalidad y la especialidad, ya que si bien su codificación por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 supuso el establecimiento de una regulación general y abstracta y, por tanto, común para toda la actividad administrativa, ésta se manifiesta necesariamente en procedimientos concretos organizados en función de las potestades ejercidas y del ámbito sectorial-material en el que éstas se ejerciten. De este modo, el procedimiento administrativo hoy caracterizado constitucionalmente como común se actualiza necesariamente, en último término, en procedimientos concretos como pueden ser, por ejemplo, el de otorgamiento de una licencia de armas o una beca, el de imposición de una sanción, o el de expropiación. Y estos últimos, los procedimientos concretos, pueden ser objeto, a su vez, de encuadramiento –en el marco, en todo caso, del procedimiento común– de regulaciones procedimentales o “procedimientos” más o menos generales.

21 Solo una pequeña parte (el título VI) se ampara también en los títulos de los apdos. 13 y 14 del art. 149.1 CE (es decir, los referidos, respectivamente, a las bases y coordinación de la planificación general de la economía y la Hacienda general y deuda del Estado). Y menos preceptos aún (arts. 92, párr. 1º, 111, 114.2 y disposición transitoria 2ª), se declaran aplicables solo a la Administración General del Estado.

Y la disp. final 6ª faculta de la manera más amplia al Consejo de Ministros y al Ministro competente en materia de Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, para dictar cuantas disposiciones reglamentarias sean necesarias para el desarrollo de la Ley, así como para acordar las medidas necesarias para garantizar la efectiva ejecución e implantación de sus previsiones.

La dialéctica entre la generalidad y la especialidad inherente al procedimiento administrativo se desarrolla y resuelve, así, en la actualidad conforme a la lógica que impone la distribución de la competencia normativa resultante de la organización territorial del Estado, por lo que entra en juego la tensión entre unidad y autonomía que se corresponde con la que media entre el reconocimiento de un único elenco de derechos y deberes constitucionales con la diversidad regulatoria propia de la pluralidad de centros de gestión de los intereses públicos. A este respecto, el artículo 149.1.18 CE busca el equilibrio entre ambos términos reservando a las instituciones generales-estatales la competencia plena para definir el procedimiento común a todas las Administraciones, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas. Tal procedimiento común no puede consistir obviamente en el establecimiento de uno o varios procedimientos generales, sino en la determinación de las instituciones comunes a la totalidad de las actuaciones derivadas del desarrollo de la actividad formalizada de cualesquiera Administraciones; determinación que es, así, compatible con la existencia de una pluralidad de ordenaciones procedimentales, es decir, de procedimientos específicos (recuérdese que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, lo procedimental es accesorio de lo sustantivo, acompañando así –dentro de los límites de lo común y como su sombra- a la competencia sobre la correspondiente materia). Y ello, dentro de cualesquiera de los ordenamientos territoriales del Estado –general-estatal, autonómico y locales–, en el seno de los cuales pueden establecerse, así, procedimientos generales o especiales, que serán todos ellos específicos o concretos desde la perspectiva de la ordenación procedimental común (véase al respecto la STS de 19 de mayo de 2011).

Por lo tanto y según el orden constitucional, el régimen jurídico de todos los procedimientos administrativos parte del procedimiento común, conforme al cual se articulan (sea a nivel estatal, autonómico o local), procedimientos tanto generales como especiales (por lo general, en función de las materias de que se trate). Esta lógica ya experimentó una notable quiebra con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues –además de su enfoque inadecuado de la ordenación procedimental que establecía-excluyó la aplicación de la misma (disposición adicional 5^a, 7^a, 8^a y 11^a), al menos directamente, en los siguientes ámbitos: tributario, sancionador de infracciones del orden social, liquidación de cuotas de la Seguridad

social, régimen disciplinario de los empleados públicos y actuaciones ante misiones diplomáticas o consulares.

La LPAC no solo se mantiene en la perspectiva de la Ley 30/1992 por lo que hace a la regulación procedimental que establece, más propia de un procedimiento general, que de las instituciones comunes a toda actuación administrativa procedimentalizada, sino que insiste en y agrava aún más la exención que de aquella regulación para si misma establece la instancia general llamada a dar ejemplo de su respeto: la general del Estado. Lo que redundaría en perjuicio de la efectividad de la posición básica de igualdad de los ciudadanos en sus relaciones con el poder público administrativo (en términos, desde el régimen jurídico de dicho poder, de tratamiento asimismo común ante él). Según el apdo. 2 de la disp. ad. 1ª, en efecto, se rigen por su normativa específica (con relegación de la LPAC a la supletoriedad) las actuaciones y los procedimientos siguientes: 1) los de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa; 2) los de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y desempleo; 3) los sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería; y 4) los desarrollados en materia de extranjería y asilo.

Ocurre, además, que ni siquiera la ordenación general “del” procedimiento que se establece es efectivamente general, pues:

- Se prevé (art. 1.2), por de pronto y sin limitaciones, la posibilidad del establecimiento, mediante Ley (cualquier Ley, también, pues, de las autonómicas), de trámites adicionales o distintos a los contemplados en la LPAC, así como, por simple reglamento, de especialidades del procedimiento (referidas a: órganos competentes, plazos, iniciación y terminación e informes).
- La aplicación solo supletoria de la LPAC [arts. 2.2, c) y 2.4] a Universidades públicas y Corporaciones de Derecho público.
- Y, por si ello fuera poco, la autorización de la regulación por Leyes especiales de la exclusión de alguno de los trámites previstos en la LPAC o de la previsión de trámites adicionales o distintos a los de ésta, es decir, de procedimientos específicos atendidos solo a dichas Leyes especiales (disp. ad. 1ª.1).

V. Algunas consideraciones finales sobre la actualidad de la regulación del procedimiento administrativo

Se entiende así que -visto incluso sólo desde la perspectiva del ordenamiento estatal- el modelo de procedimiento que, definido en su preámbulo, consagra la LPAC no pueda ser más clásico (y, por tanto, superado, no por obsoleto, sino por excesivamente parcial e insuficiente para la realidad actual). El modelo, descansa, en efecto, en:

- La separación de los ámbitos *ad intra* y *ad extra* (distinción solo relativamente útil) como realidades susceptibles de tratamiento normativo limpiamente separado, refiriendo al ámbito externo el procedimiento, si bien en la LRJSP se residencian: i) la regulación de las relaciones interadministrativas [arts. 140 y sgs.]; relaciones que exceden del funcionamiento interno -especialmente en punto a las transmisiones de datos propios de los ciudadanos y de suscripción de convenios en los que participen sujetos privados-; ii) algunas prescripciones sustantivas, como los principios de la intervención de las Administraciones en la actividad sujetos ordinarios (art. 4); la potestad sancionadora (arts. 25 y sgs.); la responsabilidad patrimonial de las Administraciones (arts. 47 y sgs.); y ii) algunas prescripciones que guardan íntima conexión con las de la LPAC, como las relativas al archivo electrónico de documentos (art. 46). A la inversa, la LPAC incluye en su objeto (como elemento diferenciado del procedimiento) el régimen de validez y eficacia de los actos administrativos cuya ubicación preferente parece que debería haber sido en la LRJPAC.

El mantenimiento de la opción de la Ley 30/1992 (regulación conjunta del régimen jurídico y el procedimiento, de un lado, y separación de la organización y funcionamiento (para su regulación en cada instancia territorial, además de, en todo caso, en la Ley básica de régimen local, por lo que hace a la instancia basal), por más que desde luego discutible, habría, si no evitado, al menos reducido y mitigado los expuestos entrecruzamientos, favoreciendo la claridad.

- El tratamiento más que insuficiente de las relaciones con los ciudadanos no encuadradas en un procedimiento y el desconocimiento puro y simple de las derivadas de la actuación administrativa no formalizada, con dedicación de la atención solo a la actuación unilateral jurídicamente relevante, en el contexto del prototipo de procedimiento

bilateral que traba la Administración *potentior personae* con uno o varios sujetos ordinarios. Con la consecuencia de la contemplación del procedimiento exclusivamente desde el prisma de la garantía, es decir, la defensa de los derechos e intereses de los destinatarios o afectados por la actuación administrativa, con abandono apreciable de su papel de su otra dimensión (sin duda creciente): la de contribución al acierto y eficacia de la actuación administrativa.

Acoge el legislador, pues y en la dimensión procedimental, la concepción tradicional objetiva del Derecho administrativo, en la que éste descansa en la idea de la sujeción al poder público y su ejercicio, centrándolo, por ello, en el acto administrativo y la garantía – en último término judicial – frente a las decisiones del poder público administrativo²². La recrecida importancia, la gran amplitud del radio de acción y la heterogeneidad de los objetos de la actividad administrativa, pero especialmente el reconocimiento progresivo de derechos subjetivos frente al poder público (incluso en el ámbito denominado interno) que ha culminado en la actual posición constitucional del ciudadano (articulada sobre la libertad y los derechos fundamentales de ella derivados), ha ido facilitando, sin embargo, una visión del ordenamiento jurídico-administrativo también como sistema de relaciones jurídicas, con consecuente declinación del papel central tradicionalmente desempeñado por el acto administrativo. La razón es obvia: el modelo clásico de la actuación administrativa basado en la idea de la supraordenación general del poder público en que descansaba (y en parte sigue reposando) el instituto del acto ha ido siendo desplazado (aunque no suprimido) al compás de la evolución misma de la sociedad y el Estado; evolución, que ha caminado en el sentido de la extensión de la actuación pública no acompañada necesariamente de *imperium* en una línea que va desde el Estado social, al preventivo, cooperativo y regulador meramente garante de las prestaciones. Pues la Constitución funda no tanto un *status*

22 Esta concepción luce en la utilización a lo largo de todo el texto legal del término “expediente” y la definición convencional y “clásica” de éste – en el art. 70.1 que encabeza el capítulo dedicado justamente a la “ordenación del procedimiento” y no obstante la novedad de la formalización electrónica- como “... el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla” (definición que, por cierto y dada la continuidad entre proceso decisorio y ejecución de la decisión, parece independizar, paradójicamente, el concepto de expediente del de procedimiento (en cuanto la toma de la decisión y su ejecución se produce en procedimientos de lógica diferente y, por tanto, distintos).

libertatis (en el sentido de G. Jellinek) cuanto una relación jurídico-constitucional, la cual abre la perspectiva para la necesaria superación de la idea de la superioridad general del Estado (con correlativa subordinación general a él del individuo) y, con ella, la concepción organicista de aquél²³. En la relación jurídico-constitucional, en efecto, los poderes-funciones básicos estatales, aún teniendo un titular determinado, carecen aún de destinatario(s) concreto(s). Así sucede paradigmáticamente con la potestad de legislar que, si bien tiene a todos los titulares de derechos fundamentales como destinatarios potenciales, solo experimenta determinación y encuentra límites a propósito de i) un preciso proceso normativo y ii) en caso de conflicto con, es decir, afectación de concretos derechos fundamentales. Esta diferenciación de dos momentos sucesivos en la potestad legislativa (existencia en la norma constitucional y determinación ulterior con ocasión del ejercicio) se corresponde justamente con la distinción entre las relaciones jurídicas calificadas como generales y las conceptuadas como especiales (en concreto las jurídico-administrativas). Pues solo en estas últimas surge la reciprocidad de posiciones activas y pasivas concretas que son totalmente prescindibles en la general constitucional, dado que en ella solo se trata de establecer las posiciones (potestades) fundamentales o básicas de los poderes públicos constituidos en el contexto de la relación generada por el propio orden constitucional; potestades que traducen ciertamente la idea unitaria basal de un poder público regulador capaz de imponerse, es decir, del fenómeno de establecimiento y ejecución unilaterales del Derecho, que se expresa en nuestro ordenamiento jurídico de manera fuerte en el artículo 9.2 CE²⁴.

Estando pues habilitado el Estado para establecer unilateralmente regulaciones jurídicas vinculantes, la referencia de las correspondientes potestades a relaciones de la vida social muestra las formas en que la regulación de éstas puede tener lugar y, entre ellas, las de su constitución por acto, convenio o contrato administrativos en el contexto de la relación

23 Sobre este extremo, véase L. Parejo Alfonso, "Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación", en *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 33(2015), pp. 73 y ss.

24 Conforme a este precepto constitucional corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

jurídico-administrativa, entendida ésta como la que une a uno o varios ciudadanos con la Administración pública que: i) determina, excediendo el plano de lo fáctico y siendo estructurada por potestades (ejercidas en el marco de las correspondientes competencias y atribuciones), recíprocos derechos y deberes; ii) trasciende lo puntual o momentáneo y en cierto modo casual y tiende a una cierta duración; y iii) escapa a su encaje en la clasificación dicotómica de los campos administrativos (interno y externo) y se ofrece impregnada por el modo de ser, la dinámica y la configuración de la Administración actuante, así como la amplitud, complejidad e intensidad de su acción.

Es claro que las relaciones se dan también en el seno del poder público administrativo (produzcan o no efectos para los ciudadanos), pero las que se entablan con ciudadanos, o en las que éstos se hacen presentes, tienen especial trascendencia en cuanto implican el terreno del encuentro cualificado de aquéllos y la Administración, en la medida en que ésta cumple — vía relación jurídico-administrativa — una buena parte de la misión de protección y realización de los derechos fundamentales.

De esta suerte en la relación jurídico-administrativa i) los fines de la Administración y los derechos fundamentales (interpretados ius-administrativamente) y ii) las competencias y las diferentes formas de actuación de la Administración y los derechos de libertad de los ciudadanos forman un entramado en interés de a) la realización óptima de los derechos fundamentales y b) del cumplimiento dinámico-procesal de las funciones administrativas. El “asunto” propio de la Administración (la realización del interés general o público) se revela así como “asunto” igualmente del ciudadano y a la inversa, pues Administración y ciudadano hacen de la relación “asunto común” (al contrario de lo que sucede partiendo de la concepción tradicional del acto administrativo o de la llamada relación de sujeción especial). Solo la relación jurídico-administrativa puede así i) permitir la superación dogmática en positivo, desde la perspectiva del ciudadano y para la realidad propia del Estado actual, del dualismo Administración interventora-prestadora y del “puntualismo” del pensamiento basado en el acto administrativo; y además ii) posibilitar — gracias a la dinámica propia de las figuras dogmáticas — una mayor claridad por lo que hace a los fines y objetivos.

La relación jurídico-administrativa se determina así por su cualidad: la de servir de vehículo de confluencia e interacción de los intereses de los

sujetos ordinarios y los servidos por la Administración. La peculiaridad de la relación jurídico-administrativa deriva, pues, de la singularidad de la función constitucional de la Administración, que modula de cada vez y de modo diverso la encomienda que dicha función supone con carácter general respecto de la ciudadanía según las peculiaridades que presenten la materia y las circunstancias. Es, por ello, un instrumento variable y próximo a la realidad para el cumplimiento –bajo la dirección y programación de la Ley- del encargo constitucional a la Administración de servir el interés general. Y es, además, idóneo, pues –de un lado- proporciona el campo adecuado para el despliegue de la dinámica y la acción de configuración social de la Administración y –de otro lado y desde el punto de vista del ciudadano- potencia sus intereses, asegurando su articulación con los gestionados por aquélla.

Aunque sus formas de constitución (por norma, acto jurídico, acto real, convenio, contrato) y sus contenidos puedan ser y sean diversos, la relación jurídico-administrativa presenta la nota común de conectar de modo especial ciudadano y Administración al servicio de los fines de interés general que la determinan. Esta conexión presenta, a su vez y desde la perspectiva del ciudadano, una doble dimensión: la jurídico-material o sustantiva determinada por los derechos fundamentales y libertades públicas y la formal de garantía de participación (que, en caso contencioso, se torna procesal y por tanto de defensa).

Es esta nueva visión, presidida por la relación jurídico-administrativa, la que se echa de menos en la LPAC; visión, que habría conducido sin duda al legislador a una regulación cabalmente de las instituciones esenciales y, por tanto, comunes a toda actuación administrativa relevante jurídicamente capaz, por ello, de disciplinar jurídicamente la vertiente procedimental de las heterogéneas relaciones sustantivas trabadas con los ciudadanos y, por ello mismo, forzosamente diversa. Lo que, de un lado, no solo habría supuesto la superación de la tensión –indispensable en todo caso ya desde la perspectiva de la distribución territorial del poder público y mal resuelta (como evidencian las excepciones admitidas ya en el seno de la instancia general del Estado)- entre el procedimiento general (es decir, que de común solo tiene el servir de modelo) y los procedimientos reales, necesariamente especiales (como a la postre reconoce igualmente el legislador, desautorizando su propia solución), sino que, de otro lado, habría permitido poner en valor la verdadera y hoy decisiva función de

todo procedimiento de articulación del proceso decisonal en términos que conduzcan, gracias a la correcta determinación y articulación de todos los bienes e intereses en presencia, a la más acertada identificación de lo reclamado en cada caso por el interés general a la luz de la programación legal pertinente.

DERECHOS Y NADA MÁS: LOS SILENCIOS DE LA DOCTRINA JURÍDICA EN TIEMPOS DE PANDEMIA*

*Lucio Pegoraro***

Sumario: 1. Premisa; 2. Formantes e híper-constitución; 3. Parlamentos y derechos (pinceladas); 4. Doctrina: derechos y deberes; 4.1 Las publicaciones señaladas por el Observatorio Covid; 4.2. Otros escritos – 5. La regla y las excepciones; 6. Conclusiones: el papel de la doctrina.

1. Premisa

De los numerosos libros y artículos escritos por José Felix Palomino Manchego, muchos se ocupan de fuentes y Constitución¹, de Derecho procesal constitucional, de Historia constitucional, de

* Artículo escrito en el ámbito del PRIN 2017 “From Legal Pluralism to the Intercultural State. Personal Law, Exceptions to General Rules and Imperative Limits in the European Legal Space” (PI – prof. Lucio Pegoraro – CUP J34I19004200001). Ponencia destinada al congreso “La manipulación informativa como problema de seguridad. Santiago de Compostela, 27 de abril de 2022. Facultad de Derecho Universidad de Santiago de Compostela”.

** Catedrático de Derecho Público Comparado en el Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Bolonia, profesor afiliado de la Universidad Autónoma de Nuevo León. luciopegoraro@hotmail.com

1 Como “Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del Derecho”, en *Lex: Rev. Fac. Der. y Ciencia Pol.*, 2009, n. 7 (6), p. 387 ss., en *Cuadernos const. de*

descentralización; sin embargo, algunos se detienen sobre los derechos, incluso los culturales, como el trabajo dedicado a la Constitución multicultural peruana².

En este artículo en su homenaje, quiero abarcar un tema que cruza la teoría de la Constitución y de las fuentes, y al mismo tiempo los derechos y los planteamientos culturales que están atrás.

En un artículo publicado hace dos años³, tuve la oportunidad de citar los once principios de propaganda de Joseph Goebbels, Ministro de la Propaganda del Tercer *Reich*; entre ellos, los siguientes:

«1. Principio de simplificación y del enemigo único: adoptar una única idea, un único símbolo. Individualizar al adversario en un único enemigo [...]

6. Principio de orquestación: la propaganda debe limitarse a un número pequeño de ideas y repetirlas incansablemente, presentarlas una y otra vez desde diferentes perspectivas, pero siempre convergiendo sobre el mismo concepto. Sin fisuras ni dudas. [...]

9. Principio de la silenciación: acallar las cuestiones sobre las que no se tienen argumentos y disimular las noticias que favorecen al adversario, también contraprogramando con la ayuda de medios de comunicación afines. [...]

11. Principio de la unanimidad: llegar a convencer mucha gente que piensa “como todo el mundo”, creando una falsa impresión de unanimidad».

la Cátedra Fadrique Furió, 2007, n. 58-59, p. 227 ss., y en Aa.Vv., *Memoria X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Lima, 16-19 de septiembre de 2009), Tribunal Constitucional del Perú-Centro de Estudios Constitucionales-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2 vols, Lima, 2009, II, tomo 2, p. 257 ss.

2 “La Constitución multicultural peruana”, en *Lex: Rev. Fac. Der. y Ciencia Pol.*, 2009, n. 14 (17).

3 ... en un libro coordinado por José Julio Fernández Rodríguez: “Seguridad: un pseudo-valor frente a los valores del Estado democrático de derecho”, en J.J. Fernández Rodríguez (ed.), *Democracia y seguridad. Respuestas para avanzar en el sistema público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 21 ss.

Quiero decir que se puede hacer propaganda no sólo hablando, sino también callándose. Las así llamadas *fake news* a veces son menos peligrosas de los silencios, y los silencios son el terreno donde estas nacen y prosperan. En el silencio de la doctrina, no solo florecen las *fake news*, sino también leyes, sentencias, políticas públicas, actitudes políticas y civiles, cultura institucional unidireccional.

Repetir incansablemente que todo el mundo es solo un mundo de reglas y derechos; ignorar las cuestiones del pluralismo del mundo, olvidando que dos tercios tienen filosofías y axiologías distintas de la occidental; individualizar al enemigo en el Islám o en China; crear la falsa impresión de unanimidad convenciendo de que todos son unánimes en la defensa de los derechos humanos, fundamentales, constitucionales: todo eso parece representar la tarea principal de la doctrina constitucionalista en las últimas décadas y los últimos años⁴.

La doctrina jurídica tiene sus responsabilidades: junto a la jurisprudencia constitucional y transnacional, ha contribuido en la construcción de una híper-constitución metafísica transnacional, basada en los derechos humanos (o fundamentales, o constitucionales) de *imprinting* occidental⁵ y en la división de los poderes como única estructura admisible del *frame of government*⁶. Las tomas de distancia –que a menudo hay– de los perfiles

4 Remito a mi artículo “El enemigo, la ecuación terrorista-estranjero y el ataque al Estado democrático de Derecho”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. especial, 2019, p. 611 ss.

5 Sobre la vagüedad de la categoría, su connotación ideológica y la confusión terminológica reenvío a L. Pegoraro, J. Delgado Gaitán, “Derechos ‘fundamentales’: consideraciones sobre la elaboración del concepto y su implicación positiva en el contexto del constitucionalismo contemporáneo”, en *Rev. Der. del Estado*, 2001, n. 10, p. 41 ss., en *Rev. jur. del Perú*, 2001, n. 26, p. 1 ss. y en L. Pegoraro, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Porrúa, 2006, p. 289 ss.; trad. port. “Os direitos ‘fundamentais’: considerações sobre a elaboração do conceito e sua implicação positiva no contexto do constitucionalismo contemporâneo”, en A. de Almeida Filho (ed.), *Estado de direito e direitos fundamentais. Homenagem ao Jurista Mario Moacyr Porto*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, p. 443 ss.; L. Pegoraro, “Metodología y modelos por una investigación sobre derechos fundamentales (con especial referencia a las transiciones constitucionales)”, en Aa.Vv., *Ponencias Desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Arequipa, Adrus, 2008, p. 3 ss., trad. it. “Metodologia e modelli per una ricerca sui diritti fondamentali (con particolare riferimento alle transizioni costituzionali)”, en Aa.Vv., *Studi in onore di L. Carlassare*, Napoli, Jovene, 2009, III, p. 1123 ss.

6 Sobre la elaboración de la híper-constitución v. L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, y Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, Astrea, 2018,

más llamativamente lejanos de la legitimación popular no oculta la sustancial obra de soporte al diseño imperial de un Derecho único (*la raison du plus fort*), a través del apoyo de la híper-constitución a las pretensiones hegemónicas de la economía y (con mucho más esfuerzo) de la política.

2. Formantes e Híper-Constitución

La teoría de los formantes pone de relieve la necesidad de deshacerse de categorías monolíticas en la comprensión del Derecho. La expresión “formantes” del ordenamiento la ha utilizado Rodolfo Sacco para referirse a los diferentes conjuntos de reglas y proposiciones que, en el ámbito del ordenamiento, contribuyen a generar el orden jurídico de un grupo, en un determinado lugar y en un determinado tiempo. La idea dominante en el jurista que opera en el interior de cada uno de los ordenamientos es buscar «la única verdad jurídica, la que tiene su fuente en la ley y que viene fielmente reconstruida por la doctrina y aplicada por la jurisprudencia»; en otras palabras, el principio de “unicidad de la regla del Derecho” genera en el jurista el convencimiento de que la regla legal, la regla doctrinal y la regla jurisprudencial tienen el mismo contenido y que son, por eso mismo, intercambiables. Donde fuese percibida una deformidad, ésta sería imputable a un error del intérprete»⁷.

p. 128 ss., trad. esp. en Id. (eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo III, *Constituciones y fuentes del derecho*, Torino, Giappichelli, y Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, Astrea, 2019, p. 189 ss.

7 R. Sacco, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, en *Am. journ. comp. law*, n. 2, 1991, p. 343 ss.; Id., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 1992, p. 43 ss. (y R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 7a ed., Torino, Utet, 2019). Ahora bien, éste *iter* lógico, observa Sacco, no es susceptible de extenderse al análisis comparativo del Derecho. El comparatista que se coloca frente al Derecho extranjero no tiene el pleno dominio de los instrumentos culturales y jurídicos para descartar posibles interpretaciones equivocadas; más bien, la consideración de otros sistemas jurídicos muestra cómo los formantes, en el interior de cada sistema, se comportan de manera distinta. La comparación no puede limitarse a comparar solo las leyes o solo las decisiones jurisprudenciales sin el conocimiento de los datos ofrecidos por el contexto; como por ejemplo, las tendencias de la jurisprudencia; las diversas concepciones a las que la jurisprudencia está sujeta, o las orientaciones dominantes en la doctrina. En los ordenamientos contemporáneos, los formantes principales son: la ley, la doctrina y la jurisprudencia; es decir, el conjunto de disposiciones adoptadas por el legislativo; el conjunto de opiniones expresadas por los doctos de las leyes; y el conjunto de decisiones de los jueces. Sacco pone de relieve, de manera puntual, que, en el interior de cada ordenamiento, las reglas legales, proposiciones doctrinales, máximas jurisprudenciales y también

“Criptotipo”, a su vez, indica un formante no verbalizado. No pertenece, por tanto, a la categoría de los formantes verbalizados (jurisprudencial, legal, doctrinal) y no se sitúa dentro del Derecho positivo pues indica modelos implícitos y reglas de las cuales cada uno no está plenamente consciente, presentes en los diversos sistemas jurídicos y que actúan de modo penetrante en la demostración y decisión de cuestiones jurídicas. Los “criptotipos” abarcan el Derecho en todas sus dimensiones, aunque algunas lecturas del positivismo legislativo han reducido su estudio y los han hecho jurídicamente irrelevantes. Son importantes para la comprensión de un Derecho interno, y más para el análisis comparado de los ordenamientos y de sus instituciones.

Los diferentes formantes no viajan normalmente a la misma velocidad. Sobre todo, la economía es rápida; el Derecho, lento; la cultura, lentísima; y cuando, para seguir a la economía, el Derecho humilla a las culturas ajenas, las recepciones son bastante difíciles. Con referencia a la cultura jurídica, como la luz de una supernova ardiente permanece visible, en la distancia, por millones de años (y a veces la cultura política está *muy* lejana de las adquisiciones de la ciencia), así las reconstrucciones doctrinales y los modelos por ellas creados, aunque merecedores de extinción a la luz de análisis empíricos, continúan produciendo efectos (y a ser evocados) en los formantes dinámicos (y a menudo también en el mismo formante)⁸.

Si la producción doctrinal (por medio de libros, artículos o congresos) inculca o fomenta la idea de que lo que va bien aquí también vale allí, tal idea podría repercutir en los legisladores y en los jueces, que tendrían la tentación de buscar en el Derecho extranjero soluciones improvisadas (en los contextos de decisión o invención) y de crear procesos de justificación de las elecciones (en el contexto de justificación o validación).

los criptotipos, representan los diferentes entramados a los que el jurista positivo acude a efecto de determinar la regla del caso concreto; el Derecho viviente, por tanto, se extrae de los diferentes formantes.

8 Véanse por ej. mis artículos “La situación del Derecho comparado en España y América Latina, la búsqueda de denominadores comunes y el papel de la *Revista General de Derecho Público Comparado*”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 27, 2020, pp. 1-19; “Imposición cultural, la búsqueda de denominadores comunes y la ‘misión comparatista’ de las revistas de derecho constitucional”, en *Rev. de la Academia Colombiana de Jur.*, n. 371, 2020, p. 411 ss., y en *Rev. Centro de Est. Const. de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, n. 11, 2020, p. 183 ss.

La construcción de la globalización en declinación “euro-atlántica”, ofrecida por la doctrina constitucionalista, se traduce, en una primera fase, como ya he escrito, en la elaboración de un núcleo de valores absolutos, que reconduce a una única *Grundnorm* el pluralismo occidental, dando estructura jurídica a una “híper-constitución” de construcción docta y jurisprudencial, resistente a cualquier modificación incluso súper-mayoritaria. En una segunda fase, implica la atribución a la *Grundnorm* de un valor global, a través de la circulación/imposición doctrinal de una versión actualizada pero distorsionada del constitucionalismo, y su sanción positiva, a través del Derecho de los tratados y transnacional, encomendada sobre todo a las jurisdicciones internacionales y regionales, y las constitucionales internas.

Dentro de los sistemas euro-atlánticos, la doctrina trabaja en sinergia con los formantes socio-político, económico, y jurídico-normativo, dándoles legitimación. La *Grundnorm* elaborada por los profesores es la descrita por la economía, por la (retracción de la) política, por la sociedad sin los cuerpos intermedios, por el énfasis sobre el individuo aislado, por la traslación de los poderes de decisión a órganos carentes de representatividad y de control. Los profesores participan en ella asumiéndola como norma de conducta y, por tanto, consideran el Derecho como ciencia prescriptiva⁹.

Fuera de los sistemas euro-atlánticos, para justificar su elaboración y apoyo, la doctrina se ve obligada a una *fictio*: ignorando los hechos, y descartando cualquier visión descriptiva del Derecho, afirma que la *Grundnorm* vincula a todos; de esta manera, participa en la elaboración de un Derecho impuesto¹⁰, desconectado de la realidad empíricamente demostrable y, por lo tanto, desempeña funciones de política del Derecho.

9 J. M. Barreto, “Eurocentric and Third-World Histories of Human Rights: Critique, Recognition and Dialogue”, en Id. (ed.) *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars Publ., 2013, p. 160, «questions the reliability and universality of the Western historiography and argues in favour of the legitimacy of Third-World histories of human rights elaborated in the context of modern colonialism». De J.M. Barreto v. también “Decolonial Thinking and the Quest for Decolonising Human Rights”, en *Asian Journ. soc. Sc.*, n. 46 (4-5), 2018 (https://brill.com/view/journals/ajss/46/4-5/article-p484_6.xml).

10 Remito a mi obra “Constituciones (y reformas constitucionales) ‘impuestas’ o ‘condicionadas’ (para una re-clasificación interdisciplinaria de la categoría)”, en R. Escuredo Rodríguez, J. Cano Bueso (eds), *Crisis económica y modelo social: la sostenibilidad del Estado de bienestar (Actas del Congreso, Aguadulce, Almería, 2, 3 y 4 de Julio de 2012)*, Almería, Un. de Almería, 2013, p. 75 ss., y en *Pensamiento const.*, n. 18, 2013, p. 331 ss.

El jurista occidental no parece entender, en toda su gravedad, los cambios que cada vez más afectan a los fenómenos jurídicos. Prefiere, de hecho, continuar usando una dimensión etnocéntrica de los ordenamientos como una práctica puramente euroatlántica. En otras palabras, le preocupa delimitar y especificar en qué consiste el “Occidente jurídico” y «los argumentos con los que Occidente, máximo artífice [de] la ley global, se enfrenta a otras experiencias y tradiciones jurídicas. Son modalidades y argumentos que a menudo parten del supuesto de que solo nosotros tenemos el Derecho, mientras que los demás solo intentan imitarnos o estúpidamente resistirnos»¹¹.

“Cultura constitucional” es la cultura jurídica que acepta, vive, venera la superioridad de la Constitución, pero no cualquier Constitución, sino solo la que acepta la división de poderes (poco) y sobre todo los derechos humanos, en sus interpretaciones más radicales hasta rechazar la democracia, la voluntad popular, el Estado, el propio Estado de Derecho, confiando en un poder –el judicial y de control de la constitucionalidad, estructurado en los siglos pasados para proteger estos valores–, para imponer un “núcleo ético esencial” que dirige esos valores, los limita y a veces incluso los anula¹².

Justamente sobre eso deseo detenerme: el presupuesto, es decir la exportación-importación acrítica de las instituciones occidentales, en aquella parte del mundo que solo hoy va redescubriendo (y a veces, con esfuerzo, codificando) valores arraigados en la cultura autóctona contrastados tenazmente en el pasado (los suyos propios, a los cuales había renunciado o renuncia debido al colonialismo), y que solo en algunas ocasiones, fuera del Occidente, intenta componer en armonía con los valores occidentales (Asia, Africa, y en parte América Latina).

Lo haré, sin embargo, moviendo de un ángulo peculiar, enunciado en el título: las curiosidades de la doctrina ius-publicista conectadas a la pandemia. Un área de investigación que, a primera vista, da la impresión

11 M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Einaudi, 2010, p. XII.

12 L. Pegoraro, “Constitucionalización del derecho y cultura constitucional”, en E. Blume Fortini (ed.), *XII Congreso nacional de Derecho constitucional. En homenaje a Sigifredo Orbegoso Vanegas y Victor Julio Ortecho Villenas. Desafíos del constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993*, 2 vols, Trujillo, Upao, 2018, II, p. 1321 ss., en *Rev. dominicana de der. const.*, n. 1, 2018, p. 17 ss., y en *Rev. der. pol.*, n.104, 2019, p. 13 ss.

de entrar plenamente en el filón *mainstream* de las actuales investigaciones constitucionalistas (y en general jurídicas), que ya por mi parte fueron objeto de algunas críticas a veces irónicas¹³.

Eso para subrayar que incluso el tema de la investigación jurídica se involucra en una especie de olvido, por parte del Occidente, del mundo donde vive, y que se refleja en todas sus manifestaciones: desde el lenguaje –del cual el uso insaciable del adverbio “absolutamente” es un evidente indicio– hasta la política.

3. Parlamentos y derechos (pinceladas)

El formante normativo –Parlamentos y Asambleas constituyentes– recibe el influjo de la doctrina, y a su vez la condiciona. Un análisis sobre los debates del Parlamento italiano acerca de las medidas “anti-covid” lo confirma¹⁴. Otras investigaciones en desarrollo sobre otros Parlamentos (por ej. Argentina, Colombia, Perú) ofrecen datos muy parecidos.

Temas como igualdad, deberes, solidaridad y derechos de las personas y comunidades más débiles han sido dejados al margen o ignorados, preferiéndose centrarse en la tutela constitucional de los derechos, la conformidad de la ley a la Constitución cuando limita los derechos y la distribución de las competencias entre los poderes del Estado, en particular Parlamento y Gobierno. Las excepciones son limitadas a algunos escritos acerca del impacto del Covid-19 sobre el llamado tercer mundo: algunos diputados de hecho han destacado que la pandemia ha provocado

13 “Cultura e culture. Rileggendo Roberto Toniatti attraverso qualche esergo sparso qua e là”, en Aa.V.v., *Pluralismo nel diritto costituzionale comparato. Blog per i 70 anni di Roberto Toniatti*, www.robertotoniatti.eu; “Las raíces de las ‘Constituciones con constitucionalismo’: la Resistencia al nazi-fascismo y la construcción de las Constituciones europeas”, en E.J. Prats (ed.), *La organización del poder para la libertad. Liber Amicorum en homenaje al Mag. Milton Ray Guevara*, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2020, p. 83 ss., y en C. Bertolino, T. Cerruti, M. Orofino, A. Poggi (eds), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, 2 vols, Napoli, Un. degli studi di Torino-Esi, 2020, II, p. 151 ss.; “Blows against the empire. Contro la iper-costituzione coloniale dei diritti fondamentali, per la ricerca di un nucleo interculturale condiviso”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2020, Napoli, Esi, 2020, p. 447 ss., trad. esp. “Blows against the empire. Contra la híper-constitución colonial de los derechos fundamentales, en búsqueda de un núcleo intercultural compartido”, en *Rev. Cubana de Der.*, Nueva Epoca, n. 1, 2021, y en *Teoría y realidad const.*, n. 47, 2021.

14 A. Marangelli, “Diritti (tanti), doveri (pochi) nel dibattito parlamentare italiano sull’emergenza sanitaria”, en *Dirittifondamentali.it*, n. 3, 2021, p. 413 ss.

desequilibrios entre varias regiones del mundo y que un deber de solidaridad y de comunitarismo debe compromitir el País hacia los Países más desventajados.

Cuando fue evocada la necesidad de vacunarse contra el covid, se ha hecho subrayando el concepto según el cual si no nos vacunamos todos, se limita el derecho de los otros particulares, entonces siempre poniendo derechos *vs* derechos. En la muestra analizada, solo un diputado se ha detenido sobre los deberes comunitarios y la solidaridad, poniendo de relieve el hecho de que el Estado está compuesto por individuos y comunidad y no solo por particulares¹⁵. Al final, esta “orgia de derechos humanos”¹⁶, como la define G.U. Rescigno, hace que se olvide que el hombre vive también de solidaridad comunitaria.

4. Doctrina: Derechos y deberes

Bajo el perfil abarcado (derechos y deberes), acerca de los intereses y el papel de la doctrina jurídica, no solo italiana, durante la pandemia, no se da una sensible diferencia respecto a los temas debatidos en el periodo anterior al Covid-19.

15 Diputado Marco Di Maio (IV), que en su intervención del 29 julio 2021 ha afirmado: «La salvaguardia del pluralismo all'interno delle democrazie non può arrivare, mai, a trasformare la libertà individuale in un lasciapassare per complicare - per non dire mettere a repentaglio e per non dire mettere a rischio - la vita delle altre persone. È solo la libertà democratica il vero presidio del pluralismo e cioè quell'idea di comunità che guarda all'interesse generale, al bene comune, che altro non può essere che prima di tutto la tutela della vita e, appunto, il diritto fondamentale alla salute [...]»: Res. sten. C.D., Ass., seduta n. 550 del 29 luglio 2021, pp. 44, 45.

16 G.U. Rescigno, “La teoria costituzionale di Luigi Ferrajoli”, en *Costituzionalismo. it*, 2008, p. 3. La frase de Rescigno es evocada también por A. Mastromarino, “Il nuovo costituzionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2020, p. 352, y por L. Pegoraro, *Iper-costituzione, decostruzione della Stufenbau e nuovi criteri legittimativi del diritto*, en *DPCE online*, n. especial 2021, p 9 ss. Aquí las palabras de Rescigno: «Per me i diritti, quest'orgia dei diritti umani, che coesistono tranquillamente con il vergognoso spreco dei ricchi e la miseria e la disperazione di miliardi di essere umani, somigliano a quelli che chiudono la stalla dopo che i buoi sono fuggiti: prima il sistema economico, al cui servizio stanno le costituzioni e il diritto, crea e accresce drammatiche disuguaglianze, poi sopraggiungono i diritti, spinti da uomini di buona volontà; quasi sempre poi, quando questi diritti devono difendere i più poveri, essi vengono realizzati, quando vengono realizzati, più per paura di pericolose ribellioni che per convinzione dei potenti di questo mondo».

La literatura jurídica mundial sobre el Covid-19 es inmensa; no pudiéndose incluir aquí referencias exhaustivas, en estas páginas me limitaré a remitir al *Osservatorio Covid - Diritto comparato*, publicado en Italia bajo la coordinación de las tres asociaciones que reagrupan los investigadores de Derecho comparado¹⁷. Propongo aquí, utilizando un método cuantitativo, un análisis y una crítica a la producción científica de los juristas durante el periodo del Covid-19, culpables de haberse centrado, casi exclusivamente, en los derechos, las fuentes y las competencias, sin poner la misma atención en los perfiles igualitarios y solidarios, y menos en las consecuencias mundiales de la emergencia sanitaria¹⁸. Una muestra por cierto significativa y estadísticamente fiable; de hecho, reagrupa, a la fecha del 5 de marzo de 2021, alrededor de 2.600 publicaciones. Hice referencia también a libros o artículos no incluidos en el observatorio, publicados hasta el mayo siguiente.

Son numerosas las indicaciones de escritos no italianos (los cuales prevalecen con diferencia). Eso permite tomar el pulso de la producción extranjera, comparándola a aquella italiana.

4.1. Las publicaciones señaladas por el Observatorio Covid

El índice del *Osservatorio* es significativo: fue compilado con base en los temas más a menudo investigados; ya este elemento representa una señal de los intereses preponderantes, y al mismo tiempo denuncia la ausencia de profundizaciones sobre otras temáticas, o el escaso relieve a ellas otorgado.

Las voces detectadas en el índice del Observatorio, y utilizadas para desarrollar nuestra investigación, son:

“Arbitration”, “Arts and culture”, “Council of Europe”, “Criminal Law and procedures”, “Data Protection”, “Economic theory”, “Education”, “Emergency Private Law”, “European Convention on Human rights”, “European Economic Governance”, “European Union”, “Executive Power,

17 El *Osservatorio* citado es publicado bajo la coordinación de AIDC, SIRD, y DPCE, y se encuentra en los sitios www.comparativecovidlaw.it y www.dpceonline.it.

18 Un comentario crítico más detallado de la producción científica mundial sobre el Covid-19 se encuentra en mi artículo “Il diritto all’aperitivo, ovvero: una (micro) meta-ricerca sulle curiosità della dottrina giuspubblicistica (e non solo) in tempi di pandemia”, *paper* destinado a los *Studi in onore del professor G.F. Ferrari*, en proceso de publicación.

“Federalism/Regionalism”, “Human Rights and Personal Freedom”, “Gender”, “Judicial Proceedings”, “Judicial Review”, “International Trade Law”, “Intellectual Property”, “Labour Law and unemployment measures”, “Local Power”, “Non-profit organizations”, “Parliaments”, “Public Health”, “Rule of Law”, “Sources of Law”, “Sports”, “State of Emergency”, “Taxation”, “Transport Law”.

Faltan –pienso por falta o escasez de contribuciones– voces dedicadas a la globalización, la igualdad, los deberes, la solidaridad, el tercer mundo, la pobreza.

El *Osservatorio* remite en algunas ocasiones a otros “observatorios” (por ej., aquel de la Revista *federalismi.it*), ampliando de tal manera el universo observado para evaluar la producción doctrinal italiana y extranjera, como por ejemplo la española (*Observatorio de Derecho Público y Constitucional y COVID-19 en España*).

Habida cuenta de que algunos títulos aparecen en varias particiones, el primer dato que emerge con evidencia es la concentración de los estudios en algunas voces.

“Human Rights and Personal Freedom” cuenta con más de 220, entre ellos 20 sobre el derecho de información y otros tantos acerca del de circulación, y unos 110 sobre el principio de proporcionalidad, cuyo contenido es en prevalencia técnico-jurídico. Solo 10 están rubricados bajo la sección “inmigración”, 13 *sub* “minorías y grupos vulnerables”, 24 tratan de derechos religiosos y 25 de derechos sociales. La sección “Gender” incluye 40 trabajos. A ellos se añade la quincena de escritos *sub* “Council of Europe” y “European Convention on Human Rights”. Muchísimos (210) son los trabajos rubricados *sub* “Data Protection”, en su mayoría con objeto los respectivos derechos.

Los 28 escritos recopilados en la sección dedicada a “Criminal Law and procedures” tienen como objeto, además de los derechos procesales, incluso aspectos organizativos y técnicos, mientras sobre los derechos de los prisioneros son siete. Los 18 ensayos sobre “Judicial Review” se centran en su mayoría sobre la tutela constitucional de los derechos, así como los 19 de “Intellectual Property” sobre los derechos correspondientes (con excepciones).

La quarantena de títulos sobre la educación no tienen que ver sin embargo, en su mayoría, con el correspondiente derecho, sino abarcan temas variados, desde la organización a los impactos sociales hasta las fuentes.

Los escritos elencados en “State of Emergency” son acerca de 150, y su preocupación es sobre todo orientada a la defensa de los derechos y la división de poderes, con consistentes contribuciones filosóficas y reflexiones sobre la crisis global.

Los comentarios y escritos en “European Union” son 131, y la sección es (obviamente) un *melting pot* de curiosidades e intereses distintos: perfiles institucionales, organizativos, procedurales, funcionales se mezclan, con presencia significativa pero no preponderante de los derechos.

Los escritos sobre las fuentes son 56, y se añaden aquellos de “Rule of Law” (41) y “Descentralización” (33), mientras que el único sobre “Local Power” está dedicado al desarrollo sostenible.

Hay también las secciones dedicadas a las instituciones. Habiéndose ya dicho de “European Union”, “Parliaments” enumera una ventena de artículos en la sub-voce “Elections”, ninguna en “Budgetary Procedure”, una en “Parliamentary Works”; los “Comments and Papers” son una quarantena. “Executive Power” solo tiene una docena de artículos, en su mayoría extranjeros.

Un ulterior escaneo agrupa las voces según ámbitos sectoriales o materiales. “Arbitration” tiene ocho, “Competition & State aid” poco menos de 30, “International Trade Law” 36, “Labour Law and unemployment measures” acerca de 120 (entre las cuales muchas son una recopilación dedicada a países individuales), “Taxation” 15.

“Public Health” cuenta con 109 escritos con contenido variado, con alguna excursión sobre los pueblos indígena y otros temas “anómalos”, muchos artículos sobre el derecho correspondiente, algunos sobre los perfiles organizativos. Las ocho voces sobre “Arte y cultura” no se detienen sobre los derechos. “Transport Law” incluye 25 escritos, algunos sobre los derechos, otros sobre las fuentes, otros más sobre asuntos organizativos y técnicos.

Interceptan el Derecho de la economía y los temas de la globalización “Economic crisis”, con 73 escritos catalogados, y “Economic theory”: 16 *sub* “Capitalism and varieties of capitalism”, 36 *sub* “Financial stability”, 13 *sub*

“Globalisation and deglobalisation” y 4 sub “Keynesian studies”. La sección “Emergency Private Law” tiene 21 en “Banking Law”, 34 en “Company Law”, 30 en “Consumer Protection”, 122 en “Contract Law”, 34 en “Environmental Issues”, 15 en “Family Law”, 5 en “Food Law”, 21 en “Insolvency Law”, 17 en “Landlord/Tenant relations”, 28 en “Medical Law”, 13 en “Tort Law”, 24 en “Tourism Law”, y hasta 84 en “Ethics and bioethics”.

La atractiva voz “Non-profit organizations” incluye las mismas obras recopiladas en “Labour Law”.

4.2. Otros escritos

El índice elaborado por los coordinadores, inspirado por el criterio de preponderancia de los intereses encontrados, se refleja en los índices de volúmenes, números monográficos de revistas, artículos que no se encuentran en el *Osservatorio*.

Tomemos por ejemplo algunas publicaciones: tres revistas italianas, cuatro números de una revista española, un volumen colectivo español, una revista y tres libros latinoamericanos: muestra que, sumada a los datos del *Osservatorio*, parece confirmar la tendencia.

Entre las revistas italianas, por ej., *Quaderni costituzionali*, en el n. 4/2020 dedica cuatro ensayos sobre los cinco de la sección “Studi e ricerche” a los poderes del Gobierno y del Parlamento en situaciones de emergencia. (El quinto, de G.E. Vigevani, tiene como objeto el sistema informativo y la opinión pública.)

El *Quaderno 2020 de il Filangieri*, dedicado a *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, se detiene totalmente en el Derecho parlamentario en el estado de crisis. Dos artículos publicados en *Consulta online*, en el n. 2/2021, tratan de “La gestione dell'emergenza Covid-19 alla prova del conflitto interorganico”¹⁹ y de “Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali”²⁰.

La reconocida revista española *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* dedica nueve artículos sobre 10 del n. 86-87 del 2020 a los problemas derivados del estado de emergencia, a las fuentes, a los derechos, a la distribución territorial del poder, a la contratación pública,

19 J. Ferracuti, p. 363 ss.

20 M. Mezzanotte, p. 328 ss.

a la responsabilidad patrimonial del Estado, etc., y uno a los grupos vulnerables; todo el n. 88-89 a la protección de los datos antes, durante y después del coronavirus; tres ensayos en el n. 90-91 a los decretos, al papel del Estado de Derecho y al Derecho emergencial, y 10 sobre 10 del n. 93-94 del 2021 a las vacunas, todos en clave de protección de los derechos y políticas de salud internas o europeas. Entre los libros colectivos, aquel coordinado por C. Garrido López *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*²¹, manifiesta como preocupación principal aquella de limitar el abuso de los estados de emergencia y asegurar el equilibrio de los poderes, con énfasis particular sobre los derechos de voto, de circulación, de reunión, de huelga.

En América Latina la situación no es tan distinta: por ej., el volumen editado por N. González Martín y D. Valadés *Emergencia sanitaria por covid-19. Derecho constitucional comparado*²², que recopila contribuciones de investigadores originarios de varios países europeos y americanos, se centra en prevalencia en las limitaciones de los derechos, las fuentes, el estado de crisis; la *Revista de la Academia colombiana de Jurisprudencia* (enero-junio 2020) presenta un abanico de artículos, ensayos y comentarios dedicados a nuestro tema, de los cuales uno se ocupa de deberes sociales y solidaridad, todos los otros de control político, poderes jurisdiccionales, límites constitucionales, imposición fiscal, servicios públicos, etc.; el libro coordinado por C. Landa *Constitución y emergencia sanitaria*²³, compuesto de una quincena de ensayos, está casi totalmente dedicado a los derechos, las fuentes, el control parlamentario, etc., aunque destacan un ensayo sobre las soluciones adoptadas en China (Han Han), uno sobre el principio de no discriminación (Trilce Valdivia Aguilar), y un tercero titulado "Acceso a la justicia y objetivos de desarrollo sostenible" (Elena Alvites).

El libro de C. Storini, J. Chalco, L. Estupiñán, M.C. Gómez (eds), *Justicia social en época de pandemia: reflexiones desde lo andino*²⁴, centrado en Ecuador, Colombia, Bolivia, Perú, está en parcial contratendencia, justificada por la delimitación geográfica que lo caracteriza: de hecho, al lado de contribuciones dedicadas a los derechos humanos, los poderes de los

21 Zaragoza, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, 2021.

22 México, Unam, 2020.

23 Lima, Palestra, 2020.

24 Cuenca (Ecuador), Un. del Azuay, 2021.

executivos, las competencias descentralizadas, y a escritos históricos o sobre las instituciones, propone algunos estudios con objeto los sujetos debiles: por ej., mientras T.L. Abrego Marín trata de “La economía y su impacto en los derechos de los pueblos indígenas de Bolivia en época de crisis”, M.E. Attard Bellido se pregunta si “¿Tienen voz los históricamente oprimidos?”.

5. La regla y las excepciones

Como ya he escrito con anterioridad, también la doctrina constitucionalista (y publicista) está interesada por lo general en su propio Estado, o sectores limitados del Derecho de su propio país (el Derecho parlamentario, el Derecho de los entes locales, etc.). Sin embargo, a un sector de su Derecho, él de los derechos, otorga validez universal, y quando emigra hacia el exterior su interés se centra exclusivamente en ello. Estudia “globalmente”, es decir, solo los derechos individuales (y la división de los poderes que con ellos está relacionada), mientras que tiende a ignorar otros perfiles²⁵. Incluso muchos “comparatistas” no se sitúan muy lejos de este acercamiento, y secundan la visión totalizadora de Fukuyama.

También durante la crisis sanitaria, los escritos que miran hacia “fuera” lo hacen casi siempre –no diversamente de aquellos dedicados al Derecho interno– deteniéndose en la violación de los derechos en tiempos de pandemia; el desequilibrio de los poderes; la desestructuración del sistema de fuentes basado en la reserva de ley y el *rule of law*; la división de competencias entre Estado (o Unión Europea) y autonomías territoriales. Las limitaciones al derecho de circulación son analizadas para denunciar su incompatibilidad con el sistema democrático, desde la óptica individualista del Derecho. La libertad de expresión es objeto de estudio para estigmatizar el aumento de los controles; y así podría seguir.

La adquisición de los fármacos se convierte en el problema de su distribución entre las entidades territoriales, los Estados, las Regiones y la Unión Europea, de la fuente competente en el establecimiento de las reglas, de los procedimientos utilizados, del poder de decisión en situación de crisis, de los derechos propietarios implicados, de la equidad y razonabilidad de las directivas vigentes. Casi nadie tiene interés en las consecuencias sobre el mundo del problema, como la elección, por parte de los Estados, de las empresas farmacéuticas productoras de las vacunas,

25 Remito a mi artículo “*Blows against the empire*”, cit.

la gratuidad de las patentes, la accesibilidad, la distribución equitativa a nivel mundial, la adquisición de las existencias (siguiendo las reglas, pero despojando de ellas una parte de la humanidad)²⁶.

Digámoslo: a los juristas occidentales o “empapados” de cultura occidental (como en mayoría son los latinoamericanos) no les interesa nada (o casi nada, o a pocos) la desigualdad, acentuada por la pandemia, entre Norte y Sur del mundo, y todo lo que esta implica. A las consecuencias sobre las migraciones desde la perspectiva de los derechos de los pueblos y de los desequilibrios entre ellos no dedican ninguna página (mientras al revés afloran aquí y allá algunas preocupaciones para la seguridad sanitaria, obviamente debido a los riesgos que corre el Occidente). Son esporádicas las reflexiones sobre las medidas adoptadas contra la pandemia como herramientas para fortalecer el orden neoliberal, salva la preocupación de una ulterior desvinculación de la economía del control y la dirección política y, precisamente, de limitación de los derechos individuales y propietarios²⁷.

Quien habla de desigualdad, lo hace para destacar que en nuestras sociedades hay consecuencias más graves para las mujeres, y (raramente) para otras categorías débiles *dentro de cada Estado* (o dentro de Europa), como por ej. los presos. Se preocupa que no sean limitados los derechos, y que la limitación, donde la hay, sea conforme a las reglas sobre la producción de fuentes y a la distribución de las competencias.

Las excepciones son esporádicas, también en libros y artículos no listados en el *Osservatorio*.

En la sección del *Osservatorio* “Arts and Culture”, entre los más de 100 escritos que se encuentran buscando G. Palmieri (ed.), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*²⁸, los 33 ensayos de la sección “Economía Empresa Europa” son dedicados al Derecho mercantil o a los asuntos económicos; muchos entre los 32 en “Historia Sociedad Cultura”, viceversa, sugieren interesantes lecturas que van más allá del Derecho positivo, deteniéndose –especialmente las aportaciones no jurídicas– en los aspectos históricos, lingüísticos, psicológicos, filosóficos.

26 Alguna curiosidad surge sin embargo de la influencia de los científicos en las elecciones.

27 V. sin embargo A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Bari-Roma, Laterza, 2021, espec. p. 140 ss.

28 2 vols, Napoli, Esi, 2020.

Los 36 trabajos *sub* “Estado Derechos Tutelas” presentan todos un corte eurocéntrico²⁹; comparten la misma suerte los 32 artículos incluidos en la sección “Medio ambiente Territorio Salud”, pese a títulos evocativos de “mundialismo”, como L. Muscarà, “Pandemic Borders”, o de F. Cavallaro sobre el *Climate Change*. En la misma sección se encuentran algunos artículos con carácter histórico o lingüístico y lexical.

Sub “Competition and State Aids” destaca por su apertura al mundo A. Campi (ed.), *Dopo. Come la pandemia può cambiare la politica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali*³⁰.

En “Economic crisis”, incluso los ensayos que se ocupan de las consecuencias globales son pocos: se trata en su mayoría de artículos no escritos por juristas, como “Unequal societies in usual times, unjust societies in pandemic ones”, de G. Dosi, L. Fanti, M.E. Virgillito, o “Il capitalismo dopo il coronavirus: beni pubblici, sostenibilità e ruolo dello Stato”, de M.R. Pierleoni, o son escritos desde perspectivas euro-atlánticas, como “The 2020 Covid-19 pandemic and global value chains” de R. Strange. Aperturas se pueden encontrar en “Dalla crisi economica alla crisi democratica: la sfida populista alla solidarietà e l'identità europea”, de A. Schillaci.

Incluso en “Economic Theory” se encuentran escritos que analizan la pandemia desde un enfoque global, pero también a ellos se aplican las consideraciones desarrolladas ahora comentando la sección “Economic crisis”.

Entre las decenas de títulos de la sección “Emergency Private Law”, solo “The COVID-19 Crisis: An Opportunity to Integrate Food Democracy into Post-Pandemic Food Systems”, de L. Petetin, se detiene sobre uno de los problemas globales de la pandemia.

Algún artículo agrupado en la sección “Labour Law and unemployment measures” (y en la anastática “Non-profit organizations”) abarca los deberes de solidaridad, como M. Baroni en “Diritti individuali e doveri di solidarietà: la new economy durante l'emergenza”, pero los demás tratan el tema desde la perspectiva tradicional de la doctrina de Derecho del

29 Incluidos los de L. Della Morte sobre el Pilar de los derechos sociales, de L. Ronchetti sobre género, de L. Corazza sobre trabajo, salud y conflicto social, de G. Ianniruberto sobre la tutela de los trabajadores, y otros de Derecho laboral.

30 Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020. Se puede encontrar pinchando “Guerra (e pace) degli Aiuti nel dopo-Covid-19 by Igor Pellicciari”, que de todas maneras no es un libro de juristas.

trabajo, cualesquiera que sea el país del autor. (La sección tiene muchísimas contribuciones extranjeras.)

Enfocando la voz “Public Health”, C. Sarteau se ocupa de “Nuovi riflessi del diritto alla salute: la bussola del principio solidaristico nella tempesta pandemica”, incluido en el volumen *Tutela della salute individuale e collettiva: temi etico-giuridici e opportunità per la sanità pubblica dopo COVID-19*³¹. Por otra parte, el balance de los derechos con la solidaridad y los deberes es frecuente en los estudios de bioética, incluso los de los juristas, y aflora con evidencia en la “Unesco’S Ethics Commissions’ Call For Global Vaccines Equity And Solidarity. Joint Statement” de la UNESCO International Bioethics Committee (IBC) y de la UNESCO World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), como también, en Italia, en el documento del “Comitato nazionale per la bioetica” titulado “I vaccini e covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione”³². R. Macleod, que publica un ensayo sobre “Tackling Disasters and Pandemics Together with Laws and Policies that Leave No One Behind”, es *Senior Disaster Law Officer* at the IFRC, entonces jurista no académica; tal es sin embargo C. Casonato, con su “*Health At The Time Of covid-19: Tyrannical, Denied, Unequal Health*”.

S. Bagni, “All you need [to compare] is love revisited”³³, se detiene en los primeros párrafos sobre “crisis, emergencia sanitaria y Derecho comparado” y sobre “la cuarta c del método comparativo: la compasión y el cuidado”.

Señala las consecuencias internacionales un breve escrito de M. Sirleaf, “Capacity-Building, International Cooperation, and COVID-19”; la colaboración entre un jurista y un microbiólogo –N. De Sadeleer y J. Godfroid– produce “The Story behind COVID-19: Animal Diseases at the Crossroads of Wildlife, Livestock and Human Health”³⁴, mientras que C. Oguamanam, “COVID-19 and Africa: Does One Size Fit All in Public Health

31 “Rapporti ISTISAN 20/30”, al cuidado de C. Petrini, C. D’Aprile, G. Floridia, S. Gainotti, L. Riva, S. Tamiozzo.

32 http://bioetica.governo.it/media/4115/p140_2020_vaccini-e-covid19_it.pdf

33 En *Comparative L.R.*, n. 9, 2018.

34 En *Eur. Journal of Risk Regulation*, n. 11 (2), 2020.

Intervention?"³⁵ trata del continente africano, y otros autores –pero con enfoques en mayoría estatales– de países individuales, ya sea occidentales, sea del Sur, sea del Este del mundo.

Algunos otros escritos (no jurídicos) aparecen en el volumen de G. Palmieri, *Oltre la pandemia*, ya señalado. *COVID-19 and indigenous peoples*, que finalmente mira más allá del Occidente, no es un ensayo académico, sino un documento de la *Food and Agriculture Organization* de las Naciones Unidas. Menciono finalmente, en esta sección, un “meta-estudio” titulado *Covid-19 and the Social Role of Indicators: A Preliminary Assessment*, de D. Nelken, M. Siems, M. Infantino, N. Genicot, D. Restrepo Amariles, J. Harrington³⁶.

En “Rule of law” se encuentra el artículo de E. Pils “China’s Response to the Coronavirus Pandemic: Fighting Two Enemies”³⁷, que intenta explicar las lógicas “chinas” del balance entre derechos y deberes, sin embargo defendiendo claramente la perspectiva conectada a la *Western legal tradition*.

En la sección “Sources of Law”, el artículo de F. del Mastro Puccio, “Abrir las fronteras del derecho a los principios de la naturaleza” empieza con estas palabras: «Comenzaré fuera del derecho, pero sin situarme en ninguna disciplina específica. Trataré de transitar entre saberes relativos a cosmovisiones, teorías y ciencias diversas, pero con un hilo conductor que espero no haga el camino demasiado abrupto: la idea de sistemas que requieren de balance y mecanismos de compensación para lograr equilibrio y, así, conservarse y crecer».

El trabajo de M. Mazza “Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative”³⁸ enmarca el análisis en el contexto de las coordinadas confucianas y socialistas.

Tema “meta” en “Sources of law” lo es, finalmente, “Leggi ‘science driven’ e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria”, de A. Iannuzzi.

35 En C.M. Flood et al. (eds), *Vulnerable: The Policy, Law and Ethics of COVID-19* (Ottawa: University of Ottawa Press) [2020 Forthcoming].

36 EUI Working Paper LAW 2020/17 (King’s College London Law School Research Paper Forthcoming).

37 *Verfassungsblog*, 25.5.2020.

38 En *DPCE online*, n. 2, 2020.

Sub “State of emergency” encontramos otra vez a A. Campi (ed.) *Dopo. Come la pandemia può cambiare la politica, l’economia, la comunicazione e le relazioni internazionali*, ya citado *supra*, e *ivi* M. Chiaruzzi, “Guerra, igiene del mondo? Pandemia e analogia”, además de M. Panarari, “La pandemia e l’immaginario distopico-catastrofista. L’Occidente di fronte alla ‘collassologia’”.

Algunos artículos citados en el índice están incluidos en el volumen *Dopo l’emergenza. Dieci tesi sull’era post pandemica*, al cuidado de R. Zaccaria³⁹, que plantea interrogantes amplios y globales. Sin embargo, hay que decir que es en mayoría de filósofos y no de juristas. Destacan finalmente, además del artículo “Abrir las fronteras del derecho a los principios de la naturaleza”, ya citado *supra*, un texto de E.H. Nieto titulado “Estado de emergencia mundial y el nuevo Nomos de la tierra”, y algunos ensayos de índole filosófica, histórica, literaria.

“La risposta all’emergenza sanitaria Covid-19 nei paesi a maggioranza musulmana: alcune considerazioni comparative”, de M.C. Locchi⁴⁰, empieza de las distintas coordinadas del mundo islámico para comprender las diversas respuestas a la pandemia. Destaca finalmente, por su método y el objeto analizado, aunque declinado *à la française*, P. Oudot, “La fraternité: 1789/covid-19”⁴¹.

Eso es todo: las demás secciones del índice del *Osservatorio Covid* no recopilan voces declinadas con sensibilidad “extraestatal” o comunque extrañas a la visión tradicional del Derecho occidental y a sus específicos intereses, aunque algunos escritos abren con generosas concesiones a la “mundialidad” de la crisis.

También la literatura jurídica no listada en el *Osservatorio* sigue el mismo esquema, aunque a veces hay excepciones, como por ej. “La governance dell’emergenza sanitaria in Africa Subsahariana: modelli ‘piramidali’ e ‘frattalici’ di conformazione dei diritti individuali”, de M. Nicolini⁴². O

39 Padova, Padova U.P., 2020.

40 En *DPCE online*, n. 2, 2020.

41 En *La Semaine Juridique - Edition générale*, 6 juillet 2020.

42 ... que -como explica el *abstract*- «reappraises the patterns whereby the pandemic may be addressed. The first pattern is ‘fractal’ and echoes the features of African politico-legal traditions; the second one is consistent with the Western-oriented WHO health policies and may be termed the ‘pyramids’. The article argues that the

“Covid-19 and the environment: worries for today, lessons for the future”, de D. Amirante⁴³, y “Climate and environmental approaches in the United States and Canada at the outbreak of the 2020 pandemic”, de P. Viola⁴⁴. El n. 3/2020 de la revista politológica *Poliarchie* presenta contribuciones de largo alcance, centradas sobre los jóvenes, el futuro del mundo, las relaciones entre ciencia y democracia, etc.

6. Conclusiones: El papel de la doctrina

Lo que destaca de este rápido resumen es que la difusión de la pandemia no ha alejado a los juristas de su prevalente provincianismo estatalista⁴⁵.

El “lugar” de la doctrina jurídica en tiempo de pandemia no parece colocarse diversamente que en tiempos normales; no se ven desviaciones importantes, pese a que la experiencia globalizadora sea inusual, porque mueve las fronteras de las relaciones económicas, de los mercados, de la riqueza, de los derechos, introduciendo una variante nueva y hasta ahora no experimentada. La concentración de los intereses en algunos temas fundamentales no marca diferencias entre la regla y la excepción.

Para replicar a esta perspectiva “pasiva” y “conforme” –afirma Nilda Garay, con específica referencia a América Latina, aunque eso vale para todo el mundo “no occidental”–, es necesario abandonar, o por lo menos integrar, una teoría constitucional basada en categorías como soberanía, poder constituyente, Estado, individuo, igualdad, libertad, democracia, Constitución. Esas derivan de experiencias europeas marcadas por «un antropocentrismo basado en un protagonista excluyente: el hombre europeo,

fractalic response favours inclusive policies, which reflect not an abstract commitment to human rights and development, but the desired futures of African societies». En *DPCE online*, n. 3, 2020.

43 En *Opinio Juris in Comparatione*, spec. issue 2020.

44 *Ibidem*.

45 V. mi “Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, Napoli, Esi, 2013, p. 305 ss., trad. esp. “Comparación y globalización (las categorías del Derecho civil y el parassitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del Derecho comparado)”, en L.R. González Pérez, D. Valadés (eds), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, Unam-Iij, 2013, p. 265 ss., y en L. Pegoraro, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016, p.21 ss.

cristiano, adulto, blanco, heterosexual, instruido y con capacidad económica (propietario)», cuya “humanidad” se basa en el dominio y la subestimación o expulsión de los demás del contrato social. Tal protagonista –destaca esta autora– se consolida en el contexto colonial, con la elaboración de una teoría constitucional en cuya base se sitúa el colón, que se autopercibe como un ser humano superior, propietario del poder político, económico y epistémico, autor y sujeto de tal teoría constitucional⁴⁶.

Quisiera decir, con amargo sarcasmo, que al jurista occidental no le interesan tanto las destructivas consecuencias de la pandemia en la distribución global de la riqueza, en las diferencias acentuadas, en los nuevos muros edificados, en los mares convertidos en barreras en lugar de vías de comunicación⁴⁷; tampoco éste cuida mucho las relaciones entre modelos económicos y órdenes políticos. Le interesa sobre todo el aperitivo, y quien puede establecer una limitación de este fundamental derecho humano. A pesar de la Iglesia –mejor, el actual Pontífice– demuestran mayor sensibilidad parte de la sociedad civil y aún la política mundial, que ha abierto debates amplios sobre la suspensión de las patentes de los medicamentos, la distribución global de las vacunas, las ayudas a su producción (aunque, en el trasfondo, además de la geopolítica queda siempre el conflicto entre intereses de las empresas farmacéuticas –pero también de la investigación científica– y compromiso social y solidario; asimismo, detrás siempre hay la creencia que vacunar todos es en primer lugar provechoso para nosotros, algo como para la tutela de la naturaleza).

El jurista occidental acompaña de esta manera el diseño egemónico neoliberal, justificándolo, principalmente de buena fe, por la construcción de una supuesta neutralidad del Derecho y su supuesto alejamiento de

46 N. Garay Montañez, “Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría poder”, en *Rev. gen. dir. públ. comp.*, n. 27, 2020, que destaca que el pensamiento “decolonial” ha generado un debate crítico dirigido a (re)fundar un constitucionalismo propio de América Latina che, sin renegar las contribuciones occidentales que se han demostrado capaces de humanizar la sociedad moderna, pueda incorporar sobre todo los valores originarios. Remito a mi “América Latina como categoría y objeto de comparación (Coordinadas metodológicas para el estudio comparado de los sistemas jurídicos latinoamericanos)”, en *Pensamiento const.*, n. 22, 2017, p. 175 ss., y en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2018, p. 81 ss.

47 Remito a la buena tesis magistral de V. Gabanetti, “The Wall. Un’analisi di diritto comparato sul concetto di muro”, Un. di Bologna, Corso di laurea magistrale in sviluppo locale e globale, a.a. 2019-2020.

los acontecimientos sociales, políticos, económicos, componiendo las contradicciones con la observancia de la forma. Al centro del esquema está su visión tolemaica de “persona”, o mejor de “individuo”, su concepción aristotélica de centralidad, su idea platónica de modelo ideal (*skia*). Copernico pasó en vano.

La aportación del Derecho a la escritura de las Constituciones de la segunda posguerra fue bien distinto: los juristas apoyaron y dieron vida en las fórmulas jurídicas a la síntesis de exigencias, necesidades, perspectivas, ideales, valores, a menudo lejos entre ellos, que eran aquellas forjadas por las distintas almas de la Resistencia europea⁴⁸. En el contexto hoy globalizado, el perímetro de la investigación no es cada país liberado de los fascismos, o Europa por construir, sino (debería ser) el mundo. Al revés, es fuerte, y lo es mucho más que entonces, la afectación del estatalismo y el localismo del Derecho, y la preferencia por las opciones partidarias.

En conclusión, a mi parecer la doctrina jurídica ha perdido una buena oportunidad para reivindicar un papel no subordinado en sus relaciones con la economía y la política, prefiriendo seguir la corriente en lugar de racionalizar nuevos escenarios estratégicos e indicar las coordenadas del cambio.

Con sus silencios, su conformismo, su conservadurismo, contribuye así a fomentar un pensamiento uniformizado, una cultura única, y a crear las bases para una interpretación totalizadora de la sociedad, de la política y del Derecho, alimentando y dando racionalidad a leyes y sentencias que se ocupan solo o mucho del individuo (y sus derechos), nada o muy poco de la comunidad (y los deberes de solidaridad).

Bibliografía

Una precisión: los escritos listados son solo aquellos que en el texto y las notas del artículo tienen referencias completas. Las referencias a los demás que se mencionan de forma simplificada se pueden encontrar en: AIDC, SIRD, y DPCE, *Osservatorio Covid - Diritto comparato*, www.comparativecovidlaw.it y www.dpceonline.it.

48 Remito a mis artículos “Diritto costituzionale e Resistenza. Una breve rilettura attraverso le lettere dei condannati a morte (e le canzoni partigiane)”, en *Ann. dir. comp. st. leg.*, Napoli, Esi, 2015, p. 521 ss., en *Quad. sulla Resistenza e la RSI (1943-1945)*, n. 1, 2014, p. 1 ss., en F. Cortese (ed.), *Resistenza e diritto pubblico*, Firenze, Firenze U.P., 2016, p. 241 ss.; y “Las raíces de las ‘Constituciones con constitucionalismo’: la Resistencia al nazi-fascismo y la construcción de las Constituciones europeas”, cit.

- Abrego Marín, T.L., "La economía y su impacto en los derechos de los pueblos indígenas de Bolivia en época de crisis", en C. Storini, J. Chalco, L. Estupiñán, M.C. Gómez (eds), *Justicia social en época de pandemia: reflexiones desde lo andino*, Cuenca (Ecuador), Un. del Azuay, 2021.
- Alvites, E., "Acceso a la justicia y objetivos de desarrollo sostenible", en C. Landa (ed.), *Constitución y emergencia sanitaria*, Unam, México, 2020.
- Attard Bellido, M.E. "¿Tienen voz los históricamente oprimidos?", en C. Storini, J. Chalco, L. Estupiñán, M.C. Gómez (eds), *Justicia social en época de pandemia: reflexiones desde lo andino*, Cuenca (Ecuador), Un. del Azuay, 2021.
- Bagni, S., "All you need [to compare] is love revisited", en *Comparative L.R.*, n. 9, 2018.
- Barreto, J.M., "Eurocentric and Third-World Histories of Human Rights: Critique, Recognition and Dialogue", en Id. (ed.) *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*, Cambridge Scholars Publ., Newcastle upon Tyne, 2013.
- , "Decolonial Thinking and the Quest for Decolonising Human Rights", en *Asian Journ. soc. Sc.*, n. 46 (4-5), 2018 (https://brill.com/view/journals/ajss/46/4-5/article-p484_6.xml).
- Bussani, M., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Einaudi, 2010.
- Campi, A. (ed.), *Dopo. Come la pandemia può cambiare la politica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2020.
- De Sadeleer, N. Godfroid, J., "The Story behind COVID-19: Animal Diseases at the Crossroads of Wildlife, Livestock and Human Health", en *Eur. Journal of Risk Regulation*, n. 11 (2), 2020.
- Ferracuti, J., "La gestione dell'emergenza Covid-19 alla prova del conflitto interorganico", en *Quaderno 2020 de il Filangieri, "Il Parlamento nell'emergenza pandemica"*, Jovene, Napoli, 2021.
- Garay Montañez, N., "Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría poder", en *Rev. gen. dir. públ. comp.*, n. 27, 2020.
- Gabanetti, V., "The Wall. Un'analisi di diritto comparato sul concetto di muro", tesis magistral Un. di Bologna, Corso di laurea magistrale in sviluppo locale e globale, a.a. 2019-2020.
- Garrido López, C., *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.
- González Martín, N., Valadés, D. (eds), *Emergencia sanitaria por covid-19. Derecho constitucional comparado*, Unam, México, 2020.
- Landa, C. (ed.), *Constitución y emergencia sanitaria*, Palestra, Lima, 2020.
- Locchi, M.C., "La risposta all'emergenza sanitaria Covid-19 nei paesi a maggioranza musulmana: alcune considerazioni comparative", en *DPCE online*, n. 2, 2020.
- Mastromarino, A., "Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva", en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2020.

- A. Marangelli, "Diritti (tanti), doveri (pochi) nel dibattito parlamentare italiano sull'emergenza sanitaria", en *Dirittifondamentali.it*, n. 3, 2021.
- Mazza, M., "Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative", en *DPCE online*, n. 2, 2020.
- Mezzanotte, M., "Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali", en *Quaderno 2020 de il Filangieri, "Il Parlamento nell'emergenza pandemica"*, Jovene, Napoli, 2021.
- Nelken, D., Siems, M., Infantino, M., Genicot, N., Restrepo Amariles, D., Harrington, J., *Covid-19 and the Social Role of Indicators: A Preliminary Assessment*, EUI Working Paper LAW 2020/17 (King's College London Law School Research Paper Forthcoming).
- Nicolini, M., "La governance dell'emergenza sanitaria in Africa Subsahariana: modelli 'piramidali' e 'frattalici' di conformazione dei diritti individuali", en *DPCE online*, n. 3, 2020.
- Oguamanam, C., "COVID-19 and Africa: Does One Size Fit All in Public Health Intervention?", en C.M. Flood et al. (eds), *Vulnerable: The Policy, Law and Ethics of COVID-19* (Ottawa: University of Ottawa Press) [2020 Forthcoming].
- Oudot, P., "La fraternité: 1789/covid-19", en *La Semaine Juridique - Edition générale*, 6 juillet 2020.
- Palmieri, G. (ed.), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, 2 vols, Esi, Napoli, 2020.
- Palomino Manchego, J.F., "Constitución, Supremacía Constitucional y teoría de las fuentes del Derecho", en *Lex: Rev. Fac. Der. y Ciencia Pol.*, 2009, n. 7 (6), en *Cuadernos const. de la Cátedra Fadrique Furió*, 2007, n. 58-59, y en Aa.Vv., *Memoria X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Lima, 16-19 de septiembre de 2009), Tribunal Constitucional del Perú-Centro de Estudios Constitucionales-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2 vols, Lima, 2009, II, tomo 2.
- , "La Constitución multicultural peruana", en *Lex: Rev. Fac. Der. y Ciencia Pol.*, 2016, n. 14 (17).
- Pegoraro, L., "Metodología y modelos por una investigación sobre derechos fundamentales (con especial referencia a las transiciones constitucionales)", en Aa.Vv., *Ponencias Desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Adrus, Arequipa, 2008, trad. it. "Metodología e modelli per una ricerca sui diritti fondamentali (con particolare riferimento alle transizioni costituzionali)", en Aa.Vv., *Studi in onore di L. Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, III.
- , "Constituciones (y reformas constitucionales) 'impuestas' o 'condicionadas' (para una re-clasificación interdisciplinaria de la categoría)", en R. Escuredo Rodríguez, J. Cano Bueso (eds), *Crisis económica y modelo social: la sostenibilidad del Estado de bienestar* (Actas del Congreso, Aguadulce, Almería, 2, 3 y 4 de Julio de 2012), Un. de Almería, Almería, 2013, y en *Pensamiento const.*, n. 18, 2013.
- , "Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato", en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, Esi, Napoli, 2013, trad. esp. "Comparación y globalización (las categorías del Derecho civil y el parasitismo

- metodológico de los constitucionalistas en el estudio del Derecho comparado”, en L.R. González Pérez, D. Valadés (eds), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Unam-Iij, México, 2013, y en L. Pegoraro, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, 2016.
- , “Diritto costituzionale e Resistenza. Una breve rilettura attraverso le lettere dei condannati a morte (e le canzoni partigiane)”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2015, Esi, Napoli, 2015, en *Quad. sulla Resistenza e la RSI (1943-1945)*, n. 1, 2014, y en F. Cortese (ed.), *Resistenza e diritto pubblico*, Firenze U.P., Firenze, 2016.
 - , “América Latina como categoría y objeto de comparación (Coordinadas metodológicas para el estudio comparado de los sistemas jurídicos latinoamericanos)”, en *Pensamiento const.*, n. 22, 2017, y en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2018.
 - , “Constitucionalización del derecho y cultura constitucional”, en E. Blume Fortini (ed.), *XII Congreso nacional de Derecho constitucional. En homenaje a Sigifredo Orbegoso Vanegas y Victor Julio Ortecho Villenas. Desafíos del constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993*, 2 vols, Upao, Trujillo, 2018, II, en *Rev. dominicana de der. const.*, n. 1, 2018, y en *Rev. der. pol.*, n.104, 2019.
 - , “El enemigo, la ecuación terrorista-estranjero y el ataque al Estado democrático de Derecho”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. especial, 2019.
 - , “Blows against the empire. Contro la iper-costituzione coloniale dei diritti fondamentali, per la ricerca di un nucleo interculturale condiviso”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2020, Esi, Napoli, 2020, p. 447 ss., trad. esp. “Blows against the empire. Contra la híper-constitución colonial de los derechos fundamentales, en búsqueda de un núcleo intercultural compartido”, en *Rev. Cubana de Der.*, Nueva Epoca, n. 1, 2021, y en *Teoría y realidad const.*, n. 47, 2021.
 - , “Imposición cultural, la búsqueda de denominadores comunes y la ‘misión comparatista’ de las revistas de derecho constitucional”, en *Rev. de la Academia Colombiana de Jur.*, n. 371, 2020, y en *Rev. Centro de Est. Const. de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, n. 11, 2020.
 - , “La situación del Derecho comparado en España y América Latina, la búsqueda de denominadores comunes y el papel de la *Revista General de Derecho Público Comparado*”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 27, 2020.
 - , “Las raíces de las ‘Constituciones con constitucionalismo’: la Resistencia al nazi-fascismo y la construcción de las Constituciones europeas”, en E.J. Prats (ed.), *La organización del poder para la libertad. Liber Amicorum en homenaje al Mag. Milton Ray Guevara*, Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2020, y en C. Bertolino, T. Cerruti, M. Orofino, A. Poggi (eds), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, 2 vols, Un. degli studi di Torino-Esi, Napoli, 2020, II.
 - , “Cultura e culture. Rileggendo Roberto Toniatti attraverso qualche esergo sparso qua e là”, en Aa.V.v., *Pluralismo nel diritto costituzionale comparato. Blog per i 70 anni di Roberto Toniatti* (2021), www.robertotoniatti.eu
 - , *Iper-costituzione, decostruzione della Stufenbau e nuovi criteri legittimativi del diritto*, en *DPCE online*, 2021, n. espec. 2021.

- , "Il diritto all'aperitivo, ovvero: una (micro) meta-ricerca sulle curiosità della dottrina giuspubblicistica (e non solo) in tempi di pandemia", *paper* destinado a Aa.Vv., *Studi in onore del professor G.F. Ferrari*, en proceso de publicación.
- Pegoraro, L., Delgado Gaitán, J., "Derechos 'fundamentales': consideraciones sobre la elaboración del concepto y su implicación positiva en el contexto del constitucionalismo contemporáneo", en *Rev. Der. del Estado*, 2001, n. 10, en *Rev. jur. del Perú*, 2001, n. 26, y en Pegoraro, L., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, México, 2006; trad. port. "Os direitos 'fundamentais': considerações sobre a elaboração do conceito e sua implicação positiva no contexto do constitucionalismo contemporâneo", en A. de Almeida Filho (ed.), *Estado de direito e direitos fundamentais. Homagem ao Jurista Mario Moacyr Porto*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005.
- Pegoraro, L., Rinella, A., *Costituzioni e fonti del diritto*, Giappichelli, Torino - Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2018, trad. esp. en Id. (eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo III, *Constituciones y fuentes del derecho*, Giappichelli, Torino - Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2019.
- Petrini, C., D'Aprile, C., Floridia, G., Gainotti, S., Riva, L., Tamiozzo, S. (eds), *Tutela della salute individuale e collettiva: temi etico-giuridici e opportunità per la sanità pubblica dopo COVID-19*, en "Rapporti ISTISAN 20/30", https://www.iss.it/rapporti-istisan/-/asset_publisher/Ga8fOpve0fNN/content/id/5609468
- Rescigno, G.U., "La teoria costituzionale di Luigi Ferrajoli", en *Costituzionalismo.it*, 2008.
- Sacco, R., "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law", en *Am. journ. comp. law*, n. 2, 1991
- , *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, 1992.
- Sacco, R., Rossi, P., *Introduzione al diritto comparato*, 7a ed., Utet, Torino, 2019.
- Sartea, C., "Nuovi riflessi del diritto alla salute: la bussola del principio solidaristico nella tempesta pandemica", en C. Petrini, C. D'Aprile, G. Floridia, S. Gainotti, L. Riva, S. Tamiozzo (eds), *Tutela della salute individuale e collettiva: temi etico-giuridici e opportunità per la sanità pubblica dopo COVID-19*, en "Rapporti ISTISAN 20/30", https://www.iss.it/rapporti-istisan/-/asset_publisher/Ga8fOpve0fNN/content/id/5609468
- Somma, A., *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Laterza, Bari-Roma, 2021.
- Storini, C., Chalco, J., Estupiñán, L., Gómez, M.C. (eds), *Justicia social en época de pandemia: reflexiones desde lo andino*, Cuenca (Ecuador), Un. del Azuay, 2021.
- Zaccaria, R. (ed.), *Dopo l'emergenza. Dieci tesi sull'era post pandemica*, Padova U.P., Padova, 2020.

BREVES REFLEXIONES RESPECTO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, RELIGIOSA Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

*Miguel P. Vilcapoma Ignacio**

Sumario: I. Introducción; II. Del confesionalismo a un Estado no confesional; III. Positivización supranacional de las libertades de conciencia y de religión; IV. Nociones de libertad de conciencia; V. Objeción de conciencia; VI. Libertad de conciencia y objeción; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Con las breves reflexiones, respecto al título consignado en este artículo, nos sumamos al homenaje rendido a nuestro amigo José Palomino Manchego, estudioso del Derecho Constitucional, ilustre publicista en la misma materia y docente en varias universidades del país; por tanto, agradecemos al coordinador de este colectivo que nos permite unirnos a esta congratulación de un destacado profesional versado en la defensa y en la docencia universitaria que imparte sus conocimientos en varias instituciones superiores, por tanto, personalmente nuestro profundo reconocimiento a la producción académica que desarrolla y la permanente

* Docente de la Universidad Peruana Los Andes - Huancayo, en la categoría de profesor principal, adscrito al Departamento Académico de Derecho, doctor en Derecho; miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC); presidente del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional - Huancayo (ICPDC).

difusión de la cultura constitucional que hoy hace mucha falta, en una democracia zigzagueante.

En una realidad social, política y económica como la peruana, con una composición social totalmente diversa, con múltiples cosmovisiones como, expresión de un conglomerado complejo de historias, leyendas, mitos que en suma, es parte de nuestra cultura. Dentro de esta expresión de carácter social se encuentran las convicciones ideológicas, morales y religiosas. Derechos que se encuentran positivizados en nuestra Constitución como también establecida las garantías o los mecanismos de protección de los mismos, en armonía con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por esa vinculación es necesario tener presente lo establecido en el artículo 205 de nuestra Carta vigente que expresa la doble dimensión de los derechos; es decir a nivel interno como supranacional, la última, después de agotada la jurisdicción nacional.

Por tanto, en este artículo reflexionamos sobre la positivización de los derechos a la libertad de conciencia dentro de nuestro marco constitucional, su positivización en números instrumentos internacionales, la objeción de conciencia tutelada por el Tribunal Constitucional cuando la misma Carta no había precisado en su elaboración textual, como el actual desarrollo legislativo.

II. Del confesionalismo a un Estado no confesional

Desde que, don José de San Martín, protector del Perú, promulgara el Estatuto Provisional de 1821, en la sección primera, artículo 1, estableció la religión católica, apostólica, romana como oficial del Perú, territorio que iniciaba su vida de independencia con relación a la metrópoli española al igual que Argentina y Chile, como otros países latinoamericanos.

Credo religioso que también fue asumido por los Constituyentes de 1823; primero, al redactar las Bases de la Constitución (art. 5); luego, al redactar la Constitución de 1823, como podemos observar en el capítulo III (arts. 8 y 9) que estaba destinado a la religión católica, apostólica, romana. Con lo indicado queremos recordar que el Estado Peruano fue confesional en todas las Constituciones que han regido los destinos del país, incluida la Constitución de 1860. En otros términos, el Perú contaba con una religión oficial, pues consistía en que ella, recibía amparo del Estado en su concepción como en su organización.

La particularidad de la Carta de 1860, es que ella tuvo dos períodos de vigencia; es decir, el primero, hasta el 29 de agosto de 1867, fecha en que se promulga la Constitución tal año (1867), la que tuvo una corta duración, puesto que fue derogada el 6 de enero de 1868, habiéndose restaurado la vigencia de la Constitución de 1860; la tuvo vigencia hasta 1920. Consideramos que es necesario precisar que la Carta de 1867, en su artículo 3° establecía que, la Nación profesaba la religión católica, apostólica, romana, señalando que el Estado la protege y prohibiendo el ejercicio público de otra alguna.

La Constitución de 1860, al igual que sus antecesoras establecía la religión oficial en el artículo 4° señalando que la religión oficial era la religión católica, apostólica romana, luego agregaba que: El Estado la protege y no permite el ejercicio público de otra alguna.

El texto del artículo 4° de la Constitución de 1860, durante su segundo período de vigencia, sufre una modificación mediante Ley N° 2193 de fecha 11 de noviembre de 1915², dejando el siguiente texto: “La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica y Romana y el Estado la protege”; es decir se suprime la frase “...y no permite el ejercicio público de otra alguna”. Consecuentemente, en forma indirecta se estaba permitiendo el ejercicio de otras confesiones, obviamente, que ellas no contaban con protección del Estado. En otros términos, ya estaba permitiendo el ejercicio de otras confesiones religiosas, su ejercicio y manifestación pública

La Constitución de 1920 en su artículo 5°, consigna el mandato de que “La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana: El Estado la protege”. Sin embargo, en el Título III, titulado: Garantías individuales, artículo 23 se establece: “Nadie podrá ser perseguido por razones de sus ideas ni por razón de sus creencias”. Esta disposición de la Carta mantenía coherencia con la no prohibición de otras religiosos o confesiones que los anteriores textos establecían. De esta manera en nuestro sistema constitucional se viene introduciendo el ejercicio libre de las creencias sin límite alguno y se ampara o tutela el ejercicio libre de cualquier creencia religiosa o ideas de otro género.

En la Constitución de 1933, es necesario señalar dos aspectos que lo caracterizan con respecto al tema desarrollado. Primero, no establece una

2 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Las Constituciones del Perú*, Fondo Editorial Universidad de la San Martín de Porres, Lima - Perú 2006, t. II, pág. 10.

religión oficial; es decir, ha dejado de lado la confesionalidad que caracterizaba a las Cartas anteriores; y, segundo, en el Capítulo II, titulado: Garantías individuales, artículo 59 establece el siguiente texto: “La libertad de conciencia y de creencia es inviolable. Nadie será perseguido por razones de sus ideas”. Pero, estableció también la protección de los derechos individuales y sociales conforme puede apreciarse en el artículo 69 cuando prescribe que “Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de hábeas corpus”. Claro, es de recordar que, la Constitución de 1920, había establecido el Hábeas Corpus para las detenciones indebidas, conforme lo establecía el artículo 24.

El texto de 1933, en cuanto respecta al empleo del concepto de libertad de conciencia, se anticipa en la utilización del término en los textos internacionales; es decir, estamos haciendo referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana de Derechos Humanos aprobados con posterioridad a la Carta de 1933. Las fechas de aprobación de estos instrumentos, del primero se remonta al 10 de diciembre de 1948, en París; mientras que el segundo instrumento lo es en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969 que entró en vigor el 18 de julio de 1978

Queremos precisar que, la Constitución citada introdujo la figura de la libertad de conciencia, por primera vez en el Perú, en comparación a sus antecesoras, como convicción íntima de las personas como parte de su desarrollo personal.

La Constitución de 1979, en el Título I: Derechos y Deberes Fundamentales de la persona, en el Capítulo I, De la persona, artículo 2, dispone que toda persona tiene derecho, numeral 3.- “A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda a la moral o altere el orden público”. El Constituyente del 93, ha consignado literalmente esta disposición de la Carta de 1979, en el mismo artículo y el en mismo numeral de la Constitución de 1993, habiendo introducido sólo al interior del indicado texto los términos: “No hay delito de opinión”.

Sin embargo, la Carta de 1979, establece el artículo 86, por el que el Estado peruano reconoce la contribución histórica de la Iglesia Católica con el siguiente texto: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía,

el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta tu colaboración". Luego el dispositivo agrega la posibilidad de colaboración con otras confesiones. Este texto fue reproducido literalmente por los constituyentes que elaboraron la Constitución de 1993, conforme puede apreciarse en el artículo 50.

Consideramos que es necesario recordar que, cuando el gobierno de Francisco Morales Bermúdez se hallaba de retirada y la Constitución de 1979 ya había promulgado por la Asamblea Constituyente con fecha 12 de julio de 1979, firmó el concordato con la Santa Sede el 19 de julio de 1980, ratificándolo a través del D.L. N° 23211 con fecha 24 de julio. En base a este tratado la Iglesia Católica goza de muchos privilegios en relación a otras confesiones.

En el proceso de elaboración de nuestra Constitución de 1979, influyó bastante la Carta española de 1978, en muchos de aspectos su estructuración; sin embargo en cuanto respecta a libertad de creencias, podemos estar de acuerdo con las ideas de Beatriz Souto Galván, profesora de la Universidad de Alicante, quien cuando analiza la Constitución peruana vigente hoy con respecto a los derechos establecidos en el artículo 2.3, refiere que el legislador nacional peruano ha tomado como fuente de inspiración a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos³; a nuestro parecer no así de Carta española, puesto que no consignamos el término ideología, tampoco se institucionalizó la objeción de conciencia como lo hizo los elaboradores de la Constitución española.

III. Positivización supranacional de las libertades de conciencia y de religión

Conforme señalaremos más adelante las diferentes disposiciones suscritas y adoptadas por el Perú, en sus compromisos supranacionales se encuentran vinculados a nuestras normas internas.

Antes de pasar a señalar los diversos instrumentos que complementan nuestra normativa nacional, queremos precisar el tratamiento que dio la Constitución de 1979 y la Carta vigente a los compromisos que asume el

3 SOUTO GALVÁN, *La libertad de creencias. Un estudio comparado entre los ordenamientos jurídicos español y peruano*, serie Derechos y Garantías, Palestra Editores, Perú 2017.

Estado respecto a los convenios y tratados internacionales. De la Constitución de 1979 ya derogada, a nuestro parecer, es necesario resaltar el artículo 101, cuando resaltaba que los tratados firmados por el Perú, forman parte del derecho nacional⁴. Luego a través del artículo 105, precisaba que los tratados sobre derechos humanos tenían jerarquía constitucional⁵. Estos dos preceptos mencionados fueron revolucionarios en su época; pues, hay que recordar que el Gobierno Militar de aquella época, había anunciado elecciones generales para volver a la democracia, después de doce años de dictadura militar donde se restringieron muchos derechos fundamentales.

La Constitución vigente de 1993 ratificó el primer artículo mencionado (101) de la Carta del 79, en el artículo 55 con una literatura diferente, pero no en su contenido. Pero, los legisladores constituyentes de 1993 omitieron o lo dejaron de lado el precepto de prevalencia del Tratado con respecto a la Constitución en caso de contradicción. En cuanto se refiere al art. 105 de la Constitución derogada, la vigente la suprimió totalmente; sin embargo, el Tribunal Constitucional lo restableció; pero, jurisprudencialmente.

Los instrumentos que la consideramos más esenciales son los que a continuación indicados, por razón de espacio, las obviamos otras de similar importancia.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París el 10 de diciembre de 1948; que en su artículo 18, establece la tutela de la libertad de conciencia, juntamente con la libertad de pensamiento y la libertad religiosa y otros derechos conexos o vinculados. El texto es el siguiente:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o

4 El artículo 101 de la Constitución de 1979, establecía que: “Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el Primero”.

5 El artículo 105 de Constitución derogada de 1979 disponía: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma constitucional”.

su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica**, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica, instrumento que rige del 18 de julio de 1978. La Convención fue suscrita después de la Conferencia especializada Interamericana de Derechos Humanos. En este documento se establece la protección de la libertad de conciencia y religión en el artículo 12, con el siguiente texto que lo transcribimos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este Derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres y en su caso los tutores, tienen derechos a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

La Convención se caracteriza por la declaración de derechos que los Estados suscribientes se comprometen en tutelarlos al interior de sus países y el establecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una jurisdicción supranacional en la protección de los derechos y libertades fundamentales con un protagonismo jurisprudencial permanente.

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político de las Naciones Unidas**, adoptado por la Asamblea General mediante Resolución 2200A de fecha 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976. Los derechos objeto de comentarios, en esa oportunidad, se hallan establecidos en el artículo 18, con el siguiente texto:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de rito, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto, se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Consideramos que es necesario anotar que el Pacto en referencia en su artículo 8, numeral 3, letra c) estable que los trabajos que se realizan como “trabajo forzoso u obligatorio” a los efectos de este párrafo y, luego, señala en el punto ii) que “El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia”.

Esto consiste en que los países que han adoptado el Pacto, cuya norma interna, se halla establecida como en la Constitución de 1979 (art. 101) incorpora la norma supranacional a su cuerpo normativo interno; por tanto, se comprende como aplicables por más que la Carta no establecía la objeción de conciencia como derecho amparable por la jurisdicción interna. De igual forma, con lo establecido por el artículo 55 de la Constitución vigente, el Pacto es aplicable, desde que fuera aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978. Instrumento de adhesión de 12 de abril de 1978. Depositado el 28 de abril de 1978. Fecha de entrada en vigor el 28 de julio de 1978⁶.

6 El D.L. N° 22128 fue dictado con fecha 28 de marzo de 1978 por el gobierno militar de Francisco Morales Bermúdez, el indicado dispositivo a través de su artículo único, a

Consideramos, muy necesario resaltar que, la Asamblea Constituyente de 1979 por la primera disposición General y Transitoria de la Carta, señala que la Constitución es promulgada por la Asamblea Constituyente, indicando que entra vigencia al instalarse el Gobierno Constitucional. Sin embargo, dicha disposición precisa que excepcionalmente rigen a partir del día siguiente de su promulgación los derechos con respecto a la persona y los derechos políticos (Capítulo I y VII del Título I), luego el régimen agrario (Capítulo VII del Título III), luego señala el artículo 87°, respecto de la supremacía constitucional sobre las normas legales; el artículo 235°, sobre supresión de la pena de muerte, salvo en caso de guerra exterior; artículo 236° el control difuso o norteamericano y el artículo 282° señala que en los delitos de función de los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales tienen su fuero respectivo y están sujetos al Código de Justicia Militar, exceptuando a los civiles del fuero castrense, salvo por traición a la patria en guerra exterior. Este dispositivo fue modificado por ley 24949, que se modifica las Fuerzas Policiales por el término de Policía Nacional. La Asamblea Constituyente de 1979, se preocupó por la vigencia inmediata de muchos derechos y libertades, los que habían limitados por la dictadura.

También es necesario anotar que, la Asamblea Constituyente de 1979 por la decimosexta disposición general y transitoria se ratifica en todos los extremos del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este Pacto. De igual también ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica y sus artículos 45 y 62.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, fue adoptado por la Asamblea General de la Naciones Unidas, mediante la Resolución N° 2200A (XXI), el 16 de diciembre de 1966. Protege los derechos de nuestro interés en esta oportunidad, en su artículo 13, de la siguiente forma:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de

la letra establecía: “Apruébase el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en la Asamblea de Naciones Unidas mediante Resolución 2200ª (XXI) el 16 de diciembre de 1966”.

su dignidad, y de fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto conocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho
 - a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
 - b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
 - d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
 - e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las listas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará de la libertad de los particulares y entidades para restablecer y dirigir instituciones de

enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

La Convención sobre los Derechos del Niño

El 20 de noviembre de 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas. La Convención se convirtió en Ley o disposición obligatoria en 1990, después de ser firmada y aceptada por 20 países, entre ellos Perú.

“Art. 1.2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo a causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

Los derechos que atañen a la libertad de conciencia y derechos conexos establece, los artículos y numerales que transcribimos a continuación:

“Art. 14.1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

“Art. 14.3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”

“Art. 30. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponda, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de Julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas; Naciones Unidas, convocada por la Asamblea General en su resolución 429

(V) del 14 de diciembre de 1950. Ingresó en vigor, 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43.

El artículo que tutela la religión está establecido es el 4:

“Los Estados Contratantes otorgarán a los refugiados que se encuentren en su territorio un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad de instrucción religiosa de sus hijos”.

Otro documento supranacional que tutela la libertad de conciencia es la **Convención Internacional sobre Eliminación de toda forma de Discriminación Racial**, que ingresó en vigor el 4 de enero de 1969, conforme al artículo 19. Este instrumento en su artículo 5, establece la prohibición y la eliminación de toda forma de discriminación racial con el siguiente texto:

“En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:”

En el literal d) del mencionado dispositivo se señala que se ampara también otros derechos civiles y luego en el punto vii) se establece con el mismo propósito: “El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.

IV. Nociones de libertad de conciencia

En esta sección queremos mencionar algunas nociones sobre la libertad de conciencia que nos permita explicar cómo se comprende esta libertad, por tanto, anotamos a algunos estudiosos de materia.

Iniciamos nuestras reflexiones al respecto citando al docente de la universidad de Murcia, Luis Zamarró Parra, para quien la conciencia es un atributo humano; afirmación que no genera duda alguna. Luego señala que ha sido objeto de estudio desde la Escolástica, indicando inclusive que su tratamiento por el derecho ha sido muy variado; al mismo tiempo indica; pero, en nuestros tiempos, al amparo de las estructuras sociales sensibles para las libertades individuales, ha cobrado una vitalidad insospechada para alcanzar hoy como derecho a la libertad de conciencia, reconocimiento

universal en el derecho internacional y constitucional de numerosos estados⁷. Las afirmaciones del docente citado son muy acertadas, pues a la fecha de publicación de su trabajo, la mayoría de las normas internacionales ya habían sido aprobadas y luego incorporadas en la mayoría de las constituciones de varios países; es decir, en otros términos, los derechos humanos, positivizados como contribución del desarrollo de los derechos humanos a nivel global.

Por su parte, el profesor argentino Octavio Lo Prete, docente de la Universidad Buenos Aires y Católica Argentina, nos explica que todas las personas deseamos vivir en libertad y actuar en nuestra vida privada y en la sociedad conforme a lo que consideramos mejor, más digno o más valioso del propio conjunto de ideas o –dicho de otro modo– desde las opciones a las que hemos adherido en materia ética, religiosa, filosófica y política; precisa su planteamiento con la siguiente frase: en definitiva, ideológica⁸.

El citado profesor con respecto a la garantía del derecho sostiene el siguiente argumento: “Es preciso entonces que el Estado garantice y custodie la libertad de conciencia, entendida esta desde una doble perspectiva, su cara y su contracara, sus facetas positiva y negativa: por un lado, la facultad de organizar y conducir la vida siguiendo los dictados de la conciencia personal; por el otro, el derecho a no ser forzado a actuar en contra de ella”⁹.

Por su parte, respecto a la libertad de conciencia la define con las siguientes expresiones que, está constituido por el núcleo íntimo de cada persona, lo que le permite juzgar y elegir sobre la misma base, sobre el propio sistema de creencias y convicciones, de la naturaleza que fuere religiosa o secular. Agrega que se trata de un derecho fundamental inherente a la dignidad de todo ser humano.

El citado docente para explicar mejor la noción de libertad de conciencia, hace una acumulación de los diferentes usos terminológicos; es decir, conciencia moral, conciencia psicológica, conciencia social, conciencia

7 ZAMARRO PARRA, Luis, *Límites a la libertad de conciencia*, Anales de Derecho, número 14, 1996, pág. 536.

8 LO PRETE, Octavio, *Libertad de conciencia: aproximación a su alcance y especial referencia a la jurisprudencia argentina*. Anuario del Derecho eclesiástico, vol. XXXVI (2020), pág. 94.

9 *Ibidem*.

colectiva, conciencia ambiental, cargo de conciencia, conciencia de clase, conciencia de sí, examen de conciencia, conciencia solidaria, voz de la conciencia, objeción de conciencia, y otras más. Agrega también el uso de manera adjetivada que se produce con este término: conciencia bien formada, conciencia clara, conciencia débil, farisaica, errónea, verdadera, laxa, escrupulosa o rígida; también en frases que solemos repetir: «tengo la conciencia tranquila» o su contracara «siento un reproche de mi conciencia». Seguramente en la vida realicemos las acciones de contenido moral, en un sentido u otro, porque nos sentimos «obligados en conciencia»¹⁰.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con respecto a los alcances y dimensiones del artículo 18 de la Declaración, en el período 48 de sesiones se ha pronunciado en el sentido que, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; haciendo referencia a lo establecido por el párrafo 1, del artículo mencionado (18), sostiene que es profundo y de largo alcance:

“1... abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas. (...)

“2. El artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos “creencias” y “religión” deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales.

“3. El artículo 18 distingue entre la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de creencias y la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias. No permite ningún tipo de limitación de la libertad de pensamiento y de conciencia o de la libertad de tener la religión o las creencias de la propia elección. (...)”¹¹

10 *Ibíd.*

11 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Libertad de pensamiento, de conciencia y religión (artículo 18). HRC Observación general N° 22 (General Comment), 48 período de sesiones (1993), pág. 1. <https://www.aruv.org>

Gabriel Gonzáles Meriano, en una conferencia pronunciada el 17 marzo de 2014, en el marco de las jornadas “La libertad religiosa en una sociedad pluralista”, organizadas en el Área de Ciencias de la Religión del Departamento de Formación Humanística de la Universidad Católica, titulada *Libertad Religiosa y la Libertad de Conciencia*. El mencionado docente, en su exposición, después de señalar que ambas libertades son derechos fundamentales de gran importancia, nos brinda los conceptos de libertad religiosa y de libertad de conciencia, así como otros afines con los que con frecuencia se confunden las nociones o conceptos. Al mismo tiempo explica que la libertad religiosa, como ámbito privilegiado de la libertad de conciencia en una sociedad pluralista.

Cuando hace referencia a la libertad religiosa, en primer lugar, precisa que es necesario distinguirlos de otros conceptos similares, aunque con contenido y extensión diferente, siendo ellos libertad de culto, tolerancia y libertad de conciencia. A continuación, explica que la libertad de culto se refiere a las manifestaciones externas, principalmente ceremoniales o rituales, en reconocimiento a una divinidad que posee toda confesión religiosa, con la limitación de no afectar derecho de terceros. Mientras que la libertad de culto en relación a la libertad religiosa tiene un concepto más restringido; puesto que la libertad religiosa, además del culto, incluye libertad de expresión, de reunión, de asociación, de enseñanza, y tantas otras situaciones más.

Luego señala que, la libertad de conciencia, hace referencia a ese reducto íntimo del hombre donde se encuentran sus convicciones más profundas (religiosas, morales, ideológicas, filosóficas, políticas, etc.), fuera del alcance de cualquier poder público; es el santuario en el que se desarrolla el decisivo y absolutamente personal encuentro del hombre consigo mismo. Indica que, por tanto, podemos afirmar que es un concepto más amplio que el de libertad religiosa, a la que incluye. Con respecto a la tolerancia refiere que surge en la modernidad como necesidad de resolver el problema que ocasiona la realidad de la coexistencia de numerosas y distintas confesiones religiosas, fundamentalmente cristianas, dentro de los mismos Estados.

Al explicar el concepto de conciencia, nos explica que, los diversos diccionarios, nos brinda variados conceptos de la misma; afirmación que es totalmente cierta; es así que, el Diccionario de Filosofía de José Ferrater Mora, realiza el análisis del término conciencia y su contenido

desde varios puntos de vista; es decir, desde el psicológico, epistemológico o gnoseológico y metafísico. Luego desarrolla las diversas concepciones de algunos filósofos, partiendo de los griegos (Plotino), luego pasando por San Agustín, Santo Tomás de Aquino, luego Descartes, también por los idealistas alemanes como Kant y otros. De la misma manera, cuando desarrolla conciencia moral, lo hace desde múltiples ángulos de vista, entre ellos refiere las concepciones de Sócrates que lo identifica la conciencia moral como uno de los aspectos del “demonio”, de Aristóteles, que señala algo como precedente al sentido. Hace referencia a concepción estoica, que señalan la naturaleza racional de la moral; como consecuencia de ello, la conciencia moral es para ellos la voz natural de la naturaleza. Luego señala que muchos Padres de la Iglesia y muchos escolásticos entienden la conciencia moral como una *synderesis*; es decir como una capacidad para juzgar rectamente y con acierto las cosas. Con respecto a Santo Tomás, agrega que él tiene una concepción de la conciencia moral como espíritu corrector y pedagógico de la sociedad. Con respecto a Descartes refiere que para ese filósofo moderno el remordimiento sería la conciencia moral que puede conducir al arrepentimiento. Luego de hacer referencia a muchos filósofos más, desarrolla las diversas formas de concebir la conciencia moral¹². Es cierta las afirmaciones expresadas por el autor citado con respecto a lo que desarrollan los diccionarios.

Gonzáles Meriano, también sostiene que la conciencia y la religión no podemos separarlos totalmente, puesto que sus contenidos están ligados y en parte coinciden; pero, sostiene que estamos ante libertades que tiene sus matices diferentes, y no es bueno confundirlas, pues mientras la libertad religiosa se refiere a la fe, y la libertad ideológica hace relación a la verdad, la libertad de conciencia nos vincula con la actuación conforme al bien.

De todo lo expuesto en la conferencia por nuestro citado expositor, se aprecia que la construcción lo hace en un análisis e interpretación del artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por tanto, para él, la libertad de conciencia es una realidad autónoma teniendo en cuenta las otras libertades y citando a Martínez Torrón, J. indica que la conciencia es el “conjunto de imperativos personales de conducta -de raíz

12 FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Editorial Ariel S. A. 2010. T. I., págs. 620 - 629.

religiosa o no- que poseen para el individuo un rango superior a cualquier otra instancia normativa”¹³

El citado autor después de señalar en que consiste la libertad de conciencia, precisa otros aspectos de interés de la libertad fundamental, con los siguientes términos:

“De esta forma, la conciencia, como cualidad inherente a todo individuo humano, ha sido recogida por los diversos ámbitos del conocimiento humano, incluido el Derecho, que ha reconocido la libertad de conciencia como inherente a la dignidad humana. Integra aquel núcleo duro de derechos fundamentales, inalienables, inderogables, imprescriptibles, que se imponen por sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados, aunque éstos no los reconocieran, aun en tiempos de emergencia pública, imponiéndose por encima de la Constitución, en la hipótesis de que ésta no lo recogiera”.¹⁴

Por su parte, Ricardo Chueca al abordar la dignidad humana, sostiene que la dignidad que manejamos los juristas posee siempre dos perspectivas que son necesaria consecuencia de su propia naturaleza, a partir del momento en que se aspira a que opere como vector relevante en las relaciones sociales y jurídicas. Lo precisa mediante la siguiente explicación:

“Se trata de que, al conectar dignidad con libertad, es decir, con cualquier derecho formalizado, se produce una metamorfosis mediante la cual la dignidad se torna dual, creando una tensión dialéctica indisoluble. De un lado la dignidad que podemos llamar subjetiva o procedimental, es decir, la dignidad como atributo a disposición del sujeto individual en forma de poderes jurídicos. De otro, que llamamos objetiva o sustancial, contrapartida colectiva de la atribuida a los individuales, como vector que constriñe el despliegue

13 GONZALES MERIANO, lo cita con los siguientes datos: MARTÍNEZ TURRÓN J., Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense de Madrid, Vol. 79, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 202.

14 GONZÁLES MERIANO, Gabriel, *La Libertad Religiosa y la Libertad de Conciencia*, pág. 4. <https://ucu.edu.uy>

por el individual de aquellas facultades de las que está investido en nombre de la dignidad”¹⁵.

La dimensión objetiva consiste en deberes y responsabilidades generales y abstractas para la comunidad política, involucra al Estado y a la sociedad. Para la protección de los derechos ambos niveles o dimensiones conjugan en la tutela.

En el Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo encontramos el siguiente concepto de la libertad de conciencia, nos indica que está referido al entendimiento total de las cosas. Señala que ese entendimiento tiene dimensiones filosóficas, psicológicas, teológica y morales; además argumenta que esa conciencia trabaja con un cúmulo de ideas, que le permite al sujeto percibirse asimismo y al mundo; además percibir lo que es correcto. Agrega también que, desde un punto de vista jurídico, podemos reseñar que estas ideas integradas (conciencia), les permiten a las personas elaborar su propio esquema teórico de las cosas, y tener así una manera de asumir el mundo y una actitud para abordarlo, reflejándose en convicciones intelectuales, morales y religiosas para conducirse en la sociedad¹⁶.

El profesor chileno Humberto Nogueira Alcalá, con respecto a la libertad de conciencia refiere que la conciencia constituye el núcleo central y básico de la personalidad del ser humano, la que estructura la conformación ética de la persona humana, posibilitando la integridad moral del individuo y el desarrollo de su personalidad.

“La libertad de conciencia protege el proceso racional, reflexivo, la elaboración intelectual del ser humano y su adhesión o no a concepciones valóricas o creencias, sean estas religiosas, filosóficas, ideológicas, políticas o de cualquier otra naturaleza, como asimismo a rechazar aquellas que considera erróneas; proceso que corresponde al fuero interno de la persona que tiene un carácter inviolable, el cual plantea

15 CHUECA, Ricardo (Director), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid - España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2015, en artículo del director: *La marginalidad jurídica de la dignidad humana*, pág. 44.

16 BASTOS PINTO, Manuel y otros, *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, Gaceta Jurídica S.A, Lima-Perú, 2012, págs. 124 - 125.

una exigencia de comportarse exteriormente de acuerdo con tales concepciones”¹⁷.

El Tribunal Constitucional peruano, en el expediente N° 085-2001-AA/TC, después de indicar que la libertad de conciencia y la libertad de religión, si bien pueden confluir en algunas de sus postulados, sostiene que son dos derechos de distinto contenido. A continuación, transcribimos los fundamentos jurídicos en el que toman esos dos derechos diferentes.

La libertad de conciencia es definida de la siguiente manera:

“El derecho a la libertad de conciencia supone el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo. El libre desarrollo de la personalidad del individuo implica que en el transcurrir de la vida la persona vaya formándose en valores o principios que den lugar a la generación de un propio cúmulo de criterios e ideas. El Estado Constitucional de Derecho resguarda que el forjamiento de la propia conciencia no conlleve perturbación o imposición de ningún orden, ni siquiera de aquellos postulados éticos o morales que cuenten con el más contundente y mayoritario apoyo social, pues justamente, una condición intrínseca al ideal democrático lo constituye el garantizar el respeto de los valores e ideas de la minoría”¹⁸.

Con respecto a la libertad de la religión el TC expresa:

“... la libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto. Como todo derecho de libertad, el derecho a la libertad religiosa tiene una vertiente negativa, que garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia que no desea tomar parte en actos de la naturaleza antes descrita”¹⁹.

17 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La libertad de conciencia, la manifestación de creencias, la libertad de culto en el ordenamiento chileno*, Revista Ius et Praxis v. 12.n 2 Talca - Chile, 2006, pág. 16. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200002>

18 STC Exp. N° 085-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3.

19 *Ibidem*.

El mismo TC, señala que la conciencia está vinculada a la libertad de ideas; mientras que, que la libertad de religión, lo está a la libertad de creencias.

V. Objeción de conciencia

La Constitución española de 1978, estableció la objeción de conciencia en el artículo 30.2 frente a las obligaciones militares; mientras que la Constitución peruana de 1979, no la institucionizó no obstante que el servicio militar era obligatorio por disposición del artículo 78.

Diego M. Papayannis en su comentario al artículo 12 de la Declaración Americana de Derechos Humanos; con respecto a la libertad de conciencia y de religión, sostiene que se trata de preservar la integridad moral de las personas. Al mismo tiempo agrega que con tal finalidad, el Estado debe abstenerse de imponer por medio de la ley cualquier obligación que sea contraria a los deberes que surgen de la moral individual o de la religión de los ciudadanos razonables.

“La idea principal que aquí se sostiene es que toda sociedad liberal debe reconocer la *objeción de conciencia*, es decir, el derecho de los ciudadanos a no ser castigados por el incumplimiento de aquellas normas que están en conflicto con los deberes morales que surgen de la doctrina comprensiva que cada uno sustenta. El fundamento de este deber se encuentra en los principios que deben gobernar en toda sociedad democrática marcada por el hecho del pluralismo razonable”²⁰.

El autor citado agrega que una sociedad democrática y plural, debe establecer la objeción de conciencia entre sus reglas básicas; esto es, que debe tener un reconocimiento de carácter constitucional, debe en todo caso gozar de una positivización, al mismo tiempo de una garantía.

En nuestras complejas formaciones económico-sociales y culturales, calificada como sociedad pluriétnicas, plurinacionales pluriculturales, las expresiones culturales se manifiestan con mucha complejidad y diversidad. Esta complejidad o pluralidad de convicciones no significa que pueda quedarse sin protección jurisdiccional.

20 PAPAYANIS, Diego M. *Artículo 12: Libertad de conciencia y religión* (De la Convención Americana de Derechos Humanos”, pág. 220. <http://cedhuapp2.sytes.net>.

La objeción de conciencia en pleno siglo XXI nos puede llevar o conducir a objetar muchos aspectos de la vida; anteriormente cuando el servicio militar fue obligatorio, realidades distintas a la nuestra objetaban el servicio indicado porque no estaba de acuerdo a sus convicciones morales o religiosas.

Por su parte Blas Jesús Muñoz Priego, afirma que: "Por objeción de conciencia se entiende la actitud de quien se niega a obedecer una orden de la autoridad o un mandato legal invocando la existencia, en su fuero interno, de una contradicción entre el deber moral y el deber jurídico, a causa de una norma que le impide asumir el comportamiento prescrito"²¹.

Al mismo tiempo señala que, la objeción puede tener como fundamento convicciones filosóficas, religiosas, morales, humanitarias o políticas y las conductas pueden estar referidas a variada naturaleza como la guerra, la violencia, el juramento, el servicio militar, el pago de determinados impuestos, el cumplimiento del ideario de un centro de enseñanza, la colaboración de prácticas abortivas legales, la venta de anticonceptivos, la propia asistencia sanitaria o incluso, la sanción de determinadas leyes por quien ostenta la Jefatura de Estado.

Por su parte Martín Vincés Arbulú, define la objeción de conciencia como un derecho fundamental derivado de la libertad de conciencia y señala que consiste en el incumplimiento de un mandato imperativo, motivado por convicciones de la persona, religiosas, éticas, morales, ideológica o de similar valor axiológico²².

A su vez, Luis Prieto Sanchís, en su artículo titulado *Libertad y objeción de conciencia*, nos brinda ideas y nociones muy importantes que nos lleva a comprender las dimensiones de la objeción de conciencia; sin embargo, hay que tener presente que cuando se elaboró la Constitución española de 1978, se estableció la objeción de conciencia a nivel constitucional; por tanto el Tribunal Constitucional español, empezó a amparar en varios procesos frente al servicio militar obligatorio en base al precepto constitucional cuando el dispositivo legal no había aprobado; también es necesario

21 MUÑOZ PRIEGO, Blas Jesús, La objeción de conciencia, pág. 2. <https://www.bioeticas.org>

22 VINCÉS ARBULÚ, Martín, El derecho de objeción de conciencia en la ley de libertad religiosa peruana. Nociones previas y aproximación crítica, en *Revista de Investigación Jurídica* N° 10, pág. 1.

mencionar que en cumplimiento del artículo 30.2 de Carta española se dictó la Ley 22/1988, de 6 de julio, denominada de Objeción de Conciencia y de Prestación Sustitutoria.

En su análisis sobre la libertad de conciencia afirma que bajo el paraguas de la libertad de conciencia podemos hacer muchas cosas, pero no todas. Más adelante sostiene que la cuestión esencial consiste en determinar hasta dónde llega la libertad de conciencia, cuál su frontera o su límite; luego agrega, la siguiente interrogante: a partir de qué momento deja de ofrecer la tutela que se supone han de brindar los derechos fundamentales. A la pregunta formulada, el mismo lo halla la respuesta, en la misma norma Constitucional española en el 16.1 del texto vigente, en el sentido de que ese límite está establecido por el mantenimiento del orden público. Agrega que, el Tribunal Constitucional –refiriéndose al español– lo viene reiterando desde sus primeras sentencias sosteniendo que no existen derechos ilimitados, afirmando que todos los derechos se hallan limitados “por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos” (STC 2/1982).

El citado estudioso, después señala que, la libertad de conciencia desemboca en la objeción de conciencia. Sostiene que, es casi imposible ensayar un catálogo exhaustivo de las modalidades de ejercicio de la libertad de conciencia, no solo por ser potencialmente ilimitadas, sino mientras no surge el conflicto con otro derecho legal o bien constitucional, resulta indiferente adscribir la conducta en cuestión al ámbito protegido por uno u otro derecho, o incluso a la esfera, un tanto difusa del *agere licere* (para poder actuar). Sostiene que a esta situación de conflicto entre el derecho y su límite propone denominarla objeción de conciencia, A continuación indica: “La objeción de conciencia puede ser definida así como la libertad de conciencia en caso de conflicto, más exactamente, como la situación en que se halla la libertad de conciencia cuando alguna de sus modalidades de ejercicio (*prima facie*) encuentra frente a sí razones opuestas derivadas de una norma imperativa o de la pretensión de un particular”²³.

23 PRIETO SANCHÍS, Luis, *Libertad y objeción de conciencia*, págs. 259 - 265. <https://www.corteidh.or.cr>

VI. Libertad de conciencia y objeción en el Perú

Conforme señalamos en las primeras líneas, nuestras Constituciones tutelan la libertad de conciencia y la libertad religiosa; sin embargo, constitucionalmente tampoco, legalmente se estableció el derecho de objeción de conciencia; es decir, ni la Constitución del 79, tampoco la vigente (1993) lo institucionalizó; por tanto, fue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha construido ese vacío, lo que significa que la Constitución española no inspiró a los legisladores constituyentes como lo hizo en otros aspectos, en la Constitución derogada de 1979. Es que la Carta española, constitucionalmente estableció la objeción de conciencia frente al servicio militar conforme puede apreciarse en el artículo 30.2 de la Constitución de 1978²⁴ lo que no ocurrió en la Constitución peruana de 1979, no obstante se establecía la obligatoriedad del servicio militar en el artículo 78. La Constitución de 1993 suprimió el servicio militar obligatorio, no la consignó como la Carta de 1979.

Otro aspecto que es necesario señalar es que actualmente se ha establecido la objeción de conciencia pero, a nivel legislativo; es decir, está regulado en el artículo 4° de la Ley N° 29635, denominada Ley de Libertad Religiosa, definiéndola como una oposición al cumplimiento de un deber legal, motivada por convicciones morales o religiosas y su ejercicio se fundamenta cuando alguien se halla imposibilitado por causa de imperativo moral o religioso²⁵. La ley en referencia fue publicada el 21 de diciembre de 2010.

Esta Ley de Libertad Religiosa (Ley N° 29635), actualmente con un Reglamento aprobado en por D.S. 006-2016; en su cuyo artículo 8, establece la objeción de conciencia por razones religiosas, con dos numerales o incisos, estableciendo que la objeción de conciencia a que se refiere el artículo 4 se

24 El texto del artículo 30.2 de la Constitución española: "La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria."

25 El texto del artículo 4° de la Ley 29635: "La objeción de conciencia es la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas.

"Se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece"

la Ley de Libertad Religiosa, se fundamenta en la doctrina religiosa que se profesa y debe estar reconocida por la autoridad de la entidad religiosa a que se pertenece, poniendo el límite de que en el sentido que la confesión religiosa que uno profesa no puede atentar contra los derechos fundamentales²⁶. Esto lo establece en el primer numeral; mientras que, en su segundo numeral, determina que, las entidades públicas y privadas deben tomar las previsiones respectivas, la atención necesaria en casos de objeción.

A nivel legal, tampoco a nivel reglamentario no se ha desarrollado la objeción de conciencia, no obstante, se pudo haber desarrollado adecuadamente en el terreno normativo.

VII. Conclusiones

Las pinceladas reflexivas que hemos efectuado en este pequeño artículo, nos permite concluir que, a nivel de organización estatal desde los primeros años de nuestra vida republicana, comenzamos con un Estado de carácter confesional, prohibiendo el ejercicio público de otros credos religiosos; sin embargo, esta postula política, cambió para brindar debidamente libertad religiosa y de conciencia a todas las personas.

El Tribunal Constitucional peruano, ha sido el abanderado en el reconocimiento del derecho de objetar antes de la regulación normativa de carácter legal y reglamentario; por tanto, se encuentra pendiente un desarrollo de carácter doctrinal minucioso.

Consideramos que se halla pendiente un estudio de carácter jurisprudencial y normativo de carácter comparado, para comprender y desarrollar la libertad de conciencia y la objeción de conciencia, luego desarrollar una cultura de objeción de conciencia.

VIII. Bibliografía

CARBONELL, Miguel, *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*, Palestra Editores, pp. 340, Lima - Perú 2010.

26 El texto citado del Reglamento (artículo 8) es el siguiente: "8.1 La objeción de conciencia a que se refiere el artículo 4 de la Ley se fundamenta en la doctrina religiosa que se profesa, debidamente reconocida por la autoridad de la entidad religiosa a la que se pertenece, siempre que no atente contra los derechos fundamentales, la moral y las buenas costumbres. 8.2 Las entidades públicas y privadas toman las previsiones correspondientes para garantizar la atención necesaria en caso de petición de objeción de conciencia".

- CHUECA, Ricardo (director), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 445, Madrid – España, 2015.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Las constituciones del Perú*, tomos II, pp. 371 y 378 c/t., Fondo Editorial Universidad de San Martín de Porres, Lima – Perú, 2006.
- DÍAZ MUÑOZ, Óscar y otros (Coordinadores), *El derecho fundamental de la libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina jurisprudencial*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, pp. 501, Lima – Perú 2014.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Libertad y objeción de conciencia”, *Persona y Derecho*, 54 (2006): 259-273.
- SOUTO GALVÁN, Beatriz, *La libertad de creencias. Un estudio comparado entre los ordenamientos jurídicos español y peruano*, Palestra Editores, Lima – Perú, 2017.

A DOSCIENTOS AÑOS DE SU ESTABLECIMIENTO EN EL PERÚ (1822-2022) LA REPÚBLICA COMO PROBLEMA TEÓRICO

*Raúl Chanamé Orbe**

*“Hombre de América, tu honor es ser Republicano,
tu gloria es haber conquistado la República,
tu derecho de gobernarte a ti mismo es la República,
y tu deber es serlo siempre”*

*Francisco Bilbao
Evangelio Americano
1865, p. 318*

Sumario: 1). La República de los clásicos; 2). El renacimiento republicano; 3). La República moderna; 4). El republicanismo en las Américas; 5). La reivindicación republicana; 6) Bibliografía sobre la República.

* Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, ex decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

1. La República de los clásicos

Los griegos anunciaron los primeros sofismas de la política¹, y a su vez, inventaron sus primeras utopías². La República³ (*He Politeia*) de Platón (427-347 a.n.e), es un diálogo filosófico donde se plantea un orden social basado en un régimen ideal, que para Karl Popper más que un gobierno, era un estado que anticipa los absolutismos contemporáneos⁴. La idea desde su origen será polémica, no obstante, será duradera en la historia, a pesar de las falacias que han pesado sobre ella.

Aristóteles (384-322 a.n.e) en *Ética a Nicómaco*⁵, orienta su crítica no a exaltar el ideal, sino a encontrar la contradicción con la realidad, a contrastar el ser con el deber ser de las instituciones. Halló que la participación democrática dentro de la República podía fácilmente degenerar en la olocracia por medio de la elocuencia de los demagogos. Así una forma avanzada de toma de decisiones podía degenerar en la peor tiranía de la muchedumbre. Apareció la desconfianza a la democracia sin límites, a los derechos sin obligaciones, a la libertad sin ley, que Polibio (200-122 a.n.e.) describiría entre las formas puras en su origen e impuras en su ejercicio de gobierno. Atenas, Esparta y Corinto se agitaron entre la democracia y sus negadores autoritarios.

Los romanos cristalizaron el ideal platónico, cuando superaron la autocracia de Lucio Tarquino el Soberbio (534 a 509 a.n.e), estableciendo a través de un derecho avanzado un modelo político inédito basado en un Senado, en comicios, referéndum y plebiscitos, donde convivían en equilibrio pacífico patricios y plebeyos. Cicerón (106-43 a.n.e) ideó su forma más avanzada de esta República romana, con virtudes ciudadanas estoicas: solidaridad, austeridad y compromiso cívico; organizado bajo preceptos morales (*De República*)⁶, cuyas autoridades civiles o militares

1 Strauss, Leo y Cropsey, Joseph (2014): *Historia de la filosofía política* (Compilación), novena edición, Fondo de Cultura Económica, México.

2 Berlin, Isaías (2017): *El Nacimiento del Individualismo Griego. Un Punto de Inflexión en la Historia del Pensamiento Político*. En *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Espasa, pp. 325 y ss.

3 Platón (2012): *La República*. España, Editorial Brontes.

4 Popper, Karl R (1994): *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*. Barcelona, Paidós Ibérica.

5 Aristóteles (2001): *Ética a Nicómaco*. Madrid, Alianza Editorial.

6 Cicerón, Marco Tulio (1986): *Sobre la República: Sobre las Leyes*, Madrid, Tecnos.

se sometían al imperio de la ley (“Somos siervos de la Ley, para poder ser libres”) a través de los Cónsules (ejecutivo), Senadores (legislativo) y Tribunales (judicial). Esta extraordinaria experiencia no se resistió a la vocación imperial de Roma, cuyo caudillo, el general Julio Cesar (100-44 a.n.e.), hijo de la ilustración romana, colocó por delante el interés expansionista del Estado, sobre cualquier límite institucional, inaugurando en la historia el cesarismo político, trastocando el, principio republicano de “la toga sobre la espada”, con la supremacía de la espada sobre la toga.

2. El renacimiento republicano

En los albores del Renacimiento, de manera circunstancial se reinstalaron estos regímenes sobre algunos pequeños reinos italianos organizándose como repúblicas de comerciantes (Las Serenísimas Repúblicas de Venecia, Geneva y Córcega), así como en pequeñas villas en la Confederación helvética (26 cantones) y las 7 repúblicas de los Países Bajos, que serían analizadas con la agudeza de Nicolas Maquiavelo (1469-1527), especialmente en su obra “Discursos sobre la primera década de Tito Libio” (1512-1519) deslizando sus premisas intelectuales sobre el republicanismo⁷.

La idea volvió en la práctica con Oliver Cromwell (1599-1658) en Inglaterra, con una versión puritana, quien tras la derrota del ejército realista (1645), la decapitación de Carlos I (1649), la abolición de la monarquía y el receso de la Cámara de los Lores estableció por acuerdo del Parlamento burgués la República (Commonwealth), que proclamó el *Instrument of Government*, que hizo las veces de Constitución. Sus seguidores lo tentaron a proclamarse monarca, este prefirió el título de Lord Protector, como el representante del poder ejecutivo que se sometía a la Cámara de los Comunes.

La República de Cromwell soportó la resistencia de la Irlanda Católica, la Escocia Presbiteriana, la nobleza inglesa desplazada y los extremistas de su propio ejército (los niveladores). Protegió a los judíos y a los cuáqueros, estableció un culto austero y de costumbre morales rígidas, prohibió las

7 Pocock, J.G.A. (2002): El Momento Maquiavélico: El Pensamiento Político Florentino y la Tradición Republicana Atlántica, Madrid, Tecnos. / La obra original de 1975, brindó un aporte a la historia de las ideas políticas republicanas, a través del análisis del “texto y contexto” del significado de las categorías, forjando la denominada Escuela de Cambridge, con las investigaciones de Quentin Skinner, John Dunn, entre otros académicos de sus predios.

fiestas populares y la embriaguez, en busca de restablecer la República platónica de hombres laboriosos y virtuosos. Esta etapa corresponde a su periodo “cesarista”, bajo el razonamiento que para salvar la libertad hay que establecer momentos excepcionales de dictadura republicana. Tras su muerte la República de Cromwell fue derrocada, no obstante, se abrió el debate sobre la viabilidad del republicanismo a través de tres obras: La República de Oceana (1656) de James Harrington (1611-1677), El Leviatán (o la materia, forma y poder de una república eclesiástica o civil) de Tomas Hobbes (1588 - 1679) y El espíritu de las leyes (1748) de Montesquieu (1689-1755).

Harrington propuso una idea sobre la representación en base a tres fundamentos: i) rotación del poder, ii) división de poderes y iii) Congreso Bicameral (Senado y Asamblea popular), cuyo marco de consenso es la deliberación de los diferentes grupos sociales en la base a la ley, recreando la República de Cicerón, que fue más allá de la utopía griega. Hobbes prosigue la propuesta de Harrington, en tanto Montesquieu revisa a Harrington, concentrándose en la división de poderes, bajo un gobierno estable. En la etapa revolucionaria los republicanos norteamericanos coincidieron con Harrington, en tanto los girondinos franceses con Montesquieu y su monarquía constitucional.

3. La República moderna

Estados Unidos estableció la primera república del mundo moderno, tras un ilustrado debate entre John Adams, James Madison y Thomas Paines, que prosiguió con Jefferson y Hamilton (El Federalista N°10), quienes denominaban “república” al sistema de representación política indirecta y “democracia” al sistema de elección y representación directa. Deliberando creativamente las experiencias romanas, renacentistas e inglesas, formaron lo que algunos han denominado Republicanismo Neoromano, estableciendo una “República vertical” no con un Cónsul, sino con un presidente, pero no una “República horizontal”, en el sentido griego, con sufragio popular directo. Por ello, es válida la precisión de Sartori a cerca de Norteamérica: “...nació como una República, no como una democracia”, de allí el debate sobreviniente entre republicanos y demócratas, polémica reanimada en los últimos años entre los denominados liberalistas y republicanistas.

En Francia nuevamente se dio la lucha entre una monarquía constitucional o una República; unos preferían la justicia, otros la igualdad, esta

fue la sangrienta polémica entre girondinos y jacobinos. En el período de El Directorio (1795-1799), que corresponde a la denominada I República francesa, empeñados en exportar el republicanismo, crearon las efímeras “Repúblicas hermanas” en los territorios liberados de las monarquías europeas. Napoleón (1769-1821) plebiscitado buscó ser la síntesis de ese republicanismo imperial que se puso en boga en Europa con terquedad hasta el imperio de su sobrino Napoleón III.

A inicios del siglo XIX había tres experiencias republicanas: la norteamericana⁸, la europea⁹ y la sudamericana¹⁰. La experiencia europea fue discreta. En 1814 ningún gran Estado del viejo mundo era República, en América había 2 repúblicas (EE. UU. y Haití). Un siglo después, en 1914, en Europa había 22 monarquías y solo 4 repúblicas (Francia, Portugal, Suecia y San Marino), en América sus 27 países se reclamaban republicanos.

La experiencia nuestra empezó temprano en el Haití de Pétion (1804), quien años después inauguró la primera Presidencia Vitalicia, tras esos pasos se proclamó la primera República Venezolana (1811), de breve vigencia. Fernando VII en 1814 con su restauración absolutista, enemistó a los liberales sudamericanos con el personalismo dinástico, dando los argumentos mayoritarios al febril republicanismo criollo. Los peruanos la asumimos con entusiasmo en 1822, bajo la prédica del tribuno José Faustino Sánchez Carrión, tras un arduo debate con el talentoso girondino Bernardo Monteagudo, estableciendo: “La nación se denomina República Peruana” (Art. 3, Bases de la Constitución Política de la República Peruana, 17 de diciembre de 1822).

Con el ciclo independentista los nuevos regímenes proclamaron repúblicas con pronunciadas prácticas autocráticas, se inventaron presidencias con marcado cesarismo, se redactaron Constituciones pomposas que no ocultaron la concentración absolutista del poder, la soberanía popular fue una proclama de las recurrentes dictaduras repúblicas que sobrevivieron.

-
- 8 Petit, Phillipe (1999) *Republicanism. Una teoría Sobre la Libertad y el Gobierno*. Barcelona, Paidós
- 9 Abellán, J (2001): *Sobre el Concepto de República en las décadas finales del Siglo XVIII*, Revista de Occidente, N° 242, Madrid.
- 10 Aguilar Rivera, José Antonio y Rojas, Rafael (2002): *El Republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de Historia Intelectual y Política (Comps.)*. México, FCE y CIDE.

En pocos años, de 7 repúblicas pasamos a tener 20, algunas con las dimensiones de las antiguas parroquias virreinales. Se declararon repúblicas nominales, no existía republicanismo. Rápidamente se generó consenso sobre un concepto casi mágico: República, los liberales propugnaban el parlamentarismo y el federalismo, los conservadores el presidencialismo y el unitarismo. Ambos coincidieron en la retórica republicana. Ni una ni otra se legitimó, las guerras intestinas y fronterizas vulneraron las flamantes repúblicas. En este trance la reacción fue desconcertante pues algunas comunidades nativas en Perú, México, e incluso Chile, plantearon restaurar la monarquía, la República -denunciaban- los había traicionado al mantener el colonial tributo indígena. Ante el despotismo, la anarquía y la corrupción, para algunos la República no había sido la solución, sino el origen de los problemas. Los conservadores denunciaron estas consecuencias de las nacientes “republicuetas”.

4. El republicanismo en las Américas

Alexis de Tocqueville (1805-1859) escribió *La democracia en América* (1837)¹¹, ponderando que en EE. UU. se había cristalizado el ideal ateniense bajo preceptos ciceronianos¹². Desde Vidaurre, que residió en Filadelfia, a principios del siglo XIX, hasta el joven José Arnaldo Márquez que visitó EE. UU. en 1857, quedaron deslumbrados por el funcionamiento del republicanismo norteamericano, identificando este sus contradicciones: “En cuanto a la esclavitud, todo se reduce a que el Sur se imagina que la república no fue establecida para los negros; solo son partidarios de la república blanca y creen que puede existir otra Roma republicana, con esclavos”¹³ llegando a sentenciar con entusiasmo que en un futuro: “Los Estados Unidos y las repúblicas españolas cumplirán su misión; y la libertad salvada en el mundo de Washington y de Bolívar, irá algún día a dictar leyes a la Europa, sentada sobre los escombros de sus tronos”¹⁴.

11 Tocqueville, Alexis de (1987): *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México.

12 Tocqueville, Alexis de (2001): *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México.

13 Márquez, José Arnaldo (2003) *Recuerdos de viaje a los Estados Unidos de la América del Norte (1857-1861)*. Clásicos sanmarquinos, Fondo Editorial UNMSM, Lima, p. 189.

14 *Ibid.*: p. 190.

Otros exhibirán más cautela a la luz de las experiencias vividas, así cuando Santiago Távara escribe su *Historia de los partidos* (1862)¹⁵, ensaya un recuento de rupturas permanentes, que se encaminan tortuosamente al ideal republicano. Este no era sólo un problema peruano, lo padecían los chilenos¹⁶, los ecuatorianos¹⁷, los mexicanos¹⁸ y los argentinos¹⁹ con la misma intensidad. Rocafuerte, Alberti, Gálvez, Sarmiento y Juárez denuncian esta procelosa estructura institucional que no termina de consolidarse.

Para los peruanos la idea que nació con ilusión utópica se transformó en una institución con abundante retórica y acumuladas injusticias. Por ello, la primera historia de esta república nonata es de Mariano Felipe Paz Soldán: *Historia del Perú independiente* (1868, 1870, 1874 y 1888, en 4 volúmenes). En paralelo, Francisco García Calderón Landa da una definición sobre república: “Forma de gobierno en que el pueblo manda, por medio del magistrado o magistrados supremos que nombra para este efecto”²⁰, a poco se precipitó la guerra que no solo desaparecerá los símbolos de esta República, sino, además, el propio estado. Hubo otro aporte intermitente de Manuel Nemesio Vargas, *Historia del Perú independiente*, publicada entre 1903-1942, en 9 volúmenes que solo llegó hasta 1840 cuando la República padecía la crisis de sus utopías fundacionales, esfuerzo que llegando tardíamente al debate del centenario de la independencia no tuvo mayor repercusión académica²¹.

15 Távara, Santiago (1951): *Historia de los Partidos*, Biblioteca de la República, Volumen I, Editorial Huascarán, Lima.

16 Collier, Simón (2005): *Chile. La Construcción de la República. 1830-1865. Política e ideas*. Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile.

17 Rodríguez O., Jaime (2008): *Monarquía, Constitución, Independencia y República: la Transición de Vicente Rocafuerte del Antiguo al Nuevo Régimen, 1783-1832*. México, Instituto Mora, el Colegio de Michoacán.

18 Costeloe, Michael P. (1975): *La primera república federal de México (1824-1835)*, México, FCE.

19 Myers, Jorge (2002): *Orden y virtud. El discurso republicano en el régimen rosista*. Buenos Aires, Universidad de Quilmes.

20 García Calderón, Francisco (1879): *Diccionario de la Legislación Peruana*, Tomo II, Librería de Laroque, Paris, p. 1673.

21 Vargas Ugarte, Rubén (1971): *Historia General del Perú. La República (1825 - 1833)*. Vol. VII, Editor Carlos Milla Batres, Lima, pp. 13 - 27.

Riva Agüero no se entusiasmó por escribir una historia de esta república, pues, según el erudito de la generación del novecientos, desde su origen ésta exhibirá la crisis de sus imposturas anárquicas, solo se limitó a escribir una *Historia de la Confederación Peruana-Boliviana*, como una de las pocas hazañas republicanas, concentrando su poderosa inteligencia en el virreinato como legado histórico duradero. Fue la generación del centenario con Jorge Basadre, Raúl Porras Barrenechea y Jorge Guillermo Leguía la que acometió este vacío intelectual de forma integral creando incluso una truncada Biblioteca de la República. Basadre persistió, acopiando las bases documentales para la historia de la República, planteando la génesis a través de la iniciación de la República (1929 - 1930), sintetizando y documentando en solitario su obra magna: *La Historia de la República del Perú: 1822-1933*, publicando su primera edición en 1939, que alcanzara los 16 volúmenes en 1968, buscando responder los grandes acertijos de la centuria republicana. Basadre recurre al mismo archivo de Paz Soldán para abrir nuevas interpretaciones, precisando que cuando en su trabajo se habla de "República" se refiere en general al Estado peruano²², pretendiendo resolver dos problemas simultáneos de la República: el nacional y el democrático.

Basadre en sus reflexiones maduras se interroga sobre el enigma republicano ¿Si el republicanismo fue un concepto partidario, como superar su visión parcializada? ¿Cómo hacer para que no sea una narrativa sectaria? ¿Cómo evitar que la historia desgarrada del pasado no sea un ajuste de cuentas con los adversarios del presente? El historiador de la república encara el problema: "Hay quienes ven la historia republicana del Perú como una cueva de bandoleros o un muladar que solo merece desprecio o condena. Algunos, en cambio, se precipitan en su recinto para querer convertirlo en su santuario y venerar en él a los antepasados propios o ajenos. Aquí se ha buscado, ante todo, comprensión, objetividad, coordinación, ensamble, sin odio para nadie y sin adulación para nadie, con el afán de superar el atolondramiento, la vehemencia, el encono, la suciedad, la mezquindad, plagas de la vida criolla"²³.

22 Basadre, Jorge: Nota preliminar a su *Historia de la República del Perú, 1822-1933*, 8va. Edición, Universidad Ricardo Palma, Tomo I, p. XVII.

23 Basadre, *Ibid.*, p. XVII.

¿Cómo superar el encono fundacional? Francisco García Calderón Rey lo sintetiza buscando el equilibrio, pues para él no habían triunfado -como algunos presumen- los liberales ni habían sido derrotado los monárquicos, sino para afrenta de ambos, mantuvimos lo peor del virreinato, y no trajimos lo mejor del republicanismo, creando una “monarquía presidencial”²⁴, antes Alberdi señaló que la monarquía en nuestro continente era una realidad y la república un accidente, solo en ese contexto se podría entender los fundamentos de los “cesarismos democráticos” de Laureano Vallenilla²⁵. En la experiencia peruana aún falta discernir las particularidades del concepto en nuestro marco institucional, sus momentos cíclicos, sus crisis periódicas, allí las denominaciones de Republica Militar, Republica Práctica, República Guanera, República Vertical, Republica Aristocrática, República Oligárquica, República Autocrática, República Empresarial o República Inconclusa.

5. La reivindicación republicana

En el momento de su predominio universal, en los últimos años, desde la filosofía política, la teoría o la ciencia política han surgido posiciones que reivindican, revisan o cuestionan la denominada tradición liberal republicana o el republicanismo del liberalismo. Todo depende desde qué experiencia se asume el republicanismo moderno.

El pensamiento revisionista apareció desde la filosofía política (John Rawls, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas), planteando los dilemas entre deber y libertad, igualdad y justicia, e individuo y comunidad; trasladado la especulación filosófica a la teoría política (Micheael Sandel, Philip Pettit, Quentin Skinner) entre el liberalismo y el republicanismo, el individualismo y el multiculturalismo, y la economía y la política. El cuestionamiento teórico ha surgido desde la práctica de la república (“realmente existente”, “procedimental”, “formal”, “vertical”, etc.), produciendo una abundante

24 García Calderón R., Francisco (2001): *El Perú Contemporáneo*, Congreso de la República, Lima.

25 Vallenilla, Laureano (1991): *Cesarismo Democrático y Otros Textos*, Arauco, Venezuela.

bibliografía tanto en castellano²⁶ como en inglés²⁷, cuyas claves requieren ser interpretadas ante la crisis de los regímenes republicanos hegemónicos.

La república es un tema común a la reflexión latinoamericana, más aún en los Bicentenarios republicanos de la región (2010-2030), Natalio R. Botana²⁸, Enrique Krause²⁹, Hilda Sabato³⁰, José Antonio Aguilar R³¹. y Rafael Rojas³² han planteado argumentos más allá de las controversias nacionales, para dilucidar lo ilusorio de la república constitucional y lo escaso de la tradición republicana, como programa ilustrado de modernización y democratización no concluidos en Latinoamérica.

En nuestro medio, Rubén Vargas Ugarte en su *Historia General del Perú* (1971), le dedicó 4 tomos a *La República*³³; Enrique Chirinos Soto publicó una *Historia de la República* (1985), que llevó a completar 3 volúmenes, que para Juan Zegarra Russo debió llamarse con propiedad

-
- 26 Ovejero, Félix, Martí, José Luis, Gargarella, Roberto (2004): *Nuevas Ideas Republicanas. Autogobierno y Libertad* (Comps). Barcelona, Paidós/ Béjar, Helena (2000): *El Corazón de la República. Avatares de la Virtud Política*, Barcelona, Paidós/ González A.M. (2001): *Republicanism: Orígenes Historiográficos y la Relevancia de un Debate*” *Revista de Occidente*, No 242, Madrid. / Giner, S. (1998): *Las razones del republicanismo, Claves de la razón práctica*, No 81, Madrid.
- 27 Rahe, P. (1992): *Republics Ancient and Modern: Classical Republicanism and the American Revolution*, Chapel Hill, University of North Carolina Press/ Bock, G, Skinner, Q., Viroli, M. (1990): *Machiavelli and Republicanism* (comps), Cambridge, Cambridge University Press /Rodgers, D (1992): *Republicanism: The Career of a Concept*, *The Journal of American History*/ Maynor, J. (2003) : *Republicanism in the Modern World*, Cambridge, Polity Press. Entre muchísimos más.
- 28 Botana, Natalio R. (2002): *La república vacilante*, Ediciones Taurus, Buenos Aires/ Botana, Natalio R. y Gallo, Ezequiel (1997): *De la república Posible a la República Verdadera*, Estudio Preliminar, Biblioteca del Pensamiento Argentino III, Ariel-Historia, Buenos Aires.
- 29 Krause, Enrique (2004) *Travesía liberal. Del Fin de la Historia a la Historia Sin Fin*, Tusquets editores, Buenos Aires.
- 30 Sabato, Hilda (2006) “La reacción de América: La construcción de la república en el siglo XXI”. En *Europa, América y el mundo. Tiempos Históricos*, Madrid, Marcial Pons. / Sabato, Hilda (2021) *Repúblicas del Nuevo Mundo. El experimento político latinoamericano del siglo XIX*. Editorial Taurus, Lima.
- 31 Aguilar, José Antonio y Rojas, Rafael (2002) *El republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de historia intelectual y política*, México, FCE/CIDE.
- 32 Rojas, Rafael (2009) *Las repúblicas de aire. Utopía y desencanto en la revolución de Hispanoamérica*. Taurus editores, México.
- 33 Vargas Ugarte, Rubén (1971): *Historia general del Perú*, Editorial Milla Batres, Lima.

Crónica de la República, por su estilo coloquial y periodístico, no por ello menos valioso como referencia histórica³⁴; ya desde los años noventa del siglo XX aparece un primer impulso reflexivo de Nelson Manrique (1995)³⁵, Carmen Mc Evoy establece un programa de investigación desde la figura de Manuel Pardo y el civilismo auroral³⁶, promoviendo otros textos en el ámbito doctrinal, institucional y electoral³⁷, Peter CK. Klarén desde la perspectiva de la nación hace una evaluación republicana³⁸, Carlos Contreras y Marcos Cueto nos han brindado la historia contemporánea de la república³⁹, Mark Thurner planteó el problema institucional en relación a los nativos⁴⁰, desde una investigación regional Cecilia Méndez ha hecho importantes contribuciones desde una perspectiva plebeya⁴¹, la tesis de Cecilia del Águila sobre la organización corporativa de la nueva república nos da una visión más allá del poder tradicional⁴², también contribuye al análisis de este ciclo histórico las investigaciones de Natalia Sobrevilla⁴³, a su vez, el discurso político fundacional de la república ha sido estudiado por Rolando Rojas⁴⁴ así como una explicación desde la ciencia política la ha

-
- 34 Chirinos Soto, Enrique (1991): *Historia de la República*, Tomo I, Editorial A.Ch. Editores S.A., Bogotá, 4ta. Edición, p. 9.
- 35 Manrique, Nelson (1995) *Historia de la Republica.*, COFIDE, Lima.
- 36 Mc Evoy, Carmen (1997): *La utopía republicana: ideales y realidades en la formación de la cultura política peruana (1871 - 1919)*, PUCP, Lima.
- 37 Mc Evoy, Carmen (2009) *En pos de la República. Ensayos de historia política e intelectual*. Instituto de Estudios Peruanos, Lima. / McEvoy, Carmen (2021) *La república agrietada*, Editorial Planeta, Serie Crítica, Lima.
- 38 Klarén, Peter F. (2004): *Nación y sociedad en la historia del Perú*, IEP, Lima
- 39 Contreras, Carlos y Cueto, Marcos (2013): *Historia del Perú contemporáneo*, Edición IEP y PUCP, 5ta. Edición, Lima.
- 40 Thurner, Mark (2006): *Republicanos andinos*, Centro Bartolomé de las Casas, Lima.
- 41 Méndez, Cecilia (2014): *La Republica plebeya, Huanta y la formación del Estado peruano, 1820-1850*. IEP, Lima.
- 42 Aguila, Cecilia del (2010): *La república corporativa. Constituciones, ciudadanía corporativa y política (Perú 1822-1896)*. Tesis de doctor, UNMSM, Lima.
- 43 Sobrevilla, Natalia (2020) *Los inicios de la República Peruana. Viendo más allá de la "Cueva de bandoleros"*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima.
- 44 Rojas, Rolando (2021) *La República imaginada. Representaciones culturales y discursos políticos en la época de la independencia*. IEP, Lima.

brindado Alberto Vergara⁴⁵ y la dimensión contemporánea de la República la ha sostenido el ensayista Hugo Neira con su libro *¿Qué es República?*⁴⁶ Recientemente Antonio Zapata ha publicado una visión republicana desde sus desbordes y crisis⁴⁷.

La deliberación académica es actual en nuestra región, para Botana el republicanismo está regulado por seis componentes: 1) los derechos que se proclaman, 2) las instituciones que las garantizan, 3) el cuerpo representativo que en ese marco gobierna, 4) el gobierno que hace públicos sus actos, 5) la responsabilidad que esos representantes y gobernantes asumen y 6) las obligaciones que el ciudadano incorpora a su conducta para apuntar a ese complejo edificio⁴⁸. Para el ensayista argentino otra vez aparece en el orden institucional el diálogo entre Platón y Aristóteles, dialéctica entre el deber y el derecho, sostiene: "Para el republicanismo clásico el deber precede a los derechos; para el republicanismo moderno, los derechos preceden al deber. En rigor, no hay, en nuestra opinión, precedencia sino equivalencia"⁴⁹. Para el ensayista argentino es la búsqueda del equilibrio razonable entre libertad y comunidad.

Para Rojas el novorepublicanismo sudamericano se caracteriza por cuatro desafíos a resolver: i) la soberanía popular, ii) el gobierno representativo, iii) la electividad de la primera magistratura y iv) los derechos ciudadanos⁵⁰. La constitución aparece como la síntesis mágica de este orden republicano fragmentado, y su abrogación periódica como el intento legislativo de corregir las carencias o excesos de la praxis política, no como acuerdo sino como imposición de una facción predominante del escenario político.

45 Vergara, Alberto (2013) *Ciudadanos sin República. ¿Cómo sobrevivir en la jungla política peruana?* Editorial Planeta, Lima.

46 Neira, Hugo (2012): *¿Qué es República?*, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima.

47 Zapata, Antonio (2021) *Lucha política y crisis social en el Perú republicano 1821-2021*. Fondo Editorial PUCP, Lima.

48 Botana, Natalio R. (2006) *Poder y Hegemonía. El Régimen Político Después de la Crisis*. Emece editores, Buenos Aires, p. 17.

49 Botana, *Ibid.*, p. 229.

50 Rojas (2009), *Ibid.*, p. 110.

Como hace doscientos años, el debate republicano no ha estado separado de su contenido democrático; así, en los países centrales que se dotaron de una tradición republicana se planteó la calidad cívica de su orden institucional. Mencionemos a R.Dahl⁵¹, R. Dahrendorf⁵² y A. Lijphart⁵³, el primero sostenía un conjunto de requisitos de esencia republicanas: 1) Libertad para constituir e integrarse en organizaciones políticas, 2) Libertad de expresión, 3) El derecho de voto, 4) Elegibilidad para el cargo público, 5) Derecho de los líderes políticos a competir por el voto, 6) Fuentes alternativas de información, 7) Elecciones libres y limpias, 8) Que los partidos e instituciones del gobierno dependan del voto y otros signos de preferencia. Para estos autores, la república y la democracia están asociados.

En nuestro caso hubo una disociación -como no podía ser de otra forma- inmediata entre el ideal y la realidad. La república se divorció de la democracia, la república en poco se diferenció de la monarquía despótica, por ello Krause acuñó el concepto de la "Presidencia Imperial"⁵⁴; concepto similar al de "República coronada" del ensayista español Gustavo Bueno, que se manifestaba sin freno, sin límites, sin rotación institucional; más aún, los liberales -en Latinoamérica- que debían ser su contrapeso doctrinal se tropicalizaron con el voto censitario, la ciudadanía patrimonial y un nacionalismo constitucional; que sin desearlo dio pie al caudillismo militar, el cual sobrevino a las independencias desde 1827, que provocó latentes guerras fronterizas y puso en permanente Estado de excepción la soberanía popular.

Por ello, el problema de los gobernantes que sucedieron a San Martín, O'Higgins y Bolívar, no fue edificar repúblicas, sino tan sólo sostener celosamente estados nacionales por la vía cesarista, dejando para el futuro la promesa republicana; en muchos casos obviando los límites jurídicos (Disolución del Congreso, Reelección Presidencial, Vacancia

51 Dahl R. (1991): *La Democracia y sus Críticos*, Paidós, Buenos Aires.

52 Dahrendorf, R. (2002): *Después de la Democracia: Entrevista de Antonio Polito*, Editorial Crítica, Barcelona.

53 Lijphart, A. (1991): *Las Democracias Contemporáneas*, 2da. Edición, Editorial Ariel, Barcelona.

54 Krause, Enrique (1997): *La Presidencia Imperial*, Tusquets editores, México.

Presidencial, Plebiscitos oficialistas, etc.). Hay elecciones periódicas⁵⁵, pero no hay democracia necesariamente; existen votantes, no ciudadanos; hay muchas constituciones y poca República. Allí nuestros problemas aplazados de solución.

En el siglo XX la denominación republicana se hizo unánime en el mundo, los comunistas crearon sus Repúblicas Soviéticas, Repúblicas Socialistas, Repúblicas Populares, Repúblicas democráticas; los socialdemócratas fundaron la “República de Weimar”; los fascistas dieron al traste con la monarquía italiana y crearon la República del Saló, los franceses crearon la V República, hay teocracias que se llaman Repúblicas islámicas, incluso hay monarquías constitucionales que insisten que tienen espíritu republicano (Austria, Holanda, España), en nuestro caso los cronistas denominaron a unos *ghettos* coloniales como la República de indios⁵⁶ y, posteriormente, los indigenistas soñaron con una República Tahuantinsuyana y más recientemente la burguesía criolla con una República empresarial⁵⁷. La denominación es de leyenda homérica, no obstante, ante esa hegemonía verbal, Bobbio impugna la palabra y su significado: “Para mí la república es un Estado ideal que no existe en ninguna parte. Es un ideal retórico, y por ello me resulta difícil comprender tu significado de república, y de los republicanos”⁵⁸.

Entre nosotros hay que discernir qué tradiciones republicanas (clásica, renacentista o moderna) llegaron a nuestro orden institucional y porque otras, muy significativas, se perdieron u obviaron a poco de su fundación. Más aún, queda pendiente el desafío de darle contenido material a la palabra que hace doscientos años -más allá de cualquier retórica- inspiró un ideal platónico de crear un régimen superior en medio de la grandeza de la naturaleza indoamericana.

55 Chanamé Orbe, Raúl (2020): La Utopía de la Democracia. Historia del Sufragio en el Perú (1808-1933), Fondo editorial del Jurado Nacional de Elecciones, Lima.

56 Román y Zamora; Jerónimo (1897): Repúblicas de Indias (1575), Colección de libros españoles raros o curiosos, Tomos XIV y XV, Madrid.

57 Durand, Francisco (2017): Los doce apóstoles de la economía peruana. Una mirada social de los grupos de poder limeños y provincianos. Fondo editorial de la PUCP, Lima.

58 Bobbio, Norberto y Viroli, Maurizio (2002): Diálogo en Torno a la República, Kriterion-Tusquets, pp. 10 y ss.

6) Bibliografía sobre la República

- Abellán, J (2001) Sobre el Concepto de República en las décadas finales del Siglo XVIII, *Revista de Occidente*, N° 242, Madrid.
- Aguila, Cecilia del (2010): *La república corporativa. Constituciones, ciudadanía corporativa y política (Perú 1822-1896)*. Tesis de doctor, UNMSM, Lima.
- Aguilar, J. y Rojas, R. (2002): *El Republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de Historia Intelectual y Política (Comps.)*. México, FCE y CIDE.
- Aristóteles (2001) *Ética a Nicómaco*. Madrid, Alianza Editorial.
- Basadre, Jorge: *Nota preliminar a su Historia de la República del Perú, 1822-1933*, 8va. Edición, Universidad Ricardo Palma.
- Béjar, Helena (2000): *El Corazón de la República. Avatares de la Virtud Política*, Barcelona, Paidós.
- Berlín, Isaias (2017) *El Nacimiento del Individualismo Griego. Un Punto de Inflexión en la Historia del Pensamiento Político*. En *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Espasa.
- Bock, G, Skinner, Q., Viroli, M. (1990): *Machiavelli and Republicanism (comps)*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Bobbio, Norberto y Viroli, Maurizio (2002): *Diálogo en Torno a la República*, *Kriterios-Tusquets*, pp. 10 y ss.
- Botana, Natalio R. y Gallo, Ezequiel (1997): *De la república Posible a la República Verdadera, Estudio Preliminar*, *Biblioteca del Pensamiento Argentino III*, Ariel-Historia, Buenos Aires.
- Botana, Natalio R. (2002): *La república vacilante*, Ediciones Taurus, Buenos Aires.
- Botana, Natalio R. (2006) *Poder y Hegemonía. El Régimen Político Después de la Crisis*. Emece editores, Buenos Aires.
- Cicerón, Marco Tulio (1986) *Sobre la República: Sobre las Leyes*, Madrid, Tecnos.
- Chanamé Orbe, Raúl (2020): *La Utopía de la Democracia. Historia del Sufragio en el Perú (1808-1933)*, Fondo editorial del Jurado Nacional de Elecciones, Lima.
- Chirinos Soto, Enrique (1991): *Historia de la República, Tomo I*, Editorial A.Ch. Editores S.A., Bogotá, 4ta. Edición.
- Collier, Simón (2005): *Chile. La Construcción de la República. 1830-1865. Política e ideas*. Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile.
- Contreras, Carlos y Cueto, Marcos (2013): *Historia del Perú contemporáneo*, Edición IEP y PUCP, 5ta. Edición, Lima.
- Costeloe, Michael P. (1975): *La primera república federal de México (1824-1835)*, México, FCE.
- Dahl R. (1991): *La Democracia y sus Críticos*, Paidós, Buenos Aires.
- Dahrendorf, R. (2002): *Después de la Democracia: Entrevista de Antonio Polito*, Editorial Crítica, Barcelona.

- Durand, Francisco (2017): Los doce apóstoles de la economía peruana. Una mirada social de los grupos de poder limeños y provincianos. Fondo editorial de la PUCP, Lima.
- García Calderón, Francisco (1879): Diccionario de la Legislación Peruana, Tomo II, Librería de Laroque, Paris.
- García Calderón R., Francisco (2001): El Perú Contemporáneo, Congreso de la República, Lima.
- Giner, S. (1998): Las razones del republicanismo, Claves de la razón práctica, No 81, Madrid.
- González A.M. (2001): Republicanismo: Orígenes Historiográficos y la Relevancia de un Debate" Revista de Occidente, No 242, Madrid.
- Klarén, Peter F. (2004): Nación y sociedad en la historia del Perú, IEP, Lima.
- Krause, Enrique (1997): La Presidencia Imperial, Tusquets editores, México.
- Krause, Enrique (2004): Travesía liberal. Del Fin de la Historia a la Historia Sin Fin, Tusquets editores, Buenos Aires.
- Manrique, Nelson (1995): Historia de la Republica., COFIDE, Lima.
- Márquez, José Arnaldo (2003): Recuerdos de viaje a los Estados Unidos de la América del Norte (1857-1861). Clásicos sanmarquinos, Fondo Editorial UNMSM, Lima.
- Maynor, J. (2003): Republicanism in the Modern World, Cambridge, Polity Press.
- Mc Evoy, Carmen (2009): En pos de la República. Ensayos de historia política e intelectual. Instituto de Estudios Peruanos, Lima.
- McEvoy, Carmen (2021): La república agrietada, Editorial Planeta, Serie Crítica, Lima.
- Mc Evoy, Carmen (1997): La utopía republicana: ideales y realidades en la formación de la cultura política peruana (1871 - 1919), PUCP, Lima.
- Méndez, Cecilia (2014): La Republica plebeya, Huanta y la formación del Estado peruano, 1820-1850. IEP, Lima.
- Myers, Jorge (2002): Orden y virtud. El discurso republicano en el régimen rosista. Buenos Aires, Universidad de Quilmes.
- Neira, Hugo (2012): ¿Qué es República?, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima.
- Lijphart, A. (1991): Las Democracias Contemporáneas, 2da. Edición, Editorial Ariel, Barcelona.
- Ovejero, Félix, Martí, José Luis, Gargarella, Roberto (2004): Nuevas Ideas Republicanas. Autogobierno y Libertad (Comps). Barcelona, Paidós.
- Petit, Phillipe (1999): Republicanismo. Una teoría Sobre la Libertad y el Gobierno. Barcelona, Paidós
- Platón (2012): La República. España, Editorial Brontes.
- Pocock, J.G.A. (2002): El Momento Maquiavélico: El Pensamiento Político Florentino y la Tradición Republicana Atlántica, Madrid, Tecnos.
- Popper, Karl R (1994): La Sociedad Abierta y sus Enemigos. Barcelona, Paidós Ibérica.

A doscientos años de su establecimiento en el Perú (1822-2022)

- Rahe, P. (1992): *Republics Ancient and Modern: Classical Republicanism and the American Revolution*, Chapel Hill, University of North Carolina Press.
- Rodríguez O., Jaime (2008): *Monarquía, Constitución, Independencia y República: la Transición de Vicente Rocafuerte del Antiguo al Nuevo Régimen, 1783-1832*. México, Instituto Mora, el Colegio de Michoacán.
- Rodgers, D (1992): *Republicanism: The Career of a Concep*, *The Journal of American History*.
- Rojas, Rafael (2009): *Las repúblicas de aire. Utopía y desencanto en la revolución de Hispanoamérica*. Taurus editores, México.
- Rojas, Rolando (2021): *La República imaginada. Representaciones culturales y discursos políticos en la época de la independencia*. IEP, Lima.
- Román y Zamora; Jerónimo (1897): *Repúblicas de Indias (1575)*, Colección de libros españoles raros o curiosos, Tomos XIV y XV, Madrid.
- Sabato, Hilda (2006): "La reacción de América: La construcción de la república en el siglo XXI". En *Europa, América y el mundo. Tiempos Históricos*, Madrid, Marcial Pons.
- Sabato, Hilda (2021): *Repúblicas del Nuevo Mundo. El experimento político latinoamericano del siglo XIX*. Editorial Taurus, Lima.
- Strauss, Leo Y Cropsey (2014): *Historia de la filosofía política (Compilación)*, novena edición, Fondo de Cultura Económica, México.
- Sobrevilla, Natalia (2020): *Los inicios de la República Peruana. Viendo más allá de la "Cueva de bandoleros"*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima.
- Távora, Santiago (1951): *Historia de los Partidos*, Biblioteca de la República, Volumen I, Editorial Huascarán, Lima.
- Thurner, Mark (2006): *Republicanos andinos*, Centro Bartolomé de las Casas, Lima.
- Tocqueville, Alexi (1987): *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Vallenilla, Laureano (1991): *Cesarismo Democrático y Otros Textos*, Arauco, Venezuela.
- Vargas Ugarte, Rubén (1971): *Historia General del Perú. La República (1825 - 1833)*. Vol. VII, Editor Carlos Milla Batres, Lima.
- Vergara, Alberto (2013): *Ciudadanos sin República. ¿Cómo sobrevivir en la jungla política peruana?* Editorial Planeta, Lima.
- Zapata, Antonio (2021): *Lucha política y crisis social en el Perú republicano 1821-2021*. Fondo Editorial PUCP, Lima.

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO ULTRA VIRES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Rubén Hernández Valle**

Sumario: I.- Introducción; II.- El principio ultra vires en el Derecho Constitucional en relación con el Derecho Internacional; 1.- Concepto y alcances del principio ultra vires; 2.- La experiencia del Tribunal Constitucional alemán; III.- La aplicación del principio ultra vires en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; 1.- La aplicación del principio ultra vires en los órganos de control; 2.- La teoría del margen de apreciación nacional; 3.- La praxis latinoamericana; 4.- El conflicto entre la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos y las Constituciones de los países miembros del tratado constitutivo del tribunal; IV.- Conclusión.

I.- Introducción

La opinión consultiva OC 24/17 de la CIDH estableció que el matrimonio entre personas del mismo sexo era obligatorio en el ordenamiento jurídico costarricense, a pesar de que el artículo 52 de su Constitución, al disponer que el matrimonio es la base esencial de la familia

* Doctor Derecho Constitucional, Università La Sapienza, Roma, Italia (1973). Profesor Derecho Constitucional U.C.R. 1973-94; 1998 - 2010. Profesor visitante siguientes Universidades: Duquesne, Pennsylvania, USA, Católica Buenos Aires, San Marcos, Lima, Siena y Pisa, Italia.

y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges, claramente se refiere a personas de diferente sexo. Esa fue intención inequívoca no sólo de los Constituyentes de 1949, sino también el contexto social y cultural en que fue dictada esa norma constitucional.

En Costa Rica, tanto por mandato legal expreso como por la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional, las resoluciones de la CIDH son de acatamiento obligatorio para nuestros operadores jurídicos, incluidos los tribunales de justicia.

En efecto, el artículo 27 de la Ley 6889 de 1981 (Convenio Sede entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos) establece que “las resoluciones de la Corte, y en su caso, de su presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, *tendrán la fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses*”.

El artículo 7 de la Constitución Política dispone que los tratados internacionales, una vez aprobados por la Asamblea Legislativa, tienen rango superior a las leyes. Esta norma es también recogida por el numeral 7 de la Ley General de la Administración Pública al consagrar la jerarquía de las fuentes en el ámbito administrativo.

Por resoluciones de la misma Corte Interamericana, el principio de la jerarquía de los tratados internacionales sobre las leyes se extiende también a su jurisprudencia, al indicar que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo hay hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”. (**Almonacid Vs Chile, 26 setiembre 2006, párrafo 123**).

Dentro de este orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido que “debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), *la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada*”. (**Voto 2313-95**).

Luego, según el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, las resoluciones y jurisprudencia de la Sala Constitucional son vinculantes erga omnes. Por tanto, lo estipulado en las resoluciones de la Corte es de acatamiento obligatorio para todos los operadores jurídicos del país. Es decir, en Costa Rica son vinculantes todas las resoluciones de la CIDH, ya sea las que emita en asuntos contenciosos o en el ejercicio de su competencia consultiva según lo ha establecido la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional.

Costa Rica es signataria de la Convención de Viena sobre los tratados, por lo que le son aplicables sus artículos 26 y 27, según los cuales los tratados entre las partes deben ser ejecutados de buena y fe y que ningún Estado puede invocar disposiciones de Derecho interno para incumplir sus obligaciones de Derecho Internacional (principio del stoppel), respectivamente.

Tales normas obligan al Estado costarricense a ejecutar las sentencias de los tribunales internacionales en general.

La jurisprudencia de la CIDH ha establecido que las autoridades y especialmente los jueces tienen la obligación, para poder cumplir con la sentencia interamericana, *de aplicar directamente las consideraciones que la fundamentan*. En este sentido las ratione decidendi que fundamentan los puntos resolutive de las sentencias resultan indispensables para su adecuado cumplimiento y lograr el debido, efectivo e íntegro cumplimiento de la misma (**Caso Gelman vs Uruguay, Fondo y Reparaciones. Sentencia 24 febrero de 2011, párrafos 246, 253 y punto resolutive 11**).

En consecuencia, la ejecución de las sentencias de la CIDH incluye no sólo lo indicado en el POR TANTO, sino también lo expresado en los Considerandos o fundamentos de la sentencia.

En nuestro criterio y en tratándose de las sentencias de la CIDH, los tribunales ordinarios pueden ejecutar directamente las resoluciones de aquella, dado que no existe un procedimiento específico para hacerlo salvo que se trate de sentencias que establecen indemnizaciones compensatorias, las cuales deben ejecutarse conforme al Capítulo de Ejecución contra Sentencias consagrado en el Código Procesal Contencioso- Administrativo.

Por otra parte, el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública establece que:

“1. Las normas no escritas— como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho— servirán para interpretar, integrar o delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico y tendrán el rango de la norma que interpreten, integran o delimitan. 2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley”.

De lo dicho se concluye que las resoluciones de la CIDH, tanto las dictadas en sede contenciosa como las emitidas por la vía de las opiniones consultivas, modifican la legislación interna que la Corte consideró o interpretó como contraria a la CADH, dado que esas resoluciones son vinculantes para nuestro país. Por ejemplo, la Corte interpretó, en la opinión consultiva número OC 24/17, que varias disposiciones del Código de Familia costarricense son inconventionales porque prohíben el matrimonio igualitario. En consecuencia, debe considerarse que la precitada resolución de la Corte constituye un mecanismo jurídico idóneo para interpretar e integrar la normativa relativa a la institución del matrimonio contenida en el Código de Familia, por cuanto esa resolución junto con la jurisprudencia anterior en que se fundamentó, son normas no escritas al amparo de lo establecido en el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública.

En efecto, si bien es cierto que el Código de Familia sólo prevé el matrimonio heterosexual, luego de la precitada resolución de la Corte, aquel Código debe considerarse integrado por lo establecido en esa resolución, en el sentido de que todas las reglas del matrimonio heterosexual deben también aplicarse a los matrimonios que se celebren entre personas del mismo sexo.

En otros términos, los contenidos jurídicos relativos al matrimonio entre personas del mismo sexo desarrollados por la resolución precitada de la CIDH, se incorporaron automáticamente al Código de Familia en el Capítulo sobre el matrimonio.

Por otra parte, es claro que las decisiones de la CIDH prevalecen sobre las decisiones internas de nuestros tribunales, inclusive de la jurisprudencia de la Sala Constitucional que es vinculante erga omnes en nuestro ordenamiento. Verbigracia en el caso de la fecundación in vitro, la CIDH dictaminó que la jurisprudencia de la Sala Constitucional en esa materia era contraria a la CADH. (**Artavia Murillo vs Costa Rica, 28 noviembre 2012, párrafo 317**).

Por tanto, la Sala Constitucional, en lo sucesivo, no podría declarar inconstitucional una ley o acto administrativo tendentes a implementar la citada sentencia de la CIDH, pues la jurisprudencia de ésta, en esa materia, forma parte del ordenamiento jurídico costarricense al menos con rango constitucional.

El principal responsable de velar porque prevalezca lo estipulado por la CADH y demás instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es la Sala Constitucional, pues los artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, le otorgan a ese tribunal la competencia para “garantizar los principios y normas del Derecho Internacional y comunitario vigentes en la República, sí como su uniforme interpretación y aplicación” y “Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: b) Ejercer el control de constitucionalidad., así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad”, respectivamente.

Sin embargo, algunos juristas nacionales consideran que las sentencias de la CIDH, en cuanto contradicen expresamente normas constitucionales, no son ejecutables en nuestro país, por lo que, en su criterio, la Sala Constitucional tiene la obligación de anularlas.

Este planteamiento se fundamenta, sin decirlo, en que las resoluciones de la CIDH pueden ser anuladas en aplicación del principio ultra vires.

Por tanto, se hace necesario analizar la aplicación del principio ultra vires tanto en las relaciones entre el Derecho Internacional y el Constitucional, así como entre éste y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para determinar si este instituto jurídico es aplicable o no en esta materia.

II.- El principio ultra vires en el Derecho Constitucional en relación con el Derecho Internacional

1.- Concepto y alcances del principio ultra vires

El ultra vires es el principio jurídico que considera nulos los actos de las entidades públicas o privadas que rebasan el límite de la ley, y cuyo objetivo es prevenir que una autoridad administrativa o entidad de derecho privado o público actúe más allá de su competencia o autoridad.

En el ámbito internacional, este principio se traduce en que se consideren nulos los actos de los organismos internacionales que exceden la competencia delegada en ellos por el Estado en el tratado constitutivo. Por tanto, un acto de un organismo internacional extiende su lesividad no sólo a la infracción directa de los tratados constitutivos, sino también, de manera mediata, a la norma constitucional que impide a los órganos internacionales ejercer competencias no cedidas expresamente en el respectivo tratado constitutivo, en virtud del principio de soberanía de los Estados.

En efecto, guiándose por la teoría general de las nulidades de los tratados internacionales, una resolución que fuera dictada por un organismo internacional excediéndose en su competencia, lógicamente debería considerarse como nula.

Esta sería una solución atractiva, no obstante, el problema radica en que en caso de que el tratado internacional que se considera como documento fundacional del organismo internacional no prevea ningún mecanismo de apelación, entonces surgiría una serie de cuestiones.

En principio, ¿quién estaría autorizado para declarar la nulidad de un acto de un órgano internacional que se excediera en su competencia? Generalmente, los órganos internacionales están facultados para decidir sobre su propia competencia por lo que no podría ejercerse ningún tipo de control externo sobre sus actos.

Evidentemente en el caso hipotético que planteamos el Estado que demandara la nulidad exigiría un órgano imparcial para solucionar la controversia. La misma situación se presentaría si se le otorga al Estado afectado la facultad, dentro del ámbito de su derecho interno, de negarse a cumplir con una resolución que se considera que fue dictada por el organismo internacional excediéndose en sus funciones.

Pero, por otro lado, es necesario que los Estados dispongan de recursos legales adecuados para que puedan defenderse de un acto que no fue previsto en el tratado constitutivo del organismo internacional. Por ejemplo, recordemos que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 reconoce como motivo de nulidad de los tratados los actos ultra vires de los representantes (artículo 47 de dicha Convención).

Por lo tanto, lo ideal es que los organismos internacionales cuenten con un sistema de revisión de sus actos, que pueden ser cámaras de apelación o bien que se ejerza el control a través de órganos externos, como tribunales especializados.

En el ámbito interno, algunos ordenamientos prevén la posibilidad de controlar internamente los actos de los organismos internacionales para hacerlos compatibles con la Constitución. Verbigracia, en Francia los tratados internacionales se someten al control previo de constitucionalidad por medio del Conseil Constitutionnel para evitar que contengan cláusulas contrarias a la Constitución. Caso de conflicto insalvable que no puede remediarse mediante una interpretación conforme a la Constitución, el tratado no puede entrar a formar parte del ordenamiento jurídico interno.

En Costa Rica existe un control semejante, pero en nuestro ordenamiento, cuando exista una contradicción insalvable entre el texto del tratado y el derecho de la Constitución, en tal caso el Poder Ejecutivo tiene la obligación de renegociarlo para eliminar las cláusulas inconstitucionales.

Como veremos infra, en Venezuela las sentencias de la CIDH tienen que pasar el filtro de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con el fin de determinar si se ajustan o no a su ordenamiento constitucional.

2.- La experiencia del Tribunal Constitucional alemán

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha sentado una rica jurisprudencia en esta materia. Inclusive recientemente dictó una importante sentencia que inclusive incursiona en el tema de la violación de derechos fundamentales por actos de los órganos de la CE.

La jurisprudencia del TCFA ha reconocido que su competencia para el control subsidiario sobre la aplicabilidad del derecho comunitario derivado, previa decisión del TJUE, se limitaba a los actos ultra vires que implicasen una infracción cualificada de la Ley Fundamental. El TCFA afirmó que el concepto de infracción constitucional cualificada se ponía en relación directa con la eficacia del contenido nuclear de los principios que definen la identidad de la Ley Fundamental: los que, sustraídos a cualquier reforma constitucional, se encuentran en el art. 79.3 [BVerfGE. Maastricht 89, 155 (171 y 172)].

La caracterización realizada de la decisión del BCE como acto «ultra vires» supone, por tanto, circunscribir su lesividad no sólo la infracción directa de los tratados constitutivos y mediatamente a la norma constitucional (art. 23) que impide a los órganos de UE ejercer competencias no cedidas expresamente mediante ley por el Parlamento alemán [**BVerfGEE. Eurokontrol I 58, 1 (37); 68, 1 – Atomwaffenstationierung – (98 y 99)**].

El TCFA califica a la decisión del BCE, a salvo de lo que determine el TJUE en respuesta a la cuestión prejudicial planteada, como un acto ultra vires por la satisfacción de las dos condiciones que definen tales actos [**BVerfGE. 126, 286 – Ultra vires Kontrolle Mangoldt – (303 y 304)**]: a) que suponga una «infracción competencial manifiesta» de los tratados constitutivos y b) que además genere un «desplazamiento estructural significativo» del orden competencial de los Estados miembros, lo que eleva al acto infractor, en la lógica del TCF, al carácter de infracción cualificada de los principios fundamentales plasmados en el art. 79.3 de la Ley Fundamental.

Dentro de este orden de ideas, en la sentencia del 5 de mayo de 2020 el TCFA sostuvo que la decisión impugnada del BCE supone una infracción manifiesta de las competencias de los Estados, dado el carácter condicionado del programa de adquisición de deuda pública. En efecto, la decisión del BCE condicionaba la activación de las compras de deuda pública a corto plazo en el mercado secundario a que los Estados se comprometieran a asumir el programa de reformas previsto, bien en el Mecanismo Europeo de Estabilidad o en el Programa de Facilidad Europeo.

Para el TCFA, estos mecanismos, aprobados por los Estados miembros, constituyen una clara expresión del ejercicio de la competencia sobre política económica, estableciendo condiciones y límites de la financiación de los propios Estados.

Para el TCFA, el hecho de que el BCE haya condicionado justamente su programa de compras a la adhesión a tales mecanismos constituye una clara evidencia de que el BCE ha querido inmiscuirse en la competencia sobre la política económica de los Estados.

En conclusión, el TCFA llegó al convencimiento de que la decisión impugnada constituía, en primer lugar, una infracción competencial manifiesta de la política económica que corresponde a los Estados.

La decisión del TCFA determinó también, siempre a salvo de lo que determine el TJUE en respuesta a la cuestión prejudicial, que el programa de adquisición de deuda pública aprobado por el BCE implicaba un desplazamiento estructural significativo de las competencias de los Estados miembros, satisfaciendo así el segundo de los requisitos para que un acto de derecho comunitario derivado tenga la consideración de ultra vires y, consecuentemente, caiga en el ámbito del control del TCFA.

Asimismo, según el TCFA, la infracción competencial manifiesta del BCE es susceptible de poner en riesgo la eficacia del contenido nuclear de los principios fundamentales que en el art. 79,3 GG definen la soberanía del Estado alemán. Particularmente, la del principio democrático en el que, en último extremo, se condensan tales principios. La jurisprudencia del TCFA tuvo ya la ocasión de afirmar reiteradamente que forma parte inescindible del principio democrático la facultad del Parlamento federal para definir soberanamente la política presupuestaria (**BVerfGE. 70, 324 – Haushaltkontrolle der Nachrichtendienste – (355 y 356); 79, 311 – Staatsverschuldung – (329); 129, 124 – EFS – (177)).**

Según el TCFA la decisión del BCE constituye una manifiesta intromisión en tal competencia, ya que, a juicio del TCFA, el programa de adquisición de deuda pública puede conducir a una redistribución presupuestaria y a un ajuste financiero entre los Estados miembros que es susceptible de condicionar sus decisiones soberanas sobre la política económica. Como reconoció el TCFA, la independencia de los presupuestos nacionales se opone a cualquier responsabilidad común o indirecta de los Estados miembros por las deudas de gobierno (**BVerfGE. 129, 124 (181 y 182)).**

Es más, reitera el TCFA, la prohibición contenida en el art. 123 TFUE, que prohíbe la financiación de los Estados por el BCE, aparte de garantizar el principio de autonomía presupuestaria ligada al principio democrático de los Estados.

En síntesis, el TCFA anuló actos de órganos de la Comunidad Europea por oponerse, en su criterio, a principios constitucionales fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn. En otros términos, el TCFA anuló tales actos por considerar que incurrían en ultra vires.

III.- La aplicación del principio ultra vires en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

1.- La aplicación del principio ultra vires en los órganos de control

La creación de una estructura de vigilancia en materia de derechos humanos, a partir de la creación de la Comisión DH y más tarde del Consejo DHONU, ha sido cuestionada por la doctrina. Se reflexiona que una cosa es la aceptación de un tratado internacional y otra es la aceptación de las resoluciones que se dictan dentro la organización creada como mecanismo de control y que multiplican los órganos y que expanden las facultades originales.

Para que eso sea válido se afirma que es necesario un nuevo mandato, dado que estamos ante la presencia de una nueva manera de creación del derecho internacional a través de las decisiones de los órganos internacionales. Lo que se plantea tiene su lógica, pues no es posible que los controladores del derecho internacional para cumplir sus funciones actúen en violación del derecho internacional. El asunto de los actos ultra vires que pudieran dictar los órganos de control es una discusión de larga data en tratándose de los órganos de control internacional.

En principio, este tema está íntimamente relacionado con el de la competencia, entendida como las facultades que son concedidas mediante un acto fundacional (un tratado o costumbre internacional) a un ente jurídico internacional y que se ejerce por sus operadores (funcionarios) para realizar actos que implican el ejercicio de los poderes para los cuales está investido.

Precisamente la distribución de competencia es el primer acto de control del poder. A su vez, la competencia está relacionada con los principios de legalidad y Estado de Derecho. El principio de legalidad está contemplado en lo que se denomina reglas de clausura: es decir, "la autoridad solamente puede realizar aquello para lo cual ha sido expresamente facultado por una disposición jurídica" en contraposición a los individuos que se rigen por el principio según el cual "todo lo que no está prohibido está permitido".

En derecho internacional el tema de la competencia implica otros dos: la interpretación de las normas de competencia cuando nos enfrentamos a un hecho concreto y con ello el recurso a las normas de interpretación contenidas en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los

Tratados y el segundo tema se refiera a las consecuencias de la actuación fuera de la competencia, que técnicamente se le denomina actuar ultra vires. Es decir, nos referimos a la nulidad del acto y la responsabilidad del órgano que lo realiza.

En efecto, guiándose por la teoría general de las nulidades de los tratados internacionales, una resolución que fuera dictada por un órgano de control excediéndose en su competencia, lógicamente podría ser considerada como nula. Esto es fácil y al mismo tiempo es una solución atractiva. Sin embargo, la cuestión es que si el tratado internacional que se considera como documento fundacional del órgano de control no prevé ningún mecanismo de apelación, entonces surge una serie de cuestiones.

En principio, ¿quién está autorizado para declarar la nulidad de un acto, de un órgano de control que se excede en su competencia? Recordemos que generalmente los órganos internacionales están facultados para decidir sobre su competencia.

El control de la convencionalidad que se está extendiendo en América Latina por la vía de las sentencias de la Corte IDH y más cuando ese control no sólo se refiere a las sentencias en los casos en donde el Estado es parte sino a todas las demás sentencias que servirán como “criterios orientadores”, nos lleva a un cuestionamiento adicional: el relativo al control sobre las decisiones ultra vires de los órganos *de control*.

En la práctica esto no está lejos de suceder, por ejemplo, como el caso de las resoluciones del órgano de control por excelencia de la Organización de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad (CS), algunas de las cuales han afectado intereses de los particulares. Estos son los casos Kadi y Yusuf en donde se pone en un dilema la prevalencia de los valores: el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales frente al respeto de los derechos humanos.

2.- La teoría del margen de apreciación nacional

Una primera solución al problema anterior, es la incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el derecho interno para mantener *una cierta coherencia sustancial de las jurisprudencias* entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, impidiendo de esa forma que se produzcan contradicciones insalvables y buscando, al

mismo tiempo, *interpretaciones convergentes que permitan materializar el principio de equivalencia y suficiencia sustancial de los derechos.*

Según este último principio, la eficacia de los derechos humanos debe ser equivalente en todas las jurisdicciones y para conseguir ese objetivo deben ser aplicados de manera armónica, de manera tal que se respete su contenido sustancial.

Por ello, los tribunales nacionales deben guiarse por el principio de *armonización*, que no es lo mismo que uniformidad, según lo ha precisado el TEDH, dado que cada legislación interna tiene sus propios matices que exigen una adaptación de la doctrina general sentada por los tribunales internacionales.

Esta adaptación se produce por medio de la teoría del “margen de apreciación nacional” desarrollada por el TEDH y que todavía no ha sido recogida por la CIDH.

Según esta doctrina, en todo derecho fundamental se debe distinguir un núcleo “duro” o “fundamental”, no reducible ni negociable, y otro segmento, más maleable, donde los Estados pueden introducir variantes de contenido atendiendo razones, por ejemplo, de buenas costumbres, moral pública, interés social, etc, conceptos jurídicos indeterminados que varían de un ordenamiento a otro. Si un tribunal regional de derechos humanos sienta en una causa una tesis recurriendo “al margen de la apreciación nacional” de un país puntual, tal doctrina, a la medida para ese Estado, no debería obligar a los demás. En otras palabras, la obligación de seguimiento a las interpretaciones formuladas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, obliga a distinguir entre “interpretaciones en lo fundamental” o “esenciales”, o “definicionales”, e “interpretaciones contingentes” o ad hoc, de valor solamente en principio para el caso en donde fueron formuladas.

De acuerdo con el TEDH los ordenamientos jurídicos internos deben regirse por el principio general de compatibilidad con el derecho convencional, constituido en Europa por el CEDH y la jurisprudencia del TEDH y, en el caso de América Latina, por la CADH y la jurisprudencia de la CIDH. En otros términos, de conformidad con este principio, la legislación interna debe interpretarse conforme a la CADH y a la jurisprudencia de la CIDH.

No obstante, es importante señalar que el diálogo no puede ser en un solo sentido, pues en tal caso no existiría diálogo del todo, por lo que los tribunales regionales sobre derechos humanos tienen que tomar en cuenta la jurisprudencia decantada, a lo largo del tiempo, por los tribunales constitucionales de los países signatarios del respectivo tratado. De esa forma, los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales constitucionales deben ser tomados en cuenta, conforme al principio de progresividad, por los tribunales regionales respectivos. Consecuencia de ello, se produce un enriquecimiento recíproco entre ambas jurisdicciones.

Por otra parte, debe distinguirse este diálogo jurisprudencial fecundo entre los tribunales internos y los tribunales regionales de derechos humanos, de la competencia y obligación que tienen los tribunales internos de ejecutar las sentencias de los tribunales regionales. En este caso, estamos en presencia de una obligación jurídica concreta, que se circunscribe al cumplimiento de una sentencia específica en cuyo proceso el Estado fue parte y resultó condenado a adoptar medidas específicas como parte de la restitución de los derechos de la víctima. En algunos casos, tales sentencias imponen obligaciones específicas a los propios órganos jurisdiccionales, las cuales deben ser cumplidas sin ninguna objeción y sin poder invocar válidamente institutos como los de la cosa juzgada material, etc., tal y como lo han hecho los tribunales nicaragüenses para no acatar las sentencias de la CIDH.

Sin embargo, la interpretación dada por el tribunal regional en esa sentencia particular tiene efectos erga omnes hacia el futuro, no sólo para los tribunales internos del país que fue parte en el proceso, sino también para los órganos jurisdiccionales de los restantes países signatarios del respectivo tratado. En el peor de los casos, las interpretaciones de los derechos humanos que haga el respectivo tribunal regional deben servir, al menos, como auxiliar o criterios interpretativos a ser tomados en cuenta por los tribunales internos.

La tesis dominante hoy día es que las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos tienen efectos generales que van más allá del fallo, tanto en relación con el Estado implicado como respecto de terceros Estados. La razón para ello es que los tribunales regionales en la materia realizan no sólo una función crucial de protección a la víctima, sino también cumplen con una función preventiva

de proteger el interés general de naturaleza colectiva para el sistema de protección de los derechos humanos.

En efecto, los casos concretos sometidos a los tribunales regionales sobre derechos humanos evidencian problemas de carácter general de los instrumentos convencionales, que requieren clarificación, salvaguarda y desarrollo.

Esta segunda función fue puesta de relieve por el TEDH prácticamente desde sus inicios en el caso Irlanda vs. Reino Unido, cuando sostuvo que “Las sentencias del Tribunal, de hecho, sirven no sólo para decidir los casos planteados ante el Tribunal, sino, más en general, para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las normas instituidas por la Convención, contribuyendo así a la observancia por los Estados de los compromisos asumidos por ellos como Partes Contratantes (art 19)” (**EDHR, Ireland vs United Kingdom Judgment of 18 January 1978, párrafo 154**).

3.- La praxis latinoamericana

Tampoco hay que soslayar las críticas realizadas por la doctrina latinoamericana a la actuación de la Corte IDH, cuya jurisprudencia es calificada por algún sector doctrinal como “antidemocrática y antiliberal”. Asimismo, la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales latinoamericanos ha revertido resoluciones de la CIDH o fallado en forma totalmente contraria a su jurisprudencia.

Lo anterior haría pensar en la necesidad de la creación de un sistema de control del mismo control, el cual se ejercería a diferentes niveles. En principio, la creación de instancias superiores dentro del mismo sistema de control, es decir, la creación de una especie de tribunal de apelaciones, tal y como ocurre con la Sala Superior de Apelación de la Corte Europea de Derechos Humanos. O bien en la creación de un Ombusperson como el existente en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para conocer denuncias por la violación de derechos humanos en su seno.

Otra posibilidad sería establecer un control interno sobre las sentencias de los tribunales regionales o mundiales sobre Derechos Humanos, lo cual resultaría no sólo muy peligroso sino también contrario a principios fundamentales del Derecho internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, este tipo de control hay que tomarlo en cuenta en virtud de que algunos Estados latinoamericanos ya han permitido recurrir sentencias de la Corte IDH.

Por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay conoció del caso Acción de inconstitucionalidad interpuesto por Roswell Company S. A. y Kansol S. A. impugnando una sentencia emitida por la Corte Interamericana.

En otros casos, los países simplemente se han negado a ejecutar las sentencias de la CIDH, como ocurrió en Perú con el Castillo Petruzzi, en Trinidad y Tobago con el caso James y en Argentina con el caso Cantos.

El venezolano merece un comentario aparte, pues en este país la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha desconocido expresamente los fallos de la CIDH y ha declarado que no los vincula en ningún sentido.

En efecto, en la sentencia 1.942 del 15 de julio del 2003 la Sala Constitucional venezolana desconoció el valor obligatorio de las recomendaciones de la CIDH y de las sentencias de la Corte IDH, sujetándolas a que sus decisiones sean conformes a la Constitución de Venezuela según lo determine el TSJ/SC.

Según la sentencia en cuestión, las decisiones de estos órganos internacionales de protección de los derechos humanos no son de obligatorio cumplimiento y carecen de aplicación o son inaplicables si violan la Constitución o no se hayan agotado los recursos judiciales internos. Lo contrario sería subvertir el orden constitucional y atentaría contra la soberanía del Estado.

Dijo la citada sentencia al respecto: "A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza: *"La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución"* siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras

decisiones....La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara” (**Sentencia 1942-2003**).

Posteriormente, la Sala Constitucional venezolana declaró inejecutable la sentencia del 1 de setiembre del 2011 de la CIDH en el caso **López Mendoza c/ Venezuela**, con base en los siguientes argumentos: “En conclusión, aún si se pretendiera otorgar un sentido literal y restrictivo al artículo 23 de la Convención Interamericana, impidiendo la inhabilitación de un ciudadano para el ejercicio de cargos públicos por razones de corrupción, limitando la posibilidad de sanción a una sentencia judicial; podemos advertir que tal Tratado no es el único que forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental. La prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría general de la República como un órgano integrante de un Poder Público (Poder Ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano.

Finalmente, la Corte Interamericana persiste en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través “*de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE),*” a asegurar “*que las sanciones de inhabilitación no*

constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales"; anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a las adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal" (Sentencia 17/10/2011).

4.- El conflicto entre la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos y las Constituciones de los países miembros del tratado constitutivo del tribunal

Los tribunales nacionales, en materia de interpretación sobre los derechos humanos, deben seguir dos criterios hermenéuticos fundamentales: el principio pro homine y el principio pro libertatis. Según el primero de ellos, los derechos humanos deben interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano. El segundo, por su parte, implica que los derechos humanos deben interpretarse del modo más amplio posible. Es decir, conforme al principio en examen, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca a la libertad y restrictivamente todo lo que la limite.

El otro principio hermenéutico que siguen nuestros tribunales en materia de interpretación de los derechos humanos es el denominado principio de interpretación conforme a Convención. Según este principio, los tribunales se deben abstener de formular declaratorias de incompatibilidad entre la normativa interna y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando la normativa interna impugnada sea susceptible de ser interpretada en armonía con los respectivos tratados.

En la praxis, como hemos visto a lo largo de este artículo, existen conflictos entre la normativa interna constitucional y la internacional de los Derechos Humanos, por lo que surge la duda de cuál debe ser aplicada tanto por los tribunales regionales especializados en la materia como por los tribunales internos de cada país. Asimismo, con frecuencia se producen conflictos entre la jurisprudencia de los tribunales regionales y el ordenamiento constitucional interno de los países.

El problema se plantea, sobre todo, cuando se considera que la resolución del tribunal regional fue *ultra vires*, dado que fue contraria, en algún sentido, a una norma de rango constitucional del país demandado, tal y como alegan algunos juristas costarricenses que ocurrió en el caso de la Opinión Consultiva número OC 24/17 de la CIDH que estableció que el matrimonio entre personas del mismo sexo era obligatorio en el ordenamiento jurídico costarricense, a pesar de que el artículo 52 de su Constitución lo circunscribe exclusivamente a personas de diferente sexo.

De la interpretación armónica de los principios hermenéuticos *pro-homine*, según el cual el juez en materia de derechos humanos está obligado a aplicar la normativa nacional o internacional más beneficiosa para la persona y el principio *pro-homine*, según el cual todo derecho fundamental debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano, se deriva el principio de preferencia de las normas.

Este principio deriva de la posición básica que los derechos fundamentales ocupan como elemento estructural del ordenamiento y como valor fundamental del Estado de Derecho.

De esa forma el sistema de libertad que garantizan los derechos fundamentales deja fuera del alcance de la acción del Estado, ya sea por medio de la ley, de la actividad administrativa o de los tribunales de justicia, una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y, en consecuencia, corresponde a él la titularidad de los derechos fundamentales.

El ser humano es alfa y omega de las normas jurídicas, por lo que éstas y, especialmente las que consagran derechos fundamentales, deben interpretarse en la forma que más le favorezcan.

El citado principio, junto con el de *pro libertatis*, constituyen el meollo de la doctrina de los Derechos Humanos y significa que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.

Los tribunales constitucionales deben aplicar este principio de preferencia de las normas en materia de Derechos. En efecto, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes, al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezca a la persona. Lo mismo puede afirmarse

de la jurisprudencia que emitan los tribunales de Derechos Humanos en interpretación de esos tratados.

Este principio, conocido como el de preferencia de normas, se encuentra recogido en el artículo 29 inciso b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al señalar que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido: a)... b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Este principio cubre también el denominado “principio de primacía de la norma más favorable a la víctima”, que ha tenido una aplicación extensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

De esa forma es claro que la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos y la de los tribunales constitucionales de cada país no pueden entrar en contradicción, pues los segundos deberán respetar la de los primeros cuando la protección de la persona sea superior a la que le otorga el ordenamiento constitucional interno, en tanto que deberá aplicar la normativa constitucional interna cuando ésta brinde mayor protección a la persona que la jurisprudencia emitida por un tribunal sobre derechos humanos.

La misma conclusión vale respecto de la normativa, pues el tribunal constitucional respectivo siempre deberá aplicar la normativa más favorable a la persona, independientemente de cuál sea su fuente: un tratado internacional sobre derechos humanos o su ordenamiento constitucional interno.

IV.- Conclusión

La conclusión es que los tribunales constitucionales internos pueden dejar sin efecto las sentencias de los tribunales sobre derechos humanos, no por razones ultravires, sino más bien en aplicación del principio de preferencia de las normas.

LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-28/21, FORTALECE EL SISTEMA DEMOCRÁTICO EN LA REGIÓN

*William Herrera Áñez**

Sumario: 1. Introducción y contexto; 2. Naturaleza jurídica;
3. Se fortalece la democracia representativa; 4. Conclusiones

Tenemos el honor de participar en este homenaje al reconocido jurista peruano, José Felix Palomino Manchego, Doctor por la Universidad de Santiago de Compostela (España), Decano de la Universidad Mayor de San Marcos y la Universidad de Lima, asesor externo del Tribunal Constitucional y miembro de asociaciones como la Asociación Peruana de Derecho Penal, el Colegio de Abogados del Callao y la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

El homenajeado ha sido un testigo privilegiado no solo del cambio de siglo, la revolución tecnológica y sus múltiples bondades, sino fundamentalmente por haber contribuido a las grandes innovaciones en el campo jurídico-constitucional. Tiene una riquísima producción intelectual y junto a destacados constitucionalistas latinoamericanos, ha sido uno de los grandes artífices del desarrollo, crecimiento y consolidación del *Derecho*

* Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, España, especialista en Derechos Fundamentales; profesor titular de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal de la Universidad "Gabriel René Moreno", autor de varios libros, ex juez y Fiscal Departamental de Santa Cruz, ex asesor de varias instituciones públicas y privadas, fundador y expresidente de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (ABEC).

Procesal Constitucional, como ciencia autónoma, tanto en el Perú como a nivel Latinoamericano.

El merecido reconocimiento busca testimoniar su incesante labor académica en el Perú y el exterior (incluyendo a Bolivia), donde ha participado en distintos foros y eventos internacionales representando a su país, con relevantes contribuciones que se han plasmado en diversas obras personales y colectivas, que son referentes para comprender los avances, riesgos y desafíos del constitucionalismo contemporáneo.

1. Introducción y contexto

El 21 de octubre de 2019, Colombia presentó ante la Corte IDH una solicitud de Opinión Consultiva sobre “la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ante una diversidad de posturas existentes en los países del continente en relación con la aplicación de la figura de la reelección presidencial. La pregunta central fue, ¿Es la reelección presidencial indefinida un derecho humano protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

El Estado colombiano fundamentaba que mientras algunos Estados han buscado eliminarla o prohibirla, otros han entendido que la reelección, incluso indefinida, constituye un derecho de las personas que se encuentran en el poder. Ello, sin embargo, ignora el hecho de que la reelección presidencial, y particularmente, la reelección presidencial indefinida, da lugar a serias tensiones entre el derecho a ser elegido de la persona que se encuentra en el poder y el derecho de todos los ciudadanos a elegir libremente, en el marco de elecciones periódicas auténticas. Esta situación da lugar a múltiples retos e interrogantes de gran magnitud en relación con la consolidación y estabilidad de las democracias y la protección de los derechos humanos en las Américas, asunto en el cual todos los Estados miembros de la OEA tienen un interés legítimo.

La OC-28/21 de 7 de junio de 2021 solicitada por Colombia, fue gestionada, en parte, por el expresidente Jorge Quiroga Ramírez, y algunos dirigentes políticos bolivianos, ya que los ex gobernantes Evo Morales Ayma y Álvaro García Linera (2006-2019), buscaban hacerse reelegir por cuarta vez consecutiva, cuando la Constitución permite “ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua”.¹

1 El artículo 168 de la Constitución establece que “el período de mandato de la presidencia o del presidente y de la vicepresidenta o del vicepresidente del Estado es de

Y como la Constitución boliviana cerraba esa posibilidad, consiguieron la monstruosa sentencia constitucional 0084/2017 de 28 de noviembre, que sostenía: “resulta indudable que el art. 23 de la CADH, consigna derechos políticos de la manera más amplia, sin ningún tipo de limitaciones o restricciones, autorizando únicamente al legislador la regulación de su ejercicio por causales taxativas en la forma anteriormente señalada; sin que ninguna de ellas en particular, tenga que ver en lo absoluto, con eventuales restricciones a la posibilidad de ser reelecta o reelecto y menos que ésta se limite a una sola vez de manera continua”.

Con esta perversa interpretación del artículo 23 de la Convención Americana de Derecho Humanos, se buscaba consolidar la reelección indefinida en Bolivia, pese a que dicha disposición sólo garantiza el derecho de votar y ser elegido en elecciones periódicas y auténticas. La reelección presidencial, en ningún caso puede configurarse como un derecho humano, menos absoluto como pretendía el tribunal boliviano, pues como cualquier otro derecho tiene restricciones con la finalidad de armonizar y garantizar el ejercicio del derecho por su titular con los derechos de las demás personas en una sociedad democrática.

La angurria por el poder no tiene límites y la obsesión reeleccionista generó una crisis del sistema constitucional y político, que terminó con la renuncia de Evo Morales y Álvaro García Linera.² La idea de que la reelección era un derecho humano echaba por la borda los referéndums del 25 de

cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola de manera continua”. En la primera disposición transitoria constitucional establece, además, que “los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones”. El primer período de Evo Morales fue de 2006-2009, el segundo período fue de 2009-2014, el tercer período fue de 2014-2019, y estuvo a punto de comenzar el cuarto período presidencial, y como hubo megafraude electoral, comenzaron las protestas ciudadanas y terminaron echándolo del poder el 10 de noviembre de 2019. Sin embargo, como controlaban el poder judicial, en mayo de 2013 se promulgó la Ley de Aplicación Normativa que, previa consulta, el TCP determinó, entre otras cosas, que no se compute el primer periodo (2006-2009) del presidente Morales porque el Estado se había refundado con la nueva Constitución y el primer periodo sería el de la gestión 2010-2015.

- 2 El referéndum de 25 de febrero de 2009 que aprueba la actual Constitución, el referéndum de 21 de febrero de 2016 que prohíbe expresamente la reelección presidencial, y el megafraude electoral consumado el 20 de octubre de 2019, fueron los gatilladores para las protestas ciudadanas que obligaron a renunciar y huir a Evo Morales y Álvaro García Linera el domingo 10 de noviembre de 2019.

febrero de 2009 (que aprueba el texto constitucional) y el de 21 de febrero de 2016 (que expresamente prohíbe la reelección presidencial), que blindan esta restricción democrática. Sin embargo, el gobernante Movimiento Al Socialismo (MAS), lejos de someterse a estos dictámenes populares, logra que el Tribunal Constitucional vulnere no sólo la Constitución, sino también distorsione la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La obsesión reeleccionista no solo ha ocurrido en Bolivia, sino también en Honduras, Nicaragua, y Venezuela.³

2. Naturaleza jurídica

La Convención Americana prevé que “los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros Tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” (art. 64.1). La Corte IDH puede emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. El derecho de solicitar una opinión consultiva no se limita a los Estados Partes en la Convención, sino que incluye a todos los Estados miembros de la OEA.

La competencia consultiva de la Corte IDH difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, ni litigio por resolver.⁴ El único propósito de la función consultiva es “la interpretación de esta convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. Que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por uno, varios o todos los Estados miembros de la OEA y órganos principales de esta organización, marca la diferencia entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte IDH.

El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.⁵ Por tanto, la función consultiva busca coadyuvar

3 OC-28-21 de 7 de junio de 2021, párr. 98.

4 Informes de la comisión interamericana de derechos humanos (art. 51 convención americana sobre derechos humanos), Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997, párrs. 25-26.

5 Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, párr. 24.

a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos, lo cual no constituye un prejuzgamiento de casos o peticiones que se encuentren pendientes ante el sistema interamericano.

Esta competencia que le confiere la Convención Americana es de carácter *multilateral y no litigioso*, lo cual está fielmente reflejado en el reglamento de la Corte, cuyo artículo 62.1, establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los “Estados miembros”, los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas señaladas al respecto. Es evidente entonces que el Estado u órgano que solicita una opinión consultiva a la Corte IDH no es el único titular del interés legítimo en el resultado del procedimiento.⁶

El tribunal analiza cada pregunta o conjunto de preguntas conforme a su contenido esencial y ofrece la respuesta conceptual que, a su juicio, resulte pertinente para establecer la opinión del tribunal en cuanto al conjunto, si ello es posible, o en cuanto a las preguntas individualmente consideradas, en su caso. Y concluye que la interpretación de la Convención Americana y de cualesquiera “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” orienta a todos los Estados miembros de la OEA, así como a los órganos principales del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, sobre cuestiones jurídicas relevantes, que el tribunal procede a responder.

La competencia consultiva de la Corte no sólo fortalece la capacidad de la OEA y el control de convencionalidad en los casos concretos cuando se acredite la vulneración de los derechos humanos, sino igualmente contribuye a la protección de los derechos humanos, y la defensa del sistema democrático. En el caso particular de la presente opinión consultiva, la Corte IDH fue contundente en el sentido de que la reelección presidencial no es un derecho humano, que pueda invocarse para eternizarse en el poder, como habían invocado los ex mandatarios bolivianos Evo Morales y Álvaro García Linera⁷. Esta opinión consultiva ha echado por la borda la monstruosa sentencia constitucional 0084/2017 de 28 de

6 Opinión Consultiva OC-16/99 de 1° de octubre de 1999, párrs. 65-67.

7 Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, párrs. 75, 92, 93-96, 102, 146.

noviembre, que buscaba precisamente la reelección indefinida. La Corte IDH ha establecido que la reelección presidencial, en ningún caso puede configurarse como un derecho humano, menos absoluto, como pretendía el tribunal constitucional plurinacional (TCP), pues como cualquier otro derecho tiene restricciones, con la finalidad de armonizar y garantizar el ejercicio del derecho por su titular con los derechos de las demás personas en una sociedad democrática.

El tribunal interamericano ha dejado establecido que “la habilitación a la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa, y, por ende, a las obligaciones establecidas por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre”. Esta limitación tiene una finalidad acorde con el artículo 32 de la Convención Americana, ya que busca garantizar la democracia representativa, sirviendo como salvaguarda de los elementos esenciales de la democracia establecidos en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana. En particular, busca evitar que una persona se perpetúe en el poder y, de este modo, asegurar el pluralismo político, la alternancia en el poder, así como proteger el sistema de frenos y contrapesos que garantiza la separación de poderes.

Compartimos las conclusiones de Mejía Rivera, en el sentido de que el artículo 23 de la Convención Americana establece, en primer lugar, la obligación de realizar elecciones periódicas, la cual implica indirectamente que los mandatos de cargos de la presidencia de la república deben tener un período fijo y que los presidentes no pueden ser elegidos por plazos indefinidos.⁸

En segundo lugar, la prohibición de mandatos indefinidos busca evitar que las personas que ejercen cargos por elección popular se perpetúen en el ejercicio del poder. Para la Corte IDH, la democracia representativa se caracteriza por el hecho de que es el pueblo quien ejerce el poder mediante sus representantes establecidos por la Constitución y elegidos en elecciones universales. En este sentido, la perpetuación de una persona en un cargo público conlleva el riesgo de que el pueblo deje de ser debidamente

8 MEJÍA RIVERA, Joaquín A., *Las implicaciones políticas y jurídicas de la reelección presidencial en Honduras: La Opinión Consultiva OC-28/21 de la Corte IDH*, <https://eric-sj.org/envio/las-implicaciones-politicas-y-juridicas-de-la-reeleccion-presidencial-en-honduras-la-opinion-consultiva-oc-28-21-de-la-corte-idh/>.

representado por las personas que eligió y que el sistema de gobierno se asemeje más a una autocracia que a una democracia.

En tercer lugar, el deber de realizar elecciones periódicas y de respetar los principios de la democracia representativa y la voluntad popular, incluye la obligación de evitar que una persona se perpetúe en el poder. El juego democrático solo es posible cuando todas las partes respetan los límites impuestos por la ley que permiten la propia existencia de la democracia, como lo son los límites temporales de los mandatos presidenciales. Por tanto, el respeto pleno al Estado de Derecho implica que no se modifiquen las normas para beneficiar a la persona que se encuentra gobernando y la coloque en una situación de ventaja. Así, “se evita que gobiernos autoritarios se perpetúen en el poder a través del cambio de las reglas del juego democrático y, de esta forma, se erosione la protección de los derechos humanos”.

En cuarto lugar, los principios de la democracia representativa incluyen garantizar la alternancia en el mismo y la separación de poderes. Para ello, los Estados pueden adoptar diversas medidas que regulen los derechos políticos “de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos”.

En quinto lugar, no hay ningún tratado internacional de derechos humanos que aborde la figura de la reelección presidencial y mucho menos existe referencia expresa a esta como un derecho humano. El derecho que sí está consagrado en las normas internacionales de derechos humanos es el de votar y ser electo. Por tanto, para la Corte IDH “no se desprende de los tratados internacionales de derechos humanos que se haya reconocido la existencia de un derecho autónomo a ser reelecto al cargo de la presidencia”. La reelección “es una modalidad, o una restricción, del derecho a la participación política y, específicamente, a contender por un cargo”.

En sexto lugar, el tribunal interamericano concluyó que la reelección presidencial no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana ni por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos. Por tanto, la “figura de la reelección presidencial y su prohibición tiene su génesis en la regulación constitucional que los Estados realizan respecto del derecho a ser elegido, de acuerdo con sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales”.

En séptimo lugar, teniendo en cuenta que un sistema presidencial puede facilitar la concentración de poderes en la Presidencia de la República, la restricción de la posibilidad de reelegirse indefinidamente constituye una medida idónea y compatible con la Convención Americana para asegurar que una persona no se eternice en el poder y evitar que resulten afectados los principios constitutivos de una democracia representativa, como la separación de poderes, el régimen plural de partidos y de organizaciones políticas, y la alternancia en el ejercicio del poder. Por tanto, el cambio periódico del presidente a través del proceso de elección es el método perfecto para evitar una excesiva concentración de poder.

En octavo lugar, la prohibición de la reelección presidencial solo restringe la posibilidad de la persona que se encuentra ejerciendo la presidencia de participar en las elecciones y, por ende, “el sacrificio que implica esta restricción es menor y justificado para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder y, con esto, prevenir que se degrade la democracia representativa”. Por otro lado, esta prohibición no afecta el derecho de las personas votantes a seleccionar, entre las candidaturas, a la persona más afín a sus preferencias, pues dicha “limitación es menor cuando se compara con los beneficios que trae para la sociedad la prohibición de la reelección presidencial indefinida”.

En noveno lugar, la permanencia en funciones de un mismo gobernante por un largo período, tiene efectos nocivos en el régimen plural de partidos y de organizaciones políticas, porque favorece la hegemonía en el poder de ciertos sectores o ideologías que resultan en el menoscabo de los derechos políticos de los grupos minoritarios. De esta manera, la falta de limitaciones a la reelección presidencial conlleva el debilitamiento de los partidos y movimientos políticos que integran la oposición, al no tener una expectativa clara sobre su posibilidad de acceder al ejercicio del poder.

Y, en décimo lugar, la habilitación de la reelección presidencial a través de reformas legislativas o sentencias judiciales que favorecen a quien ocupa actualmente la presidencia de la República, con el fin de que pueda presentarse para ser reelecto, constituye una modificación de las reglas del juego democrático que trae fuertes consecuencias para el acceso al poder y el funcionamiento democrático en general, e implica un irrespeto al Estado Constitucional de Derecho. Y como aclara la Corte IDH, la ausencia de limitación razonable a la reelección presidencial, o la implementación de mecanismos que materialmente permitan el irrespeto de las

limitaciones formales existentes y la perpetuación directa o indirectamente de una misma persona en el ejercicio de la Presidencia, es contraria a las obligaciones establecidas en la Convención Americana y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁹

2.1. Control de convencionalidad

El control de convencionalidad, que ha sido una creación del sistema interamericano, llegará a comienzo de este siglo, y consiste en el contraste y, en su caso, la expulsión del derecho interno de aquellas normas que vulneren la Convención Americana sobre Derechos Humanos, su jurisprudencia, opiniones consultivas, resoluciones e informes. Este control exige a los jueces y autoridades nacionales no sólo realizar de oficio un examen de compatibilidad entre los actos y normas internas y la Convención Americana sino también contrastar la interpretación que ha hecho de la misma la Corte IDH, en su condición de intérprete última de la Convención Americana.

Según el ex juez interamericano García Ramírez, y uno de sus principales mentores, el control constituye una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente, concepto que para ese fin abarca normas de ambas fuentes utilizables: internacional y nacional.¹⁰ En realidad lleva a cabo el cotejo, la confrontación, la comparación entre unos y otros —destacando la preeminencia de la norma convencional— materia para el análisis del tribunal y razón de sus determinaciones.

La misión del tribunal internacional como “sujeto controlador”, en este sentido, se asemeja a la del tribunal constitucional nacional, que debe pronunciarse sobre la “calidad constitucional” del acto de una autoridad doméstica, tomando como punto de referencia el texto de la norma suprema interna y la interpretación que en torno a ella formule el órgano de constitucionalidad. Con la evolución progresiva de esta figura en la jurisprudencia de la Corte IDH, el control adquirió prestigio y se extrapoló por toda la región. Con apoyo en la idea de que la función garantizadora del Estado —y la consecuente responsabilidad— abarca a todos los órganos de éste, se entendió que los jueces y operadores internos se hallan comprometidos a respetar y garantizar la observancia del Sistema Interamericano de

9 OC- 28-21 de 7 de junio de 2021, párrs. 144-148.

10 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ed. Porrúa, 2015, p. 699-705.

Derechos Humanos, y que en este sentido su función natural debía servir a aquellos fines y salir al paso de violaciones de normas jurídicas internas.

Este control busca verificar, según Rivera Santivañez, que la Constitución, las leyes, reglamentos o actos de las autoridades del Estado, se ajusten a las normas, los principios y obligaciones de la convención americana sobre derechos humanos y el *corpus juris* interamericano.¹¹ Este contraste o confrontación de la normativa nacional tiene que realizarse, sin embargo, con todo “el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos que está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”.¹²

La evolución dinámica del *corpus juris* ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, la Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.

Este *corpus juris* se integra, según García Ramírez, con los protocolos a la convención, los tratados o convenciones especializados, los estatutos y reglamentos de la Comisión y la Corte Interamericana, las recomendaciones de la comisión, los acuerdos o recomendaciones de diversos organismos del sistema y, desde luego, las propias sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana, que perfilan la “doctrina jurisprudencial” de este tribunal y definen el sentido del ordenamiento positivo, como lo hace, en su propio ámbito, una corte constitucional con respecto a la ley suprema interna¹³.

En la búsqueda de la integración y armonización jurídica de Latinoamérica, la Constitución boliviana de 2009 (art. 13.IV) proclama que los derechos “se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”, con lo cual estos

11 RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio: *La aplicación del control de convencionalidad en Bolivia*, en AAVV. *Las Acciones de Defensa y el Control de Convencionalidad en Bolivia*, Cochabamba, Ed. Kipus. 2017, p. 295.

12 Opinión Consultiva 16/1999 de 1º de octubre de 1999, párr. 115.

13 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *La Corte Interamericana...Ob. Cit.*, p. 109.

instrumentos supranacionales pasan a convertirse en normas positivas que pueden ser invocadas y tuteladas como cualquier otra normativa.

En la perspectiva del TCP, el control abstracto de inconstitucionalidad incluye el control difuso de convencionalidad.¹⁴ Según la Corte IDH, el control de convencionalidad tiene las siguientes características: i) Consiste en un examen de compatibilidad de las normas internas con el “corpus iuris” de derechos humanos; ii) Es un control que a nivel interpretativo y de inaplicación al caso concreto, es aplicado de oficio por toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias, especialmente a los vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles; y, iii) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias al “corpus iuris” de derechos humanos, dependiendo de las facultades y atribuciones de la autoridad pública llamada a dar tal efecto.

El control difuso de convencionalidad puede: a) Dejar sin efectos jurídicos aquellas interpretaciones inconvencionales, buscando la interpretación conforme al “corpus iuris” de derechos humanos; b) Cuando no pueda lograrse una interpretación convencional, se debe dejar sin efectos jurídicos la norma nacional, inaplicándola al caso particular; y, c) Cuando no pueda lograrse una interpretación convencional, se debe dejar sin efectos jurídicos la norma nacional con efectos generales o “erga omnes”, inclusive retroactivos, cuando resulte indispensable para lograr un adecuado goce y disfrute de los derechos humanos.¹⁵ En realidad el examen de compatibilidad de las normas internas con el “corpus iuris” de derechos humanos, puede ser efectuado de oficio por toda autoridad pública, en lo que respecta a dejar una norma interna constitucional o infra-constitucional sin efectos jurídicos “erga omnes” o la supresión de normas contrarias al “corpus iuris” de derechos humanos, mediante las acciones de inconstitucionalidad abstracta y concreta.

El control de convencionalidad difuso se ejerce mediante el control de constitucionalidad, por cuanto el “corpus iuris” de derechos humanos es parte integrante de la norma suprema, por lo que no se puede hablar de diferenciación, sino de integración normativa a través de la propia

14 SCP 0049/2019 de 12 de septiembre que, a su vez, se remite a la 0032/2019 de 9 de julio.

15 Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párr. 53-57.

Constitución. El TCP llegaba a la conclusión que debe realizarse el control de convencionalidad del ordenamiento jurídico interno a objeto de dejar sin efectos jurídicos generales o “erga omnes” a través de los clásicos procesos de control constitucional, aplicando un método acorde a las particularidades, objeto y finalidad propia de tal actividad.

El TCP ha establecido, no obstante, que las decisiones, opiniones consultivas u otros lineamientos del sistema interamericano son vinculantes para Bolivia, cuya normativa está constituida por la convención americana de derechos humanos, instrumento que por su naturaleza y en el marco del mandato inserto en el art. 410 CPE forma parte del bloque de constitucionalidad.¹⁶ Y aclaraba que los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano, forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución, de modo que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, a través de las acciones de defensa y del control de convencionalidad.

El denominado pacto de San José de Costa Rica, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera

16 El TCP (SSCCPP 0044/2010-R de 20 de abril, la 0110/2010-R de 10 de mayo, la 0038/2012 de 26 de marzo, entre otras), estableció que los elementos normativos y las decisiones jurisdiccionales que emanen del sistema interamericano no son aislados e independientes del sistema legal interno. También reconoció no solo que las decisiones que emanen de la Corte IDH, forman parte del bloque de constitucionalidad, sino además constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del “Estado Constitucional”, cuyos ejes principales, entre otros, son precisamente la vigencia de los derechos humanos y la existencia de mecanismos eficaces de toda la normativa infra-constitucional vigente. El TCP invocó, igualmente, la llamada doctrina del efecto útil de las sentencias que versa sobre derechos humanos, y advirtió que la constatación de vulneración a los derechos humanos, genera para el Estado infractor responsabilidad internacional, premisa a partir de la cual, el Estado asume obligaciones internacionales de cumplimiento ineludibles e inexcusables. Y concluía que las sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino, por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del “Estado Constitucional”, y del sistema interamericano de protección a los derechos humanos.

referente a la parte orgánica. El capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de modo que siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también del bloque de constitucionalidad.

Para el Tribunal Constitucional boliviano, la protección de los derechos fundamentales solamente está garantizada en tanto y cuanto el orden interno asuma como propias las normas y decisiones del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. Y resumía que el bloque de constitucionalidad está compuesto por: 1) La Constitución como norma positiva; 2) Los tratados internacionales referentes a derechos humanos; y 3) Las normas comunitarias; sin embargo, en el marco de una interpretación progresiva, acorde al principio de unidad constitucional y enmarcada en las directrices principistas del Estado, debe establecerse además que los valores plurales supremos, como ser el vivir bien, la solidaridad, la justicia, la igualdad material, entre otros, forman parte igualmente del bloque de constitucionalidad y están amparados por el principio de supremacía constitucional.

El Derecho Constitucional boliviano, incluye al derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario, el derecho de integración (comunitario) y otros como parte de las comprensiones y sentidos del ordenamiento jurídico-constitucional. También incorpora a los tratados internacionales, como fuente subsidiaria, sea que los asuma como leyes (de sentido positivo) o en otras ocasiones como tratados-fuente del derecho interno, según la jerarquía enunciada en el artículo 410 de la Constitución.

La jurisprudencia del sistema interamericano sobre derechos humanos, ha sido plenamente reconocida y asumida por el ordenamiento jurídico-constitucional boliviano, como parte del bloque de constitucionalidad. Y es que los Estados al suscribir una convención o tratado adquieren derechos y obligaciones, en cumplimiento del principio fundamental del derecho internacional reflejado en el denominado *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), tal y como lo señala la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969. En definitiva, el haber suscrito Bolivia la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tantos otros tratados internacionales, se somete a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como a la Corte Penal Internacional, la Corte Permanente de

Arbitraje Internacional de la Haya, y en el ámbito comunitario al Tribunal Andino de Justicia.

El control de convencionalidad nace directamente de la obligación que tienen los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptando para ello las medidas jurídicas que sean necesarias.¹⁷ Este control consiste entonces en una obligación que corresponde a todos los órganos del poder público tanto a nivel nacional como de los gobiernos departamentales, municipales, regionales e indígena originario campesinos. Y como nace directamente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se realiza teniendo como parámetro a la Convención Americana y en los términos interpretados por la Corte IDH y su jurisprudencia. De ahí que todos los actos y actividades del Estado estén sometidos a este control, comenzando con la propia Constitución y las leyes, los actos administrativos, las sentencias y en general, todos los demás actos estatales.

En palabras de Ayala Corao, se trata de una obligación totalizante ya que comprende y compete a todos los órganos del poder público del Estado, tanto legislativo, como gobierno, administrativos y judiciales.¹⁸ En realidad, todos los órganos del Estado deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en la convención americana sobre derechos humanos y, en su caso, tomar las medidas que sean necesarias para asegurar los derechos convencionales.

17 El TCP (SSCCPP 0300/2012 de 18 de junio, la 0058/2016 de 24 de junio, entre otras) dejaba establecido que la constitucionalización en Bolivia de un Estado de Derecho nucleado en torno a los derechos fundamentales supone que este país entra definitivamente en el siglo XXI con instituciones de su tiempo, “el tiempo de los derechos”, y que incorpora, a partir de valores, principios e instituciones propias, los mecanismos del constitucionalismo moderno, caracterizado por su “dimensión expansiva” y que incluye, entre otros elementos, la asignación del valor normativo directo de la misma Constitución. Este constitucionalismo, por tanto, viene a caracterizarse por la inclusión de valores, principios y derechos fundamentales a los que la actuación ordinaria del legislativo también ha de ajustarse sin más remedio. Aquí la plurinacionalidad es uno de los valores más importantes que reconoce, incorpora y en el que se sustenta la Constitución Política del Estado. Es tan alta su relevancia constitucional que dicho valor adquiere en la Carta Magna el carácter de “hecho fundante básico” de la refundación del país — en un Estado de Derecho Plurinacional —, impregnando por ello a todas las institucionales del Estado, y en todos los niveles de poder.

18 AYALA CORAO, Carlos: *Sobre el concepto del control de convencionalidad*, en AAVV *Realidad y Perspectivas del Constitucionalismo Boliviano*, Memoria del segundo Congreso boliviano de Derecho Constitucional, Cochabamba, Ed. Kipus, 2014, pp. 16 y ss.

El control de convencionalidad es una actividad por la cual los jueces internos de los distintos Estados tienen la obligación, al fallar los casos de su competencia, de aplicar la convención americana y las interpretaciones de la Corte Interamericana sobre esos derechos.¹⁹ Y cuando un Estado es parte de un tratado internacional todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, y en esta tarea deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.

El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la convención americana sobre derechos humanos.²⁰ Esta misión judicial de garante de los derechos humanos no sólo posee eficacia represiva, sino valor preventiva, en el sentido de que “depura” la actuación del Estado y limita el desempeño del tribunal internacional, que tendría una actuación menos frecuente, en virtud de que se ve acotada por el principio de subsidiaridad. En contraste, todo aquello que no resulte eficazmente controlado por el juzgador nacional —o por otras instancias internas competentes— podrá ser objeto de planteamiento y examen por el tribunal internacional.

Los tribunales internos ejercen, en efecto, el control conforme a su propia competencia y dentro de los procedimientos establecidos para ello, previsión razonable en términos prácticos e incuestionable en términos jurídicos, dado el régimen de legalidad que preside el desempeño de los tribunales y, en general, de todas las autoridades nacionales. En poco tiempo de emitidas las sentencias fundadoras y creadoras, se extendió el control a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles y autoridades en general.

19 Caso *Mayrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 101.

20 Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

En términos generales este tipo de control puede ser interno o internacional: el interno, es el control llevado a cabo por todos los órganos del poder público del Estado; mientras que el internacional, es el llevado a cabo por la Corte IDH. Más específicamente, cuando este control es llevado a cabo por tribunales, lo denominamos control judicial de la convencionalidad, el cual igualmente puede ser interno o internacional: el interno, es el ejercido por los tribunales nacionales (estatales), ya sea de manera difusa o concentrada; y el internacional, es el que le corresponde a la Corte IDH.

2.2 Vinculatoriedad

La Constitución de 2009 no sólo reconoció nuevos derechos fundamentales, sino también la integración entre las normas internacionales y las normas constitucionales que garantizan derechos fundamentales por medio de la formación del bloque de constitucionalidad boliviano. El constituyente tuvo mucho cuidado en especificar la jerarquía de las fuentes jurídicas nacionales, a fin de que no surja ninguna duda sobre el tema. Sin embargo, el texto constitucional debe ser interpretado de una forma todavía más lógica, en el sentido no sólo que los “tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos” deben estar formalmente integrados al bloque de constitucionalidad, sino además todas las normas internacionales que traten de la protección y garantías de los derechos humanos.

El propósito de la Constitución es garantizar el respeto, con primacía, de las normas internacionales y, en el tema de los derechos humanos, garantizar a todos los seres humanos que están sujetos a la jurisdicción del Estado el máximo respeto de sus derechos fundamentales. El artículo 13.3 de la Constitución establece que “los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. El mandato recoge la cláusula de la integración hermenéutica de los derechos humanos, que determina que las normas nacionales que garantizan derechos deben ser interpretadas de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. Y como las normas internacionales gozan de jerarquía constitucional y deben influenciar la interpretación de las normas constitucionales bolivianas, el principio *pro homine* debe ser admitido y aplicado, a fin de que, en los casos concretos, la norma jurídica más protectora de los derechos humanos sea aprovechada.

La doctrina del bloque de constitucionalidad, reconocida por el artículo 410 de la Constitución, contempla a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ratificada por Bolivia mediante Ley 1599 de 18 de octubre de 1994.²¹ Esta normativa, por su esencia y temática se encuentra amparada por el principio de supremacía constitucional, postulado a partir del cual, se sustenta el eje estructural de la jerarquía normativa imperante en el Estado boliviano. En consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las resoluciones y decisiones que de él emanan, forman parte también del bloque de constitucionalidad, por dos razones jurídicas concretas: 1) El objeto de la competencia de la Corte IDH; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre derechos humanos.

Con estos razonamientos, el TCP sostiene que las resoluciones de la Corte IDH constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del “Estado Constitucional”, cuyos ejes principales, entre otros, son precisamente la vigencia de los derechos humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer, por eso es que las sentencias emanadas de este órgano forman parte del bloque de constitucionalidad y fundamentan no solamente la actuación de los agentes públicos, sino también subordinan en cuanto a su contenido a toda la normativa infra-constitucional vigente.

A tiempo de establecer que el incumplimiento a las sentencias emitidas por la Corte IDH genera para el Estado infractor responsabilidad internacional, el TCP aclaraba que el cumplimiento de estas obligaciones internacionales responde a un principio esencial que sustenta el propio sistema interamericano de protección de derechos humanos, que es el de “buena fe”, llamado también “*pacta sunt servanda*”, en virtud del cual, los Estados deben atender sus obligaciones internacionales, fundamento por demás sustentado para argumentar que los Estados miembros de este sistema, no pueden alegar la soberanía nacional para dejar de asumir su responsabilidad internacional.

El TCP concluye que es precisamente el principio de buena fe, el que reviste a las sentencias de la Corte IDH el efecto útil o de protección efectiva. También las sentencias de la Corte IDH no se encuentran por debajo ni de la Constitución tampoco de las normas jurídicas

21 SC 1662/2003-R de 17 de noviembre, la SCP 0110/2010 de 10 de mayo, entre otras.

infra-constitucionales, sino, por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del “Estado Constitucional de Derecho” enmarcado en la operatividad del sistema interamericano de protección a los derechos humanos.

3. Se fortalece la democracia representativa

La democracia representativa ha evolucionado de la mano del pensamiento político, buscando cualificar el ejercicio del poder. Tal como hemos sostenido, tiene sus propios principios como la separación de poderes, el control, la fiscalización, la transparencia de la cosa pública, la alternabilidad en el ejercicio del poder, el respeto a las minorías, la tolerancia política, el consenso, el diálogo, el debate democrático, la libertad de expresión, entre otros, que son imprescindible para una verdadera convivencia democrática.²²

La Corte IDH ha sido terminante en el sentido de que “los principios de la democracia representativa que fundan el sistema interamericano incluyen la obligación de evitar que una persona se perpetúe en el poder”, y advierte que la periodicidad de las elecciones, tiene como objetivo asegurar que distintos partidos políticos o corrientes ideológicas, puedan acceder al poder.²³

En general, las críticas que pueden formularse a las reelecciones presidenciales, son la siguientes: a) Agrava la concentración del poder (propiciando el hiperpresidencialismo, que degenera en autoritarismo); b) Vulnera el principio de separación de poderes; c) Coloca en ventaja al candidato que está en el poder; d) Debilita la institucionalidad porque se pierden los controles y la alternancia en el poder; e) La prolongación en el mandato impide la renovación política que exige y necesita todo sistema político; f) Favorece el caudillismo; g) Debilita a los partidos políticos y favorece la aparición de líderes mesiánicos; h) Impide la oxigenación del sistema político.²⁴

22 HERRERA ÁÑEZ, William, *Derecho Constitucional Boliviano*, Cochabamba, Ed. Kipus, 2019, p. 234.

23 OC- 28-21 de 7 de junio de 2021, párrs. 75-76.

24 Presentación de HERRERA ÁÑEZ, William, libro colectivo *Reforma y Reelección Presidencial*, Cochabamba, Ed. Kipus, 2016, p. 9.

Por tanto, la reelección indefinida vulnera el sistema democrático, y tiene efectos nocivos en el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, propios de una democracia representativa, porque favorece la hegemonía en el poder de ciertos sectores o ideologías. Los principios de la democracia representativa, así como la obligación de garantizar los derechos humanos sin discriminación parten del hecho de que en la sociedad existen una diversidad de corrientes e ideologías políticas.

La prohibición de la reelección presidencial indefinida tiene una finalidad acorde con el artículo 32 de la Convención, ya que busca garantizar la democracia representativa, sirviendo como salvaguardia de los elementos esenciales de la democracia establecidos en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.²⁵ Esta restricción busca asegurar el pluralismo político, la alternancia en el poder, así como proteger el sistema de frenos y contrapesos que garantizan la separación de poderes.

El tribunal concluye que la reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana ni por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos. La figura de la reelección presidencial y su prohibición tiene su génesis en la regulación constitucional que los Estados realizan respecto del derecho a ser elegido, de acuerdo con sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales. El sistema de protección de derechos humanos tiene asumido que los principios de la democracia representativa que fundan el sistema interamericano incluyen la obligación de evitar que una persona se perpetúe en el poder.

La OEA ha invocado la Carta Democrática Interamericana que busca, precisamente, proteger a los países americanos cuanto se rompe el orden constitucional. La defensa de la democracia, los derechos humanos, los valores y principios constitucionales, pasan a ser una responsabilidad de todos los países miembros. La democracia es imprescindible para la convivencia ciudadana. El artículo 3 de la Carta reconoce que “son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural

25 OC- 28-21 de 7 de junio de 2021, párrs. 118-119.

de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”.

El régimen democrático no se agota en los procesos electorales, sino que se expresa también en el ejercicio legítimo del poder. La defensa real de los derechos humanos, en efecto, es una tarea de todos, por la sencilla razón que son —universales y sagrados— y su protección no debe tener fronteras.

La permanencia en funciones de un mismo gobernante en la presidencia de la república por un largo período de tiempo tiene efectos nocivos en el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, propio de una democracia representativa, porque favorece la hegemonía en el poder de ciertos sectores o ideologías.²⁶ Y propicia tendencias hegemónicas que resultan en el menoscabo de los derechos políticos de los grupos minoritarios y que, en consecuencia, minan el régimen plural de partidos y organizaciones políticas.

En segundo lugar, la falta de limitaciones a la reelección presidencial conlleva el debilitamiento de los partidos y movimientos políticos que integran la oposición, al no tener una expectativa clara sobre su posibilidad de acceder al ejercicio del poder. La debilitación de los partidos políticos tiene un impacto negativo en el funcionamiento democrático, ya que estos tienen un papel esencial en el desarrollo del mismo. Esto afecta el pluralismo político que debe existir en una sociedad democrática, el cual es fomentado por los artículos 13, 16 y 23 de la Convención Americana. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia señaló que el respeto al pluralismo político supone reconocer que una propuesta política siempre puede sustituir “a otra en el gobierno de la nación”; por tanto, las minorías lejos de ser acalladas en aras del predominio mayoritario, tienen derecho a ofrecer sus opiniones y programas como alternativas con posibilidad real de concitar la adhesión ciudadana para transformarse en mayoría, lo que exige la previsión de reglas que encaucen la dinámica del proceso político y, claro está, el acatamiento de esas reglas, sobre todo por aquellos que encarnan el ideal mayoritario.

En tercer lugar, dependiendo de las competencias que cada Estado confiera al presidente de la República, la permanencia en el poder de un

26 Ibidem, párrs. 133-146.

presidente por un largo período de tiempo afecta la independencia y la separación de poderes, e invalida esta salvaguardia democrática. Al ocupar el cargo de presidente la misma persona por varios mandatos consecutivos se amplía la posibilidad de nombrar o remover a los funcionarios de otros poderes públicos, o de aquellos órganos encargados de controlarlos. Por tanto, en este tipo de regímenes, es fundamental que el sistema de frenos y contrapesos incluya limitaciones temporales claras al mandato del presidente, tal como lo establecen las constituciones de la gran mayoría de Estados de la región.

En cuarto lugar, de acuerdo al artículo 23 de la Convención, todo ciudadano tiene derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, a ser electo y el derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, lo cual aplica tanto para cargos de elección popular como por nombramiento o designación. La Corte advierte que los presidentes que buscan la reelección tienen una amplia ventaja de exposición mediática y de familiaridad para los electores. El propio ejercicio del poder puede fomentar la idea que la continuidad de la misma persona en el cargo es indispensable para el funcionamiento del Estado. El cargo de la presidencia brinda a la persona que lo ocupa una posición privilegiada para la contienda electoral. Mientras mayor sea el tiempo de permanencia en el cargo, mayor será esta ventaja.

En esta línea, la Comisión de Venecia establece que “abolir los límites a la reelección presidencial representa un paso atrás en términos del logro democrático, por lo menos en los sistemas presidenciales o semipresidenciales”.²⁷ Y explicó que al eliminar una importante protección contra las distorsiones que podría producir una concentración del poder, abolir los límites a la reelección también plantea el riesgo de desvirtuar distintos aspectos del derecho humano de participar en la función pública, que incluyen el derecho de participar en elecciones periódicas genuinas, la capacidad de asegurar que las personas con derecho de voto puedan elegir libremente entre distintos candidatos, que los representantes sean libremente elegidos y responsables ante los ciudadanos y que la autoridad del gobierno siga basándose en la libre expresión de la voluntad del pueblo.

Por último, el respeto al Estado de Derecho implica que las personas que ejercen el poder deben respetar las normas que hacen posible el juego

27 Ibidem, párr. 143.

democrático. Y resalta que la habilitación de la reelección presidencial indefinida de forma que permita al presidente en ejercicio presentarse para ser reelecto es una modificación que trae fuertes consecuencias para el acceso al poder y el funcionamiento democrático en general. La eliminación de los límites para la reelección presidencial indefinida no debería ser susceptible de ser decidida por mayorías ni sus representantes para su propio beneficio.

La Corte resalta que la habilitación de la reelección presidencial indefinida obstaculiza que otras fuerzas políticas distintas a la persona a cargo de la presidencia puedan ganar el apoyo popular y ser electas, afecta la separación de poderes y, en general, debilita el funcionamiento de la democracia. El mayor peligro actual para las democracias de la región no es un rompimiento abrupto del orden constitucional, sino una erosión paulatina de las salvaguardas democráticas que pueden conducir a un régimen autoritario, incluso si este es electo mediante elecciones populares. En consecuencia, las salvaguardas democráticas deberían prever la prohibición de la reelección presidencial indefinida.

Por tanto, de una lectura sistemática de la Convención Americana, incluyendo su preámbulo, la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana, es necesario concluir que la habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

4. Conclusiones

Con todo lo expuesto, podemos hacer las siguientes conclusiones:

- En la opinión consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, la Corte IDH ha sido contundente en el sentido de que la reelección presidencial (en el sistema presidencial) no sólo que no es un derecho humano, sino también que su prohibición fortalece la democracia representativa, y los derechos políticos en los países miembros de la Organización de Estados Americanos.
- La restricción de la reelección presidencial busca asegurar el pluralismo político, la alternancia en el poder, así como proteger el sistema de frenos y contrapesos que garantizan la separación de poderes. La perpetuación de una persona en un cargo público conlleva el riesgo de

que el pueblo deje de ser debidamente representado por las personas que eligió y que el sistema de gobierno se asemeje más a una autocracia que a una democracia.

- El juego democrático solo es posible cuando todas las partes respetan los límites impuestos por la ley que permiten la propia existencia de la democracia, como lo son los límites temporales de los mandatos presidenciales. Y cualquier modificación de las normas para beneficiar a la persona que se encuentra gobernando, rompe la esencia de la democracia, la igualdad de oportunidades que debe haber en toda contienda electoral, y es discriminatorio por la situación privilegiada que representa para uno de los aspirantes.
- La opinión consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021 ha echado por la borda la monstruosa sentencia constitucional 0084/2017 de 28 de noviembre, que buscaba la reelección indefinida de los exgobernantes bolivianos Evo Morales y Álvaro García Linera, precisamente por ser contraria a los principios de una democracia representativa y a las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En el derecho boliviano, las opiniones consultivas forman parte del bloque de constitucionalidad (art. 410.II CPE) y son, por tanto, vinculantes.

Bibliografía

AYALA CORAO, Carlos,

- *Sobre el concepto del control de convencionalidad*, en AAVV *Realidad y Perspectivas del Constitucionalismo Boliviano*, Memoria del segundo Congreso boliviano de derecho constitucional, Cochabamba, Ed. Kipus, 2014.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio,

- *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ed. Porrúa, 2015.

HERRERA ÁÑEZ, William,

- *Derecho Constitucional Boliviano*, Cochabamba, Ed. Kipus, 2019.

MEJÍA RIVERA, Joaquín A.,

- *Las implicaciones políticas y jurídicas de la reelección presencial en Honduras: La Opinión Consultiva OC-28/21 de la Corte IDH*, <https://eric-sj.org/envio/las-implicaciones-politicas-y-juridicas-de-la-reeleccion-presidencial-en-honduras-la-opinion-consultiva-oc-28-21-de-la-corte-idh/>.

RIVERA SANTIVANÉZ, José Antonio,

- *La aplicación del control de convencionalidad en Bolivia*, en AAV *Las Acciones de Defensa y el Control de Convencionalidad en Bolivia*, Cochabamba, Ed. Kipus. 2017.

Opinión Consultiva OC-16/99 de 1° de octubre de 1999.

Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021.

II.
JURISDICCIÓN
Y REFORMA CONSTITUCIONAL
EN DEBATE

TRASCENDENTE FALLO SOBRE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Y OTRAS CUESTIONES FEDERALES

*Antonio María Hernández**

Sumario: I. La acción declarativa de inconstitucionalidad presentada por la CABA; II. El fallo de la Corte Suprema; III. La reacción del oficialismo ante el fallo y el envío de un proyecto de ley emergencia sanitaria al Congreso; IV. Conclusiones.

I. La acción declarativa de inconstitucionalidad presentada por la CABA

Con fecha 16 de abril de 2021 el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires presentó ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación una Acción Declarativa de Inconstitucionalidad contra el Estado Nacional, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del Art. 2 del DNU 241/2021 del Poder Ejecutivo, que había dispuesto la suspensión de

* Profesor Titular Plenario de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal (UNC), Profesor Honorario de la UBA, Postdoctoral Senior Fellow de la State University of New York at Buffalo Law School, Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Miembro del Comité de Directores de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales y Convencional Constituyente de la Nación en 1994.

clases presenciales en el ámbito del Área Metropolitana de Buenos Aires entre el 19 y el 30 de abril. La CABA señaló la violación de los Arts. 5 y 129 de la Ley Suprema de la Nación, que garantizan la autonomía de las provincias y su función educativa y de la CABA, respectivamente. Y asimismo sostuvo la inconstitucionalidad del DNU citado por desconocimiento del Art. 99 Inc. 3. Defendió la importancia de la educación reconocida en los textos constitucionales y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la competencia de la CABA en dicha materia educativa. Afirmó además que dicho Decreto fue discriminatorio, ya que mientras allí y en el resto del Área Metropolitana se prohibieron esas clases, no ocurrió lo mismo para el resto de las Provincias, traicionando al federalismo. También argumentó en base al Art. 28 sobre la falta de razonabilidad de la prohibición, al no estar fundada en datos empíricos y científicos. Y finalmente solicitó el dictado de una medida cautelar al respecto.

El 19 de abril la Corte Suprema declaró su competencia originaria en este caso, de acuerdo a lo dictaminado por la Procuración General.

El 26 de abril contestó la demanda el Gobierno Federal, solicitando el rechazo de la acción, además de negar la posibilidad de acudir a la Corte por parte de la CABA. Defendió la constitucionalidad del DNU en su legalidad y razonabilidad y sostuvo que razones sanitarias fundamentaban la prohibición de las clases presenciales en la Región Metropolitana.

Por su parte, el 29 de abril dictaminó el Procurador General que el DNU del Poder Ejecutivo no cumplía los requisitos del Art. 99 inc. 3 y que no había un estado de necesidad para fundamentar la suspensión de las clases. Considero que es un Dictamen bien fundado en otros aspectos como el del DNU dictado, las facultades concurrentes, el federalismo de concertación, la autonomía de la CABA y el derecho a la educación, que merece ser destacado, aunque por razones de extensión de este trabajo, no pueda analizarlo.

II. El fallo de la Corte Suprema

El más alto Tribunal sentenció la causa "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s. Acción Declarativa de Inconstitucionalidad" - CSJ 567/2021-Originario", con fecha 4 de mayo de 2021.

El fallo fue unánime en resolver que **“se hace lugar a la demanda en lo referido al planteo de que en el caso concreto se violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”**. Así fue dispuesto en los 3 Votos: el de Mayoría de los Ministros Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti y los concurrentes individuales del Presidente Carlos Rosenkrantz y de Ricardo Lorenzetti. Y en los 2 Votos primeramente mencionados se expresa que se deja establecido **“un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino”**.

Al tratarse de un fallo extenso y por razones de brevedad, se me permitirá señalar las cuestiones que estimo más relevantes de cada uno de los Votos.

1. Análisis del Voto de Mayoría especialmente dirigido a la autonomía de la CABA y a otras cuestiones federales

Debe tenerse especialmente en cuenta que este Voto es obra de los Ministros Maqueda y Rosatti, que fueron Miembros de la Convención Nacional Constituyente de 1994, lo que añade especial valor a su opinión.

A. Sobre la competencia originaria de la Corte en esta causa

En el **Considerando 1** se ratifica lo resuelto con fecha 19 de abril acerca de la competencia originaria de la Corte para entender en este caso planteado por la CABA. Esto es también compartido por los otros Ministros en sus Votos concurrentes.¹

Esto significa consolidar un aspecto muy significativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que desde hace tiempo, viene sosteniendo que la CABA, lo mismo que cualquier Provincia, tiene personería para ocurrir en instancia originaria ante el Tribunal, según lo dispuesto por el Art. 117 de la Ley Suprema.

Hay que recordar que aquí hubo una evolución de la jurisprudencia desde una posición inicial en “Cincunegui”² de 1999 y otros casos, que la

1 En aquella oportunidad sólo la Ministra Highton de Nolasco mantuvo el anterior criterio de que no correspondía la competencia originaria, y por eso no emitió su voto en la Sentencia definitiva.

2 CSJN, Fallos, 322:2856.

negaban en sus Votos de Mayoría³. Pero posteriormente, hubo un cambio hacia la posición contraria a partir del caso “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba”⁴ de 2019, con una más correcta interpretación constitucional sobre la naturaleza de la Ciudad Autónoma. Asimismo en “Bazan”⁵ de 2019 la Corte con el Voto Mayoritario de Maqueda, Rosatti y Lorenzetti había atribuido al Tribunal Superior de la CABA la resolución de los conflictos entre los Jueces Nacionales y los de la CABA, por tratarse de juzgados no federales con asiento en la Ciudad.. Y como antecedentes de estos fallos, hay que recordar los casos “Corrales”⁶ de 2015 y “Nisman”⁷ de 2016, y luego “Marmol”⁸ de 2018, que reconocieron la autonomía de la CABA y afirmaron la necesidad de transferir a la misma la Justicia Nacional, de acuerdo a la Reforma Constitucional de 1994.⁹

B. Sobre el federalismo de concertación en la Reforma Constitucional de 1994

En el **Considerando 4** del Voto de Mayoría se afirma, con cita de varios precedentes: “En síntesis, el armónico desenvolvimiento del sistema federal de gobierno depende de la “buena fe”, de la “coordinación” y de la “concertación” recíproca entre los diversos estamentos de gobierno (Nación, Provincias, Ciudad de Buenos Aires y Municipios), pues esos principios constituyen el modo razonable para conjugar los distintos intereses en juego y encauzarlos hacia la satisfacción del bien común”.¹⁰

3 Integrada por los Ministros Moliné, Fayt, Belluscio, Bossert, Petracchi y Vázquez.

4 CSJN, Fallos, 342:533, con el Voto Mayoritario de los Ministros Maqueda, Rosatti y Lorenzetti y el Voto Concurrente de Rosenkrantz.

5 CSJN; Fallos, 342:509.

6 CSJN, Fallos, 338:1517.

7 CSJN, Fallos, 339:1342.

8 CSJN, Fallos, 341:611.

9 Para un análisis en profundidad de estas cuestiones, véase Antonio María Hernández, “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”, Iusbaire, Buenos Aires, 2017.

10 Existen otros fallos precedentes referidos a la cuestión. En los Considerandos 7 y 8 en “Provincia de Santa Fe c. Estado Nacional” (2015), sobre los reclamos por las detracciones a la masa de coparticipación impositiva, hay importantes conceptos sobre federalismo de concertación y derecho intrafederal y la importancia de los acuerdos entre los gobiernos federal y provinciales en materia de coparticipación.

Al referirme a una de mis 20 Propuestas para fortalecer el federalismo, la Novena sobre “Afianzar el federalismo de coordinación o concertación mediante un mejor ejercicio de relaciones interjurisdiccionales. Creación de una Asociación o Conferencia Nacional de Gobernadores”, expresé: “..otro de los grandes avances de la reforma constitucional de 1994 fue la plena incorporación del federalismo de coordinación o concertación¹¹. Ejemplos de ello son las leyes convenio de coparticipación impositiva (art. 75 inc. 2), el organismo fiscal federal (art. 75 inc. 2), la participación provincial en los entes reguladores y de control de los servicios públicos de competencia nacional (art. 42), la creación de regiones (art. 124), la celebración de convenios internacionales (art. 124) e incluso la integración supranacional (art. 75 inc. 24)”.

“Por otra parte, desde hace décadas contamos con tratados interprovinciales y la creación de Consejos Federales en diversas materias. Pero es evidente que no han existido relaciones interjurisdiccionales modernas y maduras entre los diversos órdenes gubernamentales¹², ni se ha observado una efectiva y plena vigencia del federalismo de coordinación o concertación”.

“No desconocemos que este proceso demanda una elevación de nuestra cultura política, para poder superar al individualismo exacerbado, las tendencias corporativas y la imposibilidad -que muchas veces padecemos- de proyectar y ejecutar políticas arquitectónicas frente a los problemas estructurales de la sociedad y el Estado argentinos. Ya veremos en esta propuesta y en otras sucesivas, que el federalismo de coordinación o concertación es una herramienta fundamental para el desarrollo equilibrado e integrado del país, a través de sus múltiples aplicaciones”.

“Aunque en los puntos siguientes seguiremos tratando este tema, en esta oportunidad planteamos la creación de una **Asociación o Conferencia**

11 Para la distinción entre el federalismo “dual o competitivo” y el federalismo “de coordinación o concertación”, véase nuestra obra “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, ya citada, Cap. I “Sistemas políticos federales”, en el punto Clasificación de los sistemas políticos federales, págs. 17/18. Pedro J. Frías, que prefería denominarlo “de concertación”, fue impulsor de esta incorporación tanto a la Constitución Federal como a las Constituciones Provinciales.

12 Véase la obra “Un federalismo en pausa- Normas, instituciones y actores de la coordinación intergubernamental en Argentina”, Director Marcelo Bernal, con Prólogo de mi autoría, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2021.

Nacional de Gobernadores, como existen en las federaciones norteamericana y mejicana, a los fines de mejorar estas relaciones interjurisdiccionales. Por otra parte, tal vez sólo así podrá existir un **mayor equilibrio en el diálogo entre el Presidente y los Gobernadores**, que permita el cumplimiento del proyecto federal de la Constitución Nacional”¹³.

En el marco de esta emergencia, sostuve que debió haberse adoptado una **participación conjunta y coordinada** de los diversos gobiernos en las grandes decisiones durante la emergencia, en lugar de las asumidas sólo por el Poder Ejecutivo mediante Decretos. Asimismo hubiera sido conveniente un desarrollo más pronunciado de las **relaciones interjurisdiccionales y una mayor decisión y ejecución a cargo de los gobiernos subnacionales**. En lugar de federalismo de concertación hubo hiperpresidencialismo y se afectaron el sistema republicano, la forma federal de Estado y los derechos fundamentales.¹⁴

Por eso insisto en el ejercicio del federalismo de coordinación o concertación con los diversos instrumentos y especialmente, con el funcionamiento de los Consejos Federales y la profundización de las relaciones intergubernamentales.

Por su parte, María Gabriela Abalos planteó para instrumentar dicho federalismo la sanción de una ley-convenio¹⁵ de emergencia, con un tiempo

13 Antonio María Hernández, “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”, “20 Propuestas para fortalecer el federalismo”, obr. cit., y “A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994”, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019.

14 Véase especialmente mi libro “Emergencias, orden constitucional y Covid19”, Rubinzal Culzoni Editores, 2020.

15 Ruben Marin como Miembro Informante sostuvo en la Convención Nacional Constituyente que “La inclusión del instituto de las leyes convenio tiende a saldar también una dilatada discusión respecto de su constitucionalidad”, y que “las mencionadas leyes son una genuina interpretación y expresión de un federalismo concertativo y solidario” (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Santa Fe-Paraná, 1994, Tomo III, págs. 3172/3177; versión taquigráfica de la 24a Reunión - 3a Sesión Ordinaria [Continuación] del 4 de agosto de 1994. A su vez el Convencional Héctor Masnatta afirmó que las leyes-convenio tenían forma de ley pero alma de contrato. Se trataba de un avance para terminar con el sistema de los pactos fiscales que fueron simples adhesiones de las Provincias a las leyes promovidas por el Gobierno Nacional. (Véase Antonio María Hernández, “Federalismo y Constitucionalismo Provincial, Cap. III, “El federalismo en la reforma constitucional

limitado expresamente previsto, que contendría las bases de acuerdos interjurisdiccionales con presupuestos mínimos de protección de la salud pública con la consiguiente restricción de derechos, que permita a cada provincia y dentro de ella a sus municipios, y a la Ciudad Autónoma, dar respuestas locales en el marco nacional fijado por dicha norma.¹⁶ Como veremos más adelante, no se compadece con esta propuesta el proyecto de ley de emergencia sanitaria remitido por el Poder Ejecutivo, que insiste inconstitucionalmente en el avance sobre las competencias locales..

C. Sobre los 4 órdenes de gobierno, además de las regiones, en nuestra Federación

En el **Considerando 6** se expresa que en el sistema federal nuestro existen 4 “sujetos jurídicos “necesarios” o “inexorables”: el Estado Nacional, las Provincias, los Municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y un sujeto jurídico “posible” o “eventual” como es el caso de la región”. Y se citan al respecto los casos “Bazán” y “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba”, de 2019, antes mencionados.¹⁷

D. Sobre la autonomía plena de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la Reforma Constitucional de 1994

En los **Considerandos 7 y 8** están expuestos los fundamentos de la autonomía plena de la Ciudad, según lo dispuesto por el Art. 129 y con un análisis de la jurisprudencia del Tribunal a partir de 2016 en los casos “Nisman”, “Bazán” y “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba”.

En el **Considerando 9** se la califica como “**ciudad constitucional federada**”: “Es ciudad, por sus características demográficas. Es ciudad

de 1994”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009) y los Caps. III “El federalismo argentino” y Cap. IV “El federalismo argentino. Continuación. Los aspectos fiscales y económicos” de mi autoría en la obra “Derecho Público Provincial”, 3ª. Edición, Antonio María Hernández y Guillermo Barrera Buteler, Coordinadores, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020.

16 Cfr. “Los agentes naturales del Gobierno Federal en emergencia y su interpretación en emergencia”, *El Derecho, Constitucional*, julio 2020, N° 7.

17 Para un análisis en profundidad de estas cuestiones véase Antonio María Hernández, “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Cap. III, “El federalismo en la reforma constitucional de 1994”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

constitucional, porque es la única designada por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los Municipios. Y es ciudad constitucional federada, porque integra en forma directa el sistema federal argentino conjuntamente con los otros sujetos que lo componen”¹⁸.

En el **Considerando 10** se afirma que ya la Ciudad **no es un “territorio federalizado” como antes de la Reforma**, ya que la regla “es la prevalencia de las competencias locales” y que la “capitalidad es la excepción. Y que en consecuencia, puede decidir la modalidad virtual o presencial en materia de educación.

Por mi parte, al referirme en la Convención a esta cuestión¹⁹, distinguí el tema de la Ciudad de Buenos Aires del de la Capital Federal. Recordé que la cuestión atraviesa toda la historia nacional, y que opinaron al respecto Alberdi, Sarmiento, Alem, Martínez Estrada, Mallea y, más recientemente, Luna. Consideré las normas constitucionales sobre la Capital Federal y los distintos gobiernos municipales a lo largo del tiempo. Y al fundamentar el art.110 bis (hoy 129) propuesto por el despacho mayoritario, dije que con toda claridad se establecía “**el principio de autonomía plena en el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires**”, y así expliqué la norma:

“En el primer párrafo se determina que la Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción. Esto significa que no puede haber otra manera de interpretación que apunte a considerar que este gobierno tendrá esta facultad autonómica. La palabra «autonomía» significa posibilidad de propia legislación, y, por supuesto, que dentro de este concepto hay facultades tanto gubernativas –en este sentido aparece clara la frase que indica que el Jefe de Gobierno será elegido directamente por el pueblo de la Ciudad– como de legislación y jurisdicción. Este último aspecto hay que correlacionarlo con el párrafo tercero de la norma propuesta, con la idea de un Estatuto Organizativo, que significará el máximo grado posible de autonomía, vinculado con el aspecto institucional. Ese Estatuto Organizativo será el resultado de una convención local electa por el pueblo

18 Tal como se expuso en los Fallos en “Bazán” y “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba”, de 2019, ya citados.

19 En mi carácter de Vicepresidente de la Comisión Redactora y que integraran también los Convencionales Maqueda y Rosatti.

de la Ciudad de Buenos Aires, que tendrá la histórica tarea de establecer los lineamientos del gobierno de dicha ciudad.[...]” Las facultades de jurisdicción no significan otra cosa que un Poder Judicial. Y esto se relaciona también con la Cláusula Transitoria establecida al respecto, fijando que los Jueces que hoy pertenecen a la Justicia Nacional de Buenos Aires, dependientes del Estado nacional, pasen a ser Jueces de la Ciudad de Buenos Aires”. Después distinguí el problema de la Ciudad con el de la Capital Federal, al mencionar la Ley de Garantías, y luego calificué como «Ciudad-Estado», a la naturaleza que corresponderá a la Ciudad de Buenos Aires”. Más adelante resumí los problemas fundamentales de la Ciudad, como “verdadera megalópolis”, que requería una visión metropolitana para el accionar conjunto del gobierno federal, de la Provincia de Buenos Aires, y de los diecinueve partidos del conurbano junto al gobierno de la ciudad; además de la desconcentración administrativa, de la coparticipación, de la delimitación de competencias con el Gobierno Federal, de la Policía y de la Justicia. Finalmente afirmé que la autonomía plena de la ciudad significará “la consolidación de principios republicanos y federales”²⁰. También sostuvieron el carácter de Ciudad- Estado los Convencionales Raúl Alfonsín y Jorge de la Rúa, mientras que Quiroga Lavié agregó “de nivel provincial”.²¹

Asimismo, la autonomía de la CABA, afirmada por unanimidad en el Fallo, fue expuesta en los Votos del Presidente Rosenkrantz en el Considerando 6 y del Ministro Lorenzetti en el Considerando 8.

E. Sobre las facultades concurrentes y el deslinde de competencias

En el Considerando 15 se expresa que en nuestra Federación existen facultades concurrentes entre los diversos órdenes gubernamentales, en

20 Ver el “Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente”, Santa Fe-Paraná, 1994, Tomo III, págs. 2616/8. Para un análisis completo de los aspectos históricos, jurídicos e institucionales de la Ciudad de Buenos Aires, véase mi obra “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”, Iusbaire, Buenos Aires, 2017.

21 Véase Antonio María Hernández, “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”, obr. cit.

materia de salud, tal como fue reconocido por la antigua jurisprudencia de la Corte desde los casos “Plaza de Toros” y “Saladeristas de Barracas”.²²

En el Considerando 16 de especial importancia, se indica con claridad cuál es el criterio que debe tenerse en el deslinde de competencias entre Gobierno Federal y los otros órdenes en materias concurrentes. Y como aquél sólo tiene las que fueron **delegadas** por las Provincias, mientras que éstas **conservan poderes originarios más amplios**, debe interpretarse con **criterio estricto y restrictivo las competencias del Gobierno Federal**, tal como lo sostuvo Juan Bautista Alberdi, especialmente citado. Y se afirma que para que se cumpla el federalismo constitucional y no pierda realidad, ese criterio restrictivo debe impedir que el Gobierno Federal regule en base a su concurrencia de competencias, “..todo aspecto relacionado en forma vaga e injustificada con las competencias que la Constitución le asigna”, excluyendo a las Provincias. Y aquí se cita a Clodomiro Zavalía que en 1929 advertía sobre el riesgo de considerar que todo progreso o bienestar podía provenir sólo de las autoridades federales en detrimento de las provinciales.

Por su parte, las competencias concurrentes de ambos órdenes gubernamentales en educación y salud y la regla sobre las facultades delegadas del Gobierno Federal y conservadas y más amplias de las Provincias, también es compartida en los Votos de Rosenkrantz en los Considerandos 7, 8 y 9 y de Lorenzetti en los Considerandos 9 a 12.

Este es un **estándar de particular relevancia**, pues es bien conocido cómo las interpretaciones “centralistas” de cierta doctrina y jurisprudencia, avalaron las prácticas institucionales y políticas que fueron alejándonos del proyecto federal de la Constitución. Más adelante me referiré al **cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema que se está produciendo en estas materias** y a la luz de la reforma constitucional de 1994. Recuerdo en este sentido, que han existido 3 versiones normativas de federalismo:

22 Para un análisis de las competencias en nuestra Federación, véanse las obras “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, ya citada; “Derecho Público Provincial”, 3ª. Edición, Antonio María Hernández y Guillermo Barrera Buteler, Coordinadores, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020 y “Derecho Municipal”, Parte General, UNAM, México, 2003.

la originaria de 1853²³, la de la Reforma de 1860²⁴ y finalmente, la de 1994, que establece un federalismo moderno de concertación y profundiza la descentralización del poder, en el marco del federalismo comparado.²⁵

F. Sobre la supremacía constitucional del Art. 31

En esta cuestión de enorme importancia en materia federal y constitucional, en el **Considerando 17**, se afirma: “..**Si bien las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires guardan subordinación con el Estado Federal en ciertos ámbitos, esa subordinación se verifica en los estrictos términos jurídicos de la Constitución Nacional.** No se trata, por tanto, de una subordinación indeterminada, sino limitada por el mismo texto de la Norma Fundamental argentina. En ese entendimiento, **los mismos Arts. 5 y 31 de la Constitución Nacional pueden ser violados tanto cuando el desborde competencial provenga del ejercicio de una autoridad provincial como cuando provenga del ejercicio de una autoridad nacional.**” ... “**Así las normas adoptadas por las autoridades nacionales no sólo no deben contradecir a la Constitución Nacional ni a los Tratados Internacionales sino tampoco invadir el ámbito competencial de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**”.

Se trata de la correcta interpretación **con criterio federal de la cláusula del art. 31 de la Constitución Nacional**, que establece dicha supremacía, y que no puede confundirse con una superioridad jerárquica y centralista

23 Con la influencia de Alberdi y su concepto de “Federación Mixta” (Federación unitaria o unidad federativa), de marcada centralización, no obstante que su fuente principal fue el modelo de la Constitución de Filadelfia de 1787. Véase mi obra “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, ya citada.

24 Que corrigió los aspectos más centralistas del texto originario, con la influencia y protagonismo de Sarmiento, que tuvo una fuerte polémica por cuestiones federales y constitucionales con Alberdi. Véase mi obra “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, ya citada.

25 Véase Antonio María Hernández, “Estudios de Federalismo Comparado. Argentina, Estados Unidos y México”, con dos ediciones en español de Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2018 y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México y Rubinzal Culzoni, de 2019 y en inglés el E-Book: “Studies in comparative federalism. Argentina, the United States and Mexico”, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, 2019. En éstas y otras obras citadas, he indicado además las características de nuestro federalismo normativo, que cada vez más claramente se alejó de la primera versión centralista. Pero en el orden de la realidad se afirmó una tendencia a la centralización, en violación del diseño constitucional.

del Gobierno Federal sobre los provinciales y de éstos sobre los municipales. Como lo ha sostenido caracterizada doctrina²⁶, **constituye un grave error de interpretación constitucional asignar a priori supremacía a una ley del Congreso sobre normas provinciales o municipales**, ya que todo depende de las competencias asignadas por la Constitución Nacional, que es la norma suprema, a la cual deben supeditarse todos los órdenes gubernamentales de nuestra federación. En definitiva, deben invalidarse por inconstitucionales los avances sobre las competencias locales, y aquí nos referimos no sólo a los avances del gobierno federal sobre los provinciales sino también de éstos sobre los municipales.²⁷

Este trascendente criterio interpretativo del Art. 31 es también consignado en el Considerando 12 del Voto del Presidente de la Corte Rosenkrantz.

Con la aplicación de los estándares anteriormente citados, en el **Considerando 19** in fine, acerca del examen de legalidad del Art. 2 del DNU 241/2021, se concluye afirmando que el Gobierno Federal invadió las competencias propias de la CABA en materia educativa. Y en el **Considerando 20** se indica que la anterior conclusión no se desvirtúa por la conformación territorial del Área Metropolitana ni por la doctrina de los actos propios, lo que es analizado en los Considerandos siguientes.

26 Véase nuestra obra “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, ya citada, donde consigno las opiniones de Clodomiro Zavalía y de Arturo M. Bas al respecto (págs. 330 y nota 36 y 332 y nota 40). Asimismo, es muy clara la opinión de Alexander Hamilton en el *Federalista*, N° 33, quien enfatizaba que las leyes federales que no eran dictadas “conforme a la Constitución”, no eran supremas, por ser una “usurpación de un poder no conferido por la Constitución”. (“El Federalista”, Hamilton, Madison y Jay, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2006, pág. 132)

27 El problema de las competencias es el más importante de esta forma de Estado, caracterizada por la coexistencia de diversos órdenes estatales y gubernamentales. Y por ello, en los casos de conflictos, resulta tan trascendente el control de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, que debe asegurar la supremacía de la Constitución, en el estricto respeto de las competencias fijadas a cada uno de los órdenes gubernamentales, en ejercicio de sus soberanías y autonomías. (Véase nuestro artículo “Soberanía y autonomía provinciales en la doctrina y jurisprudencia de la CSJN”, ya citado). Asimismo, sobre la supremacía de la Constitución y la función de los jueces para defenderla, recuérdese a Alexander Hamilton, quien sostuvo: “Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido”. (Cfr. “El Federalista”, N° 78, obr. cit., pág. 332).

G. Sobre el Área Metropolitana y la Región del Art. 124 de la Constitución Nacional

En el **Considerando 21** se hace referencia a la conformación del Área Metropolitana de Buenos Aires por el DNU 125/2021 del Poder Ejecutivo Nacional, integrado por la CABA y 35 Municipios de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de las características especiales del Covid19 en dicha aglomeración. En el **Considerando 22** se concluye en que **dicha Área no constituye una región**, como sujeto eventual de nuestra federación, de acuerdo al Art. 124 de la Ley Suprema. Y en el **Considerando 23** se reafirma lo anterior y se agrega que **tampoco dicha Área puede implicar “una alteración de las potestades provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”**.²⁸

H. Sobre los controles tanto horizontal como vertical del poder

También debe destacarse el **Considerando 26** donde luego de invocarse el carácter del Tribunal como de garantías constitucionales, máximo intérprete de la Constitución y cabeza de uno de los Poderes del Estado, se afirma que está obligado a “velar porque se respete el sistema de división de poderes de la Constitución (Art. 1), tanto en su aspectos material en lo que se refiere al sistema republicano (ramas legislativa, ejecutiva y judicial), como en su dimensión territorial propia del sistema federal argentino (en el que se articulan de manera coordinada las potestades del Estado Nacional, provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios)”.

28 Se trata de dos cuestiones de especial importancia a las que me referí en mis obras “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”, “Federalismo y Constitucionalismo Provincial” y “Derecho Municipal”, ya citadas. Considero muy necesario avanzar en la institucionalización del Área Metropolitana de Buenos Aires para resolver los problemas de la megalópolis por una parte, y además, completar el mapa regional del país, que tiene 4 regiones, pero que todavía no está integrado ni por la Provincia de Buenos Aires ni por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esto demuestra una vez más la gravedad de nuestros problemas institucionales y la anomia que nos caracteriza. Respecto a esto, véase además a Pablo Reca: “Reflexiones sobre el régimen municipal bonaerense”, Librería Editora Platense, La Plata, 2013 y “Territorio y municipio. El tema en la Provincia de Buenos Aires”, Revista de Estudios de la Administración local y autonómica, Madrid, España, junio 2011.

2. **Análisis del Voto del Presidente Rosenkrantz dirigido a la emergencia y a su subordinación al orden constitucional**

En el Considerando 4 se expresa "...que la emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente. La emergencia está sujeta al derecho en este país, en tanto también es una situación jurídica regulada y ella no implica en modo alguno que cualquier medida que pudiera representarse como eficaz para atender la situación sea, por esa razón, constitucionalmente admisible. No debe perderse de vista que la emergencia, si bien puede proporcionar la ocasión para ejercer un poder existente, no crea poderes nuevos"²⁹..." Tiene dicho este Tribunal que: "Los poderes de emergencia nacen exclusivamente de la Constitución, la que los conforma y delimita, por lo que todo avance más allá de ese marco conceptual desborda la legitimidad, tornándose en arbitrariedad y exceso de poder" ("Antinori", Fallos 321:2288)". Y después de referirse a la responsabilidad de resolver los problemas dentro de los límites formales y sustanciales que impone la Constitución, se afirma: "Como señaló con acierto el Juez Petracchi, y de un modo especialmente relevante para este caso, la invocación de la emergencia "tampoco puede justificar el desconocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias legislativas entre Nación y Provincias"..." "La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado. (Fallos, 322:2817, disidencia del Juez Petracchi)".

Y en el Considerando 16, luego de afirmarse que todas las autoridades deben respeto y acatamiento al orden constitucional y al sistema democrático, se dice: "Nunca es sobreabundante recordar que la Constitución es nuestra carta de navegación y debemos aferrarnos a ella en tiempos de calma y más aún, en tiempos de tormenta, no dejándonos llevar por la pulsión de decidir al margen de lo que ella exige. De esta manera, la democracia saldrá fortalecida por su eficacia para gobernar y no debilitada por el uso de un régimen de excepción ajeno a nuestra Constitución".

Asigno especial trascendencia al Voto, porque se **inscribe dentro de la doctrina y jurisprudencia de la emergencia que corresponde a una democracia liberal y a nuestro orden constitucional.**

29 Y aquí cita 2 fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en "Wilson v. Pew" y "Home & Loan Building".

Éste es un tema de **profunda relevancia en la teoría constitucional nacional y comparada**, ya que las emergencias han proliferado con severas consecuencias para los sistemas políticos y los derechos fundamentales³⁰. Y más en nuestro país donde **hemos vivido de emergencia en emergencia, lo que consolidó el hiperpresidencialismo y los abusos en cada uno de los institutos de emergencia, sin los controles debidos del Poder Legislativo y del Poder Judicial**³¹.

Tal como lo sostengo³² **“las emergencias y sus institutos deben adecuarse a los principios y reglas de nuestro orden constitucional, democrático, liberal y republicano**. En consecuencia, aunque los Poderes Ejecutivos sean los órganos que tengan mayor capacidad para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso, las Legislaturas y los Concejos Deliberantes dejen de participar en la deliberación y decisión de las medidas a adoptarse. Además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial por los Poderes Judiciales Federal y Provinciales, para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional. Comprendo que ello comporta un **difícil equilibrio entre la legitimidad democrática y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia**, pero ese el desafío que hay que asumir, **para no seguir aplicando las fórmulas del pasado**, que han producido una ostensible declinación de nuestra cultura constitucional y de la legalidad”³³.

30 Véase mi libro citado “Emergencias, orden constitucional y Covid19”, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2020, especialmente en el Cap. I “Concepto” y en el Cap. II “Emergencia y Estado de derecho”, donde analizo el debate filosófico-político y constitucional en la doctrina nacional y comparada, además de la jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

31 En la obra antes citada, véase el Cap. III sobre “Clasificación de las emergencias y sus institutos” el Cap. IV sobre “Análisis de los institutos de emergencia en la historia institucional de nuestro país”, el Cap. V sobre “Inconstitucionalidad del corralito financiero y bancario” y el Cap. VI sobre “La emergencia del Covid19 en Argentina”.

32 Idem, en el Cap. VII de “Propuestas y reflexiones finales”, pág. 189.

33 Véanse Antonio María Hernández, “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 y “A 25 años de la reforma constitucional de 1994, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019 y especialmente, “Segunda Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina una sociedad anómica”, Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Eduardo Fianza Compiladores, Eudeba, Buenos Aires, 2016.

3. Análisis del Voto del Ministro Lorenzetti dirigido a los derechos fundamentales y en particular al de educación, durante la emergencia

Considero también de significativa importancia lo vinculado a los derechos fundamentales y en particular a la educación, en el marco de la emergencia. En el **Considerando 5** se sostiene: “**Más específicamente, en relación a la pandemia Covid19 el Tribunal ha señalado que las medidas que se adopten deben respetar el estado de derecho y los derechos fundamentales, en consonancia con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 9 de abril de 2020, en la Declaración titulada “Covid19 y Derechos Humanos”. El criterio ha sido el siguiente: “Todas aquéllas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos” (Cfr. Fallos: 343:930 “Maggi” y 343:1704 “Lee”)**”.

Y en cuanto al **juicio de ponderación** entre los derechos a la educación y protección de la salud en un contexto de emergencia, en el **Considerando 6** se expresa: “**..El Estado no tiene facultades para limitar el derecho de una persona para ejercer su derecho a la educación, excepto cuando pueda constituirse en una causa de daños a terceros (Art. 19 de la Constitución Nacional), siempre que no signifique una afectación esencial del derecho**”.

Asimismo en el **Considerando 7** se dice: “**Que, estos principios jurídicos que surgen de la Constitución y de la interpretación de la Corte Suprema son aplicables cualquiera sea la autoridad que adopte la decisión. Por esta razón, esta Corte, respetando la autonomía de la Provincia de Formosa señaló que no se pueden afectar derechos de libre tránsito entre Provincias” (conf. Fallos 343:930 “Maggi” y 343:1704 “Lee”). En estos Considerandos queda claro cuáles son los criterios aplicables a las medidas que establecen este tipo de restricciones y que ellas son aplicables si se establecen en una ley o en un decreto cualquiera sea la autoridad que los emite**”.

He señalado anteriormente los **derechos fundamentales restringidos o lesionados** por esta emergencia³⁴: la **libertad física o de locomoción, la de reunión, y los de trabajar y ejercer industria lícita**, como consecuencia del aislamiento preventivo y obligatorio³⁵.

Incluso se han lesionado los **derechos de propiedad, de comerciar, el transporte interprovincial y hasta la libertad de cultos**³⁶. Además del derecho a **la educación**, como se ha analizado en este fallo.

Pero por excesos cometidos, en algunos casos se han lesionado o intentado lesionar los derechos a **la igualdad, a la privacidad, al derecho de informarse y a la libertad de prensa**, consagrados por la Constitución Nacional y diversos Tratados Internacionales con esa jerarquía.³⁷

No puede desconocerse que por estas violaciones nuestro país ha sido denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, especialmente por la difusión de lo acontecido en la Provincia de Formosa.³⁸

34 En mi libro "Emergencias, orden constitucional y Covid19", Cap. VI "La emergencia del Covid19 en Argentina", pág. 176 y sgts, y en mis artículos "Restricción de derechos por Decretos", Clarín, Opinión, 16 de abril de 2021 e "Inconstitucionalidad de las restricciones de derechos por DNU anunciadas por el Presidente", en La Voz del Interior, on line, del 16 de abril de 2021.

35 Dispuesto por el DNU 297/2020 ya antes citado, que estableció la cuarentena, que sería la más extensa del mundo, con graves consecuencias de todo tipo.

36 Como ocurriera con el bloqueo dispuesto por la Provincia de San Luis, que incluso hasta clausuró el tránsito de la Ruta Nacional N° 8, en violación de estos derechos, por los que se presentó el amparo titulado "Sociedad Rural de Río Cuarto y otros c. Provincia de San Luis", con mi patrocinio, donde el Juez Federal de Río Cuarto ordenó una medida cautelar para liberar dicho tránsito interprovincial. Pero al dictarse una resolución contraria del Juez Federal de San Luis, el expediente fue girado a la Corte Suprema de Justicia, que pidió informes a la Provincia de San Luis, por Resolución del 10 de septiembre de 2020, (FCB 6364/2020, Originario), pero que no resolvió el fondo de la cuestión.

37 Véase mi libro sobre "Emergencias, orden constitucional y Covid19" antes citado donde refiero estas violaciones por parte del Gobierno Federal y de Gobiernos Provinciales y el artículo de Roberto Gargarella, "Necesitamos resguardar los derechos fundamentales", Clarín, Opinión, 28 de mayo de 2020.

38 Esta cuestión fue también denunciada por Human Rights Watch. En relación a esto finalmente la Corte se expidió en estos casos citados en el Voto que comento. Asimismo en el Informe 45 sobre Derechos Humanos del Departamento de Estado de los Estados Unidos, recientemente conocido, nuestro país es señalado por estas cuestiones y por los excesos cometidos en varias Provincias por las fuerzas policiales, que terminaron con la vida de varias personas.

Por todo esto, merece destacarse este Voto. Es que los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad (Arts. 14, 19 y 28) deben fundamentar las limitaciones a los derechos humanos, especialmente en la emergencia. Asimismo, deben cumplirse las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de los Arts. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y tenerse presente la mejor jurisprudencia de nuestra propia Corte y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia.³⁹

4. Acerca de los DNU y su control de constitucionalidad

Al analizar la reforma constitucional de 1994 a los 25 años consideré sus ideas fuerza, el diseño constitucional respectivo, el cumplimiento de las normas y el alcance de los objetivos. Una de esas ideas fue la atenuación del hiperpresidencialismo, para lo cual se diseñaron distintas instituciones que incluyeron desde la creación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el fortalecimiento del Congreso, la reducción de sus atribuciones en la designación de los miembros del Poder Judicial, la jerarquización de los organismos de control, la Jefatura de Gabinete de Ministros, hasta la profunda limitación de los DNU y las delegaciones legislativas, profusamente utilizados⁴⁰.

En torno a estos últimos institutos, he sostenido que no se cumplieron los objetivos propuestos, pues en violación de la letra y espíritu de los Arts. 99 inc. 3 y 76, continuó la utilización de los mismos, sin los controles adecuados e intensos que corresponden por parte del Congreso y del Poder Judicial.⁴¹

39 Véase Antonio María Hernández, "Emergencias, orden constitucional y Covid19", ya citado, Cap. I, pág. 13 y sgts.

40 Véase Antonio María Hernández, "A veinticinco años de la Reforma Constitucional de 1994-Legitimidad, ideas- fuerza, diseño constitucional, modernización e incumplimiento", Editorial de la UNC, Córdoba, 2019.

41 Idem, págs. 55 y sgts., donde analizo detenidamente estos aspectos. Todos los Presidentes luego de la reforma continuaron dictaron DNU. El actual Presidente lleva 97 en el escaso tiempo desde que comenzó su mandato. Y también continuaron las delegaciones legislativas y los Decretos Delegados, además de que vivimos de emergencia en emergencia. Véase sobre estas importantes cuestiones Alfonso Santiago, Enrique Veramendi y Santiago Castro Videla; "El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo"; La Ley, Buenos Aires, 2019;

La idea de la **atenuación del presidencialismo** se remonta a los documentos del Consejo de Consolidación de la Democracia, que fuera coordinado por Carlos S. Nino desde 1986 durante la Presidencia de Raúl R. Alfonsín y a los posteriores acuerdos Alfonsín-Cafiero de 1988 y Alfonsín-Menem de 1993. Este fue un **objetivo principal de la Reforma Constitucional de 1994** como se observara en todo el proceso preconstituyente y en las manifestaciones vertidas en la propia Convención, por los Miembros informantes del Núcleo de Coincidencias Básicas, Convencionales Alberto García Lema y Enrique Paixao⁴².

Asimismo, debe destacarse la exposición del Convencional Raúl Alfonsín, al exponer en la Sesión Plenaria en que se trató el Núcleo de Coincidencias Básicas, donde sostuvo que a los fines de la interpretación de la Constitución, era importante conocer la intención de los Constituyentes de su bloque⁴³.

Y afirmó lo siguiente: "...Es necesario ser muy preciso en la definición de las ideas que tuvimos en cuenta al apoyar este Núcleo de Coincidencias Básicas..." En primer lugar, es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del Presidente. Por ello -a nuestro criterio- cada vez que exista una duda acerca del alcance que haya

Alfonso Santiago y Santiago M. Castro Videla; "La delegación legislativa a 20 años de la reforma Constitucional de 1994"; Suplemento Constitucional, La Ley, 2014 (octubre), 02/10/2014; Alfonso Santiago, Enrique Veramendi, Santiago Castro Videla y Patricio DAcounti; "La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo. Balance y reflexiones a doce años de su conformación"; en LL. 14/03/2019; Mario Midón, "Decretos de Necesidad y Urgencia- En la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales", La Ley, Buenos Aires, 2001; Alejandro Pérez Hualde, "Decretos de necesidad y urgencia", Depalma, Buenos Aires, 1995; Delia Ferreira Rubio y Matteo Goretti, "Gobierno por decreto en Argentina", 1989-1993, El Derecho, 158-748, entre otros.

42 Que actuaron en representación de los partidos políticos mayoritarios que impulsaron la reforma constitucional. ("Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994", Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, Tomo V, págs. 4882 y siguientes, donde se reproducen las Sesiones Plenarias de la Convención). Paixao, al referirse a las dos formas y realidades de la concentración del poder mencionó al "hiperpresidencialismo" del Poder Ejecutivo Nacional y al modo "unitario de vida institucional" y luego indicó que la exposición se referiría a la propuesta para superar el primero de esos problemas (obr. cit., pág. 4883).

43 Cfr. "Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994", Tomo V, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Sesiones Plenarias, pág. 5155.

que otorgar a las cláusulas que estamos sancionando, la duda debe ser resuelta interpretando de la manera más restrictiva posible las facultades presidenciales. En especial, debe interpretarse de forma restringida y con el más cuidadoso escrutinio las facultades del Poder Ejecutivo de dictar decretos de necesidad y urgencia, el ejercicio de las facultades de legislación delegada y la facultad de promulgar parcialmente las leyes. Cuando exista alguna duda interpretativa entre las facultades del Presidente y del Congreso, los jueces y demás intérpretes –a nuestro juicio– deberán dar prioridad a la solución que privilegia el Congreso, ello puesto que la intención de estas reformas es fortalecer el Poder Legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes. Toda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia del Poder Judicial, a la independencia e imparcialidad de la composición del Consejo de la Magistratura y de la independencia y de las facultades de la Auditoría General de la Nación, aunque no contradiga el texto que sancionamos, debe interpretarse que vulnera el espíritu de la Constitución y contradice la intención del constituyente. Por el contrario, las facultades del Congreso en el control del gobierno deben interpretarse ampliamente. Se debe tener presente que nuestra intención al sancionar estas reformas tiende a evitar la degradación de la democracia y de las instituciones que ponía en peligro nuestra República a través de la institucionalización del modelo de democracia delegativa. Dicho modelo se caracteriza por una enorme concentración del poder político en el Ejecutivo y por la idea de que por medio del sufragio se delega al Presidente el derecho de hacer todo lo que le parezca adecuado”. “...No puede quedar duda alguna de que las propuestas que estamos analizando tienen a construir la base de una nueva y más amplia democracia al crearse nuevas instituciones que aseguren un mejor equilibrio entre los poderes y desconcentren las facultades presidenciales. A modo de ejemplo podemos afirmar que la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros con responsabilidad parlamentaria desconcentra el poder presidencial, destraba bloqueos entre los poderes y genera válvulas de escape a situaciones de crisis; que la elección directa del Presidente, los senadores y el Intendente de la ciudad de Buenos Aires amplía la legitimidad democrática; que la modificación del sistema de selección y nombramiento de los jueces y la constitucionalización del Ministerio Público y de los organismos de control de la administración pública tienden a mejorar los mecanismos de control del poder. Nuestra intención con estas reformas es también la de fortalecer el federalismo. Al limitar las atribuciones presidenciales

para ordenar la intervención federal al modificar el Senado se establecen organismos y mecanismos más aptos para de las autonomías provinciales y municipales".⁴⁴

Por su parte, en cuanto al **control de constitucionalidad efectuado por la Corte Suprema de Justicia** sobre esta materia, debe señalarse en general una actitud convalidatoria del uso de los DNU, con la excepción de algunos fallos que consideramos valiosos como en "Verrochi", "Video Club Dreams", "Risolia de Ocampo", "Smith", "Provincia de San Luis"⁴⁵, "González Martín Nicolás"⁴⁶, "Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional- Poder Ejecutivo Nacional s. nulidad de acto administrativo"⁴⁷, "Santa Fe Provincia de c. Estado Nacional- s. Acción declarativa de inconstitucionalidad"⁴⁸, "Festival de Doma y Folklore c. Estado Nacional s. Acción meramente declarativa de derecho"⁴⁹ y "Blanco Julio Orlando c. ANSES s. reajustes varios"⁵⁰

44 Cfr. "Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994", Tomo V, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Sesiones Plenarias, págs. 5155/5156.

45 Que analizo en mi obra citada "Emergencias, orden constitucional y Covid19", en el Anexo, bajo el título "El fallo de la Corte Suprema en "Provincia de San Luis" y el cambio de la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica", págs. 197/246. Asimismo véase mi comentario titulado "El caso "Massa" y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica", ídem, págs. 247/262.

46 Del 19 de Mayo de 2010 que declaró inconstitucionales tres Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el Ex Presidente Duhalde en el año 2003. Véase al respecto el comentario crítico realizado por Alberto Bianchi "Mucho ruido y pocas nueces", El Derecho, Buenos Aires, 9 de junio de 2010, donde señala la reducida importancia de estos casos frente al permanente dictado de estos decretos por el Poder Ejecutivo.

47 Fallo CSJ 799/2013 del 27 de octubre de 2015, que declaró la inconstitucionalidad de los Arts. 2 de los Decretos 1654/2002 y 1012/2006 que habían dispuesto en violación de la ley 12.988, la posibilidad de que se aseguren bienes de empresas aerocomerciales en el exterior.

48 Fallo CSJ 539/2009 del 24 de noviembre de 2015 en que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de los Arts. 1 y 4 del Decreto del Poder Ejecutivo 1399/2001 que había dispuesto una detracción de la masa coparticipable para el funcionamiento de la ANSES.

49 Fallo CSJ 237/2014 del 20 de febrero de 2018 donde la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad del Art.1º de la Ley 25.414 que había delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar exenciones impositivas.

50 Fallo CSS 42272/2012/CS1-CA1 del 18 de diciembre de 2018 donde la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de las Resoluciones 56/2018 de la ANSES y 1/2018

Resulta evidente que el Poder Judicial y en particular la Corte Suprema, no ejercitaron adecuadamente sus atribuciones para asegurar la efectiva vigencia de nuestra Constitución y de la división y equilibrio de poderes a lo largo de la historia⁵¹. Estos fallos recién mencionados⁵² significan una modificación de dicha jurisprudencia. En esa línea puede inscribirse este fallo, pues en el actual contexto institucional y político del país, descalificó explícitamente al DNU 241/2021 que avanzó sobre la autonomía de la CABA, estableciendo un claro límite al hiperpresidencialismo centralista. De allí la reacción que produjo en el oficialismo. Pero no hubo una expresa declaración de inconstitucionalidad que así correspondía, atento a lo planteado en este caso por la actora y a la gravedad institucional de la cuestión⁵³.

III. La reacción del oficialismo ante el fallo y el envío de un proyecto de ley emergencia sanitaria al Congreso⁵⁴.

Luego de muy graves expresiones públicas contrarias al Fallo de la Corte por parte de altas autoridades del oficialismo, el Poder Ejecutivo envió al Congreso un Proyecto de Ley de emergencia sanitaria.

de la Secretaría de Seguridad Social, por haber fijado índices de actualización de jubilaciones, ya que dicha competencia corresponde al Congreso de la Nación.

51 Véase Antonio María Hernández, "Fortalezas y debilidades constitucionales-Una lectura crítica en el Bicentenario", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012; Mario Midón, "El vicio de la inconstitucionalidad", Ediar, Buenos Aires, 2018; Alberto Garay, "La Corte Suprema, su independencia y funcionamiento", Suplemento Constitucional, La Ley, Buenos Aires, abril de 2021 y Pablo Manili "Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 1863-2007", Universidad, Buenos Aires, 2007, entre otros.

52 A los que hay que sumar otros fallos sobre emergencias que cito en el libro sobre emergencias antes mencionado. También sobre equilibrio de poderes pueden recordarse otros fallos, como en el caso "Rizzo", en relación a la Ley sobre el Consejo de la Magistratura que fuera declarada inconstitucional, para asegurar la independencia del Poder Judicial.

53 En el Considerando 25 del Voto de Mayoría se expresa que al resolverse el problema de competencias entre el Gobierno Federal y la CABA, se tornaba innecesario resolver la validez del DNU, ya que incluso lo mismo ocurriría tratándose de una ley y en el Considerando 18 del Voto del Presidente Rosenkrantz se sostiene que con lo hasta allí expuesto y resuelto, era innecesario el análisis del DNU.

54 Aquí sigo lo expuesto en mis artículos "Más hiperpresidencialismo", Clarín, Opinión, Buenos Aires, 13 de mayo de 2021 y "Federalismo de concertación, no más centralismo", La Voz del Interior, Opinión, Córdoba, 16 de mayo de 2021.

Lo positivo es que se comprenda, aunque muy tardíamente, que en nuestra democracia constitucional es en el Poder Legislativo, donde residen las mayores competencias en materias de emergencias y de reglamentación de derechos fundamentales. Tal como lo señalara desde marzo de 2020, era y es imprescindible la deliberación de los representantes del pueblo⁵⁵ y la concertación de los diversos órdenes gubernamentales para fijar los grandes lineamientos contra la pandemia.

Eso no ocurrió, ya que se gobernó por Decretos, por pocas personas, en consolidación de un hiperpresidencialismo que afectó al sistema republicano y a la forma federal de Estado. Los resultados están a la vista...

No obstante la claridad conceptual de los Considerandos de los distintos Votos del fallo de la Corte, donde incluso se advierte que hay principios constitucionales y federales que no pueden ser desconocidos por Decretos ni tampoco por leyes, sorprende que el Poder Ejecutivo insista en las mismas propuestas centralistas, ya descalificadas.

En efecto, los fundamentos y el texto del proyecto, revelan indudablemente que no se acepta que la emergencia no transforma al país de federal en unitario y que no se pueden ni deben subordinarse las Provincias, la CABA y los Municipios al Gobierno Federal.

Sin embargo, ello surge explícito del texto que otorga al Ministerio de Salud y a la Jefatura de Gabinete las últimas decisiones en todo el territorio nacional, así como las referencias a los Gobernadores y al Jefe de la CABA como delegados del Gobierno Federal (Art. 4).

Para esto último se recurre al Art. 128 de la Constitución, que expresa que los Gobernadores son “agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación”.

Como recuerda Barrera Buteler, este artículo originado en el Proyecto de Alberdi, fue uno de los que provocó mayor crítica por parte de Sarmiento, que lo calificó de “sistema bastardo”, en la aguda polémica que los enfrentó. Y la mayoría de los autores siguiendo a Joaquín V. González han asegurado que esa norma no puede interpretarse como subordinación de los Gobernadores al Gobierno Nacional, sino como supremacía del ordenamiento constitucional federal. El autor sostiene que luego de

55 Véase Daniel Alberto Sabsay, “El Poder Legislativo debe seguir funcionando”, en La Nación, on line, Buenos Aires, 9 de abril de 2020.

la reforma constitucional de 1994, la norma tiene un nuevo sentido, pues “la idea de ejecución a nivel provincial de leyes y programas de gobierno federales, sobre la base de acuerdos interjurisdiccionales, lejos de afectar la autonomía local, la fortalece”.⁵⁶

Y así es como debe interpretarse el Art. 128, de manera sistemática y armónica con el plexo constitucional, a la luz del federalismo de concertación, incorporado en la gran reforma de 1994.

Aunque es indiscutible que las materias de salud y de educación, entre otras, son concurrentes entre los 4 órdenes gubernamentales, y entre ellos el federal, se reitera a través del Art. 1 y concordantes del proyecto, que dicho Gobierno es el que fija y dirige estas cuestiones de manera centralizada en todo el territorio nacional.

O sea que se desconoce lo resuelto en el fallo: que en caso de conflicto en materias concurrentes, debe aplicarse una interpretación estricta, ya que que el Gobierno Federal tiene competencias solo delegadas, mientras que las Provincias conservan poderes más amplios. Y que en el caso concreto, no puede desconocerse que quienes prestan el servicio de salud y de educación son esencialmente las Provincias, la CABA y los Municipios. Y que debe interpretarse correctamente el Art. 31 de la Constitución, pues la supremacía no significa que toda ley nacional pueda imponerse a una legislación provincial o municipal.

Este proyecto es más de lo mismo en cuanto a hiperpresidencialismo y con otra nueva delegación legislativa, sin respetar los límites establecidos en el Art. 76 de la Constitución. El Art. 4 establece una delegación amplia, imprecisa y sin término, ya que el propio Poder Ejecutivo, de manera inconstitucional, extendió los plazos de la Ley 27.541 mediante los DNU 260/2020 y 167/2021⁵⁷.

56 Cfr. Guillermo Barrera Buteler, “Los Gobernadores como agentes naturales del Gobierno Federal”, en “La Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Tomo 4, Director Daniel A. Sabsay, Dirección, Pablo L. Manili, Coordinación, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 932.

57 Véase Néstor Pedro Sagués, “Oposición entre un decreto de necesidad y urgencia y una ley de delegación legislativa”, en Suplemento de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 23-4-2003, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2003.

La letra y espíritu de la norma constitucional de este instituto de emergencia indican que debe haber una interpretación estricta, ya que uno de los objetivos de la reforma fue la atenuación del hiperpresidencialismo. Así lo hizo la Corte Suprema en los casos “Provincia de San Luis c. Estado Nacional” (2003), “Camaronera Patagónica” (2014) y en los reclamos de las Provincias de San Luis, Santa Fé y Córdoba por las detracciones a la masa coparticipable (2015).

Se debe en consecuencia fortalecer al Congreso⁵⁸ y terminar con estas delegaciones legislativas, por lo antes expuesto⁵⁹.

El Proyecto debe ser rechazado y por el contrario, hay que ejercitar el federalismo de concertación, poniéndose el énfasis en acuerdos interjurisdiccionales y en el accionar de los Consejos Federales⁶⁰. Y partir del respeto de las competencias provinciales, de la CABA y de los municipios en esta materia, con un claro sentido de descentralización, ya que dichos gobiernos son los que prestan estos servicios públicos, en estrecho contacto con las realidades de un país tan extenso y diverso como el nuestro.

IV. Conclusiones

La Corte Suprema ha sentenciado un caso de enorme trascendencia institucional a la altura de su responsabilidad y rol federal, al resolver este conflicto de competencias entre el Estado Federal y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde ésta última cuestionó un DNU por avanzar sobre su autonomía.

Expreso que este fallo consolida **una jurisprudencia federalista en base a la reforma constitucional de 1994**, que tuvo como una de sus ideas-fuerza consagrar un moderno federalismo de concertación, en el

58 Véase mi Tercera Propuesta “Fortalecer el rol del Congreso y del Senado en particular”, en mi obra citada “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”, pág. 88 y sgts.; Pablo Garat, “El presidencialismo terminará con el federalismo?”, Revista Civilidad, N° 33, agosto 2013, Bs. As, pág. 8 y sgts.; los 2 Dictámenes del Consejo de Consolidación de la Democracia de 1986 y de 1987, editados por Eudeba; entre otros..

59 Véase a Roberto Gargarella, “Los límites constitucionales de las facultades delegadas”, La Nación, on line, 19 de mayo de 2021, donde analiza la inconstitucionalidad del proyecto de ley de emergencia sanitaria.

60 El Ministro Lorenzetti en el Considerando 17 de su Voto menciona específicamente al Consejo Federal de Educación.

marco de una profunda descentralización del poder, Sin poder detenerme por razones de brevedad en un análisis de la jurisprudencia centralista de la Corte Suprema⁶¹, se advierte una modificación de la misma tendiente a consolidar los principios federales.

En tal sentido he señalado los casos “Zavalía José Luis c. Santiago del Estero, Provincia y Estado Nacional s/amparo” (2004) y “Díaz Ruth Inés c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (2006), sobre **soberanía y autonomía provinciales**⁶²; “El Práctico c. Córdoba, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (2011), sobre el **alcance del poder de policía provincial en el transporte interprovincial**⁶³; “Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo” (2014), sobre **principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones**⁶⁴; “Pedraza Héctor Hugo c. Anses s/acción de amparo” (2014), sobre **federalismo y descentralización judicial al posibilitar que las Cámaras Federales del interior del país intervengan en cuestiones de seguridad social**⁶⁵; “La Pampa, Provincia de c. Mendoza,

61 Que efectúo en mi obra “Estudios de Federalismo Comparado: Argentina, Estados Unidos y México”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2018, ya citada. Véase asimismo a Mario Midón, “El vicio de la inconstitucionalidad”, Ediar, 2018, Buenos Aires, Cap. V.

62 Véase mi comentario “Soberanía y autonomía provinciales en la doctrina y en la jurisprudencia de la CSJN”, en el Cap. XXXIX de la obra “Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos precedentes, Derecho Constitucional”, Tomo IV, Director Pablo Manili, La Ley, Buenos Aires, págs. 593 y sgts. Aquí el máximo Tribunal vuelve a una jurisprudencia originada en el caso “Resoagli” de 1869, que reconoce esta doble naturaleza para las provincias, como lo hacía la doctrina más autorizada de nuestro país.

63 Especialmente véanse los Considerandos 12 a 15 del Voto de Mayoría, que hacen referencia al federalismo de concertación y además extienden el alcance del poder de policía provincial en una materia como la del transporte interprovincial, donde existía una intervención excluyente del gobierno federal, según la propia jurisprudencia anterior del Tribunal.

64 Este fallo ratifica el principio de legalidad en materia tributaria, limitando las delegaciones efectuadas en violación del art. 76 de la Ley Suprema. Esto es muy importante en relación a nuestro sistema republicano, a la atenuación del hiperpresidencialismo, a las emergencias y también al federalismo, ya que en el Congreso se encuentra la representación de las Provincias.

65 La Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley N° 24.463 y estableció que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejará de intervenir en grado de apelación contra la sentencia de los Jueces Federales con asiento en las provincias,

Provincia de s/uso de aguas”, (2017 y 2018)⁶⁶; sobre **la utilización del río Atuel y federalismo ambiental**⁶⁷ y en “Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja c. La Rioja, Provincia de s/amparo”⁶⁸(2019) y “Frente para la Victoria-Distrito Río Negro y otros c. Río Negro, Provincia de s/amparo”⁶⁹, sobre la **prohibición de reelección de los Gobernadores Casas y Weretilneck**⁷⁰, respectivamente.

Asimismo, en torno a los **aspectos fiscales y económicos como los de la coparticipación impositiva**, he destacado especialmente los históricos fallos de la Corte Suprema de Justicia de 2015 **sobre los reclamos efectuados por las Provincias de San Luis, Santa Fé y Córdoba por detracciones a la masa coparticipable con destino a la ANSES y a la AFIP**. Los mismos, de gran factura y claridad en materia constitucional, -que oportunamente he comentado-⁷¹, son cruciales para las finanzas federales. Allí, además de la devolución de las detracciones el máximo Tribunal ha urgido la sanción de la Ley Convenio de Coparticipación Impositiva federal, que ya se acercan los 25 años de incumplimiento constitucional.

que serán de competencia de las respectivas Cámaras Federales. En particular en el Considerando 16 se hace expresa referencia al federalismo y la descentralización institucional, lo que considero un precedente de singular importancia, que debe extenderse a otras materias, tal como lo postulo en la Propuesta 14 para el fortalecimiento del federalismo.

66 Fallos 340:1695 del 1 de diciembre de 2017 y 341:560 del 22 de mayo de 2018, respectivamente.

67 Importante litigio sobre el uso y aprovechamiento del Río interprovincial Atuel que involucra derechos de incidencia colectiva y problemas de federalismo ambiental.

68 Fallos CSJ 125/2019 del 22 de marzo de 2019.

69 Fallos CSJ 449/2019 del 22 de marzo de 2019.

70 Estos dos fallos revisten enorme importancia institucional y política, ratificando un precedente anterior de la Corte en torno a la prohibición de la reelección del Gobernador Zamora de Santiago del Estero (“Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c. Santiago del Estero, Provincia de s/acción declarativa de certeza”, U.58. XLIX, de 2013. Todos estos fallos, con una sólida y clara interpretación de los Arts. 5 y 6 de la Constitución Nacional, en torno a cuestiones fundamentales del sistema republicano y democrático que deben respetarse en las Provincias por mandato constitucional de nuestra Ley Suprema Federal.

71 Antonio María Hernández, “Los fallos de la CSJN sobre detracciones a la masa coparticipable y la confirmación de una jurisprudencia federalista”, Suplemento La Ley, Constitucional, Directora María Angélica Gelli, Abril 2016, N° 2, págs. 44 y sgts.

Estos fallos ratificaron otro precedente notable de 2014, **“Intendente Municipal Capital c. Provincia de La Rioja s. Amparo”**, cuando el máximo Tribunal ordenó a la Provincia de La Rioja sancionar la Ley convenio de coparticipación impositiva, como mandato incumplido de la Constitución local, que afectaba la **autonomía financiera de los gobiernos municipales**⁷². Los fundamentos de la Corte fueron de especial relevancia institucional y admitían una doble lectura que alcanzaba también al orden federal, pues se trata de situaciones similares, con incumplimientos constitucionales en una cuestión tan decisiva como la coparticipación impositiva.⁷³ A ello se suma el fallo en **“Intendente Municipal de La Banda c. Provincia de Santiago del Estero s. Conflicto de poderes”**, de 2018, en que el más Alto Tribunal ordena a la Provincia terminar la discriminación sufrida por el Municipio en materia de coparticipación impositiva.⁷⁴ Así se fue **consolidando una jurisprudencia de la Corte Suprema a favor de la autonomía municipal**, pues ya había Fallos en los aspectos institucionales, políticos y administrativos a partir de **“Rivademar, Angela Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario”** (1989) y hasta **“Ponce Carlos Alberto”** (2005)⁷⁵.

72 “Intendente Municipal Capital c. Provincia de La Rioja s. Amparo”, fallado el 11 de noviembre de 2014, donde representara a la Municipalidad actora ante la Corte Suprema de Justicia, que hizo lugar al Recurso de Queja. Véase el Informe de Federalismo del año 2014, “Cuaderno de Federalismo”, Director Antonio María Hernández, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2015 en la pág. Web, www.acaderc.org.ar. Este fallo, junto a los antes y luego mencionados, son los más importantes de la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal Federal en torno a la autonomía municipal.

73 Véase Antonio María Hernández, “Sin coparticipación impositiva no hay federalismo”, Clarín, Opinión, pág. 33, 27 de noviembre de 2014.

74 También en este caso representé a la Municipalidad actora en este otro caso de notable importancia en cuanto a la autonomía local. Más allá de esto, no puede obviarse que es menester una mayor consistencia en los estándares de control de constitucionalidad de los Tribunales y de la Corte en relación a la autonomía local, particularmente en lo relativo a los avances que se observan sobre los poderes de imposición y de policía municipales, pese a lo establecido por el art. 75 inc. 30 de la Ley Suprema.

75 Véanse mis comentarios “La Corte Suprema de Justicia, garante de la autonomía municipal- Análisis de los casos “Municipalidad de la ciudad de San Luis c. Provincia de San Luis y otro” y “Ponce Carlos Alberto c. San Luis, Provincia de”, Debates de Actualidad, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, N° 195, 2005, págs. 146/158 y “La Corte Suprema de Justicia y la reafirmación de la autonomía municipal”, La Ley, Suplemento Extraordinario de Derecho Constitucional, 75 Aniversario, agosto de 2010 y los de María Gabriela Abalos, sobre “Autonomía municipal”, Cap. XL del libro “Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En esa línea que afirma la descentralización del poder, se inscriben este fallo y los mencionados en la misma, relativos a la plena autonomía de la **Ciudad Autónoma de Buenos Aires**.

El país no puede continuar en el “inmovilismo constitucional” como lo dijo la Corte, que es el status quo del centralismo, la anomia y la decadencia. El más alto Tribunal al afirmar una jurisprudencia federalista⁷⁶ en este caso, está ejerciendo su misión de asegurar la supremacía constitucional. Se trata, en definitiva, de cumplir el gran proyecto democrático, republicano y federal de la Ley Suprema.⁷⁷

Máximos precedentes. Derecho Constitucional”, Director Pablo Manili, ya citado, Tomo IV, págs. 635 y sgts.

- 76 Como lo hizo la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos a partir de los 90 bajo la presidencia de Rehnquist en los casos “López” (1995) y “Morrison” (2000) que limitaron el alcance de la cláusula comercial fortaleciendo a los Estados y constriñendo al Congreso y en “New York v. United States” (1992) y “Printz” (1997), que establecieron la denominada “anti-commandeering” jurisprudence, que impide al Gobierno Federal disponer sin costo de los oficiales públicos de los Estados. Y esta jurisprudencia ha continuado en la actual Corte Roberts. (Véase. Antonio María Hernández, “Estudios de federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México”, obr. Cit., págs. 157 y sgts.)
- 77 Y por eso he presentado oportunamente las 20 Propuestas en la obra ya citada “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”, (págs. 85 y sgts.) y que aquí sólo enuncio: 1. Cumplir los principios del sistema republicano y federal de la Constitución Nacional. 2. Terminar con el hiperpresidencialismo. 3. Fortalecer el rol federal del Congreso de la Nación y del Senado en particular. 4. Reafirmar el rol de la Corte Suprema de Justicia como garante del federalismo. 5. Promover un nuevo ordenamiento territorial del país que modifique la enorme concentración de poder político, económico, demográfico y cultural en el área metropolitana de Buenos Aires. 6. Sancionar la Ley Convenio de Coparticipación impositiva, de conformidad a los principios constitucionales. 7. Respetar los principios federales en la sanción anual de los presupuestos. 8. Federalizar el Banco Central. 9. Afianzar el federalismo de coordinación o concertación mediante un mejor ejercicio de relaciones interjurisdiccionales. Creación de una Asociación o Conferencia Nacional de Gobernadores. 10. Realizar una planificación federal para el desarrollo del país, con participación de los distintos niveles estatales. 11. Promover las regiones para el desarrollo económico y social. 12. Impulsar el nuevo rol de regiones, provincias y municipios en los procesos de integración nacional y supranacional. 13. Fortalecer las autonomías provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los municipios. 14. Modificar o derogar la legislación centralista vigente y las políticas respectivas. 15. Federalizar la educación. 16. Ejercer un federalismo de concertación para la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales. 17. Federalizar los servicios públicos de competencia nacional. 18. Afianzar los principios federales en la doctrina y organización de los partidos políticos. 19. Descentralizar e integrar el país en otros aspectos (infraestructura, transporte, comunicaciones y otros). 20. Trasladar la Capital Federal.

EL DERECHO A UN RECURSO RÁPIDO Y SENCILLO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO DE AMÉRICA LATINA*

*Allan R. Brewer-Carías***

Sumario: I. El régimen del derecho de amparo en la Convención Americana de Derechos Humanos; II. La constitucionalización del amparo; III. La obligación de los Estados de regular el amparo conforme a la Convención Americana y la apertura del control de convencionalidad; IV. Los parámetros fijados en la Convención Americana sobre el derecho de amparo; V. Algunos contrastes entre las previsiones del derecho interno y lo regulado en la Convención Americana; VI. Particular referencia al alcance y límites de algunas de las regulaciones adjetivas sobre el amparo en el derecho interno; VII. Las previsiones legales sobre la interposición verbal de las acciones de amparo, en general, y en particular en casos especiales para la protección de la libertad personal (habeas corpus).

* Estudio preparado para la *Obra Homenaje al profesor José Palomino Manchego*, 2022.

** Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela

En el sistema constitucional de casi todos los países de América Latina se han regulado medios judiciales extraordinario de protección de los derechos humanos, configurados como un derecho de las personas a ser amparadas, protegidas o tuteladas judicialmente en el goce y ejercicio de los mismos, de tal importancia, que aparte al configurarse como una de las instituciones más “latinoamericanas” del constitucionalismo moderno, conforman una pieza fundamental del llamado *ius commune* latinoamericano¹ con influencias en otras latitudes.²

En esta forma, calificada indistintamente como como acción, recurso o juicio,³ en nuestros países se han regulado como medios judiciales específicos de protección de los derechos constitucionales las instituciones de *Amparo* (Guatemala), *Juicio de amparo*, (México), *Proceso de amparo* (El Salvador, Perú), *Derecho de amparo* o *acción de amparo* (Venezuela), *Acción de amparo* (Argentina, República Dominicana, Honduras, Paraguay, Uruguay), *Recurso de amparo constitucional* (Bolivia, Costa Rica, Nicaragua, y Panamá),

- 1 Véase Allan R. Brewer-Carías, “The Amparo as an Instrument of a *Ius Constitutionale Commune*,” en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariékla Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan and Ximena Soley (Editrors), *Transformative Constitutionalism In Latin America. The Emergence Of A New Ius Commune*, Oxford University Press 2017, pp. 171-190.
- 2 La institución latinoamericana, por ejemplo, influyó recientemente en en Filipinas, con la creación del *Writ of amparo* a través de reglas dictadas por la Corte Suprema de ese país, en septiembre de 2007 (“The Rule of the Writ of Amparo”, Supreme Court of Philipppines, 2007). Véase sobre ello Allan R Brewer-Carías, “The Latin American Amparo Proceeding and the Writ of Amparo in The Philippines,” en *City University of Hong Kong Law Review*, Volume 1:1 October 2009, pp 73-90.
- 3 Véase en general, desde el punto de vista comparado, Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, Edit. Porrúa, México 2006; Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y libertades constitucionales. Una aproximación comparativa*, Cuadernos de la Cátedra de Derecho Público, N° 1, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1993, 138 pp.; también publicado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (Curso Interdisciplinario), San José, Costa Rica, 1993, (mimeo), 120 pp. y en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo 3, Editorial Civitas, Madrid 1993, pp. 2.695-2.740; Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 2005; *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Law Study on the amparo proceeding*, Cambridge University Press, New York, 2008; y “Ensayo de síntesis comparativa sobre el régimen del amparo en la legislación latinoamericana,” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 9 enero-junio 2008, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, pp. 311-321.

Acción de tutela (Colombia), *Recurso de protección* (Chile), *Acción de protección* (Ecuador), *Mandado de segurança* y *mandado de injunção* (Brasil); medios judiciales que en todos los casos se rigen por reglas procesales especiales y diferentes a las generales que se han establecido en los Códigos de Procedimiento Civil para los procesos destinadas a la protección general de los derechos o intereses de las personas y de sus bienes.

Adicionalmente, en la gran mayoría de los países latinoamericanos, además del amparo, las Constituciones han regulado el recurso de *habeas corpus* como medio judicial aparte para la específica protección de la libertad e integridad personales. Es el caso de Argentina, Bolivia (acción de libertad), Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay. Sólo en algunas Constituciones como la de Guatemala, México y Venezuela, el proceso de amparo está concebido como una acción para la protección de todos los derechos y libertades constitucionales, incluyendo la libertad personal, en cuyo caso el *habeas corpus* es considerado como un tipo de acción de amparo, denominado por ejemplo como acción de exhibición personal (Guatemala), amparo de la libertad (México) o amparo para la protección de la libertad personal (Venezuela).

Por otra parte, más recientemente, en algunos países como Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela, además de la acción de amparo y de la de *habeas corpus*, en las Constituciones se ha establecido otra acción distinta específica, llamada de *habeas data* (o protección de privacidad), mediante la cual las personas pueden formular peticiones para obtener información sobre sí mismas que estén contenidas en archivos, registros y bancos de datos, públicos o privados, y en caso de información falsa, errada o discriminatoria, para solicitar su eliminación, confidencialidad o corrección.

En esta forma, el sistema constitucional latinoamericano la protección de los derechos fundamentales o constitucionales puede lograrse de dos maneras: por una parte, por supuesto, a través de las acciones o recursos ordinarios y extraordinarios que en general se han establecidos en los Códigos de Procedimiento Civil; y por la otra, además y específicamente, mediante las acciones y recursos antes mencionados, establecidos en forma separada para el específico propósito de proteger los derechos constitucionales, y que han dado origen al proceso constitucional de amparo.

Conforme al primer modelo, que es característico, por ejemplo, de sistemas constitucionales como el de los Estados Unidos de América, la protección efectiva de los derechos humanos se asegura mediante los remedios judiciales ordinarios del proceso o a través de los remedios extraordinarios de equidad (como las *injunctions*), las cuales también se utilizan para la protección de cualquier tipo de derechos o intereses de las personas (*civil rights injunctions*).

En América Latina, en cambio, además de los medios judiciales ordinarios y en parte dada por la tradicional deficiencia de los mismos para asegurar la protección efectiva de los derechos constitucionales, es que se ha desarrollado el proceso de amparo como un medio judicial específico para asegurar su protección, que como es bien sabido, tuvo su origen en México en 1847,⁴ con el juicio de amparo el cual, en todo caso, ha sufrido posteriormente una evolución única que lo ha convertido en la institución única y compleja como lo es en la actualidad, que sólo se encuentra en México.⁵

4 Este medio específico de protección fue inicialmente introducido en México en 1847, con el nombre de juicio de amparo, el cual de acuerdo con la opinión unánime de los autores mexicanos tuvo su origen en el sistema de control judicial de constitucionalidad (*Judicial Review*) de los Estados Unidos de América, tal como había sido descrito por Alexis de Tocqueville en su obra *La democracia en América*, escrita sólo unos años después del caso *Malbury v. Madison* U.S. (1 Cranch), 137; 2 L. Ed. 60 (1803). Véase Francisco Fernández Segado, “Los orígenes del control de la constitucionalidad y del juicio de amparo en el constitucionalismo mexicano de la primera mitad del siglo XIX. El impacto del Voto particular de don mariano Otero”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 5, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Ed. Porrúa, México 2006, pp. 67 ss.

5 Mediante la cual, además de asegurarse la protección de las garantías individuales (*amparo libertad*), comprende un variado y amplio grupo de otras medidas de protección judicial que se pueden ejercer contra el Estado y sus agentes, y que en los otros países latinoamericanos son siempre acciones o procesos separados. En ellos se incluyen, acciones para el control de la constitucionalidad de las leyes (*amparo contra leyes*), acciones para el control de legalidad e inconstitucionalidad de los actos administrativos (*amparo administrativo*), acciones para el control judicial de las sentencias (*amparo casación*), y acciones para la protección de los derechos campesinos (*amparo colectivo*). Véase una sistematización del nuevo juicio y las acciones de amparo mexicano en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, “*El nuevo juicio de amparo*”, coedición de Porrúa, UNAM, México, 2013. Este carácter comprehensivo y único del juicio de amparo no se encuentra en ningún otro país de América Latina, lo que no ha impedido a que sea precisamente el amparo mexicano el que más se conozca fuera de América Latina.

I. El régimen del derecho de amparo en la Convención Americana de Derechos Humanos

La institución latinoamericana del amparo, luego de haberse constitucionalizado, puede decirse que se internacionalizó, encontrado cabida en las previsiones de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual fue firmada en 1969 y fue ratificada por todos los países latinoamericanos con excepción de Cuba, constituyéndose en un muy efectivo instrumento para la consolidación de un muy rico estándar mínimo sobre la regulación de los derechos civiles y políticos, común para todos los países.⁶ En sus normas, por tanto, la institución del amparo (tutela o protección de los derechos fundamentales) se reguló básicamente como un derecho fundamental en sí mismo que todas las personas tienen para obtener protección judicial respecto del ejercicio y goce de todos los otros derechos fundamentales, mediante la existencia y ejercicio de un recurso o acción específica, *sencilla, rápida y efectiva*, pero además, por supuesto, mediante todos los otros medios judiciales que se establezcan y que permitan la protección constitucional.

En efecto, en el artículo 25.1 de la Convención Americana se dispone que:

“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.”

6 Lamentablemente, en 2013, Venezuela denunció la Convención Americana para escarpase de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase la comunicación N° 125 de 6 de septiembre de 2012 dirigida por el entonces Canciller de Venezuela, Nicolás Maduro, dirigida al Secretario General de la OEA, en <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2013/09/Carta-Retiro-CIDH-Firmada-y-sello.pdf>. Véase sobre ello, Carlos Ayala Corao, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Instituto de Derecho Público, Valencia, España, N° 20/2° semestre 2012; en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, N° 2, Chile, 2012; en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Editorial Porrúa, N° 18, Julio-Diciembre, 2012; en la *Revista de Derecho Público*, N° 131, Caracas, julio-septiembre 2012; en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, Anuario 2013, Konrad Adenauer Stiftung: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia 2013.

Este recurso a que tiene toda persona fue identificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus primeras Opiniones Consultivas, precisamente con la institución latinoamericana del amparo, prevista y regulada en casi todos los países, habiendo expresado en su Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987 (*El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*), que el artículo 25.1 de la Convención era:

“una disposición de carácter general que recoge la institución del amparo, entendido como el procedimiento judicial *sencillo y breve* que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y las leyes de los Estados partes y por la Convención.”⁷

Ahora bien, siendo el amparo un derecho fundamental, debe interpretarse conforme a los principios de progresividad, interdependencia y *pro homine*, que caracteriza la interpretación de todos los otros derechos fundamentales conforme a los parámetros establecidos en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de manera de garantizarle a las persona el debido el acceso a la justicia y a la protección, tutela o amparo judicial contra toda acción u omisión que vulnere, lesione o amenace lesionar los derechos fundamentales.

Entre esos principios, en materia de amparo el principio *pro homine* adquiere particular relevancia, el cual, como lo resumió Osvaldo Alfredo Gozaini:

“implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.”⁸

Esta concepción del amparo en el Continente americano como derecho fundamental, es consecuencia tanto de la expansión de las declaraciones constitucionales sobre derechos humanos en las Constituciones de los

7 Véase Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

8 Véase Osvaldo Alfredo Gozaini, *Principios y elementos del Derecho Procesal Constitucional. Art. 4 de la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad*, Cevallos editora jurídica, Quito, 2015, p. 36

diversos países, como del afianzamiento de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos que garantizan el derecho al amparo o protección judicial de los derechos fundamentales, considerándose en general a la acción de amparo como el género de los medios de protección constitucional, siendo las acciones específicas que tradicionalmente se han regulado en forma separada, como la de habeas corpus, como especies de la protección constitucional judicial.⁹ Así ocurre por supuesto en los países donde la acción de amparo protege igualmente a la libertad personal como es el caso de Venezuela, y en general en los otros países que establecen dos acciones separadas e incluso tres, con la acción de habeas data.

Como lo expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su antes mencionada Opinión Consultiva No. OC-8/87 del 30 de enero de 1987 *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), al estudiar las acciones de amparo y habeas corpus:

“34. Si se examinan conjuntamente los dos procedimientos, puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos. En efecto, de acuerdo con los principios básicos de ambas garantías recogidos por la Convención así como con los diversos matices establecidos en los ordenamientos de los Estados Partes, se observa que en algunos supuestos el hábeas corpus se regula de manera autónoma con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquéllos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad, pero en otras ocasiones el habeas corpus es denominado “amparo de la libertad” o forma parte integrante del amparo.”¹⁰

Ahora bien, lo importante a destacar de la norma del artículo 25 de la Convención, es que el derecho de amparo que encuentra su fundamento en la misma no sólo es un derecho aplicable en todos los Estados miembros, sino que del mismo resulta la obligación internacional que les ha sido impuesta a los mismos con el objeto de asegurarle a todas las personas, no sólo la existencia sino la efectividad de ese recurso *efectivo, sencillo y*

9 Esta elación de género / especie ha sido rechazada por algunos autores respecto de la acción de habeas data. Véase, por ejemplo, Víctor Bazán, “El hábeas data, su autonomía respecto del amparo y la tutela del derecho fundamental de autodeterminación informativa,” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVIII, Bogotá, 2012, pp. 37-76.

10 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

rápido para la protección de sus derechos. Para ello, la propia Convención dispuso que los Estados Parte se comprometen “a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso” (artículo 25.2.a). Ello lo ha puntualizado la Corte Interamericana en innumerables sentencias al recordar:

“El deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención.”¹¹

Pero como igualmente lo destacó la Corte Interamericana es su Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, (*Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), la Corte precisó que:

“para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.”

En esta forma, el derecho de amparo así previsto, no solo es un derecho que debe garantizarse en todos los Estados miembros, sino que de la norma de la Convención resulta la obligación internacional impuesta a los Estados de asegurarse a todas las personas, no sólo la existencia, sino la efectividad de ese recurso, el cual debe ser sencillo y rápido para la protección de sus derechos. Para ello, la propia Convención dispuso que los Estados Parte se comprometen “a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso” (artículo 25.2.a), debiendo los Estados adecuar

11 Véase sentencia en el caso *Yatama Vs. Nicaragua* de 23 de Junio de 2005, (Párr. 170), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

las normas de derecho interno para garantizar la existencia de tal recurso sencillo, rápido y efectivo.

Esta obligación la ha recordado la Corte Interamericana en innumerables sentencias, al enfatizar que:

“El deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención.”¹²

La previsión de la Convención en esta materia es de tal importancia que su falta de consagración en el derecho interno, es decir:

“la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención, constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar.”¹³

La Corte Interamericana, en sus decisiones posteriores siguiendo una larga evolución interpretativa, ha destacado del artículo 25.1, que al consagrar el derecho al recurso efectivo como derecho de amparo, lo ha hecho en el sentido más amplio de consagrar un derecho humano a la “protección judicial” efectiva, que a su vez exige que se garantice el derecho de acceso a la justicia.

Sobre este derecho, la Corte siguió la orientación que inicialmente le dio el juez Antonio Cançado Trindade en su Voto al caso *Genie Lacayo Vs. Nicaragua* de 29 de enero de 1997, en el cual consideró que el mismo no sólo era uno de los pilares básicos de la Convención, sino “de todo el

12 *Idem.*

13 Véase Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Párr. 24), en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf

Estado de derecho en una sociedad democrática según el sentido de la Convención;¹⁴ concepto que se reiteró con posterioridad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a partir de la sentencia del caso *Castillo Páez vs. Perú* de 3 de noviembre de mismo año 1997.¹⁵

En este contexto, el derecho de amparo o el derecho humano a la protección judicial viene a constituirse, entonces, en uno de los pilares de la democracia, subsumiéndose la acción de amparo en el marco de los recursos judiciales rápidos, sencillos y eficaces (con el signo, en este caso, de la inmediatez de la protección, por tratarse de derechos humanos) a los cuales las personas tienen derecho de acceder (como manifestación del derecho de acceso a la justicia), con las garantías del debido proceso que derivan del artículo 25.1 en conexión con el artículo 8 sobre garantías judiciales, los cuales en conjunto son los que constituyen ese pilar de la democracia.¹⁶

Como lo dijo la Corte Interamericana en la sentencia del caso de *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* de 24 de noviembre de 2009:

“el recurso de amparo, por su naturaleza, es el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados partes y por la Convención;”

Agregando, además, que:

14 Voto Disidente de Antonio Augusto Cançado Trindade en la sentencia del *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua (Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas)* de 13 de septiembre de 1997 (Párr. 18), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_21_esp.pdf

15 Véase sentencia del caso *Castillo Páez vs. Perú* de 3 de noviembre de 1997 (Párr. 82), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf.

16 Por ello, Anamari Garro Vargas considera que “no es lo mismo afirmar que el sistema de recursos judiciales eficaces es uno de los pilares de la Convención y del Estado de Derecho en un sistema democrático, que sostener que uno de esos pilares es un recurso sencillo y eficaz para proteger los derechos fundamentales.” Véase Anamari Garro Vargas, *La improcedencia del recurso de amparo contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial a la luz de la Constitución costarricense y del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Santiago de Chile 2012 (Versión mimeografiada), p. 213.

“tal recurso entra en el ámbito del art. 25 de la Convención Americana, por lo cual tiene que cumplir con varias exigencias, entre las cuales se encuentra la idoneidad y la efectividad.”¹⁷

II. La constitucionalización del amparo

Todo lo anterior implica, que establecidas las líneas básicas de la internacionalización del amparo en la Convención Americana, hay que volver a analizar el proceso de constitucionalización del amparo, para determinar el grado de ajuste de los derechos internos a las previsiones internacionales.

Después de la introducción de la figura del amparo en México y durante el resto del siglo XIX, el amparo comenzó a extenderse por todos los países de América Latina, dando origen en todos ellos, a una diferente y específica acción o recurso de proceso constitucional, establecido exclusivamente para la protección de los derechos y libertades constitucionales, llegando en algunos casos a convertirse, incluso, en una institución procesal que en muchos casos resultó ser más protectora que el propio amparo mexicano,¹⁸ particularmente antes de las reformas de la Ley de Amparo de México de 2013. Pero dejando aparte el caso de México, o cierto fue que durante el siglo XIX, además del recurso de habeas corpus que también se generalizó en casi todos los países, el amparo, la institución del amparo fue introducida en las Constituciones de Guatemala (1879), El Salvador (1886) y Honduras (1894); y durante el siglo XX, en las Constituciones de Nicaragua (1911), Brasil (*mandado de segurança* 1934), Panamá (1941), Costa Rica (1946), Venezuela (1961), Bolivia, Paraguay, Ecuador (1967), Perú (1979), Chile (*recurso de protección*, 1980, reforma 2001) Colombia (*acción de tutela*, 1991). En la República Dominicana se constitucionalizó en el siglo XXI (2010).

En todas esas Constituciones el amparo constitucional se regula como un derecho constitucional de las personas a ser amparadas por los tribunales en sus derechos y garantías constitucionales, previéndose en

17 Véase la sentencia del caso *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* de 24 de noviembre de 2009 C211/2009 (Párr. 107) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_211_esp.pdf

18 Véase Joaquín Brague Camazano, *La Jurisdicción constitucional de la libertad. Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 156 ss.

general para ello, además de todos los medios judiciales existentes, una o diversas acciones judiciales específicas para tal fin.

En la gran mayoría de las Constituciones de los países latinoamericanos, como se dijo, además de la acción de amparo, se ha regulado el recurso de habeas corpus como medio judicial aparte para la protección de la libertad e integridad personales. Es el caso de Argentina, Bolivia (acción de libertad), Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay

Sólo en algunas Constituciones como la de Guatemala, México y Venezuela, el proceso de amparo está concebido como una acción para la protección de todos los derechos y libertades constitucionales, incluyendo la libertad personal, en cuyo caso el habeas corpus es considerado como un tipo de acción de amparo, denominado por ejemplo como acción de exhibición personal (Guatemala), amparo de la libertad (México) o amparo para la protección de la libertad personal (Venezuela).

Por otra parte, más recientemente, en algunos países como Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela, además de la acción de amparo y de la de habeas corpus, en las Constituciones se ha establecido otra acción distinta específica, llamada de habeas data (o protección de privacidad), mediante la cual las personas pueden formular peticiones para obtener información sobre sí mismas que estén contenidas en archivos, registros y bancos de datos, públicos o privados, y en caso de información falsa, errada o discriminatoria, para solicitar su eliminación, confidencialidad o corrección.

1. Las previsiones constitucionales

Conforme a lo anterior, el panorama de las previsiones constitucionales sobre el amparo en los países de América Latina, es el siguiente:

En la Constitución de **Argentina** (1994) se establece el derecho de toda persona “a interponer acción *expedita y rápida* de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva” (art. 43). Y el

mismo artículo establece las acciones de amparo colectivo, el habeas data y el habeas corpus.

En **Bolivia**, la Constitución (2008), en el Título IV sobre las garantías jurisdiccionales y acciones de defensa establece el derecho de todas las personas a ser “protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos,” a cuyo efecto, “garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones” (art. 115), regulándose las acciones de garantía, y entre ellas la “acción de amparo constitucional,” indicando que “tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley” (arts. 128; 129). La Constitución regula igualmente la acción de libertad (habeas corpus) (Art. 125).

En la Constitución de **Brasil** (1988; reforma 2017) se regulan como medios judiciales de protección de los derechos constitucionales, al mandato de seguridad (Art. LXIX), incluso con la modalidad de mandato de seguridad colectivo (art. LXX); y, además, el recurso de habeas corpus (Art. LXVIII) y el de habeas data (LXXII).

En la Constitución de **Colombia** (1991; última reforma 2012) se dispone en general que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública,” (art. 86). La Constitución regula, además, la acción de habeas corpus (Art. 30).

La Constitución de **Costa Rica** (1949; última reforma 2003) dispone que “a toda persona le asiste el recurso de amparo [...] para mantener o restablecer el goce de los otros derechos (diferentes a la libertad) consagrados en esta Constitución [...], “del que conocerán los tribunales que fije la ley” (art. 48). Además, en la misma norma, la Constitución regula la acción de habeas corpus.

En **Chile**, la Constitución de 1980 (última reforma 2019) establece la institución del amparo, aún cuando con el nombre de *recurso de protección*, y

limitado a la protección de unos derechos que se enumeran expresamente, disponiendo en su artículo 20 que “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el Artículo 19, Números 1, 2, 3 Inciso cuarto, 4, 5, 6, 9 Inciso final, 11, 12, 13, 15, 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el Inciso cuarto, 19, 21, 22, 23, 24 y 25 podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.” Agrega la norma que “procederá también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del Artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

Adicionalmente, la Constitución también regula el recuso de *habeas corpus*, pero calificándolo como recurso de amparo (art. 21):

En **Ecuador**, la Constitución (2008) regula, dentro de las garantías jurisdiccionales, a la “acción de protección,” que tiene “por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución,” el cual puede “interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación” (art. 88). Adicionalmente la Constitución regula la acción de *habeas corpus* (Art. 89), y la acción de *hábeas data* (art. 92).

En **El Salvador**, la Constitución (1983, última reforma, 2003), dispone que “toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los, derechos que otorga la presente Constitución” (art. 247). La misma norma, regula, además, la acción de *habeas corpus*.

En **Guatemala**, la Constitución (1989; última reforma 1993), dispone en su artículo 265 que “instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido,” precisando que “no hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan” (art. 265). Además, la Constitución regula el derecho a la exhibición personal (art. 263)..

En el caso de **Honduras**, la Constitución (1982; última reforma, 2005) prescribe que “el Estado reconoce la garantía de amparo,” y “en consecuencia toda persona agraviada o cualquiera otra en nombre de ésta, tiene derecho a interponer recurso de amparo: 1. Para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la constitución establece; y 2. Para que se declare en casos concretos que una ley, resolución, acto o hecho de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualesquiera de los derechos reconocidos por esta Constitución” (art. 183). Además, la Constitución garantiza el hábeas corpus o exhibición personal, y de hábeas data (art. 182).

En **México**, la Constitución (última reforma 2021) le atribuye a los Tribunales de la Federación la competencia para resolver “toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulnere o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal” (art. 103)

Dichas controversias referidas en el artículo 103, con excepción de aquellas en materia electoral, se deben sujetar a los procedimientos que determine la ley reglamentaria del “juicio de amparo” el cual se debe seguir “siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa” (art. 104).

En **Nicaragua**, la Constitución (1987; última reforma 2005) “establece el Recurso de Amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de cada acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política” (art. 188). Además, la Constitución establece el Recurso de Exhibición Personal (art. 189).

En **Panamá**, la Constitución (1972; última reforma, 1994) dispone 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 está Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquiera 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” (art. 50). Adicionalmente la Constitución regula el recurso de habeas corpus (art. 23).

Por su parte en **Paraguay**, la Constitución (1992) dispone que “toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley...”. (Art. 134). Además, la Constitución garantiza el habeas corpus (art. 133), y el habeas data (art. 135).

En **Perú**, la Constitución (1993; última reforma, 2005) regula entre las **garantías constitucionales** “la Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular” (art. 200). La misma norma, garantiza adicionalmente la *Acción de Hábeas Corpus*, y la que *Acción de Hábeas Data*.

En la **República Dominicana** la Constitución (2010), regula las garantías a los derechos fundamentales disponiendo, en general, que la misma “garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley” (Art. 168). Adicionalmente, la Constitución prevé que:

“toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos.”

Agrega la norma que “de conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades” (art. 72).

Además, la Constitución regula el hábeas data (Art. 70), y la *acción de hábeas corpus*. (art. 71).

En **Uruguay**, la Constitución (1967; última reforma, 2004) dispone que “los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general” (art. 7). Además, la Constitución regula el recurso de “habeas corpus” (art. 17).

Y por último, en **Venezuela**, la Constitución (1999), dispone que “toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos,” agregando que:

“El procedimiento de la acción de amparo constitucional será *oral*, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad; y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente

la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.” (art. 27)

La Constitución además se refiere en la misma norma a la acción de *amparo a la libertad o seguridad*, equivalente al denominado *habeas corpus* en otras Constituciones,” y regula la *acción de habeas data* (art. 28).

2. *Algunos aspectos derivados de la apreciación comparada de las regulaciones constitucionales*

Ahora bien, de todas las previsiones constitucionales anteriores, se pueden hacer las siguientes apreciaciones generales:

En todos los países latinoamericanos, con la excepción de Cuba, están reguladas las acciones de *habeas corpus* y *amparo* como medios judiciales específicos diseñados exclusivamente para la protección de los derechos y garantías constitucionales; previendo, en nuestro criterio, sin la menor duda, un derecho fundamental de todas las personas a ser amparados o protegidos judicialmente en sus derechos constitucionales, para lo cual los textos constitucionales han establecido además de los procedimientos judiciales generales, una específica acción de *amparo*, de protección o de tutela, sujeta a normas específicas de manera de asegurar la inmediatez de la protección.

Estas regulaciones constitucionales en materia en América Latina, en la actualidad, puede decirse que se han configurado en tres formas diferentes:

Primero, unas Constituciones han previsto tres recursos o acciones diferentes, el *amparo*, el *habeas corpus* y el *habeas data*, como sucede en Argentina, Brasil, Bolivia (acción de protección de privacidad), Ecuador, Paraguay, Perú y República Dominicana;

Segundo, otras Constituciones han establecido dos recursos diferentes, por una parte el *amparo* y el *habeas corpus*, como es el caso en Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá y Uruguay; y por la otra, el *amparo* y el *habeas data*, como es el caso de Venezuela; y

Tercero, en otras Constituciones se ha regulado un solo recurso o acción de *amparo*, comprendiendo en el mismo la protección de la libertad personal, como es el caso de Guatemala, México y Venezuela.

A todo ello deben agregarse otras acciones de garantías de derechos como las acciones de incumplimiento o de acceso a la información que se han regulado en muchos países.

El proceso constitucional de amparo en América Latina, por otra parte, se ha configurado como una pieza más del sistema general de protección de la Constitución que desde el siglo XIX se fue desarrollando en nuestros países, es decir, dentro de los diversos sistemas nacionales de control de constitucionalidad de los actos estatales, en particular de las leyes.

Siguiendo los criterios más tradicionales derivados del órgano llamado a ejercer el control de constitucionalidad, estos pueden clasificarse en tres grandes grupos:

En primer lugar están los países que han adoptado única y exclusivamente el método difuso de control de constitucionalidad, que en América Latina sólo es Argentina, donde además se regula el recurso de amparo.

En segundo lugar están los países que han adoptado, también única y exclusivamente, el método de control concentrado de la constitucionalidad, atribuyéndolo a un Tribunal o Corte Constitucional o a la Corte Suprema de Justicia, los cuales a la vez se pueden clasificar en dos grupos, según que la acción de amparo también esté concentrada en la Jurisdicción Constitucional, como es el caso de Costa Rica y El Salvador (Sala Constitucional de la Corte Suprema); o que se pueda ejercer ante una universalidad de tribunales, como es el caso de Bolivia, Chile, Ecuador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay; y

En tercer lugar, están los países que han adoptado un sistema mixto de control de constitucionalidad que combinan el método difuso con el método concentrado, como es el caso de Brasil, Colombia, Guatemala, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Venezuela.

En términos generales, los derechos constitucionales que pueden ser objeto de protección mediante el proceso constitucional de amparo son todos aquellos declarados en la Constitución o que se considere que tienen rango constitucional. En algunos países, incluso, se establece expresamente que mediante la acción de amparo también pueden protegerse los derechos declarados en los convenios internacionales (Argentina, Costa Rica, Ecuador y Venezuela) y en otros, los establecidos en leyes (Argentina, Bolivia, Guatemala y Paraguay).

Solo excepcionalmente algunas Constituciones reducen el ámbito de protección del amparo respecto de algunos derechos o garantías individuales o “derechos fundamentales” declarados en la Constitución, como es el caso de Colombia y Chile. Esta es la tendencia que por lo demás se ha seguido en Alemania y España con el recurso de protección individual o recurso de amparo, establecidos para la sola protección de los “derechos fundamentales”, y que más recientemente se ha seguido en la regulación del *writ of amparo* en Filipinas, para la protección sólo del derecho a la vida, la libertad y la seguridad.

III. La obligación de los Estados de regular el amparo conforme a la Convención Americana y la apertura del control de convencionalidad

El artículo 25.1 de la Convención, antes citado, al establecer el “derecho de amparo” como derecho humano, ha fijado los parámetros mínimos conforme a los cuales los Estados miembros deben cumplir la obligación de asegurarle a todas las personas, no sólo la existencia, sino su efectividad como recursos sencillos y rápidos para la protección de sus derechos, lo que debe asegurarse, en particular, cuando regulen y establezcan en las Constituciones y en las leyes, la “acción de amparo” para la protección de los derechos previstos en las mismas y en la propia Convención.

Ese artículo 25.1 de la Convención, por tanto, en nuestro criterio, es el marco que establece las reglas básicas de la regulación del derecho de amparo para la protección de los derechos humanos, que pueden permitir tanto la Corte Interamericana como a los jueces y tribunales nacionales, poder ejercer el control de convencionalidad¹⁹ respecto de los actos y

19 Véase sobre el control de convencionalidad: Ernesto Rey Cantor, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008; Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación,” en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128; Susana Albanese (Coordinadora), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2008; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (Coordinadores), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano,” en *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM-IIIJ, 2011, pp. 339-429; Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 123 ss..

decisiones de los Estados que puedan tornarse en restricciones nacionales respecto de la institución del amparo.

Así se deriva, por ejemplo, de lo que la Corte Interamericana consideró como “el sentido de la protección otorgada por el artículo 25 de la Convención” consistente en:

“la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo.”²⁰

En otras palabras, como lo expresa por ejemplo el artículo 4.7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, entre los principios procesales entre los que se sustenta la justicia constitucional está el de la “formalidad condicionada” que significa que:

“El juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.”²¹

Por ello hemos sostenido que la norma de la Convención, al consagrar el “derecho de amparo,” no permite que se puedan establecer restricciones al mismo, lo que es particularmente importante cuando se trata de regular, en el ámbito interno, una “acción de amparo” para precisamente asegurar la protección de los derechos humanos, de cuyo ámbito, por tanto:

- (i) no pueden quedar excluidos de protección mediante el recurso sencillo rápido y eficaz, determinados derechos;
- (ii) ni pueden quedar excluidos de control determinados actos estatales;

Véase igualmente, Jaime Orlando Santofimio y Allan R. Brewer-Carías, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

20 Véase la sentencia en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008 (Párr. 100) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

21 Véase los comentarios a esta norma sobre formalidad condicionada en Osvaldo Alfredo Gozañi, *Principios y elementos del Derecho Procesal Constitucional. Art. 4 de la ley Orgánica de garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad*, Cevallos editora jurídica, Quito 2015, pp.106-111.

(iii) ni pueden quedar personas que no estén protegidas; y

(iv) ni pueden quedar personas o entidades agraviantes que no puedan ser juzgados por sus violaciones.

Otra cosa, por supuesto, es que la regulación que exista en el derecho interno sobre el proceso de amparo, cuando se establece con una amplitud inusitada, convierta a la institución llamada a proteger los derechos humanos en una técnica procesal que en la práctica impida asegurar la protección efectiva, sencilla y rápida de los derechos.

En este último aspecto, debe destacarse que la Corte Interamericana ha ejercido un importante control de convencionalidad en la sentencia del caso de *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* de 24 de noviembre de 2009, en la cual, a pesar de que estimó que en Guatemala el recurso de amparo era “adecuado para tutelar los derechos humanos de los individuos,”²² observó sin embargo, que su “uso indebido,” su “estructura actual” y las “disposiciones que lo regulaban,” aunado a “la falta de debida diligencia y la tolerancia por parte de los tribunales al momento de tramitarlo, así como la falta de tutela judicial efectiva, han permitido el uso abusivo del amparo como práctica dilatoria en el proceso,”²³ de manera que “su uso indebido ha impedido su verdadera efectividad, al no haber permitido que produzca el resultado para el cual fue concebido.”²⁴ La Corte, en dicho caso, constató además, que si bien al momento de dictar la sentencia el Estado había informado que estaba en curso de discusión una reforma a la Ley de Amparo, consideró que “aún no han sido removidos los obstáculos para que el amparo cumpla con los objetivos para los cuales ha sido creado.”²⁵ De lo anterior, la Corte Interamericana concluyó su control de convencionalidad indicando que:

“De acuerdo a lo expuesto la Corte considera que, en el marco de la legislación vigente en Guatemala, en el presente caso el recurso de amparo se ha transformado en un medio para dilatar y entorpecer el proceso judicial y en un factor para la impunidad. En consecuencia, este Tribunal

22 Véase la sentencia del caso *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* de 24 de noviembre de 2009 C211/2009 (Párr. 121) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_211_esp.pdf

23 *Ídem*. Párr. 120

24 *Ídem*, Párr. 121

25 *Ídem*. Párr. 123

considera que en el presente caso el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, que configuran el acceso a la justicia de las víctimas, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, e incumplió con las disposiciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma" (Párr. 124).²⁶

En consecuencia, no sólo la deficiente regulación del amparo cuando es restrictiva, sino también cuando es excesivamente permisiva, pueden hacer inefectiva, complicada y lenta la protección judicial, de lo cual en este caso de *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, la Corte consideró que en Guatemala el Estado también tenía el deber general de "ajustar su derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana para garantizar los derechos en ella consagrados," considerando que precisamente en materia del recurso de amparo, "la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías"²⁷ de manera que en el caso, incluso, las partes habían "coincidido en considerar abusivo el uso del recurso de amparo como práctica dilatoria."²⁸

Pero regular adjetivamente la acción de amparo para hacerla real y efectivamente un medio rápido y sencillo de protección judicial de los derechos humanos, tarea que corresponde a los Estados en el marco de la regulación del artículo 25.1 de la Convención Americana, no puede conducir a restringir o limitar los aspectos sustantivos del instrumento de protección. Por ello no compartimos la expresión utilizada por la Corte Interamericana en otra sentencia dictada en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008, al aceptar que los Estados pueden establecer límites a la admisibilidad del "recurso de amparo," y estimar "que no es en sí mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias."²⁹

Ante todo, debe observarse que excluir del recurso de amparo en "algunas materias" no es un tema de "admisibilidad," pues no es un tema de orden adjetivo. Excluir el derecho de amparo, por ejemplo, respecto de

26 *Ídem*. Párr. 124

27 *Ídem*. Párr. 122

28 *Ídem*. Párr. 122

29 Véase sentencia en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008 (Párr. 92) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

determinados actos estatales, es un tema sustantivo, totalmente incompatible con el marco definido por el artículo 25.1 de la Convención Americana, que no admite actos excluidos de control.

Eso es distinto a la legitimidad que puedan tener los Estados para establecer condiciones adjetivas de admisibilidad de las acciones judiciales. Como lo ha dicho la Corte Interamericana en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de 24 de noviembre de 2006, en el orden interno de los Estados, “pueden y deben establecerse presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole.”³⁰

Sin embargo, ello no puede nunca significar la negación del propio derecho a la protección judicial o específicamente al amparo respecto de determinados derechos humanos o respecto de determinados actos estatales que los violen.

En todo caso, la afirmación de la Corte Interamericana, aún cuando se refiera a límites a un “recurso de amparo,” por ser formulada en relación con una norma de la Convención que lo que regula es el “derecho de amparo,” la consideramos esencialmente contraria a la Convención; lo que por otro lado se confirma con la “aclaratoria” que la misma Corte hizo en la misma sentencia, a renglón seguido de esa frase, indicando que la restricción que se pudiera establecer por los Estados no sería incompatible con la Convención “siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo.”³¹

Ello, lo que confirma es que no es posible restringir el derecho de amparo, pues si no está garantizado en las normas procesales que regulan una específica “acción de amparo” debe estar garantizado en otras normas adjetivas relativas a otros recursos, los cuales, si son “de similar naturaleza e igual alcance,” son medios judiciales de amparo.

La aclaratoria de la Corte, en todo caso, a lo que obliga, al realizar el control de convencionalidad, al igual que obliga a los jueces y tribunales

30 Véase sentencia en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* de 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158, (Párr. 126), en http://www.corte-idh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf.

31 Véase sentencia en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008 (Párr. 92) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

nacionales, es a que tienen que hacer el escrutinio de todo el orden procesal para determinar si restringida en la ley nacional la admisibilidad de una específica “acción de amparo,” en el ordenamiento procesal del Estado se establece “otro recurso de similar naturaleza e igual alcance” para la protección del derecho, es decir, otro medio judicial de amparo.

Por ello, precisamente, en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008, la Corte interamericana concluyó que para la protección del derecho político a ser electo, “dado que el recurso de amparo no resulta procedente en materia electoral,” no habiendo en México otro recurso efectivo para la protección, consideró que el Estado no ofreció a la víctima “un recurso idóneo para reclamar la alegada violación de su derecho político a ser elegido, y por tanto violó el artículo 25 de la CADH, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.”³²

Le faltó a la Corte Interamericana en esta sentencia, sin embargo, completar el control de convencionalidad y ordenarle al Estado mexicano la reforma de la Ley de Amparo para que en ausencia de ese inexistente “otro recurso idóneo de protección” de los derechos electorales, procediera a eliminar la restricción de admisibilidad de la acción de amparo contra decisiones de autoridades en materia electoral. En esta materia la Corte Interamericana, en realidad, se limitó a recordar que “La obligación contenida en el artículo 2 de la Convención reconoce una norma consuetudinaria que prescribe que, cuando un Estado ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas.”³³ Pero, sin embargo, se abstuvo en realidad de ejercer el control de convencionalidad.

IV. Los parámetros fijados en la Convención Americana sobre el derecho de amparo

Ahora bien, considerando entonces que el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya redacción y lenguaje sigue los del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,³⁴ establece un

32 *Ídem*, Par 131

33 *Ídem*., Párr. 132

34 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El derecho al debido proceso y el derecho de amparo en el proyecto de Constitución Europea”, en Juan Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías

derecho de amparo de los derechos humanos, sea mediante una acción de amparo o mediante otro recurso sencillo, rápido y eficaz para la protección de los mismos, es posible derivar de dicho artículo los contornos fundamentales que debe tener la institución de la acción de amparo, de tutela o de protección de los derechos fundamentales en los derechos internos, cuyo sentido³⁵ se puede conformar por los siguientes elementos:

En *primer* lugar, la Convención Americana concibe al amparo como un derecho fundamental³⁶ en sí mismo y no sólo como una garantía adjetiva, en una concepción que, sin embargo, no se ha seguido generalmente en América Latina. En realidad, sólo en Venezuela el amparo ha sido concedido explícitamente en la Constitución como un derecho humano, más que como una sola garantía adjetiva.³⁷

Se indica en la Convención, en efecto, que toda persona “tiene derecho” a un recurso, lo que no significa que solamente tenga derecho a una específica garantía adjetiva que se concretiza en un solo recurso o en una

Martínez, Manuel Carrasco Durán, Editores), en *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Madrid 2006, pp. 2151-2162.

35 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Costa Rica, San José 2005; *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings*, Cambridge University Press, New York, 2008; “El amparo en América Latina: La universalización del régimen de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y la necesidad de superar las restricciones nacionales”, en *Ética y Jurisprudencia*, 1/2003, Enero-Diciembre, Universidad Valle del Momboy, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios Jurídicos “Cristóbal Mendoza”, Valera, Estado Trujillo, 2004, pp. 9-34.

36 Véase en general, Héctor Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Porrúa, México 2003; y Héctor Fix-Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinadores), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa, México 2006.

37 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El derecho de amparo y la acción de amparo”, en *Revista de Derecho Público*, N° 22, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1985, pp. 51-61; e *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Vol. V, Derecho y Acción de Amparo, Universidad Católica del Táchira - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas - San Cristóbal 1998. Véase además, Héctor Fix Zamudio, “La teoría de Allan R. Brewer-Carías sobre el derecho de amparo latinoamericano y el juicio de amparo mexicano,” en *El derecho público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, Ed. Civitas, Universidad Central de Venezuela, Madrid 2003, Tomo I, pp. 1125-1163.

acción de amparo, de tutela o de protección específica. El derecho se ha concebido más amplio, como derecho a la protección constitucional de los derechos o al amparo de los mismos. Por eso, en realidad, estamos en presencia de un derecho fundamental de rango internacional y constitucional de las personas, a tener a su disposición medios judiciales efectivos, rápidos y eficaces de protección. Y uno de ellos, es precisamente la acción de amparo, de tutela o de protección.

Por ello, en *segundo* lugar, los mecanismos judiciales de protección de los derechos humanos a los que se refiere la Convención Americana pueden ser variados, y deben ser efectivos, rápidos y sencillos, calificativos que como lo observó Cecilia Medina Quiroga, “deben existir de manera copulativa.”³⁸ Pueden ser de cualquier clase, a través de cualquier medio judicial y no necesariamente una sola y única acción de protección o de amparo. Es decir, la Convención no necesariamente se refiere a un solo medio adjetivo de protección, sino que puede y debe tratarse de un conjunto de medios de protección, lo que puede implicar, incluso, la posibilidad de utilizar los medios judiciales ordinarios cuando sean efectivos como recursos rápidos y sencillos de protección.

En *tercer* lugar, debe destacarse que la Convención regula un derecho que se le debe garantizar a “toda persona” sin distinción de ningún tipo, por lo que en el derecho interno corresponde a las personas naturales y jurídicas o morales; nacionales y extranjeras; hábiles y no hábiles; de derecho público y derecho privado. Es decir, corresponde a toda persona en el sentido más universal.

En *cuarto* lugar, la Convención señala que el medio judicial de protección o amparo puede interponerse ante los tribunales competentes, de manera que no se trata de un solo y único tribunal competente, sino de una función que esencialmente corresponde al Poder Judicial o a los órganos que ejercen la Jurisdicción Constitucional aún ubicados fuera del Poder Judicial.

En *quinto* lugar, conforme a la Convención, este derecho a un medio efectivo de protección ante los tribunales se establece para la protección de

38 Véase Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad personal, Libertad personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Centro de Derecho Humanos, Universidad de Chile, Santiago 2005, pp. 369-370. En igual sentido véase Juana María Ibañez Ribas, “Artículo 25. Protección Judicial”, en Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs (ed), *Convención Americana de Derechos Humanos. Comentario*, Segunda edición, Fundación Konrad Adenauer Bogotá, 2019, p. 750.

todos los derechos humanos que estén en la Constitución, en la ley, en la propia Convención Americana o que sin estar en texto expreso, sean inherentes a la persona humana, por lo que también son protegibles aquellos establecidos en los instrumentos internacionales. Por ello, aquí adquieren todo su valor las cláusulas enunciativas de los derechos, que los protegen aun cuando no estén enumerados en los textos, pero que siendo inherentes a la persona humana y a su dignidad, deban ser objeto de protección constitucional. La garantía del artículo 25.1, en todo caso, en el derecho interno, se refiere a la protección de los derechos constitucionales sin que quepa distinguir en estos, unos que sean “fundamentales” y otros que no lo son. La expresión “derechos fundamentales” en el artículo 25.1 de la Convención, en el ámbito interno, equivale a derechos constitucionales, o que integran el bloque de constitucionalidad.

En *sexto* lugar, la protección que regula la Convención es contra cualquier acto, omisión, hecho o actuación de cualquier autoridad que viole los derechos y, por supuesto, también, que amenace violarlos, porque no hay que esperar que la violación se produzca para poder acudir al medio judicial de protección. Es decir, este medio de protección tiene que poder existir antes de que la violación se produzca, frente a la amenaza efectiva de la violación y, por supuesto, frente a toda violación o amenaza de violación que provenga del Estado y de sus autoridades. Es decir, no puede ni debe haber acto ni actuación pública alguna excluida del amparo, en cualquier forma, sea una ley, un acto administrativo, una sentencia, una vía de hecho, una actuación o una omisión.

Y en *séptimo* lugar, la protección que consagra la Convención es también contra cualquier acto, omisión, hecho o actuación de los entes públicos y sus funcionarios o de los particulares, individuos o empresas de cualquier naturaleza, que violen o amenacen violar los derechos fundamentales.

Estos son, en realidad, en nuestro criterio, los parámetros que establece la Convención Americana sobre el derecho de amparo, y son esos los que deberían prevalecer en los derechos internos cuando se establece la acción o recurso de amparo, donde hay que realizar un importante esfuerzo de adaptación para superar el cuadro de restricciones constitucionales o legislativas que en algunos aspectos ha sufrido la institución del amparo; que teniendo una concepción tan amplia en el texto de la Convención Americana, en muchos casos ha sido restringid.

Por lo demás, no hay que olvidar que en la mayoría de los países latinoamericanos la Convención tiene rango constitucional o rango supra legal, e incluso, en algunos tiene rango supra constitucional,³⁹ lo que implica la necesidad jurídica de que la legislación interna se adapte a la misma. Además, la amplitud de la regulación de la Convención Americana sobre Derechos humanos, así como el proceso de constitucionalización de sus regulaciones que ha ocurrido en América Latina, plantean tanto a la propia Corte Interamericana como a los jueces y tribunales nacionales, en ejercicio del control de convencionalidad y en ausencia de reformas legales, el reto de procurar adaptar las previsiones de la legislación interna a las exigencias de la Convención, cuyo contenido constituye, en definitiva, un estándar mínimo común para todos los Estados.

Ello implica, si nos adentramos en las regulaciones de derecho interno de muchos de nuestros países, la necesidad, por ejemplo, de que se amplíe la protección constitucional de manera que la pueda acordar cualquier juez o tribunal y no sólo un Tribunal Constitucional o Sala Constitucional del Tribunal Supremo; mediante el ejercicio de todas las vías judiciales y no sólo a través de un sólo recurso o acción de amparo como sucede en la gran mayoría de los países; en relación con todas las personas y para la protección de absolutamente todos los derechos constitucionales, y no sólo algunos; y contra todo acto u omisión provenga de quién provenga, incluyendo de particulares, superando las restricciones que en este aspecto existen en muchos de nuestros países.

39 En relación a la clasificación de los sistemas constitucionales de acuerdo con el rango de los tratados internacionales, véase Rodolfo E. Piza R., *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, San José 1989; Carlos Ayala Corao, "La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos", en *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, IV Congreso venezolano de Derecho constitucional, Vol. II, Caracas, 1996 y *La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003; Florentín Meléndez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, Cámara de Diputados, México 2004, pp. 26 ss.; y Humberto Henderson, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*", en *Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 39, San José 2004, pp. 71 y ss. Véase también, Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, San José, 2004, pp. 62 ss.

V. Algunos contrastes entre las previsiones del derecho interno y lo regulado en la Convención Americana

En todos los países latinoamericanos, la acción de amparo está concebida como una vía judicial extraordinaria, para cuyo ejercicio se establecen diversas regulaciones particularmente referidas a su relación con las vías ordinarias de protección:

En primer lugar, en algunos países se establece que la acción de amparo sólo se puede ejercer cuando no exista otro medio judicial adecuado para la inmediata protección constitucional, como es el caso de Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

En segundo lugar, en otros países se establece que la acción de amparo sólo puede ejercerse cuando se hayan agotado los otros medios judiciales idóneos existentes para proteger los derechos constitucionales, como es el caso de Brasil, Colombia, Guatemala, México y Perú.

En tercer lugar, en otros grupo de países lo que se establece es la inadmisibilidad de la acción de amparo cuando ya se hayan intentado otros recursos protectivos, como es el caso de Argentina, Chile, Ecuador, México y Perú.

En todo caso, en cuanto al procedimiento del proceso de amparo, en todos los países de América Latina, con excepción de Chile, se ha garantizado el carácter bilateral del proceso, debiendo en general iniciarse a instancia de parte. En Honduras y Guatemala, sin embargo, la legislación permite que en materia de habeas corpus los tribunales puedan iniciar el procedimiento de oficio.

En general, dado el carácter personal de la acción de amparo, es por tanto la parte injuriada o agraviada la que puede intentar la acción de amparo, aun cuando en algunas legislaciones se admite que otras personas distintas puedan intentar en nombre de la persona agraviada, tanto la acción de habeas corpus (Argentina, Bolivia, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú y Venezuela) como la acción de amparo (Guatemala, Colombia y Perú), al igual que las acciones colectivas (Argentina, Brasil, Costa Rica, Colombia -acción popular-, y Perú).

Por otra parte, muchas legislaciones otorgan legitimación para intentar la acción de amparo en nombre de los agraviados o de la colectividad,

al Defensor de los Derechos Humanos o Defensor del Pueblo, como es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Perú, Nicaragua, Paraguay, Venezuela y México.

La acción o recurso de amparo se ha establecido en América Latina para la protección de los derechos constitucionales, de manera que ha sido su objeto el que realmente ha dado origen a este proceso constitucional extraordinario, independientemente de la persona o entidad que haya causado el agravio o violación del derecho. Por ello, la lógica del sistema protectivo es que el amparo debe proceder en cualquier caso de violación o amenaza, cualquiera haya sido el origen de la misma, sea un acto u omisión de una autoridad pública o de un individuo.

Sin embargo, si bien todos los países de América Latina admiten la acción de amparo contra funcionarios y autoridades públicas -incluso, el amparo, en su origen, fue concebido como un medio de protección frente al Estado-, no todos los países admiten la posibilidad de ejercer la acción contra particulares agraviantes.

En cuanto a la acción de amparo contra acciones u omisiones lesivas provenientes de autoridades y funcionarios, si bien en la mayoría de los países se establece como un medio general de protección sin ningún tipo de distinciones como sucede en Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Perú, Nicaragua, Uruguay y Venezuela; en México, en cambio, se limita la posibilidad de intentarla sólo contra una "autoridad responsable," que es la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas (art. II.5, Ley de Amparo).

En otros países se excluye la acción de amparo sólo respecto de ciertas autoridades como son los cuerpos electorales, tal como sucede en Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, y Uruguay; o el Consejo de la Magistratura, como es el caso de Perú.

Excepto en los países en los cuales la acción de amparo sólo se admite contra autoridades, que son la minoría (Brasil, El Salvador, y Panamá), en el resto de los países latinoamericanos la acción de amparo se admite contra particulares, en algunos casos sin distinción de ningún tipo como sucede en Argentina, Bolivia, Chile, República Dominicana, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; y en otros casos, en forma restrictiva sólo

respecto de ciertos individuos o empresas privadas concesionarias de servicios públicos, con poderes públicos delegados o que estén en ciertas situaciones de poder en relación con la colectividad, como es el caso de Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Honduras.

En el caso de México, con la reforma de la Ley de Amparo de 2013 se estableció también la posibilidad de amparo contra particulares (art. I,III, único) pero sólo cuando éstos “tengan la calidad de *autoridad responsable*,” la cual en los términos del artículo 5.II de la Ley es “la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas,” considerando la misma norma que los particulares tienen tal calidad, cuando “realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general” (art. 5.II).

En cuanto a la acción de amparo ejercida contra autoridades y funcionarios, el tratamiento de los actos estatales que pueden ser objeto de la acción de amparo tampoco es uniforme, en el sentido de que en muchos casos se establecen exclusiones puntuales.

Por ejemplo, en cuanto a actos ejecutivos, en México se excluyen de la acción de amparo ciertos actos presidenciales, y en Uruguay se excluyen los reglamentos ejecutivos; en Argentina y Perú se excluyen de la acción de amparo los actos estatales en los cuales se decidan cuestiones políticas, y en Argentina, además, los actos relativos a la defensa nacional. Igualmente, en Argentina y en Paraguay se excluyen de la acción de amparo los actos que afecten el funcionamiento de los servicios públicos.

En cuanto a los actos legislativos, en México se excluyen de la acción de amparo ciertos actos del Congreso; y en cuanto al amparo contra leyes, la mayoría de los países lo excluyen, como sucede en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Perú, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. En realidad, el amparo contra leyes sólo se admite en Honduras, donde sólo se aplica el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes; y en Guatemala y México, que han adoptado el sistema mixto de control de constitucionalidad de las leyes, en especial contra las leyes autoaplicativas.

En cuanto a los actos judiciales, también en la mayoría de los países de América Latina se excluye la acción de amparo contra los mismos, como es el caso de Argentina, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, y Uruguay. En Bolivia se excluye contra resoluciones judiciales pero sólo si pudiesen ser modificadas o suprimidas por cualquier otro recurso del cual no se haya hecho uso (art. 53.3). En otros países, sin embargo, se admite la acción de amparo contra sentencias, como sucede en Colombia, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú y Venezuela; aun cuando en algunos de ellos se excluye expresamente respecto de decisiones de las Cortes Supremas (México, Panamá, Venezuela) o de las decisiones dictadas en los juicios de amparo (Honduras, México). En Ecuador, sin embargo, se prevé una acción de protección extraordinaria contra sentencias que sólo se puede intentar ante la Corte Constitucional (art. 437, Constitución).

Por último, en esta síntesis comparativa del amparo en América Latina, debe hacerse mención al tratamiento que la legislación le da al tema de la revisión de las sentencias dictadas en los procesos de amparo, pues tratándose de procesos constitucionales, las leyes tienden a asegurar la uniformidad de la aplicación e interpretación de la Constitución, particularmente en aquellos casos, que son la mayoría, en los cuales la competencia judicial para conocer de la acción de amparo se ejerce por una universalidad de tribunales y no sólo por la Jurisdicción Constitucional, como sólo ocurre en Costa Rica, El Salvador y Nicaragua.

En todos los otros países, en todo caso, para la búsqueda de la uniformidad de la interpretación constitucional se han establecido mecanismos judiciales de revisión de manera que en una forma u otra las decisiones dictadas en los procesos de amparo puedan llegar a ser revisadas por las Cortes Supremas o los Tribunales Constitucionales.

En tal sentido, en Argentina, que sólo aplica el método difuso de control de constitucionalidad, las sentencias dictadas en los juicios de amparo y en materias constitucionales, pueden ser objeto de un recurso extraordinario de revisión ante el la Corte Suprema.

En los países que sólo aplican el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes pero donde los juicios de amparo se desarrollan ante tribunales inferiores, se han establecido mecanismos de revisión obligatoria (Bolivia) o discrecional (Ecuador, Honduras) por la

Corte Constitucional o por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, respectivamente.

En los países que aplican el sistema mixto de control de constitucionalidad, en unos casos se han establecido mecanismos de revisión automáticos por los Tribunales Constitucionales discrecional (Colombia); y en otros, se han previsto mecanismos de revisión, mediante recursos o apelaciones, por las Cortes Supremas o los Tribunales Constitucionales, también de carácter obligatorio (Brasil, Guatemala, Perú) o discrecional (México, Venezuela).

VI. Particular referencia al alcance y límites de algunas de las regulaciones adjetivas sobre el amparo en el derecho interno

1. Marco de la Convención Americana

En todo caso, conforme lo tiene decidido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en múltiples sentencias, entre ellas la dictada en el caso *Cantos vs. Argentina* de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas) (C87/02),⁴⁰ conforme al artículo 25 de la Convención, los Estados tiene la obligación general:

“de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales [...] y que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”⁴¹ (par. 52, caso *Cantos*).

Ahora, estando esencialmente vinculados las previsiones de los artículos 8 (acceso a la justicia, debido proceso) y 25 (protección judicial) de la Convención Interamericana, la Corte Interamericana ha considerado que

40 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf. Véanse los comentarios al caso *Cantos* y a la sentencia de la Corte Interamericana en Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Principios y elementos del Derecho Procesal Constitucional. Art. 4 de la ley Orgánica de garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad*, Cevallos Editora Jurídica, Quito 2015, pp. 99-104.

41 Nota 96 de la sentencia caso *Cantos*: Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 111; *Caso del Tribunal Constitucional*, supra nota 8, párr. 89; y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23.

impedir el acceso a los recursos para el ejercicio del derecho de amparo mediante regulaciones adjetivas, es decir, el acceso a la justicia, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención que obliga a los Estados “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.”

Ello lo argumentó la Corte, recordando previamente su jurisprudencia sobre la “eficacia e idoneidad de los recursos” en la sentencia dictada en el antes mencionado caso *Cantos vs. Argentina* indicando lo siguiente:

“49. La Corte Interamericana ha establecido que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone:

“tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención”⁴²

Y en párrafo siguiente, luego de hacer referencia al artículo 8.1 de la Convención que garantiza a toda persona el “derecho a ser oída, con las debidas garantías” “para la determinación de sus derechos,” la Corte constató que dicha disposición “consagra el derecho de acceso a la justicia,” de lo que se desprende:

“que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención” (par. 50, Sentencia *Cantos*).

42 Nota 95 de la sentencia caso cantos: *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 5, párr. 151; Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990*. Serie A No. 11, párr. 34.

Y haciendo referencia a reiterada jurisprudencia, la Corte recordó que había señalado, en reiteradas oportunidades que la garantía de un recurso efectivo:

Primero, “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”⁴³ (par 52, Sentencia *Cantos*).

Segundo, que,”

“para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad”⁴⁴ (par 52, Sentencia *Cantos*).

Tercero, que:

“debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido”⁴⁵ ((par 52, Sentencia *Cantos*).

Y cuarto, concluyendo la Corte afirmando que:

“Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana” (par 52, Caso *Cantos*).

En la misma sentencia del caso *Cantos*, refiriéndose al caso concreto debatido de tasas judiciales a pagar por los recurrentes, la Corte fue precisa indicando “que el Estado no puede eximirse de responsabilidad respecto a sus obligaciones internacionales argumentando la existencia

43 Nota: 97 de la sentencia *caso Cantos: Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 163. Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin*, supra nota 5, párr. 163; *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 101; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 234.

44 Nota: 98 de la sentencia *caso Canto: Cfr., Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 5, párr. 186; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, supra nota 96, párrs. 111-113; y *Caso del Tribunal Constitucional*, supra nota 8, párr. 90.

45 Nota: 99 de la sentencia *caso Canto: Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, supra nota 96, párr. 112; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 134; y *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 90. En igual sentido, vid. *Eur. Court H.R., Keenan v. the United Kingdom*, Judgment of 3 April 2001, para. 122, 131.

de normas o procedimientos de derecho interno”⁴⁶ dejando establecido “que la suma fijada por concepto de tasa de justicia y la correspondiente multa constituyen, a criterio de este Tribunal, una obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables, aún cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda” (par. 54, Caso *Cantos*).

Concluyendo en el mismo párrafo 54 de la sentencia en el caso *Cantos* con la afirmación de que:

“Esta Corte considera que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho”⁴⁷ (par. 53, Caso *Cantos*).

De lo anterior se deduce la doctrina fundamental, como lo resolvió la Corte Interamericana en la sentencia del Caso *Cesti Hurtado vs. Perú* de 29 de septiembre de 1999 (Fondo), de que si bien “el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recuso eficaz [y] también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales,” (par. 168)⁴⁸ cuando se regulen los requisitos adjetivos, por ejemplo, de admisibilidad de los recursos de amparo, los mismos en todo caso, conforme a lo indicado por la Corte Interamericana en la sentencia del caso *Cantos*, deben ser “razonables,” es decir, deben pasar el test de la razonabilidad, de manera de estar “justificados por las razonables necesidades de la propia administración de justicia” (par. 50, caso *Cantos*), pues el principio general, conforme a la propia doctrina de

46 Nota 100 de la sentencia caso *Cantos*: Cfr. *Caso del Caracazo, Reparaciones*, supra nota 5, párr. 77; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 5, párr. 203 y *Caso Trujillo Oroza, Reparaciones*, supra nota 6, párr. 61. En igual sentido, vid. *Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930)*, Serie B, No. 17, pág. 32; *Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931)*, Series A/B, No. 44, pág. 24; *Caso de las Zonas Libres (1932)*, Series A/B, No. 46, pág. 167 y *Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988)* 12, a 31-2, párr. 47 100.

47 Nota 101 de la sentencia: Vid. en igual sentido, *Eur. Court H.R., Osman v. the United Kingdom, Judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII*, para. 147, 148, 152.

48 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_56_esp.pdf

la Corte Interamericana sentada en la sentencia dictada en el caso *Tibi vs, Ecuador* fecha 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), que “toda persona que sea titular de dicho derecho debe tener la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida” (par. 131).⁴⁹

Para ello, como lo expresó en la misma Corte en dicha sentencia del caso *Cantos*, los Estados deben “adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta,” exigiendo que “las disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas, [l]o que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica⁵⁰ (par. 59).

Los recursos que se regulen en el derecho interno por tanto, deben ser además de rápido y efectivo, sea sencillo, es decir, de acuerdo con lo que expresó el Juez Sergio García Ramírez en su Voto Concurrente Razonado a la citada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Tibi Vs. Ecuador*, como el artículo 25 de la Convención Americana “instituye una garantía preciosa, que es, en rigor, la “garantía de las garantías”, el “derecho que sirve a todos los derechos,” en materialmente todos los casos “es preciso preguntarse por la “efectividad del recurso efectivo”, por la sencillez y la rapidez que lo caracterizan en los términos estrictos y suficientes de la Convención, que no va mucho más lejos del punto al que llegan muchas constituciones nacionales, (par. 45), argumentando que para que un recurso sea “de veras, “efectivo” debe permitir “la defensa real de los derechos fundamentales, en todo tiempo y circunstancia; para que se “sencillo,” debe “poder “ser conocido, entendido, empleado por cualquier ciudadano -- pues se instituye para proteger a cualquier ciudadano-- que necesita esa protección,” y para que sea “rápido”, debe asegurar “en brevísimo tiempo, no sólo al cabo de los meses o los años, la preservación de un derecho cuya tutela no admite demora, so pena de causar al titular daños severos e irreparables.” Por ello en las regulaciones del derecho interno el

49 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

50 Nota:105 de la sentencia caso *Cantos*: Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 5, párr. 112; y *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*, supra nota 104, párr. 87.

Juez García Ramírez planteó la necesidad de indagar si “se ha construido un sistema de recursos eficaz, remontando complejidades innecesarias, tecnicismos inútiles, obstáculos improcedentes.” (par 46).⁵¹

2. *El alcance y límites específico de las regulaciones relativas a la admisibilidad de los recursos de amparo*

Como sucede respecto de toda acción o recurso judicial, entre las potestades de los Estados está la de establecer las condiciones de admisibilidad de los recursos o acciones de amparo, los cuales en todo caso deben ser razonables, acordes con las necesidades del funcionamiento del sistema judicial, para asegurar el carácter “sencillo” de los mismos conforme al propósito fundamental de servir de mecanismos de protección efectivo de los derechos fundamentales. Ello implica, de entrada, que las condiciones de admisibilidad de las acciones de amparo no pueden ser siempre y necesariamente las mismas reguladas en general para todas las acciones ante la justicia, pues en este caso, las exigencias de la sencillez del recurso para la protección y garantía de los derechos humanos, puede plantear la necesidad de definir otros parámetros distintos a las formalidades establecidas para la generalidad de los recursos.

Es decir, como lo argumentó la Corte Interamericana de derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros), vs Perú* de 24 de noviembre de 2006:

“La Corte considera que en todo procedimiento o proceso existente en el orden interno de los estados deben concurrir amplias garantías judiciales, entre las cuales se encuentran también las formalidades que deben observarse para garantizar el acceso a las mismas. Por razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole” (par. 126).⁵²

51 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

52 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

En dichos requisitos de admisibilidad, sin embargo, como también lo dijo la Corte Interamericana:

“deben concurrir amplias garantías judiciales, entre las cuales se encuentran también las formalidades que deben observarse para garantizar el acceso a las mismas” (par. 126).⁵³

En el caso de las acciones de amparo, dada la indisoluble vinculación entre los artículos 8 y 25 de la Convención Americana que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana tienen que garantizar el derecho de acceso a la justicia,⁵⁴ la regulación en el ámbito interno de las condiciones de admisibilidad de los recursos o acciones de amparo, deben establecerse acordes con el carácter “sencillo” que deben tener, de manera que puedan ser efectivamente conocidos, entendidos y empleados por cualquier ciudadano que necesite de la protección judicial de sus derechos fundamentales, garantizándoseles así el debido acceso a la justicia. No puede haber amparo de derechos si no se garantiza efectivamente el derecho de acceso a la justicia de las personas afectadas en los mismos.

Por ello, como en el marco de la Convención, los Estados están obligados ante todo a “respetar los derechos y libertades reconocidos” en la misma, y a “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (art. 1.1), la garantía del derecho de acceso a la justicia (art.8) está indisolublemente vinculado con el derecho a la protección judicial (art. 25), lo que implica la obligación del Estado de no obstruir el ejercicio adecuado de las acciones de protección, o de asegurar las condiciones necesarias para su ejercicio efectivo.

Como lo precisó la Corte Interamericana en su sentencia en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* de 29 de julio de 1988, dicha obligación de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción, “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre

53 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

54 Véase en general, el estudio de Paola Andrea Acosta Alvarado, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Temas de derecho público, No. 77, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007.

y pleno ejercicio de los derechos humanos (par.166),⁵⁵ lo que implica en concreto la obligación de regular los procedimientos de acceso y admisibilidad de los procesos judiciales, de manera de garantizar el sencillo acceso ante los tribunales para la protección de los derechos.

En resumen, como lo resumió Paola Andrea Acosta Alvarado de su estudio sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de acceso a la justicia, "los Estados no pueden emplear su legislación interna para obstruir el acceso a la justicia por parte de los individuos."⁵⁶

3. *La exigencia general del carácter escrito de los recursos de amparo*

La exigencia fundamental de admisibilidad de los recursos judiciales, de cualquiera naturaleza, es la necesidad de que se presenten por escrito ante la autoridad judicial competente. Este requisito general, también se aplica en la mayoría de los países a las acciones de amparo, con algunas excepciones que han establecido la posibilidad de interposición del amparo en forma oral, a los efectos de garantizar a todos el acceso a la justicia.

En cuanto a la exigencia por interponer la acción de amparo por escrito, en las leyes en general se exige que en el mismo se exprese en forma clara y precisa todos los elementos necesarios en relación con el derecho del cual se pide protección y los argumentos que fundamenten la violación o amenaza de violación que se denuncian. Por eso las leyes de amparo en América Latina establecen en términos generales que dicho escrito de demanda, como mínimo debe hacer referencia a los siguientes aspectos:

Primero, la identificación completa del agraviado demandante (Leyes de Argentina, Art. 6.a; Bolivia, Art. 97,I; Colombia, Art. 14; El Salvador, Art. 14; México, Arts. 116.1 y 166, 1; Nicaragua, Art. 27,1; Perú, Art. 42.2; Paraguay, Art. 569,a; Venezuela, Art. 18.1 y 18.2; República Dominicana), y si alguien está actuando en su representación, su identificación personal. Y si el agraviado es una persona jurídica, debe identificarse la misma con referencia a su documento de constitución y el carácter con que actúa el representante (Leyes de El Salvador, Art. 14,1; Guatemala Arts. 21.b y 21.c; Honduras, Art. 49,2; República Dominicana).

55 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

56 Véase Paola Andrea Acosta Alvarado, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Temas de derecho público, No. 77, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007, p. 27.

Segundo, la identificación de la parte agravante (Leyes de Argentina, Art 6.b; Bolivia, Art. 97, II; Honduras, Art. 49, 2; Paraguay, Art. 569.b; Venezuela, Art. 18.2; República Dominicana), y si la acción se intenta contra una entidad pública, debe identificarse la autoridad pública agravante, y de ser posible, el órgano que provoca la violación o la amenaza de violación (Leyes de Colombia, Art. 14; Costa Rica, Art. 38; El Salvador, Art. 14; Guatemala, Art. 21,d; Panamá, Art. 2619.2; México, Arts. 116.III y 166.III; Nicaragua, Arts. 27.2 y 55).

Tercero, la narración detallada de las circunstancias en las cuales la violación o amenaza de violación ha ocurrido,⁵⁷ debiendo identificarse en la petición el acto, acción, omisión o hecho causante de la violación o de la amenaza de violación.⁵⁸

Cuarto, la indicación del derecho o garantía constitucional violado, afectado o amenazado,⁵⁹ con la precisa referencia a los artículos de la Constitución o de los Tratados internacionales que contienen la declaración de los derechos y garantías que se denuncien como violados o amenazados.⁶⁰ Sin embargo, por ejemplo, la Ley colombiana sobre la Tutela exonera de la necesidad de identificar el artículo de la Constitución siempre que el derecho lesionado o amenazado esté identificado con precisión (art. 14). Una previsión similar se establece en la ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (art. 38).

Quinto, el agraviado demandante debe indicar con precisión cuál es la protección que requiere de la autoridad judicial, así como la orden judicial que en su criterio la autoridad judicial debe emitir para la protección de su derecho.⁶¹

57 Véase Argentina, Artículo, 6,c; Bolivia, Artículo 97,III; Colombia, Artículo 14; Costa Rica, Artículo 38; El Salvador, Artículo 14,5; Guatemala, Artículo 21,e; Panamá, Artículo 2619,3; Paraguay, Artículo 569,d; Honduras, Artículo 49,5; Nicaragua, Artículo 55; Perú, Artículo 42,4; Venezuela, Artículo 18,5; República Dominicana.

58 Véase El Salvador, Artículo 14,3; Honduras, Artículo 49,3; Nicaragua, Artículo 27,3; Paraguay, Artículo 569,d; Perú, Artículo 42,5; México Arts. 116, IV and 166,IV18,5; República Dominicana..

59 Véase Bolivia, Artículo 97,IV; Colombia, Artículo 14; El Salvador, Artículo 14,4; Panamá, Artículo 2619,V; Honduras, Artículo 49,6; Venezuela, Artículo 18,418,5; República Dominicana.

60 Véase Guatemala, Artículo 21,f; México, Arts. 116, V and 166,VI; Nicaragua, Artículo 27,4.

61 Véase Argentina, Artículo 6,d; Bolivia, Artículo 97,VI; Honduras, Artículo 49,7; Perú. Artículo 42,6; Paraguay, Art 569,d.

Y finalmente, sexto, el demandante agraviado debe cumplir con todas las condiciones de admisibilidad de la acción, en particular, las relativas a la inexistencia de otras vías judiciales para la protección constitucional y el carácter irreparable del daño que sufriría sin el amparo requerido.⁶²

Con el objeto de flexibilizar las consecuencias que pudieran resultar de la falta de mención de todos los elementos y condiciones antes mencionados que deben indicarse en el escrito del recurso o acción, casi todas Leyes de Amparo de los países de América Latina, en protección del derecho de la parte agraviada para accionar y acceder a la justicia, establecen que la autoridad judicial está obligada a advertir y devolver el escrito de la acción al demandante cuando no esté conforme con los requerimientos antes indicados, con el objeto de que haga las necesarias correcciones.

En consecuencia, en estos casos, la petición de amparo no se considera inadmisibles por imprecisiones formales relativas al no cumplimiento de los requerimientos adjetivos establecidos en las Leyes de Amparo, de manera que a los efectos de que sean corregidos o enmendados, el tribunal debe devolver el escrito al accionante para que corrija el escrito en un plazo breve. En estos casos, solo si el accionante no hace las correcciones requeridas entonces la acción puede ser declarada inadmisibles (Leyes de Colombia, Art. 17; Costa Rica, Art. 42; El Salvador, Art. 18; Guatemala, Art. 22; Honduras, Art. 50; México, Art. 146; Nicaragua, Art. 28; Perú, Art. 48; Paraguay, Art. 7; Venezuela, Art. 19).

4. *Las exigencias de garantía del derecho de acceso a la justicia en materia de amparo frente al requisito del recurso escrito, y la tendencia a admitir la oralidad del procedimiento*

La exigencia general de que el recurso de amparo, tutela o protección que se establezca para garantizarle a las personas la efectiva vigencia de sus derechos fundamentales, de que además de efectivos y rápidos deben ser "sencillos," ha conducido a introducir reformas en el procedimiento de amparo a los efectos de que efectivamente se asegure el derecho de todos de acceder a la justicia, especialmente a las personas de los grupos menos

62 En sentido similar a las peticiones de *injunction* en los Estados Unidos. Véase en John Bourdeau et al, "Injunctions" en Kevin Schroder, John Glenn y Maureen Placilla, *Corpus Juris Secundum*, Volume 43A, Thomson West, 2004, pp. 346, 352.

privilegiados de la sociedad,⁶³ consagrándose por ejemplo, la oralidad del procedimiento y en aras de la sencillez y de garantizar el acceso a la justicia, que el propio recurso de amparo pueda formularse oralmente ante el tribunal competente, aún cuando siendo necesario que la demanda luego quede plasmada por escrito.

Debe recordarse que el tema de la oralidad de los procedimientos judiciales en general, para asegurar el acceso a la justicia, se ha planteado desde hace décadas, como una de las piezas claves para asegurar el acceso de todos a la justicia, incluso a los más pobres, como se evidencia de los estudios que motorizó el profesor Mauro Cappelletti, desde cuando presentó su Ponencia General al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado de Pescara, en 1971, sobre *Procédure orale et procédure écrite*,⁶⁴ y que luego siguió desarrollando desde el “Proyecto Florencia sobre acceso a la justicia,” explorando siempre mediante la oralidad, entre otras, la forma de “derribar las barreras de acceso que encontramos en los países occidentales.”⁶⁵

Entre otros factores, Cappelletti y Garth destacaron como la oralidad en las primeras décadas del siglo pasado, en muchos países contribuyó “a la “inmediatez del contacto entre los jueces, las partes y los testigos, así como el empleo – relacionado con lo anterior – de jueces activos que busquen la verdad y ayuden a igualar a las partes;”⁶⁶ y Franz Klein, en relación con la oralidad en Austria destacó cómo hace casi cien años, se logró hacer que los procedimientos civiles fueran “sencillos, económicos,

63 Véase sobre esto, en general, José Thompson, *Access to Justice and Equity. A Study in Seven Countries of Latin America*, Inter-American Institute of Human Rights, Inter-American Development Bank, 2000; André Rials, *L'Accès a la Justice*, Presses Universitaires de France, 1993.

64 Véase M. Cappelletti, *Procédure orale et procédure écrite*, Dobbs Ferry, NY, / Milan: Oceana/Giuffrè, 1971; y Mauro Cappelletti (directeur), *Accès a la Justice et État-Providence* (Préface de René David), Publications de l'Institut Universitaire Européen, Economica, Paris 1984.

65 Véase por ejemplo, Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México 1996, p. 53. Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El Acceso a la Justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe general*, Colegio de Abogados del departamento Judicial de La Plata, 1983, pp. 86.

66 Idem, p. 51.

rápidos y accesibles a los pobres.”⁶⁷ A lo que se puede agregar, también, para permitir el acceso a los más vulnerable y por ejemplo, a los representantes de comunidades indígenas.⁶⁸

Sin embargo, por más avanzadas que hayan sido las propuestas de oralidad en el procedimiento, el mismo Cappelletti advirtió al analizar lo que consideró como el “correcto significado del principio de la oralidad en relación con la proposición de la demanda judicial, lo siguiente:

“respecto de la formulación-proposición de la demanda judicial, y por consiguiente también respecto de la formulación de los elementos esenciales-constitutivo de la misma (*petitum* y por consiguiente conclusiones; *causa petendi* y por consiguiente alegaciones de los hechos constitutivos del derecho o del contra derecho hecho valer en juicio), no parece dudoso que, en la normalidad de los casos, la norma escrita no pueda dejar de contribuir a la precisión, a la seriedad, a la “puntualización” de la demanda misma. Esta tesis es confirmada por casi todos los ordenamientos procesales modernos, los cuales, aun habiendo adoptado el principio de la oralidad, han prescrito, sin embargo, como regla general, la forma escrita de la demanda judicial, salvo, no obstante, la posibilidad de que las partes modifiquen, integren, precisen la demanda misma al llevarse a cabo la sustanciación oral, cuando esto no tenga lugar con fines dilatorios o de molestias, o en general por grave negligencia de la parte.”⁶⁹

En materia de amparo, en todo caso, la exigencia de la sencillez del recurso de protección judicial o amparo para hacerlo realmente accesible a todos, se ha planteado con más premura, primero, cuando se trata de la

67 Véase J.F. Klein, *Reden, Vorträge, Aufstätze, Briefe 87*, Viena: Manzsche Verlagsund Universitätsbuchhandlung, 1927). Citado por Cappelletti y Garth, op cit, p. 51. Véase sobre el acceso a la justicia de los más pobres, Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Acceso a la justicia y constitucionalismo social,” en su libro: *Eduardo Ferrer Mac Gregor Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons 2013, pp.531 ss.

68 Véase, por ejemplo, Eduardo Ferrer Mac Gregor y César Landa, “Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” en *Eduardo Ferrer Mac Gregor Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons 2013, pp. 899 ss.

69 Véase Mauro Cappelletti, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Proceso oral y proceso escrito*, Ed. Olejnik, Buenos Aires, Madrid 2019 p. 105-106.

protección de la libertad e integridad personales. Sobre los mismos Jorge Ulises Carmona Tinoco, al estudiar los estándares del acceso a la justicia en materia de protección a los derechos humanos, conforme a los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia, por ejemplo, de migrantes, ha considerado que el principio general es que “el Estado debe asegurar en su ordenamiento jurídico interno que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a dicho recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio.”⁷⁰

Para destacar la exigencia de “sencillez e inmediatez” necesarios en estos casos, Carmona analiza en su trabajo, en especial, casos como el derecho de toda persona condenada a muerte garantizado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, “a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena” precisándose que “no se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.” Para ello debe establecerse un procedimiento “adecuado,” a los efectos de “garantizar que este derecho pueda ser ejercido por el condenado a muerte de manera efectiva,”⁷¹ resultando en mi criterio indispensable que la sencillez y rapidez sea lo que prevalezca. Para ello, por ejemplo, ante la formalidad escrita con todos los requisitos que en general imponen las leyes de amparo para ejercer los recursos de protección, la solución sería la admisión al contrario de la posibilidad de que la solicitud del condenado a muerte se pueda formular en forma oral, en cualquier momento.

Lo mismo se plantea, por ejemplo, en los casos de afectación de la libertad personal que se regula en el artículo 7.6 de la Convención Americana, que garantiza a “toda persona privada de libertad” el derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad del arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales.” Teniendo en esos casos el Estado “el deber

70 Véase Jorge Ulises Carmona Tinoco, “Los estándares del acceso a la justicia y el debido proceso en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia del sistema internacional de protección de los derechos humanos,” en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*,” IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo II, Consejo Permanente de Procuradores de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005, pp. 25-261.

71 *Idem*, pp. 19, 20.

de hacer esto posible”⁷² en su derecho interno debe regular la forma de ejercer el recurso de protección de manera que sean “sobre todo eficaces a efecto de que la persona arrestada o detenida ilegalmente obtenga su libertad con la mayor prontitud.”⁷³ Como la propia Corte Interamericana lo ha resuelto en el caso *Suárez Romero* en sentencia de 12 de noviembre de 1997, coincidiendo con el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“en el sentido de que el derecho establecido en el artículo 7.6 de la Convención Americana no se cumple con la sola existencia formal de los recursos que regula. Dichos recursos deben ser eficaces, pues su propósito, según el mismo artículo 7.6, es obtener una decisión pronta “sobre la legalidad [del] arresto o [la] detención” y, en caso de que éstos fuesen ilegales, la obtención, también sin demora, de una orden de libertad. Asimismo, la Corte ha declarado que:

[e]l hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación ju[e]l hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (*El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 35). (par. 64, caso Suárez

En estos casos, como ya se ha indicado, en mi criterio es indispensable que la sencillez y rapidez sean las que prevalezcan, lo que llevaría, por ejemplo, también ante la formalidad escrita del recurso de protección o amparo con todos los requisitos que en general imponen las leyes de amparo para ejercerlos, que la solución sería la admisión, al contrario, de la posibilidad de que la solicitud del arrestado o detenido que alega la ilegalidad de su situación se pueda formular en forma oral, en cualquier momento.

72 Idem, pp. 21.

73 Idem, pp. 23.

Otros casos de la misma naturaleza de los antes mencionados se pueden encontrar también en las previsiones de otros instrumentos internacionales, como en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 9 de diciembre de 1985,⁷⁴ que también contiene “disposiciones implícitas sobre el acceso a la justicia en dicha materia, en especial a favor de la víctima de tal violación de los derechos humanos”⁷⁵ a cuyo efecto dispone en su artículo 8 que “los Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.” Como lo destaca Jorge Ulises Carmona Tinoco, este párrafo presupone “la existencia de condiciones a cargo del Estado para hacer posible de manera real y efectiva la denuncia de actos de tortura,”⁷⁶ lo que también, en mi criterio, ante el principio general de la formalidad escrita del recurso de protección o amparo de los derechos fundamentales con todos los requisitos que en general imponen las leyes de amparo para ejercerlos, la solución en estos casos de denuncias de tortura, para su admisión y sustanciación con la celeridad necesaria, imponen la necesidad que la que formule el torturado se pueda plantear en forma oral, en cualquier momento.

En igual forma se puede decir, por ejemplo, de las previsiones de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de 9 de junio de 1994,⁷⁷ en la cual como lo advirtió el mismo Carmona Tinoco, “una primera manifestación de acceso a la justicia ante la desaparición forzada de personas es la posibilidad de denunciar la incidencia de dicha conducta [...], lo cual implica necesariamente el deber del Estado de investigar de manera pronta y eficaz y, en su caso, someter a los responsables a proceso penal para efectos de su sanción (art. I.b).”⁷⁸ Incluso, aún en casos de circunstancias excepcionales, como lo precisa el artículo X de la Convención, “el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las

74 Véase el texto en: Florentín Meléndez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicable a la administración de justicia*. Estudio constitucional comparado, Cámara de Diputados, Fundación Konrad Adenauer, México 2004, pp. 403 ss.

75 *Idem*, pp. 36.

76 *Idem*, pp. 36.

77 Véase el texto en: Florentín Meléndez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicable a la administración de justicia*. Estudio constitucional comparado, Cámara de Diputados, Fundación Konrad Adenauer, México 2004, pp. 409 ss.

78 *Idem*, pp. 39.

personas privadas de libertad o su estado de salud y para individualizar la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.” Todo ello también, implica en mi criterio, que ante el principio general de la formalidad escrita del recurso de protección o amparo de los derechos fundamentales con todos los requisitos que en general imponen las leyes de amparo para ejercerlos, la solución en estos casos de denuncias de desaparición forzada de personas, para su admisión y sustanciación con la celeridad necesaria, imponen la necesidad que la que se formule se pueda plantear en forma oral, en cualquier momento.

En fin, como lo ha destacado Héctor Faúndez Ledezma citando amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana, para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre el derecho a la protección judicial, “no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido,”⁷⁹ lo que en muchos casos, por la gravedad e inmediatez de las violaciones, puede exigir que la interposición de los recursos de protección sea verbal, obviándose las formalidades de interposición por escrito, lo que en muchos casos simplemente tornaría el recurso en ineficaz, lento y complicado.

En todo caso, la exigencia de presentación de la acción de amparo por escrito, siguiendo la regla general aplicable a las demandas en los juicios en general, debe analizarse confrontándola con el derecho de acceso a la justicia para determinar si tal exigencia de demanda escrita, para muchos accionantes se torna efectivamente en una barrera de acceso, por la onerosidad que puede implicar para personas por ejemplo de pocos recursos o que no dominen la lengua castellana, como pueden ser los integrantes de comunidades indígenas. El tema general, lo argumentado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su *Opinión Consultiva OC-11/90* del 10 de agosto de 1990, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), al indicar que:

79 Véase Héctor Faúndez Ledezma, “El acervo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” en Juan José Caldera (Editor), *Venezuela y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Libro Homenaje a Alirio Abreu Burelli*, Centro de Estudios de Derechos Humanos, Universidad Monteávil, Fundación Konrad Adenauer, Caracas 2011, pp. 84-85.

“Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley” (par. 22).

Indicando la Corte en la misma Opinión Consultiva, en consecuencia, que es obligación de los Estados:

“organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 175) (par. 23).⁸⁰

Habiendo además argumentado la Corte en su sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile* de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), que si bien es “consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico,” sin embargo:

“cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a *velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin*, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte

80 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf

Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (par. 124).⁸¹

En consecuencia, como lo ha planteado Humberto Nogueira Alcalá, como consecuencia del “derecho a exigir la tutela judicial efectiva de los derechos ante los órganos competentes, consistente en la posibilidad efectiva de que toda persona pueda requerir irrestrictamente y obtener la tutela de sus derechos” puede sostenerse, por ejemplo:

“que cuando el ordenamiento jurídico contempla una tasa judicial previa al inicio de un procedimiento, dicho pago puede constituir una vulneración del derecho a la jurisdicción si su monto es desproporcionado con la capacidad económica del demandante o querrelante, como cuando se cierra el acceso a la justicia por cualquier otro medio, todo ello constituye una situación de denegación de justicia, de las cuales responsable, en última instancia, es el Estado...”⁸²

El tema también es válido que se plantee en general respecto las formalidades generales del proceso, que deben ser interpretados como dice el mismo Nogueira Alcalá “en clave de derechos humanos, debiendo ser interpretados antiformalistamente y en el sentido más favorable a la efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción de las personas en la protección de sus derechos;” todo lo cual:

“impide una perspectiva excesivamente formalista del legislador, la cual no es admisible a la luz del derecho en análisis [acceso a la jurisdicción], el establecimiento de obstáculos excesivos producto de un formalismo ritualista que no es coherente ni concordante con el derecho a la justicia, las formalidades deben ser solo aquellas que aparezcan justificadas, legitimadas y proporcionadas conforme a

81 Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie>, como cuando se cierra el acceso a la justicia por cualquier otro medio, tc_154_esp.pdf

82 Véase Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho de acceso a la jurisdicción y al debido proceso en el bloque de constitucionalidad de derechos en Chile,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Hector Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho, Homenaje de Bolivia*, UNAM, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba 2010, p. 196; igualmente publicado en Humberto Nogueira Alcalá (Coordinador), *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, UNAM, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Librotecnica, Santiago 2009, pp. 229 ss.

sus finalidades. Los juicios de razonabilidad y proporcionalidad deben regir y aplicarse en esta materia.”⁸³

Todo esto ha hecho que el tema de la obligación de presentar la demanda de amparo por escrito y su incidencia en el derecho de acceso a la justicia, haya conducido a plantear la necesidad de permitir la introducción de la demanda de amparo en forma verbal, lo que puede decirse que se ha discutido desde la sanción de las primeras leyes de amparo, como fue el caso de Argentina, hasta la inclusión del amparo verbal en muchas otras leyes posteriores, en casos especiales, o para todas las acciones de amparo.

En relación con el caso argentino, el tema de la interposición oral o verbal de la acción de amparo, se planteó cuando la Ley No 16.986 de Argentina estaba en su proceso de discusión, como por ejemplo lo destacó Néstor Pedro Sagüés, cómo “el proyecto Pastor planteaba la deducción de la acción “verbalmente, por escrito o por telegrama,” exigiéndose que si “se dedujese verbalmente, el juez debía levantar un acta recabando del accionante los demás datos para tramitar el amparo;” y cómo el Proyecto Weidmann adoptada la “posición ecléctica de que r circunstancias especiales el tribunal podía admitir la iniciación del amparo en forma verbal, dejándose constancia de ello.”⁸⁴

La Ley argentina, sin embargo, finalmente optó por la exigencia de la interposición de la acción de amparo por escrito (art. 6: “La demanda deberá interponerse por escrito...”).

VII. Las previsiones legales sobre la interposición verbal de las acciones de amparo, en general, y en particular en casos especiales para la protección de la libertad personal (habeas corpus)

En otros casos, como se dijo, en varias leyes latinoamericanas se ha establecido en forma expresa la previsión de la posibilidad de intentar el recurso de amparo en forma verbal, en algunos casos en general, y en otros en situaciones excepcionales o cuando se trata del amparo a la libertad personal (habeas corpus); y ello en líneas generales, debido a que como Domingo García Belaúnde lo ha indicado, se trata de un proceso constitucional caracterizado por “su inmediatez, la premura que se busca en resolverlo

83 Idem. p. 199.

84 Véase Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, Tomo 3, Editorial Astrea, Buenos Aires 1988, p. 367.

y el carácter fulminante de lo que dicho proceso decida para conjurar la irregularidad denunciada.”⁸⁵

En **Argentina**, por ejemplo, a diferencia de la demanda de amparo que debe presentarse siempre por escrito, la Ley 23.098 de 19 de octubre de 1984⁸⁶ que regula el procedimiento de habeas corpus, al precisar que procede cuando se denuncie “un acto u omisión de autoridad pública que implique limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente; o agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere” (art. 3), prescribe que la demanda respectiva puede formularse “a cualquier hora del día por escrito u *oralmente* en acta ante el secretario del tribunal” (art. 9).⁸⁷

Por su parte, en **Bolivia** la Constitución, al regular la *Acción de libertad* prevé la posibilidad de que la demanda se puedan formular oralmente, así:

Artículo 125. Toda persona que considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, o que es indebidamente procesada o privada de libertad personal, podrá interponer Acción de Libertad y acudir, de manera *oral* o escrita, por sí o por cualquiera a su nombre y sin ninguna formalidad procesal, ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal, y solicitará que se guarde tutela a su vida, cese la persecución indebida, se restablezcan las formalidades legales o se restituya su derecho a la libertad.

Esta previsión constitucional establece, por tanto, una excepción al carácter escrito de la demanda en materia de amparo, lo cual se precisa en forma expresa en el Código Procesal Constitucional (Ley 254 DE 05/07/2012), cuando al regular las *Normas Comunes de Procedimiento de Acciones de Defensa*, en el Artículo 29 (Reglas generales), dispone que en los procedimientos ante los jueces y tribunales en acciones de defensa “la interposición de la acción deberá realizarse en forma escrita, con excepción de la acción de

85 Véase Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Sección Peruana), Universidad Cesar Vallejo, Marsol editores, Lima, p. 142.

86 Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48612/norma.htm>

87 Véase el comentario de Osvaldo Alfredo Gozaini, *Tratado de derecho procesal constitucional*, Editorial Porrúa, México 2011, Tomo I, pp. 643 y 727.

libertad que podrá presentarse de forma *oral*,” y “de ser así, el secretario del juzgado o tribunal levantará un acta que contenga la relación de los hechos que justifiquen la interposición de la acción (art. 29.1)” ; debiendo constar “por escrito [...] el memorial o documento en el que se halle transcrita la pretensión *oral*, en caso de la Acción de Libertad” (art. 24.4).

En el caso de **Colombia**, en el Decreto No. 2591 de 9 de noviembre de 1991 sobre la acción de tutela se establece el principio de la informalidad en cuanto a la solicitud de tutela, que debe formularse or escrito, revién-dose sin embargo que “en caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida *verbalmente*,” en cuyo caso “el juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno” (art. 14). El artículo 17 dispone además, que en los casos de solicitud verbal de la tutela “el juez procederá a corregirla en el acto, con la información adicional que le proporcione el solicitante.

Por otra parte, en el decreto No. 306 de 19 de febrero de 1992 el cual se reglamentó el Decreto 2591 de 1991, en materia de reparto de expedientes se dispuso igualmente que “En aquellos eventos en que la solicitud de tutela se presente *verbalmente*, el juez remitirá la declaración presentada, el acta levantada, o en defecto ambas, un informe sobre la solicitud, al funcionario de reparto con el fin de que se proceda a efectuar el mismo” (art. 8). En igual sentido se reguló también en el decreto No. 1382 del 12 de julio de 2000” (art. 2).

En el **Ecuador**, la Constitución dispone que en relación con todas las garantías constitucionales “el procedimiento será sencillo, rápido y eficaz,” y “será *oral* en todas sus fases e instancias,” pudiendo además ser “propuestas *oralmente* o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida” (art. 81)

Estos principios se repiten en la Ley Orgánica De Garantías Jurisdiccionales Y Control Constitucional de 2009 Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009) al disponer dentro de las *normas comunes a todo procedimiento*, que el procedimiento “será sencillo, rápido y eficaz,” y que “será *oral* en todas sus fases e instancias (art. 8). Se precisa además,

que “en caso de que se presente la demanda *oralmente*, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal” (art. 7). La posibilidad de petición oral se garantiza también respecto de las medidas preventivas (art. 32).

En el Ecuador, adicionalmente, al regularla Ley la *Acción Extraordinaria De Protección Contra Decisiones De La Justicia Indígena, entre los principios del procedimiento, se establece, por una parte “la oralidad,”* (art. 65) disponiéndose que “En todo momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se respetará *la oralidad* y se contará con traductores de ser necesario” (art. 66.5); y por la otra, en cuanto a la acción, que “La persona o grupo planteará su acción *verbalmente* o por escrito y manifestará las razones por las que se acude al tribunal y las violaciones a los derechos que supuestamente se han producido. Esta solicitud será reducida a escrito por el personal de la Corte dentro del término de veinte días” (art. 66.7)

En **Guatemala**, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad al precisar en el Artículo 85, la “*legitimación para pedir la exhibición personal,*” dispone expresamente que “la *exhibición personal* puede pedirse por escrito, por teléfono o *verbalmente*, por el agraviado o por cualquiera otra persona, sin necesidad de acreditar representación alguna y sin sujeción a formalidades de ninguna clase.”

Además, en Guatemala, también se regula expresamente, en general, en el artículo 26 (Solicitud verbal) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, la procedencia de la solicitud verbal de las acciones de amparo y exhibición personal en los casos específicos de “persona notoriamente pobre o ignorante, el menor y el incapacitado, que no pudieren actuar con auxilio profesional,” en cuyo caso, establece la norma que:

“podrán comparecer ante los tribunales en *solicitud verbal de amparo*, en cuyo caso se procederá a levantar acta acerca de los agravios denunciados, de la que de inmediato se remitirá copia al Procurador de los Derechos Humanos para que aconseje o, en su caso, patrocine al interesado. La negativa infundada a levantar el acta y remitir la copia a donde corresponda, otorga al reclamante la facultad de ocurrir *verbalmente* ante la Corte de Constitucionalidad, la que resolverá de inmediato lo pertinente.”

En materia de habeas corpus, el artículo 85, al referirse a la legitimación para pedir la exhibición personal. *indica además, que “pedirse por*

escrito, por teléfono o *verbalmente*, por el agraviado o por cualquiera otra persona, sin necesidad de acreditar representación alguna y sin sujeción a formalidades de ninguna clase.

En relación con estas regulaciones en Guatemala, Mario Aguirre Godoy, después de considerar que en general, la Ley de Amparo “al exigir entre otros factores el requisito de que la petición sea escrita, indicando que la ley “es bastante formalista, lo que no se compagina con el carácter cautelar y protector del proceso,” agrega que “en la exhibición personal ocurre todo lo contrario, el auxilio profesional no es obligatorio y su procedimiento es totalmente antiformalista” lo que “se comprende porque su objeto es proteger la libertad y seguridad de las personas.”⁸⁸ ”

En **Honduras**, la Constitución, específicamente respecto de la la garantía de Habeas Corpus o de Exhibición Personal, precisa que “La acción de Habeas Corpus se ejercerá sin necesidad de poder ni de formalidad alguna, *verbalmente* o por escrito, utilizando cualquier medio de comunicación, en horas o días hábiles o inhábiles y libre de costas” (art. 182).

Esta orientación fue aliada en la Ley sobre Justicia Constitucional (2004), al disponer entre las Reglas especiales de la jurisdicción constitucional en canto a la *que* “en la tramitación de las acciones de exhibición personal, amparo e inconstitucionalidad,” que debe “prevaler el fondo sobre la forma, por lo que los defectos procesales no impedirán la expedita sustanciación de los asuntos” (art. 4), disponiéndose además, que las acciones “se ejercerán sin necesidad de poder ni de formalidad alguna, *verbalmente* o por escrito, utilizando cualquier medio de comunicación, en horas o días hábiles e inhábiles y libres de costas.”⁸⁹ (art. 16)

Además, la misma Ley de Honduras dispone en general respecto de las acciones de exhibición personal lo siguiente:

88 Véase Mario Aguirre Godoy, Proceso constitucional de amparo en Guatemala,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *Derecho procesal constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la nación, A.C., Ed. Porrúa, México 2005, Tomo III, pp. 1957-1958.

89 La regulación tiene larga tradición en Honduras, habiéndose previsto en la Ley de Amparo de 1936 al regularse el recuso de exhibición personal (art. 11). Véase Edmundo Orellana, *La Justicia Constitucional en Honduras*, Cuadernos Jurídicos, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Tegucigalpa 1993, pp. 23 y 272.

“Artículo 22. De la interposición oral de la acción. Si la acción de exhibición personal no se solicitare por escrito, el órgano jurisdiccional levantará acta en la que dejará constancia del lugar y de la fecha, del nombre y apellidos del solicitante, del medio empleado para su formulación, así como de la fecha y hora de la solicitud, del nombre y apellidos de la persona detenida o agraviada, lugar en que se encuentra real o presuntamente, los hechos que motivaron la detención o prisión y, en general, los demás datos que sobre el hecho haya suministrado el interesado, y si fuere necesario en el mismo acto se hará consignar el nombramiento del juez ejecutor. Si el actor no puede o no sabe escribir, se dejará constancia de ello en el acta.”

Debe mencionarse igualmente el caso de **México**, donde también se puede identificar una tendencia general hacia la oralidad,⁹⁰ y donde la Ley de Amparo⁹¹ si bien exige que en el juicio de amparo se promocióne por escrito (art. 3) en el artículo 20 establece la posibilidad de que el de amparo también pueda promoverse *por “comparecencia o medios electrónicos* en cualquier día y hora,” cuando se trate de “actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales.”

Aparte de ello, en México se dispone en general que indicándose que “podrán ser orales las que se hagan en las audiencias, notificaciones y comparecencias autorizadas por la ley, dejándose constancia de lo esencial. Es optativo para el promovente presentar su escrito en forma impresa o electrónicamente” (art. 3), pudiendo el quejoso en las audiencias que son públicas, conforme al artículo 124, “alegar *verbalmente* cuando se trate de

90 Véase sobre “la tendencia hacia la oralidad” en México, Eduardo Ferrer Mac Gregor y Rubén Sánchez Gil, *El juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio*, Secretaría técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del sistema de justicia penal, México 2011, pp. 22 ss. y 112 ss.

91 Última reforma 2021; Disponible en:
https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/conoce_la_corte/marco_normativo/documento/pdf/2021-06/Ley-de-Amparo-Reglamentaria-Reglamentaria-Arts-103-y-107-Constitucionales-20210607.pdf

actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, asentándose en autos extracto de sus alegaciones, si lo solicitare.”

En el caso de **Nicaragua**, la Ley n° 49 de 16 de noviembre de 1988, de Amparo ((publicada en la *Gaceta* n° 241 de 20 de diciembre de 1988) y modificada por la ley n° 205 de 29 de noviembre de 1995, de reforma a los artículos 6 y 51 de la Ley de Amparo, si bien exige que “el Recurso de Amparo se interpondrá por escrito en papel común,” (art. 27); en cuanto al Recurso de Exhibición Personal dispone que “podrá interponerlo a favor del agraviado cualquier habitante de la República, por escrito, carta, telegrama o *verbalmente*” (art. 52), y en general, que “La petición podrá hacerse en Papel común por telegrama, carta y aun verbalmente levantándose en este último caso el acta correspondiente. (art. 55; 74)

En **Panamá**, en el Código Judicial (1987), y específicamente respecto del habeas corpus, se establece en el Artículo 2578, que “el procedimiento a que dé lugar la demanda de Hábeas Corpus será *oral*, con excepción del informe y del fallo definitivo que deberán formularse por escrito;” agregando el artículo 2582 que “la demanda de Hábeas Corpus puede interponerla la persona agraviada o cualquier otra en su beneficio, sin necesidad de poder,,” pudiendo “ser formulada *verbalmente* por telégrafo o por escrito....” Ello significa, como lo observó Rigoberto González Montenegro,

“que no está sometido a mayores formalidades, y por tanto, el artículo 2584 del Código Judicial señala que la demanda de habeas corpus no podrá ser rechazada por razones meramente formales, siempre que sea entendible el motivo o propósito de la misma, particularidad ésta del proceso de habeas corpus que se explica por la importancia del derecho cuya restricción se debate.⁹²

92 Véase Rigoberto González Montenegro, *Curso de Derecho Procesal Constitucional*, tercera edición revisada, Cultural Portobello, Panamá 2009, p. 188. En igual sentido véase Boris Barrios González, *Derecho Procesal Constitucional*, Segunda Edición actualizada, Editorial Portobello, Panamá 2002, p. 180; Jaime Javier Jovane Burgos, *Instituciones procesales para la protección de los derechos constitucionales*, Editorial Portobello, Panamá 2014, pp. 199, 211.

En el caso del **Perú**, específicamente respecto de la acción de habeas corpus que conforme al artículo 200 de la Constitución es una de las garantías constitucionales “que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos,” en el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, 2004) en su artículo 25 se enumera una larga lista de tales derechos, precisándose en su artículo 27 que “la demanda puede presentarse por escrito o *verbalmente*, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo,” agregando que “cuando se trata de una *demanda verbal*, se levanta acta ante el Juez o Secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.”⁹³ Todos estos elementos, incluyendo que la acción puede ser intentada por cualquier persona distinta del agraviado, los consideró Víctor J. Ortecho Villena, que son explicables:

“en razón de que el detenido está impedido materialmente de hacerlo, y quienes lo hagan en su nombre también tendrían dificultades, si es que a esta acción no se le rodeara de las exigencias que se les impone a todas las acciones judiciales comunes.”⁹⁴

Las previsiones del Código han sido considerados como previsiones que responden “al principio de antiformalismo en la presentación de la demanda” en materia de habeas corpus,⁹⁵ los cuales han sido resumidos por Jorge M. Meléndez Sáenz, indicando que en el Código:

“Se establece un procedimiento exento de formalidades y costos, por lo tanto, no se requiere poder, firma de letrado, papel sellado, y ningún tipo de pago, brindándose al accionante toda clase de facilidades

93 La posibilidad de presentarse la acción de habeas corpus en forma verbal ya estaba establecida en la Ley 23.506 de habeas corpus y amparo, en cuyo artículo 14, en la misma forma que se recogió en el Código de 2004.

94 Véase Víctor J. Ortecho Villena, *Jurisdicción y procesos constitucionales. Habeas Corpus y Amparo, Habeas data, Acción Popular, Acción de Cumplimiento. Inconstitucionalidad*, Editorial Rodas 2002, pp. 125, 321

95 Véase por ejemplo, Susana Ynes Castañeda Otsu, *El proceso de hábeas corpus. Un estudio comparativo entre España y Perú*, Jurista Editores, Lima 2016, p. 464; y en su estudio, “El proceso de habeas corpus en el Código Procesal Constitucional,” en Susana Castañeda O et al, *Introducción los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Jurista editores, 2005, p. 113.

eliminando os formalismos que suelen exigir las leyes para otro tipo de procesos.

La acción puede ser ejercida por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo (fax, correo electrónico). Cuando se trata de demanda verbal, se levanta acta ante el Juez o secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.”⁹⁶

En la **República Dominicana**, en materia de acción de amparo, el artículo 72 de la Constitución dispone que “De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, *oral*, público, gratuito y no sujeto a formalidades.” Sin embargo, **cuando al procedimiento en acción de amparo**, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (Nº 137-11. (2011), G.O. Nº 10622 del 15 de junio de 2011, modificada por la Ley Nº 145-11 del 4 de julio de 2011), dispuso expresamente que “La acción de amparo se intentará mediante escrito dirigido por el (art. 76).

En el caso de **Venezuela**, el artículo 27 de la Constitución de 1999 dispuso en forma general que “el procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad;” pero antes, la ley Orgánica de Amparo a los derechos y garantías constitucionales de 1988 (*Gaceta Oficial* Nº 34.060 de 27-9-88), ya había dispuesto que:

Artículo 16. Carácter gratuito del procedimiento y forma de interposición de la acción. La acción de amparo es gratuita por excelencia, para su tramitación no se empleará papel sellado ni estampillas y, en caso de urgencia, podrá interponerse por vía telegráfica. De ser así, deberá ser ratificada personalmente o mediante apoderado dentro de los tres (3)

96 Véase Jorge M. Meléndes Sáenz, “Análisis del modelo de hábeas corpus desarrollado en el Código Procesal Constitucional,” en José Palomino Manchego (Coordinador), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Editorial jurídica Grijlet, Lima 2005, Tomo I, p. 494. Véase en sentido similar, Christian Donayre Montesinos, “En torno al hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional peruano: Antecedentes, derechos protegidos, procedimiento y tipos de hábeas corpus,” en José Palomino Manchego (Coordinador), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*, cit. Tomo I, p. 525; y el libro Samuel B. Abad Yupanqui et al, *Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, Tribunal Constitucional del Perú, Lima 2008, pp. 64-65.

días siguientes. También procede su ejercicio *en forma verbal* y, en tal caso, el Juez deberá recogerla en un acta.”

El principio de la oralidad de la interposición del amparo se recogió también en el artículo 18 de la Ley, ratificándose específicamente en materia de Amparo de la libertad y seguridad personales, al disponer el artículo 41, que “la solicitud podrá ser hecha por el agraviado o por cualquier persona que gestione en favor de aquel, por escrito, *verbalmente* o por vía telegráfica, sin necesidad de asistencia de abogado.”

En cuanto a la oralidad del procedimiento en materia de amparo, rebe mencionarse que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en una de sus primeras sentencias de 2000, mediante un ejercicio de “interpretación” en ejercicio de lo que se ha denominado “jurisdicción normativa” estableció las reglas del procedimiento de amparo, modificando totalmente las previsiones de la Ley Orgánica de Amparo⁹⁷.

New York, mayo 2022

97 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo en Venezuela mediante sentencias interpretativas,” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho, (Homenaje Venezolano,)* Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Editorial Jurídica Venezolana (EJV), Caracas 2012, pp. 261-279.

INVIOLABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN EN MÉXICO*

*Diego Valadés***

Sumario: 1. Consideraciones preliminares; 2. Textos y debates constitucionales; 3. Formación histórica del principio de inviolabilidad; 4. La práctica revolucionaria de la Constitución; 5. Derecho de resistencia; 6. Análisis del artículo 136; 7. Consideraciones finales.

1. Consideraciones preliminares

En 1857 la Constitución incorporó una original disposición, en su artículo 128, que luego fue trasladada, con una ligera modificación gramatical, al artículo 136 de la Constitución de 1917. Para facilitar el examen de esta norma, que por sí sola constituye el título noveno de la norma suprema, bajo el epígrafe “De la inviolabilidad de la Constitución”, se presenta un cuadro comparativo de ambos textos:

* A José F. Palomino Manchego, infatigable explorador del Derecho, maestro generoso, jurista ejemplar y amigo muy querido, en reconocimiento a sus múltiples y valiosas contribuciones al estudio y al desarrollo de las instituciones constitucionales en nuestra América.

** Doctor en Derecho. Investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y del Sistema Nacional de Investigadores.

Constitución de 1857	Constitución de 1917
<p>Artículo 128. Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por un trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.</p>	<p>Artículo 136. Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.</p>

El sistema de garantías adoptado por la Constitución para tutelar los derechos que ella misma establece parte del supuesto de que pueden darse circunstancias en las que alguno o algunos de sus preceptos sean afectados por la acción de una autoridad. Esta es la perspectiva dominante, inspirada en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, cuyas críticas al absolutismo condujeron a considerar que sólo los órganos el poder político pueden afectar la esfera de derechos de los particulares.

Pero la Constitución mexicana también contempla otro caso posible de violación: la afectación del propio ordenamiento con motivo de una rebelión. En este sentido debe entenderse por *rebelión* lo preceptuado por el artículo 132 del Código Penal: el empleo de la violencia armada con objeto de abolir o reformar la Constitución; reformar, destruir o impedir la integración de las instituciones constitucionales, o separar o impedir el desempeño del cargo a algún alto funcionario federal. La disposición constitucional tiene, además, un efecto *ultra vires* porque no se contrae a la sanción imponible con motivo del delito; el artículo 136 implica asimismo la posibilidad de que ese movimiento rebelde tenga éxito y que en un momento posterior la Constitución recobre su observancia.

En este punto el constituyente advirtió la diferencia entre vigencia y positividad de la norma suprema. Al perderse las posibilidades reales de aplicar la norma, debido a una rebelión, no se sigue que la Constitución deje de estar en vigor, y por esta misma razón el delito cometido puede ser sancionado al restablecerse su observancia.

El artículo 136, por lo mismo, obedece a dos motivaciones: una jurídica y otra política. En cuanto a la primera, denota los problemas de la eficacia de la norma; en cuanto al sentido político, no quiso legitimar, para lo sucesivo, el mismo proceso revolucionario que condujo a la integración del Constituyente de 1917. Ambos aspectos son de gran importancia pues reafirmar la naturaleza jurídica de la Constitución es una de las cuestiones más relevantes de un sistema normativo; además, dar estabilidad al texto constitucional representa uno de los más añejos objetivos de las sociedades democráticas.

La cuestión del origen revolucionario de las constituciones democráticas se resuelve, a partir de la Ilustración, utilizando dos constructos: soberanía popular y contrato social. La primera atribuye el poder máximo de decisión a la sociedad; el segundo establece los principios conforme a los cuales la sociedad actúa de manera organizada, solidaria y responsable. Estas bases permiten entender dos procesos diferentes: el constituyente y el reformador de la Constitución. En ambos están presentes, con distintos matices, las ideas del poder soberano y del contractualismo; de ellas se desprenden las formulaciones relacionadas con los hipotéticos límites de la reforma constitucional.

Aunque es difícil establecer en qué momento surgió la primera constitución democrática de origen revolucionario, todo indica que podemos aceptar la validez del análisis aristotélico y concluir que el primer caso documentado corresponde a la Constitución de Solón, en 594 a. C.

Refiere Aristóteles¹ que conforme a la primera Constitución ateniense (la "constitución antigua"), el poder supremo recaía en una persona y las demás magistraturas eran conferidas de acuerdo con la categoría social y la riqueza. Durante largo periodo fueron asignadas de manera vitalicia; pero evolucionaron hasta ser ejercidas por periodos decenales². El filósofo no pudo precisar el tiempo histórico, aunque debió ser remoto incluso para él, pues el arconato decenal al que aludía se estableció en 752 a. C. Él mismo trabajó en los archivos atenienses, pero no había documentación de la primera etapa institucional y sus características se conocían sólo por tradición oral.

1 *Constituciones de Atenas*, 5.1.

2 *Idem*, 3.2.

Pese a que la dureza de esa forma arcaica del ejercicio del poder fue atenuada por Dracón (alrededor de 625 a. C), no fue posible evitar la reacción popular adversa. La sublevación, explica Aristóteles, se originó por la estructura esclavista que provenía de la “constitución antigua” que la reforma draconiana no había modificado. Para superar la etapa de violencia las partes enfrentadas acordaron investir como árbitro y arconte a Solón. Las principales características de la Constitución de Solón fueron: la supresión de la esclavitud por deudas, el acceso a las magistraturas según la riqueza generada y los tributos pagados (democracia censitaria), la supresión de las deudas públicas y privadas previas, la selección de los magistrados mediante una combinación de elección (por las tribus) y sorteo (entre los elegidos), y la garantía de los derechos mediante la posibilidad de apelar ante el tribunal popular, “pues al ser el pueblo dueño del voto, se hacía dueño del gobierno”³.

La vigencia de la Constitución que Solón dictó fue objeto de una ley adoptada varios años más tarde, transcrita por Aristóteles: “Esto es ley y tradición de los atenienses: si algunos se levantan para hacerse tiranos o ayudan a alguien a establecer la tiranía, sean privados de derecho él y su estirpe”. Esta norma fue uno de los fundamentos para restablecer la Constitución de Solón tras de muchas vicisitudes, varias décadas después⁴.

Ese es el primer registro de que disponemos en cuanto a la intención de proteger la vigencia de una norma suprema, generada en un periodo de tensión, para evitar su desplazamiento en circunstancias análogas a las que le dieron origen.

Ahora bien, cuando la Constitución mexicana de 1857 fue adoptada ese precedente ático no era conocido porque el texto aristotélico apenas fue identificado y publicado por el Museo Británico en 1891. Todo indica, por ende, que el principio que inspira esta norma se fue gestando a partir de la experiencia, mexicana y extranjera, y que adquirió diferentes formas de expresión. La redacción actual, en todo caso, es original del Constituyente de 1856-7.

3 *Idem*, 6.1; 7.2; 8.1; 9.1.

4 *Idem*, 16.10 y 34.3.

2. Textos y debates constitucionales

El texto del artículo 128 aprobado en 1857 parecía contravenir el principio de soberanía popular adoptado en el artículo 39. La sección primera del título segundo de esa Constitución llevaba como epígrafe “De la soberanía nacional y de la forma de gobierno”. Esta sección comprendía tres artículos: el 39, conforme al cual “El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”; el 40, que establecía la forma de gobierno republicana, representativa, democrática y federal, y el 41, en el que se precisaba que el pueblo “ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión... y por los de los estados...”.

Estos tres preceptos figuran asimismo en la Constitución de 1917⁵ y son importantes para comprender la intención del constituyente de 1857. En el debate del artículo 1° del proyecto, Ponciano Arriaga, miembro de la comisión redactora, manifestó que los derechos fundamentales que se proponían representaban una limitación que el pueblo se imponía a sí mismo. “El pueblo restringe su propia soberanía, reconoce los derechos del hombre y declara que nunca puede atacarlos”. En ese contexto también explicaba:

La comisión no defiende el derecho de insurrección. Todos sus trabajos se dirigen a establecer la legalidad, a que todos los funcionarios tengan facultades limitadas, a que reinen el orden y la paz. Evitar insurrecciones parciales que pueden ser reprimidas, o insurrecciones generales, que consumen cambios políticos, no es obra de las constituciones, que no pueden impedir que haya caprichos, no sólo en el pueblo, sino en las asambleas, en los gobiernos, en ciertas clases de la sociedad.⁶

Cuando se discutió el artículo 128 ese argumento ya no tuvo que ser invocado de nueva cuenta. El precepto relacionado con la inviolabilidad de la Constitución admite, como posibilidad fáctica, que una rebelión interrumpa su observancia. Como bien apuntó Arriaga, no estaba al alcance de la Constitución evitar un pronunciamiento adverso a la institucionalidad, pero si era posible que la norma estableciera las consecuencias jurídicas de esa insurrección.

5 El texto añadido al artículo 41, en materia electoral, no alteró el primer párrafo, que se mantiene igual al de 1857.

6 Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente*, México, I. Cumplido, 1857. Sesión del 11 de julio de 1856.

En cuanto a la soberanía, la Constitución determinaba que se ejercería a través de los poderes constituidos. En el caso de que alguno de esos poderes, o una parte de ellos, como las fuerzas armadas, desconociera la Constitución, no podría imputarse su decisión a la voluntad soberana sino a la responsabilidad exclusiva de los agentes que hubieran participado en los hechos contrarios a la norma. Debe tenerse presente que los servidores públicos estaban, como lo siguen estando hoy, vinculados por el juramento de observar la Constitución.

La posibilidad de alterar o modificar la forma de gobierno (aspecto que se analiza en el capítulo correspondiente a la reforma constitucional), no incluye la de legalizar las sublevaciones populares ni la de autorizar que los poderes constituidos reformen la Constitución al margen de los procedimientos fijados por ella misma.

Por otra parte, véase que el artículo 39 faculta al pueblo, en ejercicio de su soberanía, a alterar o a modificar la forma de gobierno, pero no a afectar los derechos fundamentales. En este punto, como señaló Arriaga en nombre de la comisión, el pueblo limitaba su propia soberanía. En otra etapa del debate la comisión también había afirmado que “un pueblo sólo una vez se constituye”⁷.

¿Cómo se llegó a la elaboración del artículo 128? El 1° de marzo de 1854 fue emitido el Plan de Ayutla desconociendo el gobierno del general Antonio López de Santa Anna, proclamando que:

La nación no puede continuar por más tiempo sin constituirse de un modo estable y duradero, ni dependiendo de la existencia política de la voluntad caprichosa de un solo hombre.

De acuerdo con esa declaración el Plan incluyó el compromiso de sus firmantes en el sentido de convocar un congreso extraordinario para “constituir a la nación bajo la forma de república representativa popular”. Además, se acordó que ese congreso también examinaría los actos de la dictadura santannista. Cuando se integró el Constituyente la comisión encargada de este asunto advirtió que era necesario poner fin a la tradicional propensión a los levantamientos, a los planes desconociendo la Constitución y al establecimiento de dictaduras. Por primera vez en nuestra historia se adoptaba la decisión de revisar el pasado político inmediato. Al

7 *Idem*, sesión del 8 de julio de 1856.

simultanear el enjuiciamiento de la dictadura y la elaboración de una nueva carta fundamental resultaba comprensible que apareciera una disposición que protegiera al país y al sistema constitucional de la reincidencia golpista que se personalizaba en Antonio López de Santa Anna, máxime que en el pronunciamiento de Zoquisquipan⁸ se proclamaba a Santa Anna como “Emperador de la Nación mexicana”.

El 16 de diciembre de 1853 Santa Anna promulgó un decreto que constaba de tres artículos. En el primero se investía a sí mismo como presidente, sin hacer referencia a su carácter imperial; empero, en el segundo establecía su derecho a designar sucesor póstumo y en el tercero se confería el tratamiento de alteza serenísima.⁹ Cuando la comisión del congreso constituyente encargada de dictaminar acerca de esa ley, presentó su informe, señaló que “nunca hubo derecho para alterar las leyes fundamentales de la nación”. En consecuencia, los comisionados propusieron “invalidar con leyes regulares, las leyes espurias [...] para demostrar que la sagrada causa de la república no sólo cuenta con la fuerza incontrastable del pueblo mexicano, sino con el apoyo eterno de la justicia y de la razón”¹⁰.

Todo indica que el artículo 128 (actual 136), tuvo como causa inmediata la dictadura santannista y la consiguiente decisión de los constituyentes de evitar otro fenómeno análogo para lo sucesivo. La prevención resultaba comprensible si se tiene en cuenta que Santa Anna había ocupado y abandonado la presidencia de la república en numerosas ocasiones; unas veces de manera voluntaria y otro forzado por las circunstancias. Al mediar el siglo XIX él representaba al tipo de personaje menos adecuado para la preservación de la regularidad institucional a la que aspiraban los constituyentes.

8 Diciembre 14 de 1853. Ver Ulloa, Berta y Hernández Santiago, Joel, *Planes de la nación mexicana*, Senado de la República – El Colegio de México, 1987, libro cuatro, p. 431.

9 Una experiencia histórica análoga fue el golpe de Estado de Napoleón Bonaparte, el 18 de Brumario (9 de noviembre de 1799), mediante el cual fue ungido cónsul, como paso previo a su entronización en 1804; otro caso fue el protagonizado por Luis Napoleón Bonaparte, elegido presidente de Francia en 1848, quien prorrogó su poder en 1851 y fue proclamado emperador en 1852.

10 Zarco, cit., sesión del 26 de junio de 1856.

Rabasa describe el ambiente en el que se desarrolló el Constituyente:

En esa situación, los hombres que tenían injerencia en la vida pública, y que fueron testigos de los acontecimientos que la formaron, había llegado a ser suspicaces y asustadizos en todo lo que se refería al poder. La historia de los gobiernos de Santa Anna, con su último capítulo de dictadura cruel y sin freno, había dejado en todos los espíritus la obsesión de la tiranía y del abuso.¹¹

El proyecto de Constitución presentaba un texto apenas distinto del que fue aprobado. La primera línea decía: “Esta Constitución **jamás** perderá su fuerza y vigor...” Al ser discutida esta parte se advirtió la rotundidad del adverbio “jamás”, y se le sustituyó por el más terso “no”. Lo que se pasó por alto fue la siguiente parte: “...**aun** cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia.” Sin el adverbio “aun”, podría entenderse que el precepto se refiere a que la vigencia de la norma no se perdería en el caso de que, por motivos de fuerza, se viera afectada su positividad. Sin embargo, se dijo mucho más que eso: la inclusión del adverbio, puesto sin duda a manera de énfasis, dio lugar a alguna lectura sesgada en el sentido de que la Constitución era eterna.¹² Por supuesto, no era esta la intención y sólo se trató de un defecto de redacción que tampoco fue advertido en el Constituyente de 1916-17. También se ha observado que el precepto es aplicable en los casos de rebelión interna o de invasión extranjera.¹³

3. Formación del principio de inviolabilidad

Parece haber una constante que acompaña a los procesos revolucionarios. El temor de que su propio ejemplo se multiplique lleva a sus protagonistas a perfilarlos como movimientos terminales. Así se explica el enunciado de la constitución ateniense, antes mencionado, y así se pueden entender otros casos ilustrativos. La idea de la inmutabilidad de las decisiones tomadas con motivo de una revolución ha sido recurrente en diversas épocas y en los más variados regímenes. En la edad moderna es probable que el más remoto antecedente lo represente la Constitución de Ginebra de 1738.

11 Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Revista de Revistas, 1912, p. 82.

12 Este problema fue advertido por Ramón Rodríguez, *Derecho constitucional*, México, Imprenta del Hospicio de San Nicolás, 1875, pp. 707 y ss.

13 Ruiz, Eduardo, *Derecho constitucional*, México, Aguilar e Hijos, 1902, p. 402.

Este documento es notable por varias razones: reconoció la independencia del Estado y la soberanía de la república organizada conforme a un sistema democrático, enunció derechos fundamentales, reguló el estado de excepción, fijó las responsabilidades del fiscal como representante social, proscribió la tortura, proclamó una amnistía, pero, sobre todo, fue el resultado de un consenso. De ahí su denominación: Reglamento de la Mediación. Los mediadores, representantes del rey Luis XV, de Francia y los magistrados ginebrinos, acordaron que “La ley fundamental del Estado” no sería objeto de cambios en perjuicio de los gobernados (artículo 1º), y proscribía el uso de la fuerza en contra de esa norma (artículo 43); sólo se admitía la posibilidad de realizar cambios mediante el procedimiento de reforma que ese mismo instrumento establecía (artículo 44).

Hay otra cuestión a considerar. La tradición europea, de raigambre griega, estableció el juramento como garantía de veracidad o de compromiso.¹⁴ Jurar quiere decir, literalmente, hacerse de derecho.¹⁵ A lo largo de la Edad Media el juramento se convirtió en la garantía de adhesión a los titulares del poder. Violar la promesa implicaba hacerse reo del delito más grave: traición. En Francia el juramento de lealtad se hizo habitual a partir de Carlomagno (771-814);¹⁶ en Inglaterra se institucionalizó a partir del reinado del Eduardo el Viejo, en 899;¹⁷ en España ya era común en el siglo X¹⁸. El juramento de adhesión prestado por los nobles complementó la práctica de la unción, adoptada por la iglesia católica para conferir a los príncipes el carácter de elegidos divinos, que con toda probabilidad

14 Una deidad, Horkos, personalizaba los juramentos, y era honrada el quinto día de cada mes. Cfr. Burkhart, Jacob, *The Greeks and Greek civilization*, N. York, St. Martin's Griffin, 1998, p. 68. Las referencias a los juramentos son frecuentes, en la *Ilíada* y en la *Odisea*; en los tiempos homéricos desempeñaban la función de un compromiso y de una verdad. El énfasis llevaba, incluso, a hablar de “gran juramento”. Cfr. Homero, *Ilíada*, I, 233. Los versos que ofrecen la clave de la guerra troyana dicen así, en traducción de Rubén Bonifaz: “... los juramentos violaron los troyanos, y para ellos, de hoy en más, muerte y cuitas serán, pues contra los juramentos injuriaron primero” (IV, 269-272).

15 Procede del verbo latino *iuro*, *iurare* (que se asocia con *ius*) y el aumentativo *mentum*.

16 Cfr. Bloch, Marcel, *Feudal Society*, London, Rutledge & Kegan Paul, 1962, t. I, pp. 157 y ss.

17 Jolliffe, J. E. A., *The constitutional history of Medieval England*, London, Adam & Charles Black, 1954, p. 106.

18 Cfr. García Gallo, Alfonso, *Textos jurídicos antiguos*, Madrid, s. p. i., 1953, p. 297.

se generalizó a partir del siglo VII.¹⁹ La unción aseguraba la obediencia de los súbditos.

El primer sistema constitucional republicano que incorporó el juramento fue el estadounidense. El sistema francés de la primera Constitución republicana, de 1793, encomendaba la defensa de la Constitución a la virtud de los franceses (artículo 123), pero la de 1795 hizo más explícito el compromiso, extendiéndolo a la “fidelidad del cuerpo legislativo, del directorio ejecutivo, de los administradores y de los jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a los esposos y a las madres, a la devoción de los jóvenes ciudadanos, y al valor de todos los franceses” (artículo 377). El temor por la restauración, presente en la vida diaria, propiciaba una invocación más precisa que la sola referencia al pueblo. En las constituciones republicanas desapareció el juramento, presente en la de 1791; sólo reapareció al establecerse el imperio napoleónico, en 1804.²⁰

Los constituyentes de Cádiz, ante el explicable temor de ver restaurado el poder autoritario, concluyeron la Constitución con el título X, “De la observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones en ella”, y establecieron (artículo 372) que en las primeras sesiones de cada periodo ordinario tomarían en consideración “las infracciones a la Constitución [...] para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella”. El alcance de este precepto había sido abordado en la formidable exposición de motivos presentada por el diputado Agustín Argüelles, el 24 de diciembre de 1811:

Las Cortes, como encargadas de la inspección y vigilancia de la Constitución, deberán examinar en sus primeras sesiones si se halla o no en observancia en todas sus partes...

19 Cfr. Bloch, Marc, *The royal touch*, N. York, Dorset Press, 1961, pp. En el mundo antiguo la superioridad consistía en la imposición de la corona como símbolo de superioridad que luego fue trasladado al cristianismo para denotar santidad. Según Bloch esta práctica, adoptada por los monarcas romanos bizantinos, procede de la Persia antigua. p. 268.

20 En el sistema constitucional mexicano se utilizaron las voces “jurar” y “juramento” hasta las reformas introducidas en 1873 a la Constitución de 1857. A partir de entonces se emplea la expresión “protesta”, por considerarla más afín con un Estado laico. Se trata de una confusión pues, como se dijo más arriba, la expresión “juramento” está vinculada con la idea de derecho (*ius*), y es muy anterior a los credos religiosos actuales.

La Comisión se ha visto en un conflicto para arreglar el último título de su obra. Por una parte la necesidad de calmar las inquietudes que haya suscitado el escandaloso abuso en variar su Constitución tantos estados de Europa desde la revolución francesa; por otra parte la necesidad de dejar abierta la puerta a las enmiendas y a la mejora ... sin introducir en ella el principio destructor de la inestabilidad...

Otras normas supremas han optado por declaraciones de considerable contundencia para significar su inviolabilidad. Por ejemplo, la Constitución de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 1924, asentaba en su proemio “el carácter indestructible” de las decisiones de los soviets obreros. En el caso italiano, la experiencia fascista hizo que el constituyente de 1947 introdujera el siguiente párrafo final (artículo 139, XVIII): “La Constitución deberá ser observada fielmente como ley fundamental de la República por todos los ciudadanos y los órganos del Estado”.²¹ Esta norma ha sido un factor de importancia para desarrollar la jurisprudencia relacionada con la protección horizontal de los derechos fundamentales. Entre las constituciones recientes, la de África del Sur incorporó una fórmula inobjetable para asegurar la supremacía constitucional. El artículo 2 establece que la Constitución “es la suprema ley de la república; las leyes y las conductas contrarias a ella serán inválidas, y las obligaciones que impone deberán ser cumplidas”.

El texto mexicano ha tenido repercusión en algunas constituciones latinoamericanas. Por ejemplo, la hondureña de 1982 dispone en su artículo 375:

Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de cumplirse por acto de fuerza o cuando fuere supuestamente derogada o modificada por cualquier otro medio y procedimiento distintos del que ella mismo dispone. En estos casos, todo ciudadano investido o no de autoridad, tiene el deber de colaborar en el mantenimiento o restablecimiento de su afectiva vigencia. Serán juzgados, según esta misma constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los responsables de los hechos señalados en la primera parte del párrafo anterior, lo mismo que los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer inmediatamente el imperio de esta Constitución y a las autoridades constituidas

21 Este texto no aparecía en el proyecto de Piero Calamandrei.

conforme a ella. El Congreso puede decretar con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la suplantación de la soberanía popular o de la usurpación de los poderes públicos, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.

La Constitución venezolana de 1999 dice, en su artículo 333:

Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o toda ciudadana investida o no de autoridad tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Un caso inverso, de previsión de caducidad, lo ofrece el artículo 146 de la norma suprema alemana, conforme al cual la Ley Fundamental de 1949 “dejará de regir el día en que comience a regir una Constitución que haya sido aprobada libremente por el pueblo alemán”. Con este precepto se subraya la decisión de haber adoptado una “Ley Fundamental”, y no una “Constitución”. Aunque ambas expresiones se entienden como sinónimos, cuando se discutió en Bonn, se consideró que la ausencia de representantes libremente elegidos del sector oriental del país no permitía elaborar una constitución definitiva, sino sólo un texto provisional. La experiencia ha demostrado que esa Ley Fundamental se consolidó y que rige en el territorio de Alemania reunificada, pero esa prevención explica la naturaleza del artículo 146.²²

Es importante distinguir entre las cláusulas de perennidad y las de inviolabilidad. Las primeras establecen las normas o los principios que no pueden reformados,²³ en tanto que las segundas sólo reiteran lo que debe entenderse como parte de cualquier orden jurídico vigente: su positividad.

22 Cfr. Hesse, Konrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1995, pp. 76 y ss.

23 Es el caso de los artículos 79.3 de la Constitución alemana; 110, de Grecia; 281, de Guatemala; 139, de Italia; 288, de Portugal, por ejemplo.

4. La práctica revolucionaria de la Constitución.

El periodo que precedió al Congreso Constituyente de 1856-57 fue de gran incertidumbre. La prolongada y accidentada presencia de Santa Anna en el poder había dejado un ambiente de temores,²⁴ y la experiencia posterior a 1857 confirmó que había razones para recelar. Después de su partida al exilio, en 1855, Santa Anna intentó regresar al país en 1864; aunque no consiguió su objetivo, en 1866 fue visitado en su exilio de San Thomas por el secretario de Estado norteamericano, William Seward, para contemplar la posibilidad de un retorno con el apoyo de Estados Unidos; luego, en 1867, trató de desembarcar en México una vez más, pero en esta ocasión con resultados adversos para sus pretensiones. Como se ha dicho, Santa Anna representaba una amenaza latente que los constituyentes conocían bien.

Las décadas que precedieron al Constituyente fueron de una enorme complejidad por los altibajos de la política interna y los graves acontecimientos en cuanto a la política externa. En el periodo regido por Santa Anna el país estuvo en guerra con Francia y con Estados Unidos, hizo frente a la secesión, definitiva en el caso de Tejas y temporal en el de Yucatán, y en conjunto vio reducida casi a la mitad la extensión de su territorio. La vida institucional tampoco tuvo reposo.

Esa inestabilidad afectaba a quienes ejercían el poder e incluso a los instrumentos normativos que lo regulaban. La decisión del Constituyente consistía, por lo mismo, en superar la etapa de los caudillos duraderos y de las instituciones efímeras. Paradójicamente, la Constitución promulgada el 5 de febrero y que entró en vigor el 16 de septiembre siguiente, pudo ser la más breve de nuestra historia. Aquello que se quiso evitar con el artículo 128 (136), fue lo primero que ocurrió. Apenas unos meses más tarde, el 17 de diciembre, fue proclamado el Plan de Tacubaya cuyo artículo 1º rezaba: "Desde esta fecha cesa de regir en la República la Constitución de 1857".

El presidente golpista, Ignacio Comonfort, impulsor de ese plan, fue derrocado, salió al exilio y fue sustituido por Benito Juárez, presidente de la Suprema Corte de Justicia. Cuando regresó al país, en 1861, Comonfort contó con el apoyo del gobernador del estado de Nuevo León, quien se opuso a que fuera juzgado. Para sortear el enojoso asunto, que contravenía

24 Entre 1833 y 1853 hubo por lo menos quince planes insurreccionales y pronunciamientos militares a favor de ese militar. El último, en Santa María de Zoquiyoquiapan, el 14 de diciembre de 1853, lo proclamaba emperador de la Nación.

lo dispuesto por el artículo 128 (136), conforme al cual se debía juzgar “así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta”, el 2 de diciembre de 1861 fue decretada una amnistía general para los participantes del Plan.²⁵ Con posterioridad Juárez nombró a Comonfort comandante del ejército que combatiría a los intervencionistas franceses.

Se discute también si el presidente Benito Juárez dio un golpe de Estado al decretar la prórroga de su mandato en 1865, en lugar de cederlo, como disponía el artículo 82, al Presidente de la Corte. Sin embargo la Corte tampoco estaba integrada conforme a lo preceptuado por el artículo 92 pues tampoco se habían celebrado comicios para elegir a los magistrados.²⁶ Las condiciones de irregularidad constitucional eran insuperables. El Congreso, por ejemplo, desintegrado entre el 17 de diciembre de 1857 y el 9 de mayo de 1861, sólo ejerció sus facultades (artículo 72 - VII) en materia tributaria y presupuestaria a partir de 1868, once años después de haber sido promulgada la Constitución.²⁷

El orden constitucional no fue roto en diciembre de 1857 por Juárez; a él le correspondió actuar conforme a lo preceptuado por el artículo 128 que disponía que “... tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia...” Este restablecimiento pleno no ocurrió sino hasta 1867, cuando quedaron superados los efectos inconstitucionales de la guerra civil y de la intervención extranjera, y el gobierno regresó a la capital del país. Mediante diversas medidas legislativas fueron conmutadas penas confiscatorias por otras de multa; fueron rehabilitados numerosos funcionarios, abogados y notarios que prestaron servicios al imperio, e incluso se conmutó la pena de prisión a quienes habían hecho armas bajo el mando imperial.²⁸ Se trató de una gran acción de amnistía para auspiciar un capítulo necesario de concordia.

25 Véase Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia, la República y el Imperio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1988, p. 25.

26 En los términos de la Constitución los integrantes de la Corte eran elegidos de acuerdo con el mismo procedimiento que los presidentes de la república.

27 Véase los informes de Benito Juárez en *México a través de los informes presidenciales*, México, Secretaría de la Presidencia, 1976, pp. 123, 134.

28 Cabrera Acevedo, *op. cit.*, p. 139.

Analizando las circunstancias imperantes desde el golpe de Estado de 1857 hasta el restablecimiento de la normalidad institucional diez años más tarde, no pudo existir un golpe de Estado por parte de Juárez en tanto que no había normalidad constitucional. En otras palabras, no existe la figura del golpe de Estado sobre el golpe de Estado. A partir del desconocimiento de la Constitución y de la disolución del Congreso, en diciembre de 1857, se sucedieron episodios tan graves como numerosos que no permitieron regularizar la vida constitucional sino transcurrida una década.

La contradicción de que era necesario ajustar las decisiones políticas a una Constitución interrumpida se advierte también en los planes de La Noria (1871) y de Tuxtepec (1876). En el primero, del que luego se tomaron numerosos elementos en 1876,²⁹ Porfirio Díaz subraya que la bandera de su insurrección era “Constitución de 57 y libertad electoral”; con este pretexto ofrecía convocar una convención, al triunfo de movimiento, para que formulara el “programa de la reconstrucción constitucional”. Al final, convocaba a los “sinceros constitucionalistas” para que tomaran las armas a su lado.³⁰ Como en el caso de 1857, a la derrota de los sublevados les benefició una amnistía, en este caso promovida por el presidente Sebastián Lerdo de Tejada³¹.

Al comparecer ante el Congreso, el 23 de diciembre de 1876, Porfirio Díaz lo hizo como Jefe del Ejército Nacional Constitucional, encargado del poder ejecutivo.³² Estableció un modelo que casi cuatro décadas después adoptaría

29 Esto se explica porque, según José López Portillo y Rojas, los autores de ambos planes, y de las reformas al de Tuxtepec, declaradas en Palo Blanco, se debieron a Justo Benítez, Ignacio Vallarta, Protasio Tagle y Pedro Luis Ogazón. Véase *Elevación y caída de Porfirio Díaz*, México, Librería Española, 1921, p. 103.

30 Véase el Plan de la Noria en *Archivo del general Porfirio Díaz*, México, Elede, 1951, t. X, pp. 43 y ss. En una proclama posterior, Díaz reiteraba que enarbolaba “el estandarte tricolor en una mano y en la otra nuestra Constitución de 1857”. *Idem*, p. 13.

31 Julio 27, 1872.

32 En su discurso, Díaz fue muy insistente en cuanto a la “reconstrucción constitucional”. Ver *México a través de los informes presidenciales*, México, Secretaría de la Presidencia, 1976, pp. 151 y ss. Por otra parte, en la fase inicial del movimiento de Tuxtepec, sólo se hacía referencia al “Ejército constitucionalista”. Cfr. *Archivo del general Porfirio Díaz*, México, Elede, 1951, t. XI, p. 288; más adelante se habló también de “Ejército popular constitucionalista”. Cfr. *Archivo del general Porfirio Díaz*, México, Elede, 1951, t. X, p. 21.

Venustiano Carranza. Por esta vía se subrayaba que se trataba de un movimiento reivindicatorio de la Constitución y no de un pronunciamiento adverso a ella; se aplicaban las disposiciones del artículo 128 (136).

El siguiente gran movimiento, y uno de los mayores de nuestra historia, fue el iniciado por Francisco I. Madero en 1910. Empero, en el Plan de San Luis no se observó el cuidado que sí habían tenido en los encabezados por Díaz y en el que Carranza llevó a cabo después, en el sentido de postular la defensa de la Constitución. Madero, en su convocatoria, sólo atendió al hecho, ciertamente ostensible, del fraude electoral. Fue en los Convenios de Ciudad Juárez, celebrados en mayo 21 de 1911 entre Madero y del gobierno, cuando se rescataron las formalidades constitucionales, por lo que se partió de la constatación de que el presidente había manifestado su resolución de renunciar, se señaló que se disponía de “noticias fidedignas” en el sentido de que otro tanto haría el vicepresidente, y se subrayó que la presidencia, por ministerio de ley, recaería en Francisco León de la Barra, quien “estudiará las condiciones de la opinión pública en la actualidad, para satisfacerlas en cada Estado dentro del orden constitucional”.

La Constitución fue violentada en 1913. Felipe Tena Ramírez comete el error jurídico de aseverar que, en cuanto a la asunción de la presidencia, “las formalidades constitucionales se habían observado impecablemente [...] por eso el gobierno de Huerta no fue de usurpación”.³³ Esta tesis carece de fundamento jurídico entre otras razones porque Huerta aparentó cumplir con las formalidades constitucionales cuando ya antes él mismo había violado la Constitución. Al encabezar el cuartelazo, Huerta privó de su libertad al presidente y al vicepresidente de la República. Madero era el jefe nato de las fuerzas armadas, conforme a lo dispuesto por el artículo 85-VI de la Constitución. Huerta violó el deber de obediencia y con ello quebrantó la Constitución. Cuando el Congreso aprobó la renuncia de Madero y de Pino Suárez, y cuando se produjo la asunción de Huerta, el orden constitucional ya estaba roto. Conforme a derecho no se puede sostener que la misma persona que lo fracturó, unos días después haya actuado de manera constitucional. Además de que la conducta de Huerta fue un hecho público, el 18 de febrero de 1913 dirigió un telegrama a todos los gobernadores y comandantes militares diciendo: “Autorizado por

33 Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Jus, 1944, p. 88. La afirmación fue reiterada en todas las ediciones posteriores de la obra.

el Senado, he asumido el poder ejecutivo, estando presos el presidente y su gabinete". En esa misma fecha, antes de ser ungido de facto como "presidente provisional", había suscrito un pacto con Félix Díaz en el que ambos acordaban que impedirían, "por todos los medios", el regreso de Madero al poder, así como que pondrían "todos sus empeños a efecto de que [Huerta] asuma antes de setenta y dos horas la presidencia", en "los mejores términos legales posibles".³⁴ La privación de la libertad a la que sometió al presidente, al que así reconoce todavía el día 18, y del vicepresidente, constituyó un golpe militar que inhabilitaba a Huerta para hacerse cargo de la presidencia, precisamente porque incurrió en la violación sancionada por el artículo 128 (136). Es un error jurídico considerar que Pedro Lascuráin y Victoriano Huerta fueron presidentes de México.

En 1913 Carranza denunció la ruptura del orden constitucional por parte de Victoriano Huerta. El 19 de febrero se dirigió a los gobernadores de los estados convocándolos a sostener al gobierno constitucional de Madero mediante un movimiento al que denominó "legitimista". El 26 de marzo siguiente, en el Plan de Guadalupe, expresó que el ejército encargado de la defensa de las instituciones se denominaría "Constitucionalista" (artículo 4º). A partir de ese momento quedó establecido que el restablecimiento del orden constitucional sería el factor de legitimación del nuevo movimiento armado.

Fue por esa razón que en las reformas al Plan de Guadalupe (diciembre 12 de 1914) se previó también la reforma de la Constitución (artículo 5º). Con el tiempo la posición carrancista se iría alejando de la Constitución del siglo XIX. El 14 de septiembre de 1916, cuando expidió el decreto anunciando la convocatoria del Congreso Constituyente, Carranza argumentó que con esta medida no se contravenía lo dispuesto por la Constitución de 1857, en cuanto a su reforma, porque la preceptuado por ella (artículo 127) sólo era aplicable a los congresos ordinarios. Invocó, además, la circunstancia de que las constituyentes de 1856-57 tampoco aplicaron los términos de la Constitución de 1824 en materia de reforma. El argumento jurídico de Carranza no se sostiene, pero trató de llevarlo hasta sus últimas consecuencias en tanto que la Constitución queretana fue promulgada como "Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la

34 Cfr. Aguirre Berlanga, Manuel, *Génesis de la Revolución constitucionalista*, México, Imprenta Nacional, 1918, pp. 5 y 23.

de 5 de febrero de 1857". Habría sido más razonable reconocer que en el curso del movimiento constitucionalista habían emergido exigencias no previstas por la norma del 57 que hacían necesaria la convocatoria a un nuevo proceso constituyente. En este punto faltó claridad jurídica a los argumentos carrancistas, explicables sólo por el derrotero que tomó la guerra civil a partir del fracasado intento de avenimiento en la Convención de Aguascalientes. En su momento hubo duros cuestionamientos a la decisión de convocar una asamblea constituyente, de la que además quedaron excluidos villistas y zapatistas. Esto explica las posiciones que luego tuvieron personajes como Felipe Ángeles, quien afirmó: "Me extraña que quien haya derogado la Constitución de 57 fuera un gobierno que nació en una revolución que se hizo para derrocar a quienes violaban la Carta Magna".³⁵ La expresión del militar aludía a la orientación del movimiento, basado en el artículo 128 vigente en 1913; pero su crítica se inscribió en un contexto de animosidad política que no aceptaba la dinámica de los procesos constitutivos.

En 1917 fue esta la primera vez que se empleó la fórmula de que una nueva Constitución reformaba una Constitución anterior, cuando en realidad la sustituía. Las razones políticas coyunturales se sumaron al peso de la tradición y la preservación de numerosos preceptos permitió adoptar esa fórmula y una decisión significativa: se conservó la secuencia de las legislaturas iniciadas en 1857. La legislatura instalada el 15 de abril de 1917, primera conforme a la nueva Constitución,³⁶ fue identificada como la XXVI, con lo que se dio continuidad al orden numérico de las legislaturas iniciado cuando la Legislatura I fue la instalada el 7 de septiembre de 1857, para ser disuelta en diciembre de ese año por Ignacio Comonfort. Como se puede ver, el movimiento constitucionalista de 1913 correspondió a un diseño político, pero también obedeció a una base jurídica de la que el mismo Congreso Constituyente de Querétaro no quiso desprenderse.

5. Derecho de resistencia

En 1944 Felipe Tena Ramírez asoció el análisis del artículo 136 con el derecho a la revolución. Años más tarde el tema fue retomado por Jorge

35 Ángeles, Felipe, *Documentos*, México, Domés S. A., 1982, p. 254.

36 Si bien la Constitución entró en vigor el 1º de mayo de 1917.

Carpizo.³⁷ Desde entonces la doctrina contemporánea ha relacionado el artículo 136 con el debate acerca del derecho a la revolución.³⁸ Se trata de una importante veta de estudio que Carpizo resolvió demostrando que no un derecho a la revolución supondría la negación del orden jurídico. Tiempo después Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia³⁹ señalaron que existe un nuevo esfuerzo por integrar la revolución en la teoría jurídica, aunque sin resultados positivos. Se trata de una cuestión sugerente, sobre todo a partir de la experiencia constitucional de Portugal.⁴⁰ En cambio el derecho de resistencia ha recibido un amplio desarrollo en el constitucionalismo contemporáneo, en especial a partir de su recepción en la constitución alemana, como se mencionará más adelante.

Tena Ramírez equipara la rebelión a la que alude el artículo 136, con una revolución. Sin embargo el concepto de revolución tiene un carácter sociológico relacionado con el cambio de una estructura económica, política o jurídica; suele utilizarse incluso de manera coloquial para denotar otro tipo de cambios de gran calado, en materia científica, cultural, educativa o tecnológica, por ejemplo. En el caso concernido con el artículo 136 (128), es posible contraernos sólo al sentido de la voz “rebelión”, que es el expresamente utilizado, y que sí tiene un significado jurídico.

En la época que fue acuñado el precepto se entendía por rebelión “el levantamiento o conspiración de muchos contra la patria o el gobierno; el acto de impedir con violencia la ejecución de las órdenes emanadas de la “autoridad pública”. Así la definió Juan Rodríguez de San Miguel en 1837, y el concepto fue tomado de manera literal, siete décadas después, por Antonio

37 “Constitución y revolución” fue publicado en 1970; posteriormente fue incluido por el autor en su obra *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1980, pp. 43 y ss.

38 Véanse, por ejemplo, Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1973, pp. 542 y ss.; y Quiroz Acosta, Enrique, *Lecciones de derecho constitucional*, México, Porrúa, 2002, t. I, pp. 121 y ss.

39 *Derecho constitucional mexicano y extranjero*, México, Porrúa - UNAM, 1999, p. 102.

40 La Constitución portuguesa de 1976 reconoce el derecho a la insurrección “contra todas las formas de opresión, especialmente contra el colonialismo y el imperialismo” (artículo 7.3). Este precepto permite que el Estado reconozca, para efectos de derecho internacional y humanitario, a grupos beligerantes que procuren la independencia o el restablecimiento de la democracia. La disposición se origina en los antecedentes coloniales de Portugal.

de Jesús Lozano.⁴¹ El Código Penal de 1871 dedicó el título XIV a los delitos contra la seguridad interior, y tipificó la rebelión (artículos 1095-1122) y la sedición (artículos 1123-1125). Cometían el primero quienes se “alzaran” públicamente “y en abierta hostilidad”, para variar la forma de gobierno, abolir o reformar la Constitución, impedir las elecciones, separar de su cargo al presidente de la República, sustraer una parte del territorio o de las fuerzas armadas a la obediencia del gobierno, o usurpar o impedir el ejercicio de sus atribuciones a los órganos del poder constituido.

En esos términos, en 1857 no se estableció la inmutabilidad de la Constitución sino la proscripción de acciones violentas en contra del ordenamiento constitucional, con lo que no había contradicción con el artículo 127 (135), ni con el 39. Se establecía la imposibilidad de que por vías de hecho se alcanzaran resultados que la Constitución permitía por medios legales al pueblo y a los órganos constituidos del poder. La idea corriente de rebelión coincidía con la expresión constitucional y legal. Así lo prueban, entre muchos, los textos literarios, periodísticos y ensayísticos de Ignacio Manuel Altamirano, Manuel Payno, Vicente Riva Palacio, Ireneo Paz y Justo Sierra.

Es posible, por lo mismo, intentar otras dos vertientes de examen para entender el título noveno de la Constitución. Descartado el derecho a la revolución y establecido el alcance del concepto de rebelión, queda por ver si el artículo 136 (antiguo 128) admitía el derecho de resistencia en relación con los gobernantes ilegítimos, como sería el caso de los que resultaran de un golpe de Estado.

No disponemos de un concepto unívoco acerca del derecho de resistencia. En términos muy amplios la doctrina admite dos variantes: la resistencia colectiva y la resistencia individual. En la primera, se produce una manifestación de voluntad de organizaciones o de contingentes humanos, de manera directa o a través de medios de expresión o de movilizaciones cívicas en el sentido de no acatar una decisión de la autoridad; en la segunda, la oposición corresponde a una persona que, por razones que le son propias, resuelve no cumplir con un comando normativo por estimarlo

41 Véanse, Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, anotado por Juan Rodríguez de San Miguel, México, Oficina de Galván, 1837, p. 597, y Lozano, Antonio de Jesús, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia mexicanas*, México, Ballezá y Compañía, 1905, p. 1038.

contrario a sus convicciones, también tuteladas por el ordenamiento vigente. En ambos casos se trata de posiciones basadas en la certidumbre de que los actos desestimados afectan la esfera de derechos de los inconformes.

El derecho de resistencia, del que existen numerosos ejemplos en la antigüedad, fue notablemente sistematizado por Althusius.⁴² Señalaba las doce razones para resistir al tirano, de las que una era la más relevante desde el punto de vista de la teoría constitucional: el desconocimiento de la naturaleza contractual de las relaciones sociales. Con este fundamento afirmaba que “donde no puede haber ayuda de juez, a nosotros nos es lícito decir el derecho”. Este extremo corresponde a la vulneración del ordenamiento jurídico, pero también a la anomia. Estos argumentos tendrían amplio eco en otros contractualistas posteriores, como Hobbes, Locke y Rousseau, hasta encontrar su primera expresión moderna en la Constitución ginebrina mencionada más arriba; alcanzarían mayor contundencia en la Declaración de Derechos los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y serían más enfáticos aún en la Constitución francesa de 1793.⁴³ Está ahí el fundamento teórico y el desarrollo normativo de un principio que ya acogían otras constituciones.

En Alemania, la Constitución establece: “Todo alemán tendrá el derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra cualquiera que se proponga eliminar el orden constitucional” (artículo 20.4). Hesse advierte la extrema amplitud de este precepto, que puede conducir a la justificación de acciones incluso de naturaleza preventiva ante una supuesta posibilidad de ruptura constitucional. Por lo mismo, aboga por una interpretación de este derecho de resistencia tan restrictiva como sea posible.⁴⁴ A su vez la constitución portuguesa prescribe: “Todos tienen derecho a resistir cualquier orden que atente contra sus derechos, libertades y garantías, y a repeler por la fuerza cualquier agresión, cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública” (artículo 21). Como bien señala J. J. Gomes

42 *Política*, cuya primera edición apareció en 1603. Ver XXXVIII, 29 y ss.

43 El artículo 2º de la Declaración de 1789 establecía: “El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. La Constitución de 1793, en su artículo 9º, estableció: “La ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión de los que gobiernan”.

44 *Op. cit.*, pp. 547 y ss.

Canotilho,⁴⁵ este precepto no incluye el derecho de resistencia colectivo. En la actualidad son muchas las constituciones que contemplan el derecho de resistencia sin que haya consenso doctrinario en cuanto a su alcance.

6. Análisis del artículo 136

Veamos ahora, con mayor detalle, el contenido del precepto único que integra el título final de la Constitución.

a) *Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor,*

Se alude aquí a la vigencia de la Constitución. Esto significa que sus efectos jurídicos se siguen produciendo no obstante que se produzcan situaciones de hecho que obstaculicen o impidan su aplicación. Esta parte es relevante desde dos perspectivas: la histórica, porque denota la continuidad del Estado constitucional, y la jurídica, porque significa que subsisten los compromisos internacionales del Estado y que las responsabilidades de los titulares del poder también se mantienen. Por lo anterior, por ejemplo, no se puede hablar constitucionalmente de “República restaurada”, al concluir la intervención francesa y el imperio de Maximiliano, porque material y jurídicamente la República nunca cesó de existir. Por otra parte, con excepción de los factores que impidan la normalidad constitucional, los titulares de los órganos del poder seguirán siendo responsables de los actos o de las omisiones que les sean atribuibles.

b) *aun*

Este adverbio indica que la previsión de rebelión que se expresa a continuación no es la única causa que puede afectar la observancia de la Constitución.

c) *cuando por alguna rebelión*

Como se vio en la sección 4 de este capítulo, se entiende por rebelión un delito, no un movimiento revolucionario de carácter social; de ninguna manera se reconoce ni se establece el derecho a la revolución. La utilización del adverbio “aun” permite colegir que el legislador podría tipificar otros delitos que afecten la regularidad de la vida constitucional, además de la rebelión; de manera general debe entenderse que la expresión “rebelión”

45 *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, (2003), p. 512.

incluye la gama de delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado que la legislación penal ha desarrollado desde 1871.

d) *se interrumpa su observancia.*

La interrupción a la que se refiere concierne a la totalidad de la Constitución. No se debe confundir con la suspensión provisional del ejercicio de algunos derechos a que alude el artículo 29, ni con la posible violación de derechos fundamentales o de otros preceptos constitucionales, cuya garantía corresponde a los tribunales, en los términos de los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución. Interrumpir la observancia de la Constitución significa que sigue en vigor, porque no ha sido reformada conforme al artículo 135, pero ha dejado de producir sus efectos por virtud de un acto de fuerza. Esta disposición rige en los casos de afectación transitoria de la Constitución. Por otra parte cuando se alude una “interrupción” de ninguna manera se implica que se trate de una cláusula de perennidad, conforme a la cual la Constitución sería inmutable para siempre. Por eso tampoco hay contradicción con lo dispuesto por el artículo 39. Además, esta cláusula de observancia no concierne a la inviolabilidad circunstancial y específica de la Constitución pues ese tipo de violaciones tienen remedio por la vía jurisdiccional. A este respecto cabe reconocer que los constituyentes del 1856-57 no advirtieron que en 1847 había sido creada una acción de inconstitucionalidad, con un ostensible sentido federalista, que podía haberse depurado.⁴⁶

e) *En caso de que por cualquier trastorno público,*

A partir de esta segunda parte del texto se prevé una situación diferente de la consignada en la primera parte. Esa parte primera, que puede leerse

46 El artículo 22 del Acta de Reformas establecía: “Toda ley de los estados que ataque la Constitución o las leyes generales, será declarada nula por el Congreso; pero esta declaración solo podrá ser iniciada en la Cámara de Senadores”; artículo 23 indicaba: “Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso general, fuere reclamada como anticonstitucional, o por el presidente, de acuerdo con su ministerio, o por diez diputados o seis senadores, o tres legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley a examen de las legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto”; artículo 24 agregaba: “En el caso de los dos artículos anteriores, el Congreso general y las legislaturas a su vez, se contraerán a decidir únicamente si la ley de cuya invalidez se trate es o no anticonstitucional...”

de una manera autónoma, alude sólo a la permanencia de la Constitución mientras no sea modificada mediante el procedimiento que ella misma establece. La segunda parte del artículo se refiere a que la observancia de la Constitución también puede verse afectada por un golpe de Estado. La diferencia consiste en que la rebelión es un delito cometido en contra del Estado por personas ajenas al Estado, en tanto que el golpe de Estado consiste en el desconocimiento del orden constitucional por parte de alguna autoridad constituida. Otro tanto se podría decir del caso de una invasión extranjera. En todo caso la redacción del precepto no permite entender que una calamidad de la naturaleza pudiera poner en peligro la continuidad de la Constitución. Por “trastorno público” sólo puede entenderse una decisión deliberada de afectar la vida constitucional.

f) *se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona,*

Esta parte suscita diversas dudas; la más importante es acerca de qué debe entenderse por “principios” constitucionales. Este es un asunto sujeto a interpretación, pero del contexto general del precepto se puede inferir que son los que aparecen en el título segundo de la Constitución, en tanto que ahí se determina la forma de gobierno. En esos mismos términos debe entenderse que cuando se hace referencia a “un gobierno contrario a...” no se alude a quienes ocupen la titularidad de los cargos de elección, sino que se hace referencia a la forma de gobierno opuesta a la republicana, representativa, democrática y federal. Por supuesto, no se implica que estas formas sean inmutables y que por la vía del artículo 136 se establezca una limitación a la reforma constitucional; el precepto sólo atiende a la proscripción de acciones llevada a cabo por las vías de hecho. Lo que aquí se tutela es que no se produzca un cambio en las formas de gobierno que no haya sido adoptado por el pueblo, con fundamento en el artículo 39, observando lo dispuesto por el artículo 135. La posibilidad de que los titulares de los órganos del poder respeten esos principios, pero asuman sus funciones por vías irregulares (fraude electoral, golpe de Estado, usurpación de funciones, por ejemplo), queda asimismo proscribida como se vio en el inciso anterior.

g) *tan luego como el pueblo recobre su libertad,*

Se considera que al producirse un trastorno público que afecte la forma de gobierno el pueblo queda privado de su libertad. Esta circunstancia tampoco

abre un espacio para ejercer el derecho a la revolución, supuesto que de lo que se trata es de lo contrario: de restaurar el orden constitucional. Así pues, lo que esta expresión permite inferir es que, cuando se produzca la afectación de ese orden, surge el derecho a la resistencia. En este punto se plantea que la pérdida de legitimidad de las autoridades, legitima a su vez al pueblo para procurar “su libertad” mediante el restablecimiento del orden constitucional afectado. Por supuesto, se presenta el problema de determinar cuál es el concepto de pueblo que la Constitución adopta. Si se tiene en cuenta que los autores del proyecto de la Constitución de 1857 y otros muchos miembros de la asamblea conocían al detalle la tradición constitucional francesa, es muy probable que hayan tenido presente la definición de pueblo que aparece en el artículo 7º de la Constitución de 1793: “el pueblo soberano es la universalidad de los ciudadanos franceses”. Pueblo, pues, en este caso sería la universalidad de los ciudadanos mexicanos. Por otra parte, si se entendiera que el precepto dispone que el pueblo espere pacíficamente hasta recuperar su libertad, se estaría consintiendo una situación de hecho adversa al orden constitucional. La libertad recuperada a que alude este artículo es la gama de derechos consignados por la norma suprema; para restituirlos, la Constitución, en este fragmento, atribuye al pueblo la libertad de luchar por ese restablecimiento, lo que a su vez supone desconocer al ocupante o los ocupantes de facto del poder. La expresión “tan luego como”, que aparece en este fragmento, indica que la consecuencia (restablecer la observancia de la Constitución), es un hecho jurídico inmediato que acompaña al cambio de situación de los gobernados, y que no se requiere una declaración especial para reanudar la eficacia constitucional.

h) *se restablecerá su observancia,*

El problema que se contempla no concierne a la vigencia sino a la positividad de la Constitución. Esta es una distinción importante porque se trata de un tema que la teoría del derecho no había desarrollado en el siglo XIX. Las cuestiones de validez, vigencia y positividad o eficacia apenas fueron sistematizadas a partir del siglo XX. Las tesis de Rudolf Stamler⁴⁷ y

47 Traducido por Wenceslao Roces como *La génesis del derecho*, Madrid, Calpe, 1925, pp. 43 y ss.

de Hans Kelsen⁴⁸ son emblemáticas de la discusión sobre estas cuestiones cruciales de la teoría. Sin embargo, lo que sí conocían bien los constituyentes mexicanos del siglo XIX era el pensamiento de John Locke, y son sus ideas las que están presentes en esta parte del texto constitucional.⁴⁹ Este fragmento plantea considerables problemas teóricos que los constituyentes no pudieron considerar y que para nosotros podrían generar dificultades interpretativas en tanto que parecería implicar que al interrumpirse la observancia de la norma el pueblo ejercería una libertad absoluta, como la existente en el momento previo al pacto fundacional que hipotéticamente dio origen a la norma suprema, y que cuando “recobra su libertad” en realidad es porque deja de ejercer esa libertad en toda su extensión. Para encontrar una solución a esa paradoja se puede señalar que el artículo 136 prevé la interrupción generalizada de la Constitución como resultado de un acto de fuerza, pero no releva al pueblo de su vínculo con la norma suprema. Esto implica que el precepto más que otorgar un derecho impone un deber en defensa de la Constitución. De no ser así el precepto sería jurídicamente absurdo porque propiciaría un proceso sucesivo de actos adversos al orden constitucional.

i) *y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido,*

La legitimidad de los órganos del poder y la legalidad recuperadas implican que no se hagan excepciones por cuanto a los principios del Estado de derecho. Conforme a este fragmento se asegura la repriminación del ordenamiento por virtud de la cual las normas en vigor previas al episodio que ocasionó la interrupción constitucional readquieren su aplicabilidad.

48 *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1965, pp. 35 y ss., y 140 y ss. La segunda edición del autor, traducida por Roberto J. Vernengo, (México, UNAM, 1979) no presenta cambios significativos en esta materia.

49 *Two treatises on civil Government*: “Ningún edicto, no importa cómo esté redactado o por qué poder sea apoyado, tiene la fuerza y el vigor de una ley si no ha sido aprobado por el órgano legislativo elegido y nombrado por el pueblo, y sin lo cual la ley carecerá por completo de lo que es necesario para serlo: el consentimiento de la sociedad [...] toda la obediencia que cada uno está obligado a rendir, se apoya en último término en ese supremo poder (del pueblo) y está regida directamente por las leyes que él establece” (II, xi, 134); “En tanto que las leyes se hacen con rapidez pero tienen una duración constante y prolongada, y requieren de una observancia ininterrumpida, se hace necesario que exista un poder continuo que cuide de su ejecución mientras estén en vigor” (II, xii, 144).

Este fragmento es consistente con la prohibición de retroactividad dispuesta por el artículo 14.

- j) *serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.*

La experiencia histórica muestra que en algunos casos se ha optó por la amnistía,⁵⁰ en otros por el indulto, y en los menos por las sanciones rigurosas. Este fenómeno indica que las rupturas que han sido superadas también han contado con la simpatía e incluso con el apoyo de una parte de la población, y que para evitar tensiones o fracturas adicionales se ha preferido actuar con indulgencia.

7. Consideraciones finales

Con independencia del concepto que se adopte, hay una idea básica que aparece, expresa o implícita, en todas las definiciones de Constitución: es la norma que confiere validez a todo el sistema jurídico de un Estado. La Constitución es una norma jurídica en tanto que sirve de fundamento a todo el sistema normativo. La Constitución, a su vez, procede de un acto fundante llevado a cabo por el poder constituyente. Este poder, ejercido por el pueblo de manera directa o a través de sus representantes, tiene que ser asimismo un poder jurídico, pues de otra manera no podría crear derecho. Sólo el derecho, o las conductas jurídicas, pueden generar derecho. Siendo así, los enunciados que conforman la Constitución son de cumplimiento inexcusable, como lo son las normas que de ella derivan. Esto es lo esencial del artículo 136 constitucional.

El Constituyente de 1857 construyó esa norma pensando en la evitación de una recaída dictatorial; pero en la actualidad el precepto puede tener un nuevo alcance, conforme a un proyecto constructivo que permita basar en el artículo 136 una forma más de control jurídico con relación al poder, de claro contenido democrático.

En un sistema constitucional democrático existe el riesgo de que los órganos del poder político incurran en excesos. Para atenuar esa posibilidad

50 Las más significativas son las mencionadas en el numeral 4. Con posterioridad, sin que se haya producido un caso de interrupción total como el previsto por el artículo 136, han sido dictadas las leyes de amnistía del 30 de diciembre de 1940, del 28 de septiembre de 1978, y del 22 de enero de 1994.

en algunos sistemas se han adoptado instrumentos de democracia directa, como la iniciativa popular, la acción popular, la revocación del mandato, el referéndum y aun el plebiscito. Estos mecanismos denotan una tendencia en el sentido de dotar a la ciudadanía de medios de participación en la toma de decisiones.

Sin embargo, tales opciones implican un doble riesgo: pueden afectar al sistema representativo, y pueden implicar la implantación de una democracia de signo dominante mayoritario. El sistema representativo no es una panacea, pero al menos permite estructurar un sistema de partidos que facilita a los ciudadanos diversos niveles de intervención en la política, y hace viable un sistema razonable de controles políticos entre el gobierno y el congreso. Por su parte, la democracia mayoritaria es un riesgo potencial para los grupos minoritarios, entre ellos los religiosos, lingüísticos, étnicos y sexuales.

El Estado constitucional democrático contemporáneo tiene una vocación pluralista conforme a la cual las reglas adoptadas por la mayoría no pueden preterir ni conculcar derechos de las minorías. Incluso los sistemas electorales de componente proporcional significan un correctivo frente a las concepciones tradicionales de que sólo la mayoría gobierna.

Una relectura constructiva del artículo 136 constitucional permitiría cimentar un nuevo tipo de instituciones que pusieran a la sociedad a resguardo de decisiones contrarias al ordenamiento constitucional. La interpretación y aplicación razonable del artículo 136 auspiciaría que la sociedad experimentara una mayor integración con el texto constitucional. Si se entiende que la Constitución, como norma, es un texto, pero también es un conjunto de principios, actitudes y conductas compartidas, se advertirá que atribuyendo un sentido dinámico a la interpretación del artículo 136, conjugado con el 39, se tendría algo más que una perspectiva abstracta de la soberanía popular, y algo menos que una visión remota de la inviolabilidad constitucional.

Si dos constituyentes sucesivos facultaron al pueblo para luchar de manera directa en defensa de la Constitución, puede aducirse que al darle una atribución de esa magnitud también es posible otra más práctica y acorde con los instrumentos del constitucionalismo contemporáneo, para ejercer esa misma defensa no contra hipotéticos actos de usurpación del poder sino contra violaciones potenciales de sus propios representantes.

Una garantía para ejercer el derecho de resistencia consistiría en la acción popular de inconstitucionalidad, legitimando así a la sociedad para activar un control abstracto de constitucionalidad. En este caso la resistencia tendría una expresión jurídica, no fáctica, y se le daría una interpretación constructiva al artículo 136, más allá de la situación límite que hace muy arriesgada la aplicación del precepto. Debe partirse del hecho de que, por su materia, es imposible reglamentar el ejercicio del artículo 136. Por ende, se carece de instrumentos jurídicos para ejercer la amplia potestad que confiere; deja abierta la posibilidad de un subjetivismo extremo que permite actuar sin referentes normativos específicos, como ilustran los casos históricos de aplicación del precepto. Las revoluciones constitucionalistas de los siglos XIX y XX son excepciones históricas, no regularidades normativas.

En cambio, los gobernados carecen de medios de defensa para cerciorarse de la constitucionalidad de los actos de los gobernantes cuando exista la percepción, el temor o la certidumbre de que el ordenamiento fue violado. Conforme al artículo 136, corresponde al pueblo en libertad determinar la observancia de la Constitución. A diferencia del artículo 39, que en combinación con el 41 encauza el alcance del poder soberano, en el 136 se encuentra el germen de una función interpretativa de gran amplitud. Este precepto, que ha permanecido en un nivel de latencia por más de un siglo, puede significar una clave para forjar lo que Peter Häberle denomina “una sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. Obedecer la Constitución implica interpretarla; estar conscientes de la naturaleza normativa de una disposición es parte de su “fuerza y vigor”.

Al explorar las causas que motivaron esta norma examiné la forma como los procesos revolucionarios se acogieron a la disposición constitucional. No es necesario modificarla, porque su sentido actual y futuro depende de lo que la sociedad esté dispuesta a aportar. Lo importante es que un texto construido como respuesta a la inestabilidad política del siglo XIX pueda ser utilizado para contribuir a la estabilidad institucional en el siglo XXI.

Una de las formas de resistencia es la desobediencia civil. Rawls postula la viabilidad de ejercerla sólo ante las autoridades de un Estado constitucional.⁵¹ Los problemas que él plantea en este caso para la teoría constitucional son tres: distinguir entre la desobediencia y otras formas

51 Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1979, pp. 404 y ss.

de oposición a la autoridad democrática; establecer la relación entre la desobediencia y otras formas de defensa de los derechos, y determinar qué función desempeña la desobediencia en una sociedad libre. Habermas coincide con Rawls en cuanto a que la desobediencia sólo se puede registrar en un Estado constitucional, y agrega otro factor: se ejerce “a partir de la circunstancia de que las normas legales de un Estado democrático pueden ser ilegítimas”.⁵²

La cláusula de resistencia que consagra el artículo 136 no puede entenderse sólo como una opción que legitime movimientos violentos en contra de usurpadores del poder, sino como un principio general conforme al cual sea posible que la sociedad promueva la defensa la Constitución ante el órgano de control que la propia Constitución ha creado para ese propósito: el tribunal constitucional. Esta opción no existía en el siglo XIX y apenas estaba en gestación cuando fue aprobada la Constitución en 1917. Si se admite una respuesta máxima por parte del pueblo para restablecer la observancia de la Constitución mediante la cual “recobre su libertad”, no hay argumento razonable para negar que el mismo pueblo actúe por vías institucionales cuando todavía sea posible, supuesto al que aluden Rawls y Habermas, a efecto de evitar un trauma social de mayor magnitud.

Existen variantes de la resistencia que se han institucionalizado, como ya se mencionó en el caso de Alemania. La objeción de conciencia⁵³ no queda incluida en el contexto de la resistencia, como a veces se sugiere, porque es una forma de protección de los derechos minoritarios en condiciones de normalidad institucional. La resistencia es siempre colectiva y como respuesta a actos de opresión. Por eso procede que el artículo 136 abra la posibilidad de que la sociedad participe en el control de la Constitución, dándole legitimación para promover acciones populares cuando estime que se han producido actos o decisiones de poder contrarios a la Constitución, como una forma de encontrar soluciones que eviten la ruptura de la convivencia, sin conculcar el derecho ya ejercido por la sociedad ante casos como los sórdidos acontecimientos de 1913.

52 Habermas, Jürgen, “La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de derecho”, en *Ensayos políticos*, Barcelona, Península, 1988, pp. 51 y ss.

53 Véase Ugartemendia, Juan Ignacio, *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 120 y ss.

EL SISTEMA DE ACCIONES CONSTITUCIONALES SEGÚN EL DERECHO CONSTITUCIONAL URUGUAYO

*Eduardo G. Esteva Gallicchio**

Sumario: Preliminares; I. Introducción; II. Análisis; II.1. Evolución; II.2. Acciones constitucionales que resultan de la Constitución uruguaya vigente; II.3. ¿En qué sentido existe un sistema? III. Conclusiones; IV. Colofón; V. Bibliografía.

Preliminares

Es para mí un singular honor participar en esta publicación en merecido homenaje al distinguido Prof. Dr. José Félix Palomino Manchego, reconocido impulsor y eximio representante de la Escuela Peruana del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional.

* Director General del Centro de Documentación y Estudios Constitucionales del Uruguay. Investigador Activo Nivel I del S.N.I. Profesor Emérito de Derecho Constitucional Universidad Católica del Uruguay. Profesor Titular Extraordinario de Derecho Constitucional Universidad de Montevideo. Miembro del Consejo Asesor del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Presidente de la Sección Uruguay. Presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho Constitucional. Miembro de la Junta Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. dircedecu@gmail.com, orcid.org/0000-0003-3738-1575

Mi contribución toma base en una exposición inédita que, invitado institucionalmente por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, realicé en octubre de 2020¹.

Adapté lo dicho sintéticamente en tal oportunidad a la forma de expresión escrita, lo amplié y le adicione el aparato crítico.

I. Introducción

1. *Planteo y pregunta de investigación.*

Tengo el propósito de realizar un planteo que no es habitual en el Uruguay. Trataré de responder a una pregunta concreta de investigación: ¿Existe –y en qué sentido–, un sistema de acciones constitucionales según el Derecho uruguayo vigente?

2. *Análisis doctrinales tradicionales y esbozos de cambio.*

En mi país suele examinarse los diversos componentes de este tema como compartimentos separados, prácticamente estancos.

La solicitud de declaración de inconstitucionalidad es estudiada, entre muchos, desde el punto de vista del Derecho Constitucional por Aréchaga Mac Col² y desde la perspectiva del Derecho Procesal por Véscovi³; o la acción anulatoria de los actos administrativos⁴; y así sucesivamente acaece con las diversas acciones constitucionales.

Próximo a la finalización del siglo pasado, y en gran medida por influjo de los capítulos para obras colectivas con mayor perspectiva de Derecho Comparado contemporáneo, según estructura fijada por los coordinadores,

1 En el marco del II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: “Miradas dialógicas, reflexiones, retos y desafíos de la jurisdicción constitucional” (“en conmemoración del centenario de las primeras salas constitucionales”), celebrado los días 8, 9 y 10 de octubre de 2020.

2 1947, 150-264.

3 1967, *in totum*.

4 En Derecho Administrativo: Sayagués Laso; 1953, t. II; en Derecho Procesal: Landoni Sosa, 1977, *in totum*.

comienza a aparecer, en punto a las acciones constitucionales, la visión de Derecho Procesal Constitucional⁵.

3. *Bases para este análisis.*

En primer lugar y por lo dicho, intentaré promover la necesidad de asumir una perspectiva de Derecho Procesal Constitucional⁶, en vez de lo que es habitual en el Uruguay, donde se realizan estudios separados o independientes, propios respectivamente del Derecho Constitucional general clásico, o del Derecho Administrativo, o del Derecho Procesal general.

Es paradójico que esto suceda en la patria del excelso Eduardo Juan Couture Etcheverry, que fue de los primeros –como se reconoce universalmente⁷, en individualizar las problemáticas propias del Derecho Constitucional Procesal y del Derecho Procesal Constitucional, tal como se precisó desde el primer Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional:

“Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar, con mayor profundidad y en forma integral, las materias que comprenden las zonas de confluencia entre ambas disciplinas, y que tienen relación directa con la función del organismo judicial”⁸.

Procuró, en definitiva, convocar a la reflexión sobre el tema, a casi medio siglo del Congreso de México.

En segundo lugar, en el Uruguay no existió una reforma constitucional sistemática en la materia –jurisdicción constitucional– que está comprometida en este tema. Ello no ha sucedido en los últimos setenta años⁹, por lo que no hay en los textos constitucionales uruguayos recepción de las

5 Esteva Gallicchio, 1996, 185-266, coordinador Brewer-Carias; 1997-B, 901-927, coordinadores García Belaunde y Fernández Segado.

6 Esteva Gallicchio, 2021, 883-885.

7 Couture, 1946 y 1948; Fix-Zamudio, 1977, 319 y ss.); Ferrer Mac-Gregor, 2017, 56.

8 México 1975. Tema IV, Primera Parte, Primera. Fue relator el distinguido procesalista uruguayo Enrique Véscovi. Disponible en: <https://iidc.juridicas.unam.mx/congresos/primer.php> (30-V-2022).

9 Véase: Esteva Gallicchio (1993, *in totum*); Esteva Gallicchio y Gros Espiell (2005, *in totum*).

novedades del Derecho constitucional comparado general, ni del Derecho procesal constitucional.

En tercer lugar, en el Uruguay –lo que probablemente pueda generar sorpresa para el lector de otra nacionalidad–, ninguna disposición constitucional expresa determina el rango normativo o jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos¹⁰ o la prevalencia de los tratados sobre derechos humanos en el orden interno¹¹; no hay tampoco disposición sobre interpretación constitucional conforme a instrumentos internacionales¹² o respecto a la preferencia interpretativa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos¹³; o sobre aplicación preferente a la de la Constitución¹⁴ o acerca de su eventual denuncia¹⁵ o que mente al bloque de constitucionalidad¹⁶. Todo esto marca una diferencia ostensible –y preocupante–, pues, con lo que sucede en el Derecho Constitucional positivo de los Estados iberoamericanos.

En Uruguay, ni siquiera hay una disposición expresa al estilo de la incorporada en la Constitución de Chile¹⁷, relativa a la limitación de la soberanía del Estado por los tratados internacionales que sean suscritos por el mismo.

En suma: en Uruguay hay inexistencia de disposición constitucional que mencione estos importantes tópicos: mantenemos los mismos textos en materia de tratados internacionales –salvo leves ajustes–, que los incluidos en la Constitución primigenia de 1830¹⁸.

10 Costa Rica 1949, ref. 1968, art. 7; Paraguay 1992, art. 137; Argentina, 1994, art. 75-22º; Venezuela 1999, art. 23; Ecuador 2008, arts. 424 y 425; Bolivia 2009, arts. 257 y 410.

11 Colombia 1991, art. 93; Ecuador 2008, art. 425; Bolivia 2009, art. 13-IV.

12 España 1978, art. 10.2; Colombia 1991, art. 93; Perú 1993, Disposición final y transitoria: Cuarta; Bolivia, 2009, art. 13-IV y 256-II; México, 2011, art. 1.

13 Ecuador 2008, art. 417.

14 Bolivia 2009, art. 256-I.

15 Paraguay 1992, art. 142; Argentina 1994, art. 75-22º; Bolivia 2009, Disposición Transitoria Novena.

16 Bolivia, 2009, art. 410-II: "... está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país".

17 De 1980, art. 5, según la reforma constitucional de 1989.

18 Fue una *rara avis*, hace más de medio siglo, la reforma constitucional modélica de 1966 en materia de integración económica y social (art. 6, inc. 2º), que hoy no resiste la

En cuarto lugar, una parte importante del sustrato de la parte dogmática de la Constitución uruguaya –obviamente sin reforma formal de la Constitución y, por ende, sin pronunciamiento del cuerpo de ciudadanos que indispensablemente exige el art. 331^o constitucional–, resulta de una interpretación, de una “nueva interpretación”¹⁹, si se quiere, de una “re-interpretación” y quizás, para algunos analistas, de una “sobre-interpretación”²⁰, de tres artículos de la Constitución de la República:

- el artículo 7 vigente, incorporado en 1830, que, en línea con la concepción clásica de las Revoluciones de las antiguas colonias inglesas de la América del Norte²¹ y francesa²², determina la preexistencia a la regulación constitucional de los derechos a la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad; ese artículo un siglo y cuarto después fue interpretado nuevamente para dar paso a la fundamentación de la acción constitucional de amparo²³;

- el segundo artículo, el muy fructífero numerado 72 de la Constitución uruguaya vigente, dispone que la enumeración de los derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye a los otros –derechos, deberes y garantías– que son inherentes a la personalidad humana o que derivan de la forma republicana de gobierno. Esta disposición cuyo origen

comparación con las disposiciones de las Constituciones latinoamericanas posteriores.

19 Risso Ferrand, 2014, *passim*.

20 Guastini, “...aquel conjunto de técnicas de interpretación –o, para decirlo mejor, de integración del derecho–, que consisten en manipular un texto normativo para así obtener gran cantidad de normas inexpresas” (2015, 2026-2027).

21 Declaración de Virginia de 1776, I: “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto...”

22 Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, art. 2: “La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre”.

23 La doctrina uruguaya, desde la original aportación de Cassinelli Muñoz (1989, *in totum*) distingue el amparo constitucional (*lex legum*, arts. 7, 72 y 332, conjugados); el amparo legal (ley 16.011 de 19-XII-1988 y modificativas) y el amparo convencional (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25; Pacto ONU sobre Derechos Civiles y Políticos, art. 2-3-a).

fácilmente puede rastrearse en la enmienda IX²⁴ de la Constitución Federal de los Estados Unidos de fines del Siglo XVIII, o en uno de los proyectos de Constitución de inspiración artiguista²⁵ de 1813²⁶ o en la Constitución de Argentina de 1853²⁷, fue a partir del año 1996²⁸ considerado como una cláusula de apertura al Derecho internacional con especial referencia al Derecho internacional de los derechos humanos;

- y, el último, que fue novedad del Derecho constitucional uruguayo desde 1942 y después se difundió en América Latina, el actual artículo 332²⁹, que dispone que los preceptos de la Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades o imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida acudiendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

No obstante, estos cuatro elementos que tomo como base, debe reconocerse que hay una realidad: según los análisis internacionales más difundidos y generalmente admitidos, Uruguay cuenta con un sistema democrático pleno o completo y es el mejor ubicado en los índices internacionales entre los Estados de América Latina y el Caribe³⁰, al tiempo que está colocado entre los primeros lugares del mundo³¹.

24 “La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no ha de interpretarse como que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”. Véase, por todos: Sampay (1952, 35) y Real (1958, *passim*).

25 El Gral. José Artigas fue el fundador de la nacionalidad uruguayo.

26 “Plan de una Constitución liberal federativa para las Provincias Unidas de la América del Sud”, art. 51: “la enumeración en la constitución de ciertos derechos, no será hecha para negar o desigualar los otros retenidos por el Pueblo”. Véase: Esteva Gallicchio (1993, 59).

27 En su artículo 33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

28 Posición insinuada por el ilustre Barbagelata, 1957, expuesta por Cajarville Peluffo, 1996; y desarrollada por Gros Espiell, 1997-1998, 95 y ss. y por Riso Ferrand (2021, 75 y ss., 183 y ss., 373 y ss.).

29 Cassinelli Muñoz, 2009, 101.

30 *World Justice Project* 2020 y 2021 y *The Economist, Global Democracy Index*, 2020 y 2021.

31 En el *World Justice Project*, 2020, 22º entre 128 Estados; y (2021) 25º entre 139.

Esto quiere decir que la interpretación constitucional, con los alcances que señalé, ha sido un auxilio para coadyuvar al posicionamiento de Uruguay en el ámbito universal, a pesar de las notables carencias normativas señaladas.

II. ANÁLISIS

El análisis se integrará con la consideración de: 1) la evolución en el ámbito vernáculo, 2) con la enumeración de las acciones constitucionales y 3) con la tentativa de responder una pregunta de comprobación.

II.1. EVOLUCIÓN

1.1. Comenzaré con la primera Constitución formal, la que entró en vigor en 1830.

En ese primer hito se generó una cuestión de interpretación respecto a cómo se resolvía el eventual conflicto entre las leyes ordinarias y la Constitución rígida y codificada que regía en la República. Naturalmente que a Uruguay llegó el tipo de argumentación propia del Juez Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos cuyo bicentenario celebramos en el año 2003. Y algunos Jueces, haciendo caudal de la misma fundamentación y de sus obligaciones como tales, decidieron desaplicar la ley contraria a la Constitución vigente³².

En 1830 también se incorporó una disposición que preceptúa que mantienen su vigencia las disposiciones legales ordinarias anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, en tanto no sean incompatibles con ella. Esta disposición subsiste hasta el día de hoy en el Derecho constitucional uruguayo³³. Pero generó durante aproximadamente un siglo y medio un debate doctrinal acerca de cómo interpretar dicha cláusula, primero en cuanto a la asignación de competencia a cualquier juez para declarar la derogación de las leyes incompatibles con la Constitución posterior y después de 1934, se incentivó el debate, al disponer la Constitución la concentración en la Suprema Corte de Justicia de la declaración de inconstitucionalidad.

32 Esteva Gallicchio, 1997-B, 901 y ss.

33 Cassinelli Muñoz, 1957-A, 129 y ss.

- 1.2. El segundo hito fue la reforma total de 1918, que constitucionalizó la acción de hábeas corpus (artículo 156).
- 1.3. El tercero importante fue la Constitución de 1934, que se perfeccionó cuando imperaba el movimiento constitucionalista de la primera posguerra mundial, y ya teníamos constituciones como las de Checoslovaquia y de Austria de 1920, la segunda bajo la influencia sin par de Hans Kelsen.

No obstante el conocimiento de la fórmula de institución del Tribunal Constitucional austriaco, en el Uruguay se optó por una solución diferente que fue la de concentrar en la Suprema Corte de Justicia –órgano del Poder Judicial–, la competencia de declarar la inconstitucionalidad y consiguiente inaplicabilidad de las leyes en los casos concretos; es decir: no existió recepción de los modelos que fueron especialmente difundidos, como el austriaco o la solución española de la Constitución republicana de 1931.

Por una parte, se incluyó expresamente en la Constitución el instituto del control de regularidad constitucional de las leyes por razones de forma o de contenido y, por otra parte, en virtud del valor político de la ley, por provenir de los poderes del gobierno del Estado con mayor representatividad, se decidió que, como garantía para la ley, se reservara a la Suprema Corte de Justicia el control de su regularidad constitucional, excluyendo dicha atribución de la competencia de cualquier Juez, solución que persiste hasta hoy.

También en 1934, se determinó que a la Suprema Corte de Justicia le corresponde actuar como un verdadero tribunal de conflictos que se generen en materia de presuntas lesiones de la autonomía de los Departamentos. Los Gobiernos Departamentales son personas jurídicas públicas beneficiarias de una descentralización del ejercicio de las funciones administrativas y legislativas, pero en ningún caso existe descentralización del ejercicio de la función jurisdiccional que permanece concentrada en el Estado Central.

- 1.4. El cuarto gran hito en la evolución fue el de la Constitución de 1952, que adoptó una solución que dificulta la categorización del sistema uruguayo porque creó y dispuso el funcionamiento inmediato de un órgano denominado Tribunal de lo Contencioso Administrativo, creado a imagen y semejanza de la Suprema Corte de Justicia, con una posición institucional similar. Es el órgano jerarca de un posible

sistema orgánico de control, que no integra el Poder Judicial, aunque ejerce función jurisdiccional y es competente para controlar la regularidad jurídica de los actos administrativos, entre ellos, aquellos que se considere están viciados por inconstitucionalidad.

Al tiempo que el artículo 313º constitucional distribuye la competencia entre este Tribunal y la Suprema Corte de Justicia, para conocer en los casos de contiendas o diferencias intraorgánicas o interorgánicas, según que estén fundadas en la legislación o en la Constitución.

En lo que atañe a solicitud de declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos, esta Constitución instituyó expresamente la solicitud por vía de acción y reguló el supuesto de incompatibilidad con la Constitución de los actos orgánico-formalmente legislativos departamentales, los denominados decretos con fuerza de ley en su jurisdicción de los Gobiernos Departamentales.

- 1.5. El último hito se produjo, una vez restaurada en 1985 la vigencia de la Constitución de 1967, por interpretación doctrinal y ulterior recepción jurisprudencial –reitero, sin reforma constitucional formal³⁴: art. 331º constitucional– después de la incorporación de Uruguay al sistema del Pacto de San José de Costa Rica, por ley 15.737, de 8-III-1985.

II.2. ACCIONES CONSTITUCIONALES QUE RESULTAN DE LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA VIGENTE

La evolución recordada posibilita efectuar una concreta enumeración de las acciones.

Si nos preguntamos, en grandes líneas, sin la precisión propia de los procesalistas científicos, aunque con la pretensión de los procesal-constitucionalistas, cuáles serían las acciones constitucionales que se prevén en el Uruguay, tendremos:

- 2.1. La más antigua, la *acción de hábeas corpus*, cuyo conocimiento es de competencia de los jueces de instancia y eventualmente sujeta a revisión ante Tribunales de Apelaciones. Originalmente prevista por el Código de Procedimiento Civil del siglo XIX y constitucionalizada en 1918

34 Véase todo lo que fue necesario reformar en las Constituciones de los otros Estados iberoamericanos, que recordé en el capítulo I.

bajo el *nomen iuris* “recurso” (*sic*) (actual artículo constitucional 18; última reglamentación por ley 19.293, de 2014³⁵).

- 2.2. La *acción de amparo*, en tanto que acción de tipo y fundamento constitucional –hay otra de tipo legal ordinario, ley 16.011, de 1988³⁶– curiosamente resulta de una nueva interpretación o “mutación débil”³⁷ del ya mencionado artículo 72 de la Constitución, que se refiere a las garantías no enumeradas expresamente. A mediados de la década de los años 60’ del siglo XX, los más distinguidos profesores de la época de Derecho Constitucional del Uruguay³⁸ argumentaron, con matices, que conjugando los artículos 7, 72 y 332, era posible sin un texto expreso interponer acciones de amparo –o de protección³⁹– y los jueces tendrían la obligación de tramitarlos y resolverlos. En este caso, usando términos contemporáneos, existió una suerte de recepción del Derecho extranjero y comparado, especialmente del argentino, a través de fallos expedidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina⁴⁰.
- 2.3. La *acción de hábeas data* que tiene un menor desarrollo doctrinal vernáculo y también se fundamenta en el artículo 72 de la Constitución, está actualmente regulada por una ley ordinaria relativamente reciente, la ley 18.331, de 2008.
- 2.4. En lo que generalmente plantea ciertas dificultades al analista extranjero cuando trata de categorizar al sistema uruguayo, hay una previsión de *proceso de solicitud de declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos formales* (artículos 256 a 261 de la Constitución).

Esta atribución es la que está concentrada en la Suprema Corte de Justicia; cuando la eventual desaplicación por inconstitucionalidad se produce en el marco de un proceso, o se produce con la pretensión de

35 En vigor desde el 1-XI-2017.

36 Existió luego una ampliación a través de varias leyes. Véase detalladamente: Esteva Gallicchio, 2017, pp. 268-269.

37 Terminología que inteligentemente utiliza Gamarra Antes, 2014.

38 Horacio Cassinelli Muñoz (1989) Héctor Gros Espiell (1957) y Alberto Ramón Real (1963)

39 Mentada por el art. 7 de la *lex legum*.

40 Casos Ángel Siri y Samuel Kot.

invocar después la decisión en un proceso, es una solicitud de declaración de inconstitucionalidad a los efectos de la desapplicación en un caso concreto⁴¹, no hay ninguna posibilidad de efectos generales y absolutos, de efectos *erga omnes*.⁴² Esta competencia, que es la que está concentrada en la Suprema Corte de Justicia, alcanza tanto a las leyes ordinarias cuanto a los “decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción”, que es el nombre propio dado por la Constitución a los actos legislativos formales aprobados por la Junta Departamental y promulgados por el respectivo Intendente Departamental. Corresponde alguna precisión. En Uruguay esta solicitud puede ser formulada por tres vías⁴³: la de acción, que puede ser planteada por todo aquel que logre acreditar que es titular de un interés directo personal y legítimo, no hay, pues, en el Uruguay, acción popular de inconstitucionalidad; la vía de excepción, que puede ser interpuesta en el marco de un proceso, como defensa, como excepción, también por quien tenga la posibilidad de acreditar un interés legítimo, directo y personal comprometido, y, la vía de oficio, que naturalmente puede ser interpuesta por el juez o tribunal que está conociendo del proceso o por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuyo planteo suspende las actuaciones y determina la elevación del expediente a la Suprema Corte de Justicia para la decisión en cuanto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto legislativo formal.

- 2.5. La *acción por lesión de la autonomía departamental* (artículo 283), denominada así por la ley 9.515 de 1935, o reclamo por lesión de autonomía departamental, prevista desde la Constitución de 1934⁴⁴. Téngase en cuenta que Uruguay es un Estado unitario con fuerte descentralización territorial en los Gobiernos Departamentales, pero sin que haya, en ningún caso, descentralización del ejercicio de la función jurisdiccional.
- 2.6. La *acción de nulidad de actos administrativos*. La Constitución uruguaya es muy detallada en la previsión de la acción anulatoria de actos

41 Téngase presente que también existe en Uruguay el poder-deber de controlar la regularidad constitucional por órganos no jurisdiccionales: Esteva Gallicchio, 1984, 119-123.

42 Existe una previsión constitucional de efectos generales y absolutos para una decisión de la Suprema Corte de Justicia en el caso de la disposición Uve de la reforma parcial de 1994.

43 Cassinelli Muñoz, 1957-B, 129-146.

44 Conserva en lo sustancial la misma redacción desde que se incorporó en 1934. Véase en doctrina, refiriendo las opiniones anteriores: Rodríguez Galusso, 2015, 395 y ss.

administrativos contrarios a una regla de Derecho (artículos 309 y concordantes). Esto sucede desde 1934, pero el Tribunal de lo Contencioso Administrativo –que no integra el Poder Judicial, pero, por disposición constitucional, ejerce función jurisdiccional⁴⁵–, recién se puso en funcionamiento con la entrada en vigor de la reforma de 1952.

Fue objeto de una Ley Orgánica de 1984 –que las Constituciones ordenaron infructuosamente desde 1934–, denominada –tras el restablecimiento del hilo constitucional– decreto-ley.

Este Decreto Ley Orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo –de mi autoría final–, que regula el procedimiento que se sigue ante el Tribunal para la eventual desaplicación o anulación de actos formalmente administrativos inconstitucionales, ilegales, ilegítimos, en una enumeración muy amplia que comprende toda contrariedad a reglas de Derecho, por lo que hice referencia –ex profeso redundante– también a los actos que fueren expedidos con abuso, exceso o desviación de poder, lo cual delinea un abanico de posibilidades de impugnación por razones de legitimidad de los actos administrativos. El procedimiento a nivel legal ordinario fue objeto de reciente modificación atinente a los tópicos procedimentales, por ley 20.010, de 10-XII-2021.

2.7. La *acción reparatoria patrimonial por los daños causados por un acto administrativo* (artículos constitucionales 312º y L). Fue objeto de una modificación importante por reforma constitucional parcial del año 1997, en cuanto a conferir al actor la opción por promoverla directamente ante el Poder Judicial, o por comenzar con la acción anulatoria del acto administrativo y si ésta es acogida, o si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo formula reserva (art. constitucional 310º, inc. 2º), plantear luego la reparatoria⁴⁶.

45 Es una de las excepciones constitucionales expresas al principio que la función jurisdiccional compete al Poder Judicial.

46 Durante breve lapso en el último Gobierno de facto, se instituyeron Juzgados de primera instancia dentro del sistema orgánico encabezado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

- 2.8. Las peticiones⁴⁷ que se deduzcan por contiendas de competencia fundadas en la legislación y por las diferencias que se susciten entre el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, y, también, en las contiendas o diferencias entre uno y otro de estos órganos, cuyo conocimiento se asigna por la Constitución⁴⁸ al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 313, inc. 1º); que también entenderá en las contiendas o diferencias que se produzcan entre los miembros de las Juntas Departamentales, Directorios o Consejos de los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, siempre que no hayan podido ser resueltas por el procedimiento normal de la formación de la voluntad del órgano (art. 313, inc. 2º).
- 2.9. El conocimiento de las contiendas fundadas en la Constitución compete a la Suprema Corte de Justicia (art. 313, inc. 3º)⁴⁹.
- 2.10. Por último, a los efectos de esta presentación sinóptica y sin pretensión de exhaustividad⁵⁰, es necesario mencionar a la Corte Electoral⁵¹, que – sin integrar el Poder Judicial –, es uno de los órganos jerarcas que integran, en el Uruguay, la constelación de sistemas orgánicos de control, que en ocasiones ejercen función jurisdiccional⁵², pudiendo llegar a anular las elecciones⁵³.

Recapitulando sobre uno de los tópicos de interés comparativo, tenemos acciones constitucionales que tramitan ante la Suprema Corte de Justicia en exclusividad, concretamente la inconstitucionalidad de los actos legislativos formales, a los efectos de la inaplicación en casos concretos; existen

47 Siempre es útil recordar la relación entre acción y derecho constitucional de petición que enseñó el maestro Couture.

48 Reglamentadas por el decreto-ley orgánico 15.524, de 1984, arts. 101 a 103.

49 Única previsión existente.

50 En un análisis completo, debería incluir los casos del art. 253 sobre la jurisdicción militar; del art. 57, inc. 2º sobre tribunales de conciliación y arbitraje; y de los arts. 102 y 103 sobre juicio político.

51 Artículos 322 a 328.

52 La Constitución titula la Sección XVIII “De la Justicia Electoral”.

53 Art. 327º constitucional. La ley 7.690, de 9-I-1924, que antecedió a la constitucionalización de la Corte Electoral, no reglamenta la petición de anulación de las elecciones, limitándose a disponer qué le compete (art. 12-C).

procesos que tramitan ante cualquier juzgado o tribunal del Poder Judicial, por ejemplo, el caso de la declaración de derogación por incompatibilidad con la Constitución de las leyes anteriores a su vigencia. No existe ningún proceso que en el ámbito de las competencias de los juzgados del Poder Judicial tenga constitucionalmente efectos generales y absolutos. El control de regularidad constitucional de los actos administrativos es confiado al Tribunal de lo Contencioso Administrativo a los efectos de su anulación, que en ciertos casos puede ser una decisión que tenga efectos generales y absolutos (artículo 311, inc. 2º).

II.3. ¿EN QUÉ SENTIDO EXISTE UN SISTEMA?

3.1. Es sabido que, en su significado corriente en idioma español, un sistema es un “conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”⁵⁴.

Estimo que, en Uruguay, el objeto⁵⁵ del conjunto en análisis, es procurar asegurar el imperio de la Constitución y del Estado de Derecho.

En tanto que, en el significado jurídico, sistema significa: “modelo, conjunto de reglas, principios o cosas relacionados entre sí”⁵⁶.

Podría aceptarse –haciendo a un lado la valoración comparativa–, que estamos ante un sub-sistema –componente de un sistema– o modelo uruguayo.

No por su originalidad ni por su precisión técnica, sino por cómo combina este sub-sistema del sistema jurídico uruguayo elementos propios de otros modelos.

3.2. En mi opinión, del análisis de la incorporación al Derecho Constitucional positivo de las diversas acciones constitucionales, no surge que haya sido ideado para ser instituido, expreso, como un conjunto coherente, sino que fue producto de una evolución, diría que fue, casi, una suerte de institución por accesión en base a demandas políticas⁵⁷.

54 Aceptación 2, en tanto que la acepción 1 es: “Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí”: <https://dle.rae.es/sistema>

55 Excede mi propósito, en esta oportunidad, distinguir entre objeto y fin.

56 “Diccionario Panhispánico del Español Jurídico”: <https://dpej.rae.es/lema/sistema>

57 Esteva Gallicchio y Gros Espiell, 2005, *in totum*.

Así es posible advertir que la Constitución solamente utiliza la voz acción en los artículos 258 (para designar una de las vías de solicitud de declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos formales); 309 y 319 (acción de nulidad de actos administrativos); 310 y 312 (acción reparatoria patrimonial por acto administrativo).

- a.3. Este modelo uruguayo es producto de la conmixción de modelos en lo que atañe a control de regularidad constitucional de actos legislativos⁵⁸ y de verificación de regularidad jurídica de los actos administrativos⁵⁹.
- a.4. En suma, conformaría un sub-sistema en el sentido de resultar de las previsiones de la Constitución formal de la República. Por tanto, por tratarse de un Estado cuya Constitución es inequívocamente rígida (art. 331° constitucional), las posibilidades del legislador ordinario están acotadas, al tiempo que también lo están por las Convenciones internacionales.
- a.5. Este sub-sistema podría ser objeto de alguna interpretación por ley ordinaria, conforme al artículo 85, ord. 20°; porque a la Asamblea General del Poder Legislativo le compete interpretarla. La doctrina nacional precisa, con efecto “generalmente obligatorio”, porque esa ley interpretativa puede ser declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia. Podría ser útil, por ejemplo, una ley interpretativa sobre control de convencionalidad.

III. CONCLUSIONES

- a. No existió en el último siglo –desde que existen los Tribunales Constitucionales de inspiración kelseniana– una manifestación de Poder Constituyente referida específicamente al sistema de acciones constitucionales; solamente se produjo una interpretación constitucional novedosa de tres artículos, que podrá ser considerada una reinterpretación o una sobre-interpretación, esto dependerá del caso y del autor que utilicemos para la calificación.

58 Véase las importantes cuestiones técnicas que acredita el debate de la primera ley reglamentaria de los procedimientos de solicitud de declaración de inconstitucionalidad (Cikato, 1970, 21 y ss.).

59 De inspiración en los Consejos de Estado francés y similares.

- b. No existe un Código Procesal Constitucional⁶⁰, a diferencia de la Provincia argentina de Tucumán⁶¹, del Perú⁶² o de Bolivia⁶³, entre otros Estados en los que ha sido habitual en los últimos tiempos incursionar en la codificación del Derecho Procesal Constitucional, o que han expedido una Ley de la Jurisdicción Constitucional, como fue el caso originalmente de Costa Rica⁶⁴.
- c. Todas las acciones constitucionales son objeto de regulación de nivel infra constitucional por actos separados. Por ejemplo: solicitud de declaración de inconstitucionalidad: Código General del Proceso, 1989, arts. 508-523; acción de nulidad de actos administrativos (decreto-ley 15.524 de 1984 y modificativos); hábeas corpus Código del Proceso Penal 2017, arts. 351 a 357); hábeas data ley 18.331, de 2008; lesión autonomía departamental (ley 9.515, 28-X-1935).
- d. No existe una referencia en la Constitución al bloque de constitucionalidad, que es producto –felizmente–, de la interpretación doctrinal –inspirada en Nogueira Alcalá–, de artículos constitucionales y que fue recibida jurisprudencialmente⁶⁵.
- e. No hay una previsión expresa del control de convencionalidad, lo cual genera dificultades. Ya existen casos en que se planteó si no es una competencia concentrada en la Suprema Corte de Justicia por efecto del artículo constitucional 239, ord. 1^o⁶⁶, que le comete entender en las cuestiones relativas a tratados, pactos o convenciones con otros Estados.
- f. Existen ciertas dificultades en materia de diálogos jurisdiccionales, a la luz de las peculiaridades de las fórmulas vigentes. El sistema de diálogos debutó con un conflicto, –el momento de máxima tensión

60 Expuse mi opinión, en una primera aproximación, en el Congreso Peruano de Derecho Procesal Constitucional (Huancayo, 18-20-XI-2004).

61 Publicado el 8-III-1999.

62 Ley 28237, publicada el 31-V-2004; Nuevo Código Procesal Constitucional, ley 31307, publicada el 23-VII-2021.

63 Ley 254, 5-VII-2012.

64 Aunque no utilizó la denominación Código para su ley de 19-X-1989.

65 Véase la prototípica sentencia de la Suprema Corte de Justicia 365/2009, de 19-X.

66 Fui el primero en hacer el planteo: 2012, 60-66.

entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia, motivado por el Caso Gelman vs. Uruguay, especialmente en cuanto a la primera supervisión de cumplimiento de Sentencia (20-III-2013) que provocó un duro intercambio entre ambas Cortes que se planteó, por ejemplo, en punto a la cuestión de si la Suprema Corte de Justicia es el “intérprete final de la Constitución” uruguaya. La Suprema Corte entendió que sí, aunque a dicha posición correspondería hacerle varias precisiones.

IV. COLOFÓN

Algunos aniversarios son muy útiles para la reflexión. Ya mencioné el bicentenario del caso Marbury vs. Madison y de la notable argumentación del *Chief Justice* Marshall de 1803.

Ahora celebramos el centenario de los Tribunales Constitucionales de 1920, lo que nos ha hecho poner de resalto la obra un tanto olvidada de Georg Jellinek, el notable jurista alemán, que en 1885 publicara el opúsculo “Un Tribunal Constitucional para Austria” y los aportes de Hans Kelsen con la Constitución de Austria.

El sistema uruguayo cumple con las grandes líneas de lo que han enseñado en los últimos años Francisco Fernández Segado y Lucio Pegoraro. Con palabras de Fernández Segado, existe una “convergencia progresiva”⁶⁷ de los sistemas de control de regularidad constitucional; con palabras de Pegoraro, hay una “hibridación”⁶⁸ de los sistemas.

Se consagra un sistema *-rectius:* sub-sistema-, que implica una constelación de órganos constitucionales competentes para conocer de las acciones constitucionales, sin concentración en uno de ellos, excepto para las materias específicamente preceptuadas.

Es, pues, y en definitiva, un sub-sistema ecléctico de control de adecuación constitucional -ora de actos jurídicos; ora de omisiones, ora de resistencia ante vías de hecho, etc.-, construido a partir de sus tipos o clases, con el propósito de defender el imperio de la Constitución y del Estado constitucional y convencional de Derecho.

67 2002, 10 y ss.

68 2002, 393 y ss.

V. BIBLIOGRAFÍA:

- Barbagelata, Aníbal Luis, "El Pacto universal de los derechos del hombre y las Constituciones de América", *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture* (Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1957).
- Cajarville Peluffo, Juan Pablo: "Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya", *Estudios en homenaje al Prof. Dr. Alberto R. Real* (Montevideo, F.C.U., 1996).
- Cassinelli Muñoz, Horacio: "Oposición superveniente: ¿Derogación o inconstitucionalidad?", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 55 (Montevideo 1957-A).
- "Vías y efectos de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad", *Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo, 1957-B).
 - "Fundamentos y alcances constitucionales de la Acción de Amparo", en *La acción de amparo: Ley No. 16.011 de 19/12/89* (Montevideo, Presidencia de la República, 1989).
 - *Derecho Público* (Montevideo, F.C.U., 2009).
- Cikato, Manfredo A. (Director), *La declaración de inconstitucionalidad de las leyes* (Montevideo, Secretaría de la Presidencia de la República, 1970).
- Couture, Eduardo J.: *Las garantías constitucionales del proceso civil* (1946).
- *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I (Buenos Aires, Editorial Depalma, 1948).
- Esteva Gallicchio, Eduardo: "Esquema sobre algunas oportunidades y medios no judiciales de verificación de constitucionalidad en Uruguay", *"Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político"*, 1984, N° 14.
- *Lecciones de Derecho Constitucional 2º / Historia constitucional del Uruguay*, t. V (Montevideo, Ed. Ingranusi Ltda., 1993).
 - "Estudio Nacional sobre el Sistema de Justicia Constitucional: Uruguay", *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, v. XII, 67-72 (Montevideo, 1996).
 - "La justicia constitucional en Iberoamérica / Uruguay", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 1, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997-A).
 - "La jurisdicción constitucional en Uruguay", en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (Coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Eds. Dykinson S L y otras, Madrid 1997-B.
 - *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional* (México, Ed. Porrúa, 2006 y Lima, Jurista Editores, 2006).
 - "El control de convencionalidad. Situación en Uruguay", *Revista de Derecho Público*, N° 42, 2012.
 - "El amparo en Uruguay", en *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917*, Querétaro-UNAM, IECQ, 2017.

El sistema de acciones constitucionales según el derecho constitucional...

- “Derecho procesal constitucional (Uruguay)”, en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 3ª. Ed. (México, IIJ-UNAM, IECQ, 2021).
- Fernández Segado, Francisco, “La obsolescencia de la bipolaridad «modelo americano-modelo europeo kelseniano» como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”, *Parlamento y Constitución* (2002).
- Ferrer Mac Gregor, Eduardo: *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (México, UNAM-Marcial Pons, 2017). <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3384-panoramica-del-derecho-procesal-constitucional-y-convencional>
- Fix-Zamudio, Héctor, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional procesal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 30 (México, IIJ-UNAM,1977).
- Gamarra Antes, Diego, “Interpretación de enunciados constitucionales y mutaciones en sentido débil en el ordenamiento jurídico uruguayo”, *La Justicia Uruguaya*, 150, 2014.
- Gros Espiell, Héctor, “Los derechos humanos no enumerados o no enunciados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29-C) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, N° 79-84.
- Gros Espiell, Héctor y Eduardo Esteva Gallicchio, *Constituciones iberoamericanas / Uruguay* (México, IIJ-UNAM, 2005).
- Guastini, Riccardo: “La interpretación de la Constitución”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel, Coords., vol. tres.
- Jiménez de Aréchaga Mac Col, Justino, *La Constitución Nacional*, VIII (Montevideo, Editorial Medina, 1947).
- Landoni Sosa, Angel Américo, *El proceso contencioso administrativo de anulación* (Montevideo, Acali Editorial, 1977).
- Pegoraro, Lucio, “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 6, 2002.
- Real, Alberto Ramón: “La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial salvo excepciones constitucionales expresas”, *La Justicia Uruguaya*, t. XVII, 1948.
- , “Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya”, *Revista de Derecho Público y Privado*, t. 40, N° 238, Montevideo, 1958.
- “La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el Derecho uruguayo”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 14, N° 1, Montevideo, 1963.
- Risso Ferrand, Martín J.: “Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay”, *Estudios Constitucionales*, 12, N° 1, 2014.
- *Constitución y Estado de Derecho*, FCU, Montevideo 2021.
- Rodríguez Galusso, Alicia: “Acción por lesión de autonomía”, *Estudios de Derecho Administrativo*, 12, 2015.
- Sampay, Arturo Enrique: *La declaración de inconstitucionalidad en el Derecho uruguayo* (Montevideo, Editorial Medina, 1952) (reedición electrónica UNAM).

Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo*, t. II (Montevideo, Editorial MBA, 1953).

Véscovi, Enrique, *El proceso de inconstitucionalidad de la ley Cuaderno N° 18* (Montevideo, Biblioteca Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967).

LA CONSTITUCIÓN COMO LA CAUSANTE DE LOS MALES Y LA SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS. UNA FALACIA POLÍTICA QUE ASOLA LATINOAMÉRICA*

*Gerardo Eto Cruz***

Sumario: 1.- Marco introductorio; 2.- Las reformas constitucionales en su contexto actual; 3. El plan de gobierno de Perú Libre; 4. La reciente propuesta de reforma constitucional que autoriza someter a referéndum la convocatoria a una asamblea constituyente para elaborar una nueva Constitución; 5. ¿Es la Constitución la causante de los males de un país? Algunas reflexiones sobre la realidad constitucional; 6.- ¿Vivimos tiempos de escenarios constituyentes? 7.- La concepción taumatúrgica de la Constitución

* Bajo similar título, el autor expuso desde la plataforma del Colegio de Abogados de Arequipa y dicha conferencia puede verse en: <https://youtu.be/lBazLXd1qII>.

** Doctor en Derecho Público por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría General de los Derechos Humanos y Teoría de la Interpretación Constitucional; ex magistrado del Tribunal Constitucional; y ex director del Centro de Estudios Constitucionales del TC.

1.- Marco introductorio

En los últimos tiempos se ha empezado a reducir el concepto y la propia idea de lo que es una Constitución. Este reduccionismo no proviene de los predios académicos, sino de la dinámica política, o de la confrontación que se ha empezado a vivir en diversos escenarios de América Latina en los últimos lustros. El tema no debería alarmarnos ni pasar a mayores problemas si se tratara acaso de algunos círculos o corrientes académicas que nunca faltan y que es parte de la propia apertura a la libertad de opinión y de pensamiento en el mundo académico. Sin embargo, el problema no es ya un tema doctrinario; más bien ha empezado a generarse como un *discurso político*, como *prédica ideológica*, como *proyecto político*; en suma, como trincheras de batallas campales que se vienen pregonando en la región y es como una suerte de un nuevo fantasma que recorre, esta vez, Latinoamérica, como es impulsar nuevas constituciones, bajo nuevos techos ideológicos, para ir refundando a los países de América Latina. Diríase que América Latina ha sido tocada por lo que en Europa ya periclitó en el tiempo las corrientes del pensamiento socialista.

Estas prédicas y discursos vienen siendo auspiciado por movimientos al que aquí bien cabe legítimamente calificarlos de *populistas*. Probablemente la etiología de estos movimientos provengan de la confluencia de diversas organizaciones políticas bajo el sustento de un renacimiento post cortina de hierro de un *marxismo jurásico*, bien sean de renovados partidos comunistas, de grupos o movimientos de izquierda, radicales extremistas, muchos vinculados a prácticas de insurgencia y terrorismo (Sendero Luminoso, bajo la fachada actual de un eufemismo "Partido Militarizado", el MRTA, Farc, etc. al que los servicios de inteligencia por lo menos del Perú, se durmieron en sus laureles y bien cabe encontrar una inmensa cuota de responsabilidad, pues el régimen actual de Perú Libre ha copado las instalaciones de este organismo y han empezado inmediatamente a limpiar, depurar y dejar sin efecto toda la información de la seguridad nacional y orden interno). En suma, se trata de una serie de confluencias de heterodoxos movimientos marxistas, provenientes del *Foro de Sao Paolo*; y más recientemente, pero con el mismo norte y empeño en cambiar los modelos liberales, a través del *Grupo de Puebla*. Este desborde político de cuestionar las constituciones, acaso es un pretexto para impulsar reformas totales a las constituciones e instaurar nuevos sistemas políticos. Si bien esto no es nuevo, el tema aparentemente sigue teniendo el mismo signo: que las constituciones

son las causantes de los males en los países de la región; pero también se predica, contradictoriamente, que con una “nueva constitución”, ella sería la panacea y la soluciones a los problemas endémicos de más de doscientos años de republicas liberales. Sobre todo, estas corrientes políticas han empezado a generarse en diversos países de democracias liberales y bajo los escenarios de coyunturas electorales. De hecho, la tesis de Fukuyama si bien sigue siendo aceptable, ella no impide observar críticamente que el pensamiento liberal ha empezado a manifestarse como una *profecía no cumplida* (Lyotard) que necesita estar permanentemente revisada en los marcos de los actuales tiempos, tiempos de una sociedad de posmodernidad o hipermodernidad y que viene galopando en un poder globalizado, pero con políticas locales populistas bajo un escenario que asola al mundo con la pandemia; y bajo los paradigmas que impulsa a nivel planetario la cuarta revolución industrial en donde vienen surgiendo nuevos paradigmas que hoy enfrenta la evolución de la civilización humana.

El presente trabajo, es apenas un pequeño esbozo de un planteamiento que en síntesis, lo dejamos *ab initio* precisado: el cambiar una constitución, sea de cualquier signo ideológico, por otro de techo ideológico socialista, es en rigor, una *falacia* al cual simplemente los diversos movimientos en los interiores de los sistemas políticos de países, como fue en su momento los más paradigmáticos como Cuba, Nicaragua, Venezuela, al que luego siguieron Ecuador, Bolivia, en estos momentos Chile, y la insistencia del régimen que gobierna Pedro Castillo en Perú, cuya meta política es igualmente sustituir la actual Constitución por otra acorde a sus proyectos del “socialismo del S. XXI” es, sin duda alguna, una debida coordinación supranacional de estos movimientos, donde se pretende instalar un régimen que la granítica realidad empírica lo ha refutado, más que mil libros escritos: el proyecto socialista o *neosocialista*, es inviable; la experiencia es contundente y demoledora: la antigua URSS definió dejar sin efecto el largo proyecto socialista por su contundente fracaso (1922-1991); el derrumbe del Muro de Berlín (1989) constituye *el annus mirabilis* que sepultó la concepción ideológica del socialismo que aventuró la profecía de la *felicidad colectiva*; pero en Latinoamérica, está ocurriendo un renacer, fruto de diversos líderes nuevamente pertrechados con una aura mesiánica, apoyados -cuando no- por ciertos movimientos intelectuales, una prensa mercenaria que vive del estipendio estatal de publicidad, individualismos rampante de personalidades “políticamente correctas” identificadas en el argot político

como “*caviares*”, pues sólo apuestan a un cargo público estatal; en fin, son muchos factores que coadyuvan e impulsan un derrumbe de un sistema político, para inaugurar, míticamente, bajo el liderazgo y el hechizo de las “personalidades de la historia” y el “culto a la personalidad” que la vida presuntamente les ha deparado “grandes derroteros”. Por cierto, igualmente no faltan algunas personalidades empeñadas a impulsar una presunta “refundación del Estado en América Latina”, bajo las cortinas ideológicas de los estados plurinacionales e interculturales, como viene en los últimos tiempos auspiciando Boaventura de Sausa Santos¹. En rigor, todo esto es ya una crónica anunciada que se ha vivido en otros países y que no es nuevo, pero el mesianismo renace; probablemente por culpa precisamente del propio sistema liberal al cual, bien cabe también su gran cuota de responsabilidad en la construcción de un Estado Constitucional de justicia social tantas veces postergado.

2.- Las reformas constitucionales en su contexto actual

Los Estados no pueden ser estudiado bajo la entelequia abstracta que establecía la vieja Teoría del Estado por ejemplo, Kelsen², Schmitt³, Heller⁴, Smend, sólo para citar las mentes más lúcidas de la construcción del Derecho Público europeo del siglo XX, ni mucho menos el derecho constitucional puede abstraerse sólo a una reflexión abstracta de sus normas⁵. El Estado, como organización política está en permanente devenir. Germán Bidart sostenía “La vida estatal está en perpetuo dinamismo, en continua tensión; es un hacerse, un proyectarse. El estado, en el orden de la realidad,

1 DE SAUSA SANTOS, Boaventura: *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del sur*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. Lima, 2010, p. 69 y ss.

2 KELSEN, Hans: *Teoría General del derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995; KELSEN, Hans: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, Editorial Porrúa S, A, México 187.

3 SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid 1992; SCHMITT, Carl: *El valor del Estado y el significado del individuo*. Edición, estudio y traducción de Celestino Pardo, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2011.

4 HELLER, Hermann: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, Séptima edición, México 198.

5 HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*. Trad. de Héctor Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2003.

es régimen, y como tal su actividad consiste en realizar repartos de bienes y males. El estado se muestra ante los hombres como un repartidor, encarnado por supuesto en hombres -porque en el orden de la realidad sólo hay hombres- que son los verdaderos repartidores”⁶. Efectivamente, en la dinámica política, existe una permanente lucha de quien está en el poder y que, con ello, pretende impulsar *su régimen*, y por otro lado, los sectores de la oposición, que pretenden desprestigiar o descalificar al régimen político, a fin de ir ganando mayor espacio y también acceder al poder. Esta permanente tensión, es parte de la verdadera esencia de *lo político* y que Schmitt, el gran teórico del *decisionismo político* y uno acaso de la última generación de los “*escritores malditos*” identificó la vida política como una relación de “*amigo-enemigo*” y su esencia misma “*agonal*”, puesto que no se trata simplemente de un juego político entre el vencedor y el vencido. Lamentablemente en el Perú, aún no se ha decantado en forma objetiva y clara quienes son los enemigos y sobre qué. Recordemos que el enemigo es, como identificaba Schmitt, “al grupo de personas que *luchan* eventualmente, es decir, de acuerdo a una posibilidad real frente a otros. El enemigo es únicamente el enemigo público, porque todo lo que se relaciona con un grupo de personas y en particular con todo un pueblo se vuelve *público*”⁷. Evidentemente, a nivel de las estructuras de los que integran el Parlamento en el Perú, aun no decantan sus posiciones frente al calificativo de los enemigos de la democracia, expresado en el actual régimen que pretende desmontar sus bases, a partir de sus propios mecanismos bajo un proyecto, probablemente el único que tienen como meta concreta, clara y coherente: liquidar la Constitución liberal e instaurar una nueva de corte socialista. A ello, le asignamos el calificativo schmittiano de enemigos de la democracia. Recordemos que el mismo Schmitt señalaba que “todo pueblo que no tenga la posibilidad de luchar es un pueblo que no distingue entre amigo y enemigo, por lo tanto, carece de política”. Es lo que a la fecha existe en el país: el *demos*, el pueblo, la ciudadanía, la opinión pública, etc., aun no tienen en claro lo que puede acercarse a futuro, si es que las fuerzas democráticas del país, no apuntan su lucha real y concreta a vencer el proyecto de las fuerzas políticas que hoy han

6 BIDART CAMPOS, German: *Derecho Constitucional*. T. I, Buenos Aires, Ediar, 1965, p. 136-137.

7 Vid. la reciente versión erudita de ZARRIA, S.M.; MASCHKE, G (2019). El concepto de lo político de Carl Schmitt. Versión de 1927, en *Res Pública* 22.1, 259-289.

tomado el poder. Si no existe una reacción frontal, el Perú transitará por el club de los países de *estados fallidos* en la vecindad de la región: Cuba, Venezuela, Nicaragua, y amenaza Chile, Bolivia, entre otros. Con estos países, la idea de libertad quedó sepultada y nadie se conmovió; y cuando han querido reaccionar, la cosa ya era tarde. El tiempo actual es aún de lucha, en todos los frentes, incluso el de desenmascarar a quienes pretenden legitimar el régimen socialista ya instalado en el poder.

Es obvio que quien tiene el poder o llegó a él vía las formas que fueren, pretende mantenerse a toda costa -lo que normalmente ocurría con los golpes de Estado⁸, revoluciones⁹ y otras formas de violencia política-, pero estos hechos, hoy se ven en *lontananza del tiempo*; es decir, ya son pocos los portadores de un acceso al poder mediante las formas revolucionarias atizado por radicalizar la prédica de la lucha de clases. Hoy, los tiempos son otros. Y ello ya lo han advertido muy recientemente Levitsky y Ziblatt quienes sostienen lo siguiente:

“Una vez una persona potencialmente autoritaria llega al poder, las democracias afrontan una segunda prueba decisiva: ¿subvertirá el dirigente autocrático las instituciones democráticas o servirán éstas para contenerlo? Las instituciones por sí solas no bastan para poner freno a los autócratas electos. Hay que defender la Constitución, y esa defensa no sólo deben realizarla los partidos políticos y la ciudadanía organizada, sino que también debe hacerse mediante normas democráticas. Sin unas normas sólidas, los mecanismos de control y equilibrio no funcionan como los baluartes de la democracia que suponemos que son. Las instituciones se convierten en armas políticas, esgrimidas enérgicamente por quienes las controlan en contra de quienes no lo hacen. Y así es como los autócratas electos subvierten la democracia, llenando de personas afines e “instrumentalizando” los tribunales y otros organismos neutrales, sobornando a los medios de comunicación y al sector privado (u hostigándolos a guardar silencio) y reescribiendo las reglas de la política para inclinar el terreno de juego en contra del adversario. La paradoja trágica de la senda electoral hacia el autoritarismo es que los asesinos de la democracia utilizan

8 MALAPARTE, Curzio: *Técnicas de golpe de estado*. Barcelona, Ariel, 2017.

9 ARENDT, Hannah: *Sobre la revolución*. Traducción de Pedro Bravo, Madrid, Alianza Editorial, 2016, p. 29 y ss.

las propias instituciones de la democracia de manera gradual, sutil e incluso legal para liquidarla”¹⁰.

Precisamente, las experiencias, fuera de las guerrillas de Fidel Castro en Cuba, quienes acceden al poder frente al régimen dictatorial del General Fulgencio Batista en 1959, dicho movimiento pretendió, tras la victoria en Cuba, extenderse en Bolivia con Ernesto Che Guevara y en el Perú a través de movimientos, entre los que lideró Luis de la Puente Uceda con el MIR, el Frente de Liberación Nacional (FLN); todos estos movimientos fracasaron. Fuera de Cuba, el FSLN en Nicaragua, fue también quienes impulsaron la “revolución” nicaragüense, cuyo motivo fue el derrocamiento de la dictadura de Anastasio Somoza. La experiencia de Chile, cuando accede al poder Salvador Allende en 1970, fue la primera experiencia de llegar al poder por vías y procedimientos democráticos de elecciones; generándose con ello un caso atípico de iniciar un régimen abiertamente socialista sin haber impulsado la “violencia revolucionaria”. Esta experiencia habría de interrumpirse el 11 de septiembre de 1973, con el golpe militar que duramente asestara el general Augusto Pinochet.

Hoy, se pretende nuevamente instaurar proyectos de regímenes abiertamente socialistas, bajo los marcos de los propios sistemas democráticos. Y es así como en el Perú, con las recientes elecciones ha llegado al poder un profesor, cuya única experiencia es haber liderado sindicatos de maestros; fuera de esas experiencias, nunca formó parte de una experiencia en el manejo estatal, y sólo lo que ha podido mostrar en su proyecto de vida, fueron las jornadas de huelga general indefinida que supuso la afectación de la enseñanza de los niños y adolescentes de edad escolar.

3. El plan de gobierno de Perú Libre

Perú Libre es un partido creado originalmente para liderar proyectos políticos de la región de Junín, lugar de nacimiento de su mentor y creador, Vladimir Cerrón, formado profesional y políticamente en Cuba. Este médico neurocirujano, le viene su formación política desde la propia familia; su padre igualmente fue un líder comunista de la región que fue asesinado, quedando un manto impune de saber quiénes fueron los asesinos. En su ideario, tiene en concreto un proyecto claro, explícito y contundente:

10 LEVITISKY, Steven y ZIBLATT, Daniel: *Cómo mueren las democracias*. Traducción de Gemma Deza Guil, Bogotá, Planeta 2021, p. 16.

suprimir la actual Constitución de 1993 e impulsar una nueva Constitución bajo un techo ideológico socialista. Y así se puede apreciar de lo que consta en el documento Perú Libre. Ideario y Programa. Así, en el Capítulo II rubricado “Hacia una nueva Constitución”. Sostiene:

“Necesitamos promover y lograr un cambio constitucional que incorpore un enfoque diametralmente opuesto, es decir, la brega por una Constitución solidaria, humanista, rescatista y nacionalizadora. La nueva CPP debe redactarse mediante una Asamblea Constituyente, la misma que debe concluir en el desmontaje del neoliberalismo y plasmar el nuevo régimen económico del Estado.”

Cuando se desarrolló la segunda vuelta electoral Perú Libre, bajo la candidatura de Pedro Castillo Terrones, publicaron un Plan de Gobierno de los primeros 100 días. Allí nuevamente sostuvieron la necesidad de la convocatoria a una Asamblea Constituyente:

“CONVOCATORIA A UN REFERENDUM CONSTITUYENTE

Iniciaremos el proceso para la convocatoria a un referéndum constituyente para que la ciudadanía pueda definir si aprueba o no la convocatoria una Asamblea constituyente que elabore una nueva constitución; en el marco de las actuales reglas constitucionales y legales.”

4. La reciente propuesta de reforma constitucional que autoriza someter a referéndum la convocatoria a una asamblea constituyente para elaborar una nueva Constitución.

El 25 de abril del 2022, el Ejecutivo, en las personas del Presidente de la República Pedro Castillo y su Premier Aníbal Torres, hicieron llegar al Congreso de la República, el Oficio 114-2022-PR el Proyecto de ley de reforma constitucional para que una Asamblea Constituyente elabore una nueva Constitución Política, con el objeto de que el Congreso debata y apruebe la propuesta y sea consultada a la ciudadanía por la vía del referéndum en el mismo acto electoral de las “Elecciones Regionales y Municipales 2022” (Ver Anexo del presente artículo).

Frente a esta propuesta, el Congreso decidió después de un debate archivar dicho proyecto, situación que mereció una réplica de parte de Vladimir Cerrón donde señaló que la convocatoria a una Asamblea Constituyente sería por las vías pacíficas o no pacíficas.

Queda claro pues, que uno de los proyectos, dentro del actual régimen de gobierno que lidera el actual mandatario, es la intermitente campaña de invocar, como así lo han insistido intermitentemente la dupla Castillo-Cerrón, que los males que existen en el país se deben a la actual Constitución que, amén de haber sido fruto de un régimen de facto, auspicia un proyecto liberal, del cual una opción socialista significará la solución a los problemas del país.

Hasta aquí, en líneas generales, el contexto muy simple, pero objetivo de lo que se viene desarrollando en la dinámica política del actual gobierno de Pedro Castillo: impulsar la reforma total de la Constitución de 1993.

Los escenarios, no cabe duda, no son halagüeños. No existe un real debate sobre el pensamiento político que se pretende impulsar desde las filas de la izquierda del conglomerado peruano; lo propio, la derecha peruana, no expresa un pensamiento liberal de ideas articuladas y unitarias; sino una dispersión de distintos partidos, con los egos y narcisismos galopantes en candidaturas a los gobiernos descentralizados y los empresarios, desde los sectores gremiales de sus empresas, expresan tíbicamente las preocupaciones mediáticas sobre las políticas anti mineras, el desmontaje de lo avanzado en la economía, la inseguridad jurídica que cunde por doquier; y los medios de comunicación, igual con posiciones disímiles y con tibia postura crítica al régimen. Es evidente que del lado del gobierno, tenemos un régimen extremista, y no se vislumbra sectores “moderados”, y de la oposición, hay de todo pero sin capacidad de consolidar un solo bloque que permita enfrentar los diversos escenarios, sea a nivel parlamentario, en el debate público, en las discusiones ideológicas lo que se pretende instaurar. En el mundo universitario, la pandemia ha liquidado la presencialidad, los estudiantes no discuten, no participan, si bien muchos están en orillas contrapuestas, no hay igualmente debate; pero la izquierda sigue ganando adeptos¹¹.

¿Es que realmente el socialismo tiene una *fuerza moral* para cambiar el sistema liberal, por un sistema corporativo, estatista, colectivista y como tal, debe allanarse el camino hacia ese régimen?

11 Aunque ha corrido mucha agua bajo el puente, siguen siendo válidos los postulados que reflexionara Norberto BOBBIO: *Derecha e Izquierda*. Prólogo de Joaquín Estefanía. Buenos Aires, Tauros, 2014, p. 81 y ss.

¿Realmente se está viviendo una decadencia de la clase liberal en el Perú como en los demás países de América Latina y existe una marcha de los oprimidos hacia una libertad y sin opresión? O es que acaso, la marcha triunfal del actual régimen del Perú, como de otros países de Latinoamérica es hacia el funeral de las libertades y la gente aun no cae en la cuenta que marcha hacia el abismo? Fernando Lamberg, poeta chileno dramatizaba, como suelen hacer los vates, a la gran familia burguesa chilena, cuya decadencia en su narrativa poética pretendía legitimar la experiencia del socialismo de Allende. Este canto, no es nuevamente el canto redivivo de lo que hoy está ocurriendo en Chile; pero el Perú debe mirar al vecino país del sur, a fin de ir tomando las precauciones de las decisiones políticas, para los retos que se pretenden venir. Veamos un pasaje del poemario:

En la vida uno tiene compañía.

En la muerte está solo.

Pero, ¿qué compañía se puede tener

en un planeta lleno de furia?

Nosotras, las grandes familias

sentimos esa asfixia,

la falta del oxígeno.

Creemos que nada puede consolarnos.

Llegó el tenis de la hora final,

el golf del último crepúsculo,

el polo del potro agonizante,

El ski de la nieve más fría.

¿Qué será de nosotras,

las familias de tradición,

si sopla un viento nuevo,

si se enciende la fragua de la rebeldía,

si cada cual cree que puede ser amo?

Ya lo dijo Ortega:

*las masas se rebelan.
No aceptan la existencia
de esta selecta minoría.
No creen que las rosas necesitan quince generaciones
para florecer,
no aceptan que un galgo de raza tiene heráldica,
que el vino se envejece,
que la porcelana debe tener fragua especial,
que la historia no es de descamisados.
Pero sopla este viento maléfico,
se acercan los obreros,
llegan los campesinos,
hay tanta gente que nadie ha presentado,
tantas muchachas sin estreno en sociedad,
tantos muchachos de colegios modestos.
Aparecen personas que nunca habíamos visto,
seres de ninguna embajada,
mujeres sin teléfono,
hombres sin automóvil,
tanta gente sospechosa de proletariado.
¿Y qué haremos ahora?
¿Por qué nos acorralan?
¿Por qué no entienden que el sol nos pertenece,
que la luna es madrina,
las estrellas cuñadas,
que la tierra necesita al patrón,
que la fábrica requiere ejecutivos?*

*Suena esta marea mortal para nosotros.
Las estatuas no nos defienden.
Los jardines no atajan esos pasos.
Angélica, Asunción, Rodolfo,
frutos genealógicos,
racimos de nuestra vid,
defiéndannos.
no dejen que estos pasos rompan nuestras baldosas,
que estas manos quiebren nuestra vajilla.
Defiéndannos en nombre
de lo más sagrado:
la propiedad y la familia¹².*

Es curioso cómo el mundo cultural, en distintas regiones geográficas, tengan siempre el signo de lo “progresista”; pero entre la fragilidad de la cultura, ella también es expresión de la realidad; y el poema, como pretexto en este artículo, es evidenciar cómo el pensamiento ideológico marxista concibe una forma de ver, pensar y entender la realidad. Pero la realidad peruana, ni tiene signos ni ocaso de decadencia; ni mucho menos un cambio radical del sistema político significará un giro hacia un estado de bienestar colectivo.

5. ¿Es la Constitución la causante de los males de un país? Algunas reflexiones sobre la realidad constitucional

Toda Constitución desde sus inicios es un texto que pretende regular dos grandes estatutos que van a permitir a lo largo de su vigencia, mantener una paz y convivencia pacífica en el pueblo que conforma un Estado determinado. Estos dos estatutos son la regulación del Poder político; y por otro lado, la regulación de las libertades y derechos fundamentales de la ciudadanía y de todas las personas que habitan en un determinado territorio. Sostener que un documento de naturaleza constitucional le es

12 LAMBERG, Fernando: *Señoras y señores*. Premio Poesía 1973. Casa de las Américas, La Habana 1973, p. 83-85.

atribuible los males de un país; es una afirmación absolutamente falsa e irresponsable. Y esta afirmación se sustenta en el en diseño de *falacias* que corresponde aquí deslindar y aclarar¹³. Para empezar, los males de un país no obedecen a un conjunto de normas fundamentales que ostenta una Constitución; los males que ocurren en un país son producto simple y sencillamente de las personas que encarnan las grandes *decisiones colectiva* y que son los gobernantes o las autoridades que, como tales, fueron elegidas y que son por tanto, los verdaderos responsables¹⁴. Endilgar el reparto de bienes y males a un documento abstracto es abstraerse más bien de la realidad. La realidad, que proviene del término latino *res* (que significa “cosa”, “objeto”) está conformada por muchas cosas. En su significado específico y propio designa el modo de ser de las cosas, en cuanto existen fuera de la mente humana o independientemente de ella. Lo opuesto a la realidad es la *idealidad* que alude el modo de ser de lo que está en la mente y no es, no puede ser, o no está todavía incorporado en las cosas¹⁵. En filosofía se le identifica como lo ontológico; o una fenomenología de la realidad (fenomenología ontológica u ontología fenomenológica); que al fin y al cabo es el ser¹⁶. Por tanto, la realidad es todo aquello que es o existe de un modo actual u objetivo y, como tal, resulta opuesto a aquello que sólo consististe en una apariencia, una ilusión o una ficción, es solamente posible o ideal, o subjetivo. En el ideal epistémico, la realidad debe ser definido de acuerdo con los presupuestos ontológicos y epistemológicos que brindan la definición del ser, ente o realidad en general¹⁷. Esa realidad es objeto de transformación para bien o para mal, por las personas, a través de su actuar, con tecnologías creadas para diversos fines. Pero

13 HAMBLIN, Charles L.: *Falacias*. Traducción de Luis Vega Reñón, Lima Palestra, 2016.

14 Sobre los grandes misterios de la evolución del progreso y la desigualdad de la humanidad, vid. la reciente reflexión del pensador israelí GALOR, Odar: *El viaje de la humanidad. El big bang de las civilizaciones: el misterio del crecimiento y la desigualdad*. Ediciones Destino, trad. de Olga García Arrabal, Barcelona 2022.

15 ABBAGNANO, Nicola: *Diccionario de Filosofía*. Actualizado y aumentado por Giovanni Fornero; trad. de José Esteban Calderón, Alfredo N Galleti, Eliane CAZENAVE, Beatriz Gonzáles y Juan Carlos Rodríguez; 4ta. Edición, México FDCE, p. 891 y ss.

16 MORA, Ferrater J.: *Diccionario de filosofía*. Vol. IV, Barcelona, Ariel. Nueva edición revisada, aumentada y actualizada por el profesor Josep-María Terricabras, p. 3014 y ss.

17 BENITES, Luis: *Diccionario de Filosofía*, Volumen 2. Dirigido por Marcelo Caballero y Mónica Piacentini, Buenos Aires, Pluma y Papel, 2008, p. 75.

quienes detentan el poder estatal, de hecho pueden cambiar las cosas, pues el régimen político es la dinámica de los hechos y acontecimientos que desea, que impulsan quien detenta el poder y cuyas decisiones, sin duda alguna, afectan a toda la sociedad en su conjunto.

No siempre quien tiene el poder, tiene la *legitimidad* en un Estado; lo que sí tiene es la *dominación* de imponerse en los proyectos que pretende instaurar. De allí que Weber señalaba que la dominación es la probabilidad de que, en un grupo determinado de personas, determinadas órdenes, o todas las órdenes, encuentren obediencia. Y para que ello ocurra, se requiere de un aparato que es la estructura misma del Estado. “Este aparato administrativo puede estar obligado a prestar obediencia al gobernante o gobernantes por pura costumbre o por sentimientos o por intereses materiales o por motivos ideales”¹⁸. Justamente, quienes están en el poder, como es en este caso el actual régimen de manufactura socialista de Perú Libre, tiene como una hoja de ruta trazada inquebrantablemente convocar a una Asamblea Constituyente para elaborar una Constitución, acorde a su credo y concepción ideológica socialista. Y, para ello, se valdrán de muchos factores para poder desencadenar este proyecto. No sabemos, en la línea del tiempo si una *evolución sincrónica* frustrará este proyecto con mecanismos que el propio parlamento puede utilizar, como la *vacancia presidencial*. De ocurrir ello, Pedro Castillo puede ser un Jefe de Estado vacado por una causal de *incapacidad moral*¹⁹, dada la serie de inconductas reprochables que en tan poco tiempo ha venido desarrollando. Si fuera así, el tema sigue en pie: la primera vicepresidenta Dina Baluarte, asumiría por primera vez en la historia de la república, la presidencia; igual, ella más que Pedro Castillo, responde al mismo proyecto de inaugurar una Constitución propia del socialismo del Siglo XXI. A ello se suma una serie de causales que no permiten que ostente el cargo de Vice-Presidenta de la República por tener simultáneamente otros cargos y que igual, forman parte de la política menuda interna del país. No olvidemos igualmente que esta vice presidenta, responde a la estructura partidaria de Perú Libre. Aunque al estar por las encuestas que intermitentemente realizan las

18 WEBER, Max: *Sociología del poder. Los tipos de dominación*. Edición y traducción de Joaquín Abellán, Madrid, Alianza, 2016, p. 69-70.

19 GARCÍA BELAUNDE, Domingo y TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coordinadores): *La vacancia por incapacidad moral. Una mirada a la experiencia peruana y comparada*; 2da edición. Lima Instituto Pacífico, 2018.

empresas, el grueso de peruanos, aun los que votaron por este gobierno, no les interesa en lo más absoluto una nueva constitución; ni mucho menos esgrimen que los tiempos están para discutir el asunto bajo el escenario de una Asamblea Constituyente. Con todo, partidarios de Perú Libre, siguen recolectando firmas para la convocatoria de una Asamblea Constituyente, sabiendo que ello debe pasar previamente por la decisión del Congreso. A su turno, otro movimiento, esta vez liderado por un joven abogado, Lucas Ghersi, viene haciendo lo propio de recolectar firma; pero para que la reforma a la Constitución no sea a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente, lo que significa impulsar una reforma en la propia Constitución. Igual, en el seno del propio Congreso, existen diversos proyectos de reformas tanto legislativas como constitucionales, para preservar la actual Constitución; y otros para reformarla. Este es el estado de la cuestión. Pero veamos un poco más de cerca el tema de la realidad; y si esta ostenta males derivados de la vigencia de una Constitución como es la de 1993.

Hoy la sociedad *de la externalización* constituye por ejemplo la sociedad donde el humano ha hecho de la realidad una serie de cambios, correspondiéndole a muchas personas, cambios o beneficios positivos; y al resto de los seres humanos, lo negativo. Lo propio, en el manejo de la política, en la administración de la *res pública*, si no existe una burocracia estatal meritocrática²⁰ que sepa manejar los ámbitos competenciales de cada entidad gubernamental; sin duda alguna estará destinado al fracaso. Por tanto, una primera constatación empírica que debe reconocerse es que las instituciones políticas, no depende precisamente de su regulación normativa, fuere de una Constitución o de las leyes; sino de la conducta propia de los funcionarios y gobernantes, tanto como de entidades privadas.

Pero insistamos en el tema de la realidad, pero esta vez vinculado a la categoría de la "*realidad constitucional*". Quienes predicán, en este caso, los que dirigen el actual gobierno de Pedro Castillo y los del partido Perú Libre, más toda esa corte ideológica conformado por heterodoxos grupos, individuos como colectivos con ideologías marxistas, etc. sostienen la tesis que la actual Constitución, que tiene de hecho ya 28 años de vigor, ha desencadenado males y que en las grandes mayorías más han recibido el

20 WEBER, Max: *¿Qué es la Burocracia?* Traducción de Rufino Arar, México, Ediciones Coyoacán, 2005.

reparto de males antes que de bienes. No vamos a entrar a cuestionar esta afirmación; sin embargo, un hecho claro es que desde que se impuso la reforma a la Constitución de 1993 relacionada a la descentralización de los gobiernos regionales y municipales, la propia Constitución le ha dotado de una autonomía y un manejo presupuestal que nunca lo han tenido en la historia republicana centralizada en la capital por casi 180 años. Lo que ha existido en los gobiernos descentralizados ha sido un pésimo manejo de políticas públicas y una nula capacidad de gastos deficiente, fuera de las conductas de reproche por corrupción en gruesos gobiernos regionales. Siguiendo con lo nuestro, interesa señalar que una Constitución formal, que es el texto, es simplemente la Constitución escrita; pero ella no es la expresión absoluta de una realidad constitucional. Un texto constitucional como la de 1993, es cierto que está dentro de la realidad constitucional, pero no se agota dicha realidad con ella. Y apunta Bidart: “Y no la agota porque la constitución para ser constitución tiene que implicar *ejemplaridad*, tiene que ser *normativa*. La constitución como vigencia requiere normatividad, porque la vigencia aparece cuando “lo que es” se torna “debiendo ser”, se ejemplariza”²¹. Y es que, al lado del texto constitucional escrito, la realidad la va a contener a ella, pero también va a tener un conjunto de factores externos como las vigencias constitucionales, las mutaciones constitucionales y los fenómenos de desconstitucionalización. Es decir, quienes esgrimen que la realidad vinculada al campo constitucional en términos negativos dimana precisamente de la propia Constitución, no saben que dichas conductas que no son ejemplares ni valiosas no son las que prescribe la Constitución; sino antes bien, son factores *metajurídicos* contrarios a lo que ella prevé.

Por tanto, no podemos atribuir el “reparto de males” a una entelequia abstracta como es un texto constitucional, sino a la voluntad de quien gobierna. Es verdad que una Constitución constituye una hoja de ruta donde el gobernante o los detentadores del poder tiene una suerte de cartografía de cómo debe ser un ideal de buen gobierno; donde se respete las prerrogativas y competencias de todos los órganos que conforman el poder político. Lo propio un texto, a lo mejor pueda entrapar determinadas políticas públicas; y si ello ocurre, depende precisamente del buen manejo del gobernante, para que se desarrolle bajo los principios

21 BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional. Realidad, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional*. Tomo I, Buenos Aires, Ediar 1964, p. 26-27.

de eficiencia y eficacia su gobernabilidad. Hoy, la politología y la sociología contemporánea, sumado a determinadas ramas del derecho público, como es el derecho administrativo, dan cuenta que el manejo del Estado, si bien puede estar entrampado con una serie de normas que no permiten impulsar en términos rápidos y efectivos las *políticas públicas* que requiere la sociedad, es allí donde el gobernante, que es el que realiza las *decisiones colectivas*, debe saber tomar en forma idónea un buen manejo de lo que es el gobierno.

Ian Whitelaw ha reportado a lo largo de la historia que los males, o los hechos “negativos”, más que de normas jurídicas como son las constituciones, han dependido de las peores decisiones que tomaron quienes estaban en el poder. Efectivamente, este historiador señala que “Los pros y los contras de un evento histórico dependen en gran parte de un punto de vista -la victoria de alguien es la derrota de otro-, y son muy pocos los eventos que no tienen un lado inconveniente, desde la perspectiva de alguien. Tristemente, hay muchos eventos que no tienen un lado positivo en absoluto: actos de avaricia, estupidez, egoísmo y salvajismo que no aportan nada a nadie y provocan sufrimiento de muchos”. A ello, este mismo autor contundentemente sostiene la motivación de las peores decisiones en la historia y señala: “Si tuviéramos que elegir una palabra para describir la causa de los peores sucesos [en la historia] ésta tendría que ser “ideología”: formas de pensar que convencen a unos de que su creencia -sea religiosa, política, nacionalista o fervientemente étnica- no sólo es correcta, sino tan absolutamente correcta que justifica imponerla a los demás, incluso si ello implica matarlos”²². Solamente para consignar ejemplos recientes en el Perú, la experiencia del manejo de gobierno de Martín Vizcarra, es uno de los peores desastres en el manejo de la pandemia. Su negligencia ha costado más de cien mil muertos con efecto colateral de más de doscientos mil fallecidos por la pasiva actitud de no haber comprado a tiempo las vacunas, pese a que un grupo de profesionales y científicos despojados de claros tintes políticos, les sugerían la compra de los diversos diseños de vacunas que ofrecían en el mercado internacional. Incluso Sagasti tuvo otro pésimo manejo del gobierno, felizmente fue el Canciller Alan Wagner quien hizo eco de lo que impulsaron el “*Comando Vacuna*” y así se pudo adquirir diversas vacunas. Esas son decisiones positivas.

22 WHITELAW, Ian: *Historia de las peores decisiones. Y de las personas que las tomaron*. Vol. 2, México, Prisa Ediciones, 2014, p. 9.

Pero, como veremos en este trabajo, la peor decisión que pretende establecer el régimen autoritario de Pedro Castillo y su vicepresidenta Dina Boluarte, es mantener el proyecto de una meta trazada por todos los del régimen de Perú Libre y los demás sectores de la izquierda: inaugurar una Constitución en el Perú, la decimotercera Constitución que refunde un proyecto ideológico de régimen socialista.

Precisamente, el formato estatal de las decisiones que realizan los gobernantes, son a través de lo que en la politología se denominan las *teorías de las decisiones colectivas*, que ocupan una larga tradición en el pensamiento occidental. Para entender esta noción, la explicación es muy sencilla, todos los días las personas realizan decisiones individuales lo que supone que lo que ha decidido o resuelto sólo lo beneficia o afecta a dicha persona, en tanto cada persona decide por sí mismo. A la inversa, las decisiones colectivas no las realizan las personas naturales sino un pequeño grupo humano que ostentan los cargos públicos de gobernantes; y su decisión política que tomen, significa que “decide por todos”²³. Una convocatoria a una Asamblea Constituyente, no va a provenir de la decisión individual de la ciudadanía; sino del régimen político que ostenta tras de sí el poder y es el que, en definitiva, se impone en la vía de los hechos, en convocar a una constituyente. Aquí resulta pertinente recordar a Carl Schmitt quien sostiene precisamente que el “Poder constituyente es voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”²⁴. En parte, el régimen actual de Pedro Castillo, tienen la voluntad política, pero no las fuerzas suficientes de poder para imponerlo; es probable que esta insistencia se mantenga en la línea del tiempo, bajo las luchas políticas e ideológicas de quienes apuestan por un país que garantice el respeto a las libertades y derechos fundamentales; o un siniestro proyecto autoritario, colectivista y cuyo futuro es el “éxito” conseguido en Cuba, Venezuela, Nicaragua; y a cuyos predios se alista Chile con el proyecto socialista del otrora líder estudiantil y hoy presidente de Chile,

23 D'ALIMONTE, Roberto: “Teoría de las decisiones colectivas”, en BOBBIO, Norberto *et al*: *Diccionario de Política*. Edición revisada y ampliada. Versión española de José Aricó, Martí Soler y Jorge Tula, México, 2007, p. 423 y ss.

24 SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 93-94

Gabriel Boric Font²⁵. Igual ocurre en Bolivia, y se paralizó el proyecto de esta misma corriente en Ecuador. En suma, si el Perú y las fuerzas democráticas mantienen una posición pasiva; y en el Congreso, los tibios, indecisos, o con subalternos intereses del momento, hipotecan sus votos en favor del actual régimen; puede ocurrir un proyecto que sigue igualmente en pie: buscar el pretexto de cualquier planteamiento de la “*cuestión de confianza*”, para disolver el Congreso y al convocar a elecciones parlamentarias, igual se convocaría a una Asamblea Constituyente, aunque todo ello sea absolutamente inconstitucional. Y es que sigue teniendo peso la postura de Schmitt, “Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del propio Ser²⁶”. Esta es pues la realidad actual: que tras de sí, hay toda una estructura de prensa cortesana y mediática que sistemáticamente emiten *posverdades*, lo propio las armas de las redes sociales en ambos bandos, bajo las noticias falsas²⁷ pero principalmente de un conjunto de actores financiados por el actual régimen y que están vinculados directa o indirectamente, mediante compromisos, informaciones para tratar de generar adhesiones y apoyo al régimen actual, en suma, hay toda una lucha abierta y subterránea por ir generando una predisposición en favor de apostar por una nueva Constitución. Estas metas, sin embargo, han empezado a debilitarse hoy bajo los escenarios de la comunicación política con manifestaciones delictivas de varios actores políticos y familiares del Jefe de Estado cuya justicia hoy los investigan por presuntas comisiones delictivas.

La propuesta del actual régimen de impulsar una Asamblea Constituyente tiene varias lecturas que pasaremos a lo largo de este breve trabajo a precisar. Por lo pronto, debe quedar claro que la Constitución de 1993, de hecho puede ser reformada, total o parcialmente, pero es la propia Constitución la que ha establecido sus propios mecanismos de reforma. A esto la doctrina le denomina *Poder Constituyente Derivado*; pero lo que pretende el actual régimen político, desde la plataforma del Ideario y Programa de Perú Libre es auspiciar un *Poder Constituyente Originario* que

25 CHIA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio: *Propuesta para una nueva Constitución (Originada en democracia)*. Instituto Igualdad. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2020

26 SCHMITT, op. cit. p. 94.

27 ALANDETE, David: *Fake News: La nueva arma de destrucción masiva*. Barcelona, Editorial Planeta, 2019.

permita institucionalizarse en una Asamblea Constituyente. Con ello, este órgano *ad hoc*, tendría absolutamente todo el poder y no tendría ninguna norma que le restrinja su potestad de elaborar e imponer la Constitución que estimen conveniente. Es claro, que lo que desean es configurar la propia ruta ideológica de tener una Constitución de techo ideológico socialista, para impulsar a partir de esta nueva “refundación” de la nación, un texto constitucional que legitime su proyecto de un socialismo que, reiteramos, llevará a la ruina económica, a la miseria y a la conculcación de las libertades fundamentales de la ciudadanía. Así ocurrió con el caso de Venezuela, cuyo poder político se impuso, por encima de los marcos de una reforma derivada de su propia Constitución, y entró en el campo de facto, pero que al final, como sostiene Schmitt, lo que vale es la voluntad política con fuerza para imponerse²⁸.

Finalmente, debemos dejar aquí sentado la idea de que quienes pregonan que una Constitución es la causante de los males, pero que, con el cambio de ella por otra, será la soluciones a los problemas de un país, están asumiendo una concepción propia del *iluminismo racionalista* que se concibiera en el Siglo XVIII. Se trata de aquella concepción en que una organización política se va a crear (un proyecto socialista en el Perú), con la creencia en que la *razón* va a estructurar la vida del estado simplemente con arreglo a las normas que se conciban (una nueva Constitución). García Pelayo que esgrime esta tipología sostiene que el concepto racional normativo “Concibe la constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La constitución es, pues, un sistema de normas. No representa una suma o resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares posibles”²⁹. Subyace

28 BREWER-CARÍAS, Allan R. y GARCÍA SOTO, Carlos (Compiladores): *Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Editorial Temis, Bogotá, 2017.

29 GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho constitucional comparado*. Introducción de Manuel Aragón, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 34.

en esta concepción, la idea de que por el sólo hecho de que se elabore, en este caso, una nueva Constitución que suponga la ruptura de viejas estructuras del poder, y la inauguración de nuevas formas de regulación del Estado y la sociedad, se liquidará el antiguo dominio de la burguesía y las organizaciones colectivas tendrán un mayor bienestar. Lo que ha buscado el actual régimen de Perú Libre es hacer del constitucionalismo, un *discurso político* para justificar su régimen³⁰, en busca de adherentes, ya no sólo con los votos que le otorgaron la victoria (muy discutible aun); sino la adhesión al proyecto que tiene en miras y que para ello, cuentan con una amplia gama de partidos de izquierda y agrupaciones “progresistas”; sumados a la intelectualidad y los diversos movimientos que integran la dinámica cultural peruana, individuos que destacan como escritores, poetas, comentaristas, opinólogos, periodistas etc. En suma, un importante sector de la sociedad peruana. En realidad, esto recuerda que desde hace ya muchas décadas, al ocaso de las luchas por tomar el poder vía las armas de la violencia revolucionaria, se ha generado una suerte de un “*radicalismo latinoamericano*”. En efecto, desde hace ya muchas décadas, América Latina ha enrumado una cultura política tanto individual como colectiva hacia formaciones de centro-izquierda, con una base social de clientela electoral entre clases medias urbanas, tanto como un grueso sector rural, así como de la intelectualidad burguesa “progresista”. La raíz de esta explicación, puede tomarse brevemente de las reflexiones que realizan José Aricó, Martí Soler y Jorge Tula, el primero con orientación marxista y los dos como latinoamericanistas: “[El radicalismo latinoamericano], su desarrollo, crecimiento y organización fue fruto de un “proceso de descomposición del bloque oligárquico que orientó la construcción de las formas estatales emergentes de la ruptura del orden colonial y el desplazamiento de las corrientes hacia la formación de un nuevo bloque social y político basado en la incorporación de las masas populares en la vida política nacional. En tal sentido, fueron estas corrientes genéricamente radicales las que lograron configurarse como grandes partidos “populares”³¹. En el caso del Perú, este radicalismo devino en la década de los ochenta en organizaciones extremistas y sanguinarias como Sendero Luminoso y el MRTA,

30 SCHIERA, Pierangelo: *El constitucionalismo como discurso político*. Traducción de Adela Cañada y Manuel Martínez Neira, Universidad Carlos III de Madrid, 2012, Dykinson, Madrid, 2012, p., p. 23 y ss.

31 “Radicalismo latinoamericano”, en BOBBIO, Norberto, *et al: Diccionario de Política*, op. cit. Vol. II, p. 1333.

grupos al que formalmente, habrían sido liquidados en los campos de batalla, como en el plano político. Pero esta aseveración hoy no es válida, pues irónicamente la estructura partidaria y el conglomerado de Perú Libre, tiene hoy como fuentes, diversas agrupaciones supérstites de este extremismo y que hoy incluso ocupan diversos cargos en el manejo del Estado. Con todo, no podemos dejar de observar que, el proyecto que se pretende gestar, en los hechos, ha sido un fracaso rotundo en todos los modelos donde se quiso impulsar un proyecto abiertamente socialista. De ello, da cuenta la reciente historia con la caída y desmoronamiento de la antigua URSS y sus satélites de la ex Europa del Este.

A raíz del derrumbamiento del “*socialismo real*” que fue un fracaso absoluto y que la propia URSS terminara autoliquidándose precedido por la *Glasnost* y la *Perestroika*, la era de la cortina de hierro marcaría un hito final, consolidándose presuntamente sin competencia, el liberalismo; pues el siglo XX supuso la partida de defunción del fascismo, quedando sólo dos grandes contendores: el liberalismo y el socialismo. Fenecido el socialismo, diversos pensadores han esgrimido que, en el marco de la evolución de la historia del pensamiento político, sólo reinaría la era de las democracias liberales. No sabemos si esto sea ahora absolutamente cierto. Es verdad que el propio Fukuyama es su “Epílogo” a la segunda edición de “El fin de la historia y el último hombre” (2006) se interroga si los principios como por ejemplo *libertad e igualdad*, que son el fundamento de la democracia liberal, tienen acaso un significado universal. Para este pensador, cree que sí y que la lógica es que la democracia se propagará alrededor del mundo con la evolución de la sociedad³². Es cierto que, desde la perspectiva de Lyotard, tanto el liberalismo como el socialismo, se han configurado en los *metarrelatos* al que la posmodernidad enfila sus críticas: el liberalismo predica la felicidad individual y afirma el derrotero del proyecto de vida de cada uno; en tanto en el socialismo, la felicidad colectiva, lo demuestra la experiencia, ha llevado sólo a la ruina y a la frustración de los pueblos sojuzgados por la democracia colectiva y bajo el yugo de un solo partido. Hoy, vemos que en todos los sistemas liberales de democracia existentes en el mundo, la palanca y el motor del desarrollo lo dota la economía que genera nivel de vida de mayor beneficio; y hoy, el mundo contemporáneo se

32 FUKUYAMA, Francis: *¿El fin de la historia? y otros ensayos*. Presentación y selección de Juan García-Morán Escobedo, Madrid, Alianza Editorial, 2016, vid. Epílogo, p. 144 y ss.

ve asolado por masivas migraciones de personas que se trasladan a países de Europa Occidental, Estados Unidos, Japón Australia; nunca apuestan a países de lo que queda de fachada socialista. Esto revela que la opción de insistir en un proyecto socialista, o bajo el nombre con que se califique el cambio del modelo de las democracias liberales, no tienen un futuro; o dicho de otro modo, los pueblos conducidos a un proyecto antiliberal bajo formas de gobierno autoritario, sin garantías mínimas de la igualdad y la libertad, está ciertamente condenada a seguir reafirmando lo que ya ha ocurrido en la historia del pasado siglo XX: tiranía, muerte, desolación, y la sepultura de las libertades. La experiencia de los regímenes comunistas que han existido en el siglo XX han sido ciertamente desoladores. Los crímenes y parte de lo que forma hoy el mal político³³ arroja un primer balance numérico que es apenas una aproximación mínima³⁴:

- URSS, 20 millones de muertos,
- China, 65 millones de muertos,
- Vietnam, 1 millón de muertos,
- Corea del Norte, 2 millones de muertos,
- Camboya, 2 millones de muertos
- Europa oriental, 1 millón de muertos,
- América Latina, 150.000 muertos,
- África, 1,7 millones de muertos
- Afganistán, 1,5 millones de muertos
- Movimiento comunista internacional y partidos comunistas no situados en el poder, una decena de miles de muertos

En este contexto, es claro que la democracia occidental, con todos sus yerros que tiene, con sus inevitables gobernantes muchos sin aliento de estadistas; con sus clases políticas posiblemente que no han estado a la altura de desarrollar grandes decisiones políticas y gubernamentales; con toda la cleptocracia que intermitentemente ha existido en la historia,

33 WOLFE, Alan: *La maldad política*. Trad. Ana Herrera, Edit. Galaxia Gutenberg, Barcelona 2013.

34 COURTOIS, Stéphane; WERTH, Nicolas: *El libro negro del comunismo. Crímenes, terror, represión*. Tercera edición, Arzalia, Madrid, 2021.

sigue siendo la opción que debe preservarse. Y es que la democracia constitucional tiene sus propios mecanismos para revertir inconductas de gus gobernantes. Es obvio que no queremos gobernantes cleptocráticos, pero no cabe duda que el liberalismo debe y sustenta una profunda ética de la propia dignidad de la persona; situación que el socialismo en su praxis lo que generó sólo fue muerte y desolación; y la individualidad de cada miembro de ese colectivo humano llamado Estado lo postró a una muerte civil. Un Estado Constitucional, sin duda alguna, no permite ni permitirá que existan gobernantes que hayan festinado desde el manejo de su poder conductas delictivas. La historia del siglo XXI en el Perú da cuenta inmediatamente del sometimiento de los que gobernaron el país, a procesos judiciales. Y es que aquí, no está la moral puesta en juego en la individualidad de las personas; es el dilema que ya Weber lo planteó hace muchas décadas: decidir entre la ética de las convicciones o la ética de la responsabilidad³⁵. Es cierto que las recientes reflexiones que plantea Yuval Noha: "...el liberalismo no tiene respuestas obvias a los mayores problemas a los que nos enfrentamos: el colapso ecológico y la disrupción tecnológica. Tradicionalmente, el liberalismo se basaba en el crecimiento económico para resolver como por arte de magia los conflictos sociales y políticos difíciles. El liberalismo reconciliaba al proletariado con la burguesía, a los fieles con los ateos, a los nativos con los inmigrantes y a los europeos con los asiáticos, al prometer a todos una porción mayor del pastel". Prosigue este pensador señalando que: "[...] nos queda la tarea de crear un relato actualizado para el mundo". Y sentencia: "Por tanto, las próximas décadas podrán estar caracterizadas por grandes búsquedas espirituales y por la formulación de nuevos modelos sociales y políticos. ¿Podría reinventarse de nuevo el liberalismo como lo hizo a raíz de las crisis de las décadas de 1930 y 1960, y renacer más atractivo que antes? ¿Podrían la religión y el nacionalismo tradicionales proporcionar las respuestas que se les escapan a los liberales, y usar la sabiduría antigua para crear una visión del mundo actualizada? ¿O quizá haya llegado el momento de cortar para siempre con el pasado y elaborar un relato completamente nuevo que vaya más

35 Vid. el trabajo en la coyuntura electoral que escribimos en su momento: ETO CRUZ, Gerardo: "PERÚ: Qué pasó. Un quinquenio de desvaríos (2016-2021). Prolegómenos de un Bicentenario y unas elecciones entre la ética de las convicciones y la ética de la responsabilidad". En: *Reflexiones constitucionales sobre el bicentenario*. Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2021, p. 225 y ss.

allá no solo de los antiguos dioses y las antiguas naciones, sino incluso de la esencia de los valores modernos de la libertad y la igualdad?³⁶

Como se podrá apreciar, si bien el liberalismo en el marco del Tercer Milenio, con el siglo XXI y en este año mítico 2021, sumado al epónimo Bicentenario de la Independencia y la fundación de la República del Perú, probablemente por vez primera, fuera del período de los años 30, se enfrenta el choque de un proyecto abiertamente socialista que lo lidera el jefe real del partido Perú Libre; mientras la clase liberal del Perú, no ha consolidado un pensamiento uniforme, pues más han estado pensando en intereses económicos y la cultura política ha venido marcando grandes cotas del poder del pensamiento marxista. A ello se suma la mediocridad de la clase de derecha, dividida, con crisis de liderazgo, con partidos que no han consolidado la renovación de una juventud con ideales democráticos.

No obstante todo ello, el escenario sigue más que parejo: luchar y defender la democracia constitucional republicana. No se trata, por tanto, de sucumbir y rendirse a la tentación liberal; sino que es el sistema liberal el que permite la existencia de la condición humana en libertad e igualdad³⁷; las quimeras del socialismo lo evidencian la realidad con el despojo de las libertades y derechos de los ciudadanos de dictaduras populistas en la región y fuera de ella.

6.- ¿Vivimos tiempos de escenarios constituyentes?

Hablar si el Perú vive una necesidad de impulsar una nueva Constitución significa formularse la pregunta si efectivamente existen los ambientes externos condicionantes de la presencia de un verdadero “*acto constituyente*”. Y, por otro lado, si acaso es necesario y urgente que el Perú, en estos momentos le sea vital e impostergable que se debata la necesidad de una nueva Constitución.

Sánchez Viamonte precisa tres conceptos que resulta pertinentes tomarlos aquí en cuenta:

36 NOAH HARARI, Yuval: *21 lecciones para el siglo XXI*. Traducción de Joandoménech Ros, Lima, Debate, 2021, p. 35.

37 PORTA PERALES, Miquel: *La tentación liberal. Una defensa del orden establecido*. Barcelona. Ediciones Península, 2009.

- a) *El acto constituyente*: que es el instante cronológico donde se impone la necesidad de que existe la voluntad política a través de hechos, cuya eficacia permite al pueblo organizarse en una nueva sociedad civil, en un nuevo régimen, como es el que pregona el gobierno actual. Es evidente, al estar por las encuestas que suministran los medios de comunicación, que lo último que la ciudadanía desea es una constitución. Ello, porque la pandemia ha reducido el poder adquisitivo de los peruanos, existen millones de personas que han perdido puestos de trabajo, todos están con la preocupación de adquirir medios y sustentos económicos para llevar el sustento a sus hogares; sumados al temor de la pandemia; por tanto, no existe, ni aunque el régimen pretenda impulsar, una voluntad a un debate de una Asamblea Constituyente, no existen una atmósfera, no hay condiciones ni psicológicas, ni mucho menos una voluntad espiritual y política del pueblo.
- b) *El poder constituyente*, que consiste en la suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico; es evidente que toda constitución presupone la presencia de un poder constituyente; y ya la doctrina ha hecho un deslinde entre un poder constituyente originario y un poder constituyente derivado. Este último es el que existe y lo detenta el Congreso; de tal manera que si se quiere debatir un escenario de reformas, allí está el órgano legislativo que, al reformar la constitución, deviene en un poder constituyente derivado, porque “deriva” sus mecanismos de reforma en la propia constitución; lo que no ocurre en el escenario de una Asamblea Constituyente, donde el poder constituyente originario lo tiene todo, y puede otorgar una constitución con una determinada “voluntad política” distinta a los valores democráticos: una constitución socialista.
- c) *La Constitución*, que es, al mismo tiempo, organización del Estado y orden jurídico para la sociedad³⁸. Esa constitución que saldría eventualmente de una Asamblea Constituyente, tendrá un *techo ideológico*, una *fórmula política* reñida con la democracia militante que encarna una democracia liberal; aun con los problemas que ella, como todo sistema político enfrenta en su propia dinámica política. Y ¿por qué

38 SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos: *El Poder Constituyente*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, p. 564.

es que este régimen de Pedro Castillo, de Perú Libre, y de todos los sectores del conglomerado de izquierda pretenden una nueva constitución? Muy simple, porque las reglas de juego del estatuto del poder se cambiarían, y con ello, la perpetuación en el poder queda definitivamente asegurado por décadas. De allí que hay que ser absolutamente más que inocente, un minusválido mental, permitir este siniestro proyecto.

Para que exista un acto fundante de una nueva Constitución, es necesario que exista un verdadero “acto constituyente” que es la voluntad política. Es claro que esa *voluntad*, para el caso del momento en que se vive sólo es atribuible al actual régimen político. Tienen la voluntad, pero institucionalmente no cuentan con los marcos constitucionales que le permitan llevar a buen puerto su proyecto del delirio de una nueva Constitución. El poder constituyente es la función que corresponde al titular de esa voluntad; en este caso una presunta Asamblea Constituyente significaría la presencia de un Poder Constituyente Originario con un poder absoluto donde se impondría una fórmula política socialista. Cualquier pretensión de reforma total de la Constitución sin los requerimientos del Congreso, será un Poder Constituyente Originario, y por tanto, fruto de un *régimen de facto*³⁹. La Constitución es la voluntad jurídica en que esa voluntad política se convierte al adquirir carácter normativo. El tiempo dirá si entre las fuerzas políticas democráticas y las fuerzas de la izquierda, una de ellas vencerá y su voluntad política se verá institucionalizada en una flamante Constitución.

Los tiempos, no son de escenarios constituyentes; el que un Partido como Perú Libre, que fue un vientre de alquiler para auspiciar a un candidato inepto a la presidencia de la República haya ganado las elecciones, no debe significar que dicha “voluntad política” se va a ver institucionalizada finalmente en una nueva Constitución. Y es que la teoría del poder constituyente supone que tras una Constitución, siempre debe haber un poder que lo convoque; y la actual confrontación entre el Ejecutivo y el Congreso, hay una sistemática batalla por establecer los mecanismos de que se genere ese cambio constitucional. Pero no hay ni voluntad política del pueblo soberano, ni de las propias

39 ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo: *Poder Constituyente y otros ensayos*. Estudio preliminar de Gerardo Eto Cruz, Trujillo, Normas Legales, 2002, p. 63 y ss.

fuerzas políticas en el Estado; aun cuando el poder político lo detente el régimen que auspicia un escenario constituyente⁴⁰.

Si bien es cierto que cada uno es, sin más, hijo de su tiempo y de su época; los hombres inteligentes pueden odiar su tiempo, pero saben de todos modos que su vivencia pertenece irrevocablemente y que no puede huir de *su* tiempo. ¿Son estos tiempos, de pandemia y de crisis mundial, de recomposición del poder a nivel de la globalización, tiempos para impulsar en sede nacional un cambio de Constitución? ¿Es realmente oportuno y acaso lo contemporáneo que se vive en América Latina? El filósofo Giorgio Agamben se interrogaba qué es lo que ve uno en su tiempo. Y señalaba que “Todos los tiempos son, para quien experimenta su contemporaneidad, oscuros. Contemporáneo es, justamente, aquel que sabe ver esa oscuridad, aquel que está en condiciones de escribir humedeciendo la pluma en la tiniebla del presente”⁴¹. No hace falta ser inocente o un tonto útil para evidenciar que, un proyecto oscuro de un régimen socialista, no es la luz, ni la verdad ni el camino. El tránsito de estos regímenes, lo único que han causado en el mundo, ha sido muerte, destrucción y la anulación de la individualidad del ser humano. Las libertades, los proyectos de vida de cada uno, serán simplemente una masa amorfa, carente de identidad; es un número más, mientras la opulencia de la burocracia del partido único, bajo la estructura partidaria del régimen, serán los pocos que gozarán de las prebendas estatales dispuestas como un botín.

7.- La concepción taumatúrgica de la Constitución

En la Teoría Constitucional, ríos de tinta existen para identificar diversas tipologías, concepciones o clasificaciones de lo que es una Constitución; y todas son válidas y ello se mide en función a su propia utilidad. Así lo han abordado, desde los grandes “gigantes de Weimar” como Kelsen, Schmitt, Heller, Smend, entre otros; o posiciones como las de Manuel García Pelayo, Karl Loewenstein; o tipologías esgrimidas desde nuestra Latinoamérica como de Germán Bidart Campos, Néstor Pedro Sagüés en Argentina; o Domingo García Belaunde en Perú, o de Héctor Fix-Zamudio, Diego Valadés, Jorge

40 MARDON ZÁRATE, Guillermo: *¿Reforma o Revolución? Los dilemas del debate para una reforma constitucional en el Bicentenario*. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde. Grijley, Lima, 2021, p. 127 y ss.

41 AGAMBEN, Giorgio: “¿Qué es lo contemporáneo?”, en *Desnudez*; 2da edición, traducción de Cristina Sardoy, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2014, p. 21.

Carpizo, entre otros en México. Y no hablamos de los clásicos pensamientos con los contemporáneos como de Francia, Italia, España, Portugal. En suma, en todos los países de la región, se han planteado, una serie de apreciaciones y enfoques en torno a las constituciones.

Por lo pronto, nosotros sin pretenden entrar en una tipología más de lo que es o debe concebirse en torno a lo que es una Constitución, bien podemos señalar que se puede identificar una suerte de identificación de ella, a partir de ciertos presupuestos en torno a la forma cómo se le concibe a una norma fundamental.

Taumaturgia es aquella “Facultad de realizar prodigios” y que por lo general son sucesos extraños que exceden los límites de la naturaleza, como son hechos sobrenaturales, milagros. Lo taumatúrgico, está vinculado a las capacidades humanas que pueden detentarlo un mago, un santo, un rey; también se atribuyen estos prodigios a objetos, en el campo religioso a las reliquias. En el caso de una Constitución, se puede identificar a este documento político, como una concepción taumatúrgica de que, al contarse con un texto idealizado por quienes pretenden imponerlo, por sí y ante sí, va a tener ese hechizo mágico de mejorar los males que existen en un país. El texto constitucional será así la panacea que abrirá una cartografía de ruta en un sistema político, y con sus nuevos postulados, principios, valores e instituciones políticas que se establezcan en la realidad del país cambiará para mejor. Es probable que una Constitución de concepción taumatúrgica, sólo opere bajo los marcos de quienes están detentando el poder, que son la renovación mística de la liquidación de una tradición de gobiernos, y la instauración de un nuevo ciclo de gobierno. Subyace en ella, parte de una concepción racionalista, iluminista como lo fue bajo los antiguos ideales de la revolución francesa que cerraba el ciclo del antiguo régimen de las monarquías. En efecto, una breve evolución del Estado moderno durante los últimos quinientos años, permite apreciar diversas formas de organizaciones política previas, y lo más probable es que en la mente de los que inauguraban sus proyectos de voluntad política, abrigaban una concepción taumatúrgica de concebir que la voluntad y decisión política, se plasmaría en la realidad, sea del viejo mundo gótico, del renacimiento y lo propio con el advenimiento de los Estados modernos⁴². Hay igualmente en

42 CÁRDENAS GRACIA, Jaime: *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional de México, México, 2017, p. 47 y ss.

una Constitución taumatúrgica el concepto de Constitución dirigente que planteaba José Joaquim Gomes Canotilho. Es decir, aquella Constitución que es fruto de un testamento histórico de un poder constituyente que establece un conjunto de programas y lineamientos de gobiernos de lo que a futuro debe implementarse. Se trata de un texto en oposición a las constituciones principistas, sino programáticas. Este tipo de constituciones son como arquetipo la brasileña de 1988, la portuguesa de 1976, la mexicana de 1917. Las constituciones taumatúrgicas tienen mucha dosis de utopías no realizables y que, probablemente, Gomes Canotilho en parte rompe y supera esta vieja concepción que manejara en su momento⁴³. Sin embargo, sus planteamientos de reflexión siguen siendo moralmente permanente, pues sostiene que la Teoría de la Constitución debe seguir siendo la instancia crítica de un constitucionalismo reflexivo que evite dos unilateralidades: a) el peso del discurso de la metanarratividad, que hoy sólo podría subsistir como reliquia de una utopía del sujeto del dominio y de la razón emancipatoria; y b) la deestructuración moral de los pactos fundadores escondidos, muchas veces, en un simple esquema procesal de la razón cínica económica-tecnocrática. Si bien, Gomes Canotilho ha replanteado sus reflexiones en torno a la concepción de la Constitución dirigente⁴⁴; ello no impide señalar que la Constitución taumatúrgica, tiene mucho de estas concepciones, en la medida que el texto constitucional, por arte de una presunta eficacia en modificar la realidad que regula, dicha realidad es modificada por el imperio de la norma constitucional. Así, los valores que ella pregonara, el hechizo de su eficacia cambiará la realidad. Pero es evidente que solo son quimeras normativas, porque simplemente la Constitución taumatúrgica está sólo en las mentes de quienes confunden el *desiderátum* de sus mentes, con lo que es la propia realidad.

Lo que *debería* existir, es un real régimen de gobierno que de cara al bicentenario lo enfrente con pasos firmes; y bajo los marcos de la pandemia que asola al mundo, desarrolle las rutas de lo que debe ejecutarse para que el Perú retome por la senda del bienestar y el desarrollo. Algunas

43 GOMES CANOTILHO, José Joaquim: “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 15, Número 43, Enero-Abril, 1995; pp. 9-23.

44 GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Teoría de la Constitución*. Madrid, Dykinson 2002.

de estas rutas, ya desde la perspectiva de la reflexión privada no se han hecho esperar⁴⁵.

Es más, las presencias de procesos constituyentes han empezado a reaparecer en diversas latitudes no sólo de América Latina, África y Europa, sino incluso en España; y es efectivamente correcto lo que pasa revista Gerardo Pisarello que auspiciar un proceso constituyente significa, entre otros aspectos, las rupturas históricas para auspiciar las refundaciones de nuestras repúblicas; como también ha significado procesos democratizadores del siglo XX, pero el Siglo XXI está tenido por ofensivas “deconstituyentes y desdemocratizadoras” apunta este académico, y en cuyo escenario se presentan resistencias como frenos temporales a los procesos de cambio que pueden terminar con “contrarreformas explícitas, o mediante mutaciones tácitas y cambios sustanciales en la interpretación de las previsiones constitucionales vigentes. Pero también se impondrían, en algunos casos, mediante procesos más o menos violentos, como los golpes de Estado, que desplazan a las instituciones existentes, restaurando los viejos marcos constitucionales o instaurando otros de signo elitista o despótico⁴⁶”.

En parte, lo afirmado por Pisarello desde la óptica europea no es efectivamente tan cierto, porque no siempre un proceso constituyente como los que se pretenden impulsar en América Latina, son para consolidar una democracia de libertades civiles y políticas, tanto como las libertades económico, sociales y culturales; sino la de un proyecto con clara ideología del socialismo del siglo XXI lo que significa que son proyectos que conducirán a liquidar la democracia liberal, e instaurar una democracia colectivista cuyos resultados saltan a la vista: pobreza, estados fallidos, éxodo, muerte, desolación, ruina, eso es lo que ha dado el socialismo en su historia.

45 Por ejemplo: I. Reactivación económica para el crecimiento sostenido (Luis Miguel Castilla). II: Empleo, formalización y protección social (Miguel Jaramillo). III Gestión sostenible de recursos naturales (Roxana Barrantes). IV: Gestión pública eficiente para mejorar servicios (Carlos Oliva). V: Salud desde la prevención y cuidados médicos cercanos (Janice Seinfeld). VI: Educación para la empleabilidad (Daniel Alfaro). VII: Agua y saneamiento de calidad (Milton vos Hesse). VIII: Reforma fiscal para la estabilidad macroeconómica (Luis Miguel Castilla), todo ello en: AA.VV.: *Propuestas del Bicentenario. Rutas para un país en desarrollo*. Lima, Debate, 2021.

46 PISARELLO, Gerardo: *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*. Trotta, Madrid, 2016, p. 79-80.

ANEXO

PROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE AUTORIZA SOMETER A REFERÉNDUM LA CONVOCATORIA DE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE PARA ELABORAR UNA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente

Artículo 1.- Objeto de la Reforma

El objeto de la reforma constitucional es autorizar al Presidente de la República, someter a referéndum, de conformidad con el procedimiento establecido en el segundo párrafo del artículo 206 de la Constitución Política, la convocatoria de una asamblea constituyente para elaborar una nueva Constitución Política.

Artículo 2.- Incorporación del artículo 207 de la Constitución Política del Perú

Incorpórese el artículo 207 de la Constitución Política, conforme al texto siguiente:

“Artículo 207. Asamblea Constituyente La elaboración y aprobación del proyecto de nueva Constitución está a cargo de una Asamblea Constituyente elegida por el pueblo, cuya propuesta de texto constitucional es sometido a referéndum popular ratificatorio.

La iniciativa de convocatoria a referéndum para la elección de miembros de la Asamblea Constituyente corresponde al Presidente de la República con aprobación del Consejo de Ministros; o por solicitud de los dos tercios del número legal de Congresistas; o por un número de ciudadanos y ciudadanas equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral nacional.

Dicha iniciativa se remite al Congreso de la República para su aprobación.”

Artículo 3.- Incorporación de disposiciones transitorias especiales

Incorpórese a la Constitución Política, las disposiciones transitorias especiales cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima y undécima.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS ESPECIALES

CUARTA. El referéndum para una convocatoria a una Asamblea Constituyente se realiza en el mismo acto electoral de las “Elecciones Regionales y Municipales 2022”. El presente proceso de referéndum será un proceso autónomo e independiente al proceso electoral convocado mediante D.S. N0001-2022-PCM. No modifica ninguna regla del mencionado proceso electoral convocado y contará con una cédula especial para dicha consulta.

QUINTA. El referéndum se realiza por medio de una cédula especial que contiene la pregunta: **¿Aprueba usted la convocatoria de una Asamblea Constituyente encargada de elaborar una nueva Constitución Política?**, con las alternativas a la pregunta: **SÍ** o **NO**.

SEXTA. La convocatoria para la elección de miembros de la Asamblea Constituyente la realiza el Presidente de la República, mediante Decreto Supremo, con aprobación del Consejo de Ministros. La elección de Asambleístas deberá realizarse en un lapso no mayor de ciento veinte (120) días calendario contados desde su convocatoria. La Asamblea Constituyente se instala en un plazo no mayor de quince (15) días calendario desde la proclamación y acreditación de los Asambleístas electos por el Jurado Nacional de Elecciones. La Asamblea Constituyente aprueba su propio Reglamento. Los Asambleístas gozan de las mismas prerrogativas e incompatibilidades que los Congresistas.

SÉPTIMA. La Asamblea Constituyente tiene como única competencia la elaboración y aprobación del proyecto de nueva Constitución Política, en un plazo máximo de nueve (09) meses, contados desde su instalación, el que podrá prorrogarse, por una sola vez, por tres (03) meses.

Durante la elaboración del proyecto de nueva Constitución Política, todos los organismos constitucionalmente autónomos, gobiernos regionales y locales y demás entidades públicas, mantienen plenamente sus funciones, competencias y atribuciones.

Los poderes constituidos u organismos constitucionalmente autónomos no pueden impedir en forma alguna las decisiones de la Asamblea Constituyente. **Ésta tampoco podrá modificar el actual periodo del mandato para el cual fueron elegidos por el Presidente y los congresistas de la República.**

Una vez redactado y aprobado el proyecto de nueva Constitución Política, es comunicado al Jurado Nacional de Elecciones, quien convoca a un referéndum, que se realiza en un plazo no mayor de noventa (90) días calendario, para que la ciudadanía apruebe o rechace dicho proyecto. Culminado el plazo antes señalado la Asamblea Constituyente se disuelve de pleno derecho.

La aprobación de la nueva Constitución Política en el referéndum popular ratificatorio requiere el voto favorable de más de la mitad de sufragios, sin considerar los votos en blanco y nulos. El resultado se comunica al Presidente de la República, quien la promulga y dispone su publicación en el Diario Oficial El Peruano. La nueva Constitución Política entra en vigor al día siguiente de esta publicación y queda derogada la Constitución Política de 1993.

OCTAVA. - La Asamblea Constituyente está conformada por ciento treinta (130) Asambleístas y será de carácter popular, plurinacional y tendrá paridad de género. Pueden ser asambleístas los ciudadanos y ciudadanas que reúnan las condiciones contempladas en el último párrafo del artículo 90 de la Constitución Política. El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones regula la forma de elección y la distribución de escaños de la Asamblea Constituyente, que deberá estar compuesta por: el cuarenta por ciento (**40%**) por representantes de organizaciones políticas inscritas, el treinta por ciento (**30%**) por candidatos o candidatas independientes, el veintiséis por ciento (**26%**) por representantes de pueblos indígenas y el cuatro por ciento (**4%**) por representantes de los pueblos afroperuanos. La elección se realizará por distrito electoral múltiple.

NOVENA. - Los pueblos indígenas constituyen una circunscripción electoral especial, siendo la asignación de escaños proporcional a su representación en cada región. Los pueblos afroperuanos constituyen una circunscripción electoral especial a nivel nacional.

DÉCIMA.- Para efectos de la elección de miembros de la Asamblea Constituyente, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, en un plazo

no mayor de treinta (30) días calendario contados desde el día siguiente de la publicación de la presente reforma constitucional, regula la distribución de escaños; el financiamiento de las candidaturas independientes, de representantes de pueblos indígenas y de representantes de pueblos afroperuanos; el porcentaje de firmas que se requiere para la inscripción de listas de dichas candidaturas; y todo lo concerniente a la elección de Asambleístas. Con su regulación deberá garantizar la paridad de género en las candidaturas y en la composición de la Asamblea Constituyente, así como la participación de personas con discapacidad.

El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones elabora y aprueba el cronograma electoral en un plazo no mayor de diez (10) días calendario desde la convocatoria para la elección de miembros de la Asamblea Constituyente.

UNDÉCIMA. - El Poder Ejecutivo garantiza los recursos que resulten necesarios para cubrir los gastos de instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente.

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y JUDICATURA DESDE UN ENFOQUE MULTICULTURAL E INTERCULTURAL

Helder Domínguez Haro*

PERUMANTA HATUN KAMACHINA

2° ÑIQIN ARTÍCULO

19. *Llapa runapmi derechun kan kikin kawsayniyup costumbrinman hina kawsananpaq. Maypi paqarisqan, maypi tiyasqan, imayna kawsasqan, ima yachasqanmantapas riqsichikunanpaq.*

Estado partinmanta respetan, huñin, Peru nacionpi sapanka color runatapas, maymanta kasqankuman hina, yachayninkutapas, mayqin costumbriyuq kasqankutapas. Manam chayllachu, aswanmi chay tukuy sapaq sapaq runap kawsayninkunata qispinanta munan,

Llapa peruano runapmi derechun kan ima rimasqan simipi interprete nisqap yanapayminwan mayqin autoridadpa ñawpaqinpi rimarinanpaq. Kasqan derechuyuqmi kanku extranjero runakunapas pi autoridadpas waqyachiptin.

Sumario: I. Breves consideraciones sobre el homenajeado. II. Democracia y un mundo “con” Constitución. III. De la administración de justicia a la impartición de justicia. IV. Juez independiente y dependiente de la Constitución. V. El juez en una

* Magistrado del Tribunal Constitucional, director general del Centro de Estudios Constitucionales y director de la Revista Peruana de Derecho Constitucional. Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de Lima y docente honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo. Máster en Derecho Constitucional y Jurisdicción Contencioso Administrativo, Universidad Jaén, Andalucía, España; correo: h.dominguezh@tc.gob.pe

sociedad multicultural e intercultural e institucionalidad democrática. VI. El derecho constitucional de la cultura

I. Breves consideraciones sobre el homenajeado

El presente artículo tiene sus orígenes en el 2019 y aborda un tema que ha merecido por nuestro homenajeado profesor José F. Palomino Manchego un tratamiento especial. Es decir, no sólo el profesor representativo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos ha escrito sobre las diversas instituciones o institutos del derecho constitucional de la libertad y del poder, del derecho constitucional comparado y del derecho convencional; también ha puesto su mirada -y con buen ojo crítico- sobre la Constitución multicultural peruana; lo que demuestra sus amplios conocimientos y a la vez la rigurosidad en su análisis. Es por ello, que he considerado conveniente trazar algunas líneas de razonamiento sobre este tema y, ciertamente, rescatar su importancia en un contexto complicado como el nuestro.

Asimismo, es de resaltar -entre sus diversos méritos- que el maestro Palomino Manchego además es un apasionado difusor de la cultura jurídica nacional y de otras latitudes, compartiendo conocimientos al “alcance de todos”, como por ejemplo ser el responsable de la importante serie “Cuadernos del Rectorado” de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, que reúne un conjunto invaluable de publicaciones de destacados profesores y juristas sobre temas no sólo en el ámbito constitucional, se irradia a otros campos del saber, evidenciando su sensibilidad académica acorde con los tiempos de hoy.

II. Democracia y un mundo “con” Constitución

De las numerosas teorías o tipos modélicos sobre la democracia, se asume en este trabajo aquella que identifica a la democracia con la Constitución, con el constitucionalismo y a partir de los derechos-deberes, bajo la fórmula democracia constitucional. La democracia es un principio legitimador, un derecho humano y forma de gobierno o de Estado, que articula, conecta, promueve y garantiza, dentro de un marco constitucional (la presencia de una constitución), el ejercicio de los derechos humanos y el conjunto de instituciones que la integran

hacia un mundo mejor¹, hacia la conquista de la felicidad², el derecho a la felicidad³ o la felicidad constitucional⁴.

La democracia constitucional se define en “términos de derechos” como delimita con toda pulcritud el jurista Barberis⁵, y que debe comprender -ciertamente- los deberes y obligaciones constitucionales.

Veamos. Un derecho constitucional de doble connotación: derecho de la persona y derecho de organización basado en la dignidad humana. Un derecho marco-fundamental de la persona, en tanto sin ella no se podrá concretizar plena y eficientemente el derecho a la dignidad y las tres generaciones o categorías de derechos (derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y derechos colectivos de la humanidad o de solidaridad), por cuanto la democracia es el “derecho a tener y ejercer derechos”; en el esquema ferrajoliano sería un modelo cuatridimensional de derechos⁶. Asimismo, la democracia es un derecho marco-rector de organización de la sociedad y del poder político, límites y controles, de la entidad llamada Estado; y se plasma en un Estado constitucional y democrático de derecho (transformación del Estado de derecho), y en cuyo espacio de convivencia ordenada, las decisiones públicas deben adoptarse dentro de un sistema de mayorías y de consensos. Derecho que van en cadena con la democracia como principio de legitimidad y principio constitucional que tiene en el pueblo soberano su punto emblemático. La democracia, como forma de Estado y de gobierno, es un principio de organización sobre la titularidad y el ejercicio del poder del Estado⁷.

La juridificación de la democracia se va a plasmar en normas iusfundamentales, conocidas en su conjunta como Constitución; empero no

1 Ver: POPPER, Karl, *En busca de un mundo mejor*. Barcelona: Paidós, 1994.

2 Ver: RUSSELL, Bertrand, *La conquista de la felicidad*. Barcelona: Edhasa, 2003.

3 Revisar: NOAH HARARI, Yubal, *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Lima: Debate, 2018; concretamente desde la página 42 hasta la 55.

4 Como así lo ha manifestado nuestro amigo Gerardo Ruiz-Rico Ruiz es su libro *Paisajes humanos*. Jaén: Universidad de Jaén, 2017.

5 BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*. Madrid: Trotta, 2008, p. 81.

6 FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo 2. Madrid: Trotta, 2011, p. 21.

7 DOMÍNGUEZ HARO, Helder. *Democracia constitucional. Elementos teóricos, desarrollo jurisprudencial e introducción bibliográfica*. Lima: Grijley, 2018, pp. 70 y 71.

cualquier documento que lleve dicho nombre. Será un texto constitucional de corte principista, republicano y abierto (dinámico) hacia los derechos-deberes, como producto de la sociedad, y con mayor razón si se trata de reflejar el pluralismo cultural de una determinada organización estadual. La Constitución que regule instituciones con sentido de claridad, por cuanto no hay mayor mérito para la convivencia que contar con reglas claras, transparentes y estables. Un aporte substancial se patentiza en la clasificación de las constituciones que el jurista azteca Carpizo ha simplificado sobre la idea de democracia y de conformidad con este parámetro, sugiere constituciones: democráticas, cuasi-democráticas, de democracias populares y las no democráticas. La diferencia entre estas cuatro categorías salta a la vista cuando remarca que una Constitución democrática es aquella que realmente: i) asegura ampliamente al individuo sus garantías individuales; ii) le garantiza un mínimo digno de seguridad económica; y iii) no concentra el poder en una persona o grupos, es decir, que las funciones son ejercidas por diversos órganos y el sistema de partidos acepta el principio del pluralismo ideológico⁸. Adiciónese el componente cultural e histórico que debe impregnarse en una Carta Constitucional, vale decir, moldear la realidad de un país que se proyecta reglar y disciplinar, por una Constitución auténtica (por ejemplo, piénsese en la peruanidad de la Ley Suprema a edificar).

No se puede dejar de resaltar, que a diferencia de otras posiciones que han sido desarrolladas en el transcurso de la historia del pensamiento universal sobre la democracia, y que han considerado de manera abrumadora el binomio gobierno-parlamento dentro de su contenido⁹, la caracterización constitucional de la democracia tiene en la jurisdicción constitucional y en el estudio democrático del poder constitucional como Poder Judicial, una de sus mayores virtudes. Una democracia sin un sistema de justicia estable no es democracia. Se está construyendo una teoría democrática de la judicatura o para una justicia democrática coherente con un Estado democrático-constitucional, cuya perspectiva es el compromiso de lo judicial con los derechos, con los deberes, la sociedad, con la cultura, con el crecimiento y desarrollo económico; o, en otros

8 CARPIZO, Jorge. *La democracia y la clasificación de las constituciones. Una propuesta*. En: Revista *Ius ex Praxis*, n.º 7. Lima: Universidad de Lima, 1986, pp. 11-35.

9 DOMÍNGUEZ, HARO, Helder. *Derecho a la democracia. Repensando un modelo societario constitucional*. Lima: Grijley, 2008, pp. 102 y ss.

términos, el desarrollo y crecimiento de un país depende de su sistema de justicia y de su sistema judicial. La calidad de una democracia, de una democracia inclusiva y participativa supone una judicatura fuerte, que comprende la plena función jurisdiccional y política del juez. La función política y social de la magistratura o la legitimidad democrática del juez es el tema de actualidad.

III. De la administración de justicia a la impartición de justicia

Ante la idea de que el Poder Judicial históricamente ha sido considerado un poder del Estado de menor importancia respecto de los otros dos poderes públicos (Ejecutivo y Legislativo), como es el caso del Perú; los tiempos están cambiando, por la relevancia que ha adquirido la impartición de justicia y las políticas públicas de gestión sobre el Poder Judicial, que merece un profundo estudio de sus orígenes y proceso de formación y desarrollo, no solamente desde el interior de dicho poder del Estado, sino también desde fuera a través por ejemplo de las universidades, asociaciones académicas e instituciones sociales.

Como no lo pudo decir mejor, el jurista y juez de la Corte Europeo de Derechos Humanos Luis López Guerra¹⁰, ha indicado si el siglo XIX fue el siglo del legislativo a través de una importante legislación traducida en códigos civiles, comerciales, de procedimiento; y la mayor parte del siglo XX el del Poder Ejecutivo, parece haberse avanzado hacia una fase en que le corresponde un esencial protagonismo al Poder Judicial, en tanto y en cuanto encargado de garantizar y proteger las situaciones creadas por la continua evolución de los regímenes constitucionales, en tanto y en cuanto encargado de garantizar y proteger los derechos de las personas.

Ese rol protagónico obedece a la naturaleza de la judicatura como verdadero poder estatal, por cuanto si bien el principio liberal de división de poderes no contemplaba en sus inicios al Poder Judicial o se consideraba como un ente administrativo que se encargaba precisamente de “administrar justicia” o una actividad o facultad administrativa de resolver los conflictos intersubjetivos, la judicatura como poder constitucional constituido -que emana del pueblo- tiene la potestad jurisdiccional de hacer eficaz el derecho objetivo, sea resolviendo conflictos, eliminando incertidumbres,

10 LOPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra, 2001, p. 34.

controlando la actuación administrativa de los órganos del aparato estatal, o en blanco y negro: “controlando a los otros poderes”.

A partir de lo expuesto, el tránsito de la administración de justicia por impartición de justicia como autentico Poder Judicial dentro de una democracia de hechura constitucional, constituye un hito significativo –o ruptura como dicen los historiadores- para comprender la función judicial, como una expresión de la potestad estatal de impartir justicia, que proviene del pueblo, de la sociedad en su conjunto, y allí radica su legitimidad social y democrática. Y no podría ser de otro modo, por cuanto el Poder Judicial, a través de sus diferentes órganos jurisdiccionales aplica el derecho -que recae sin intermediarios- sobre las personas, ciudadanos, afectando a sus bienes, propiedades, su libertad y su honor o incluso su propia vida.

En efecto, investido de imperio y jurisdicción el juez es el depositario de la función del Estado para impartir justicia. Es decir, la función jurisdiccional que le ha sido conferida a la judicatura no se deriva de un poder abstracto, sino que se encuentra referida al conocimiento de casos concretos en los cuales el ejercicio de la jurisdicción corresponde a todos los jueces, que son a su vez garantes de la transparencia de los poderes públicos frente a sus actos ilícitos. El constitucionalismo contemporáneo y la Constitución, el texto fundamental peruano nuevamente, reconoce la calidad de poder a la judicatura, no cómo algo lírico sino tangible y presente.

En ese orden de ideas, dentro de un Estado constitucional o Estado constitucional y democrático de derecho, el Poder Judicial, como poder legítimo y constituido, es y debe ser un garante de la tutela de los derechos constitucionales y de la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y la ley.

IV. Juez independiente y dependiente de la Constitución

Si se ha enfatizado que el Poder Judicial está instituido como poder del Estado, con funciones de control social y como garantía idónea de las libertades, corresponde a los jueces o magistrados materializar el servicio de impartición de justicia. Tan ardua y compleja labor recae en la figura del juez de cuyas cualidades personas y morales dependen el futuro de los ciudadanos que someten a su juicio y razonamiento sus conflictos comprometiendo su libertad, patrimonio y bienestar general, en la búsqueda de

una decisión prudente, oportuna, motivada y predecible por parte del juez que supone justicia en la sentencia que se espera.

En primer lugar, ser juez en todos sus niveles exige en el ejercicio de sus funciones públicas como privadas un comportamiento ético y vocación de servicio, fundamentales para la convivencia humana. La sociedad espera de los jueces conductas que se aproximen a la excelencia en todos los ámbitos y facetas de su vida con el objeto de acrecentar la confianza ciudadana.

El juez debe encarnar un modelo de conducta ejemplar sustentado en los valores de justicia, independencia, imparcialidad, honestidad e integridad propios de un Estado constitucional, y su práctica transparente contribuirá a la conservación y fortalecimiento de un Poder Judicial autónomo e independiente y, en consecuencia, se contribuirá con el desarrollo y crecimiento de una sociedad democrática.

En ese sentido, recobra vital importancia la independencia de los jueces en el ejercicio de la jurisdicción, que se configura también como una garantía instrumental para un correcto ejercicio de la jurisdicción. Los jueces deben protegerse celosamente de cualquier intento o acto que lesione su independencia, frente a las injerencias externas e internas. Claro está, la independencia de los jueces no puede concebirse como algo absoluto, por cuanto la Constitución se constituye en el límite convencional del más alto nivel a toda actuación de los poderes estatales, de los poderes y órganos constitucionalmente autónomos que conforma el sistema de justicia.

El juez que deja de tener independencia, que no respete su condición de autoridad, que utiliza el poder que el Estado le ha dado para fines distintos a sus funciones y responsabilidades, o para cometer actos de corrupción, abuso del cargo público, tráfico de influencias o favores indebidos, no sólo constituye un peligro para los justiciables sino para la estabilidad social y para la gobernabilidad democrática del país.

En concordancia con lo afirmado y en aplicación de las virtudes que debe poseer todo juez contemporáneo, éste se convierte –en definitiva– en un legítimo restaurador de la paz social, resolver los conflictos entre los ciudadanos, garantizar los derechos, eliminar la arbitrariedad en ese binomio ciudadano-Estado, corregir desigualdades con respeto al ordenamiento jurídico previamente establecido, no es otra cosa que la fina labor de los magistrados comprometidos con la Constitución. El juez es

pues un juez constitucional y como tal soporte del sistema democrático. El reconocimiento de valor normativo de la Constitución, ha insuflado la figura del juez, de un renovado perfil, el del juez que haciendo cumplir la constitución, por encima de la ley, tutela los derechos fundamentales del ser humano frente a los poderes públicos y privados.

Como queda evidenciado, la sociedad espera de sus jueces estar a la altura de las necesidades y exigencias de la hora presente. Los derechos de las personas, los derechos ciudadanos quedan entonces en manos de la magistratura constitucional.

V. El juez en una sociedad multicultural e intercultural e institucionalidad democrática

Lo hasta aquí vertido no tiene sentido si los jueces no están compenetrados con la vida social. El quehacer interpretativo por parte de los jueces requiere no solamente presupuestos normativos (un texto jurídico o legal) y axiológicos (valores), requiere conocer la realidad social (el contexto). El derecho es una disciplina viva, un saber vital, pues permite dar soluciones a una multitud de complejas situaciones y problemas de los que depende la paz social y la realización del propio ser humano, pero ello supone conocer el entorno social, los cambios o transformaciones que se producen en la sociedad que repercute en el derecho; máxime si los países de la región no constituyen una realidad social y cultural homogénea, sino como se conoce, somos una realidad pluriétnica, multicultural o pluricultural, o intercultural (de bastante uso en el caso peruano). Dentro de ese espectro, se involucra perfectamente un multilingüismo de singulares proporciones en América Latina¹¹.

La interculturalidad supone -necesariamente- un contexto multicultural, y se concibe como un proceso dinámico de comunicación entre una cultura y otra, entre dos o más culturas diferentes o grupos étnicos-culturales distintos, tiende a una convivencia democrática, participativa, armónica y solidaria; promoviendo el diálogo horizontal, recíproco y respetuoso entre miembros de grupos culturalmente diversos; sin embargo dicho proceso no está excepto de situaciones

11 Ver: GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Bilingüismo y multilingüismo en Iberoamérica (con especial referencia al caso del Perú)*. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo 2, Montevideo, 2004, pp. 599-607.

conflictivas que se originan en las relaciones humanas y requirieran la intervención del juez, sobre todo cuando encontramos un elevado grado de diferenciación, vulnerabilidad social y conflictos sociales y culturales, como acontece con las comunidades campesinas, indígenas o nativas. Tal panorama no quiere un juez tradicional y legalista, sino un juez con vocación de servicio respetando la Constitución y los principios constitucionales del pluralismo y la diversidad cultural. En ese plano de reconocimiento intercultural fluye entonces una racionalidad constitucional de derechos por promover y tutelar a tomar en cuenta por judicatura en cada uno de sus niveles: el derecho de los pueblos a decidir su propio desarrollo y organización, a ser escuchados y consultados previamente, a expresarse en su misma lengua, a no ser discriminados, respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico, respeto a sus costumbres, creencias y tradiciones, etc.

Importa significar, que un juez intercultural a través de sus fallos participa en la formación de una ciudadanía que reconozca y respete las cosmovisiones culturales en aras de una autentica identidad nacional, que implica promover una educación para la cultura de la convivencia sin exclusiones. Al respecto la actual Ley Suprema de 1993, emplea el término "intercultural" en el aspecto educativo en los siguientes términos: "El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración cultural".

Con estas credenciales, la interculturalidad origina espacios o relaciones de entendimiento y reconocimiento a la identidad étnica y cultural en un plano de igualdad, sin formas de discriminación y segregación social, cultural, económica y política; o, en otros términos, excluyendo conductas o estereotipos negativos vinculados con la raza, la etnia, la lengua o la religión (no hay cultura dominante). En consecuencia, el concepto de interculturalidad involucra el reconocimiento a las diferencias (multiculturalismo), mantener el objetivo de seguir integrados (pluralismo), sobre la base del dialogo, el reconocimiento mutuo y el aprendizaje recíproco (culturas diferentes a la mayoritariamente presente

en la sociedad)¹². Y es en este punto, que la legitimidad democrática de la justicia debe entenderse que el rol del juez constitucional (cortes constitucionales y cortes supremas o poderes judiciales) en sus respuestas plasmadas en decisiones razonables y predecibles, debe reflejar ser un auténtico agente de integración social y promotor del diálogo público y participativo¹³.

La gobernabilidad democrática a través de la interculturalidad merece un enfoque constitucional, integral e interdisciplinario para comprender la heterogeneidad de una sociedad pluricultural, dentro de la ecuación mayorías/minorías con perspectiva consensual y dialógante (el diálogo como herramienta de interacción), que no suprimen el derecho a la tolerancia, el derecho a la crítica o que nieguen igualdad de derechos y oportunidades a los grupos minoritarios, que representan esa confluencia de intereses, aspiraciones, valores y necesidades legítimas nacidas de la natural complejidad del ser humano, razón suficiente para su no discriminación y marginación.

De lo acotado, me queda enmarcar, y sólo eso por el momento, algunas acciones para consolidar una democracia constitucional sobre este capital y candente tema:

- a. Intensificar un debate intercultural responsable, reflexivo y desideologizado. El escenario presente que se vive, los conflictos sociales y culturales que se suscitan requieren un amplio análisis y una respuesta intercultural en la construcción de acuerdos sociales fundamentales sintonizados con los valores y principios constitucionales.
- b. Participar en la formación de una ciudadanía que reconozca y respete las diferencias culturales en aras de una auténtica identidad nacional, que implica promover una educación para la cultura de la convivencia sin exclusiones.

12 PALOMINOMANCHEGO, José. *La Constitución multicultural peruana*. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (Coordinadora). *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y riesgos*. Lima: Adrus, 2014, p. 299.

13 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Diferencias entre el activismo judicial a secas, y el activismo judicial dialógico, y algunas necesarias precisiones al respecto*. En: *Gaceta Jurídica*, Tomo 123, Lima, 2018, p. 54.

- c. Aportar decisivamente en la construcción de una democracia constitucional intercultural, es incentivar la creación de instrumentos que permitan la coexistencia de diferentes formas de representación y de deliberación democrática. Una democracia inclusiva apunta a la plena vigencia de los derechos humanos de cada uno de los miembros de cada grupo cultural. El respeto al conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un pueblo indígena, comunidad campesina o comunidad nativa
- d. Contribuir a mejorar las relaciones “Persona-Estado-Sociedad”, pasa por reconocer el carácter multifacético e intercultural de la heterogénea sociedad de cada país. La persona como fin supremo es el presupuesto de un Estado constitucional, el mismo que debe servir de marco institucional para el desarrollo del derecho a la diversidad y el acercamiento entre las distintas expresiones culturales; vale decir, un “Estado constitucional pluricultural y multilingüe”, y no un Estado monocultural y monolingüe.
- e. Generar mecanismos para difundir una práctica intercultural sobre la base de relaciones dialógicas y equitativas y así evitar cualquier tipo de exclusión o discriminación; siendo prioritario la institucionalización del diálogo intercultural en la gestión de los conflictos sociales. La identificación de buenas prácticas, inclúyase en el ámbito judicial, permitirá comprender mejor la naturaleza de los derechos que debe promoverse dentro de una convivencia de reconocimiento de las diversidades: derechos a ser escuchados y consultados previamente, a expresarse en su misma lengua, respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico y territorio, respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales, a sus formas de organización, entre otros.
- f. Apoyar la labor de los poderes públicos u órganos del sistema de justicia en aras de consolidar un sistema de justicia intercultural acorde con la diversidad étnica y cultural de cada país; buscando mejorar los niveles de coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia estatal y especial comunal; dentro de un marco de respeto a los derechos individuales y colectivos.

Para ir terminando, en el Perú tanto el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial han desarrollado en sus decisiones jurisdiccionales (sentencias

y acuerdos plenarios), interesantes precisiones sobre el componente multicultural, como en su momento ha dado cuenta –certeramente– el profesor Palomino Manchego y al cual se debe recurrir¹⁴; y en todo caso, agregaré a nivel resolutivo el Acuerdo Plenario n.º 1-2015/CIJ-116 de la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación judicial del artículo 15 del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes; los plenos jurisdiccionales regionales consuetudinarios e interculturales desde el 2010; y los protocolos emitidos por el Poder Judicial para una justicia intercultural: Protocolo de coordinación entre sistemas de justicia, Protocolo de actuación en procesos judiciales que involucren a comuneros y ronderos, y Protocolo de atención y orientación legal con enfoque intercultural dirigido a funcionarios del sistema estatal de justicia¹⁵.

VI. El derecho constitucional de la cultura

La presencia de más de 800 pueblos en América Latina y una variedad de lenguas, órdenes jurídicos y expresiones culturales son prueba suficiente para darle un tratamiento especial dentro de la ciencia constitucional, y no puede prescindirse de su contenido si es que platicamos del desarrollo del derecho constitucional contemporáneo. La calidad de la democracia constitucional y un Estado constitucional se mide también de cómo está regulado, ordenado y protegido el tema cultural de las sociedades. Y como se ha dicho con anterioridad, la Constitución como parte y producto de la cultura y la historia de los pueblos (léase los aportes del maestro germánico Häberle desde el iusculturalismo)¹⁶, debe dar cuenta de la diversidad étnica y cultural y los niveles de coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia estatal y especial comunal, indígena o nativa. En esa línea de

14 PALOMINO MANCHEGO, José. *La Constitución multicultural peruana*. Op. Cit. pp. 277-303.

15 Léase el libro editado por la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz del Poder Judicial del Perú titulado *Interculturalidad y Poder Judicial. Compendio Jurídico*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2018.

16 Véase, por ejemplo, algunas obras de Peter Häberle: *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta* (Madrid: Tecnos, 2002), *El Estado constitucional* (Lima: PUCP, 2003), *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* (Madrid: Tecnos, 2000); y el colectivo, *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, cuya coordinación ha estado a cargo de Francisco Balagüer Callejón (Madrid: Tecnos, 2004). Destaca también la publicación de Pablo Lucas Verdú *Teoría de la Constitución como ciencia cultural* (Madrid: Dykinson, 1998).

reflexión, el factor cultural es hoy un nuevo paradigma de reflexión en el marco de la pluralidad y la multiculturalidad que establecía en su momento Charles Taylor¹⁷.

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la promoción de la cultura también constituye un deber primordial del Estado social y democrático de Derecho según el artículo 44 de la Constitución, deber que en relación con la “Constitución cultural” se manifiesta en tres aspectos: uno, el deber de respetar todas aquellas manifestaciones culturales de los individuos o de grupos, inclúyase el respeto de la propiedad de las comunidades campesinas y nativas; dos, la obligación de promover todos aquellos actos que atiendan al interés general, la integración y fortalecimiento de las manifestaciones que contribuyen a la identidad cultural de la Nación; y tres, el deber estatal de no promover aquellos actos o actividades que pudiendo ser manifestaciones culturales o encubiertos por lo “cultural” pongan en cuestión los derechos fundamentales¹⁸.

Dado la impronta pluralista, resulta apropiado considerar un nuevo apartado en la Constitución: la “Constitución cultural”, que trata sobre la regulación de las manifestaciones y expresiones culturales de un país desde una perspectiva pluricultural, multicultural e intercultural. Es decir, la Constitución bien podría esbozarse desde cuatro grandes apartados: i) Constitución dogmática o derecho constitucional de la libertad; ii) Constitución orgánica o derecho constitucional del poder; iii) Constitución económica o derecho constitucional económico; y iv) Constitución cultural o derecho constitucional de la cultura.

17 ETO CRUZ, Gerardo. *Derecho Procesal Constitucional. Su interpretación y desarrollo jurisprudencial*. Volumen 1. Lima: Grijley, 2019, p. 190.

18 Véase fundamentos 4 de la STC n.º 0042-2004-PI.

EL PROCESO CONSTITUCIONAL Y SUS PROBLEMÁTICAS DESDE LA PERSPECTIVA ECUATORIANA*

*Hernán Salgado Pesantes***

Sumario: I.- Judicialización de la política y proceso constitucional; II.- La problemática procesal del “matrimonio igualitario”; III.- Proceso interamericano y proceso interno. Dificultades; IV. Epílogo.

I.- Judicialización de la política y proceso constitucional

No es nuevo hablar de que la política se ha ido judicializando. Por política nos referimos a la actividad partidista y a las diversas cuestiones que se discuten en este contexto. Tomar estos temas y llevarlos ante jueces para obtener una decisión -que vendría a aparecer

* Me uno al homenaje académico y de amistad para el apreciado colega José F. Palomino Manchego.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Guayaquil. Doctor (Phd) en Ciencias Políticas por la Universidad Panthéon Sorbonne de París. Profesor Principal de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (1978-2013). Antiguo Decano de su Facultad de Jurisprudencia. Ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (periodos 1992-1997 y 1998-2003). Ex Magistrado de la Corte Suprema del Ecuador (2005-2008). Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador (2019-2022).

como una dirimencia- no es nada positivo para el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho.

No se trata pues de la política como elemento inmanente al ser humano, propio de su sociabilidad como ente gregario del que nos hablara Aristóteles. Por otro lado, siempre hemos insistido, el Derecho Constitucional es el más político de todas las ramas jurídicas, en el sentido de que el análisis constitucional no puede permanecer alejado de la politicidad que nutren a sus normas. Siempre me pareció un análisis incompleto estudiar las instituciones y órganos del Estado alejados de la realidad política. La misma dogmática de los derechos humanos no puede prescindir del contexto político.

Pero muy diferente es judicializar la actividad política, cuando con fines calculados se busca que un juez o una Corte resuelvan problemas no exentos de complejidad. Es lo que en el argot popular se dice “*sacar las nueces del fuego*” y, no será con mano propia.

Un último ejemplo de esta situación se acaba de presentar en el Ecuador, cuando el Presidente de la república en uso de sus atribuciones veta parcialmente el proyecto de Ley aprobado por la Asamblea Nacional sobre el aborto, tema que reviste complejidades. Y la Asamblea legislativa en lugar de deliberar sobre esta objeción parcial decide acudir a la Corte Constitucional para que ésta aclare si se trata de una objeción de inconstitucionalidad. (Cosa que el Ejecutivo no lo hizo pues no utilizó ese lenguaje).

Y la Corte Constitucional admite al trámite procesal el pedido -en lugar de negarlo- y pide al Ejecutivo que, en un plazo perentorio, determine y especifique si la objeción es por inconstitucionalidad. Mientras tanto se busca retardar el plazo de treinta días dispuesto por la Constitución (Art. 138 # 3), a partir de la presentación de la objeción, para que el Legislativo en un solo debate se allane y enmiende el proyecto o ratifique el inicialmente aprobado para luego enviar al Registro Oficial para su publicación.

Muy claro es el mandato constitucional e igualmente clara es la objeción presidencial, donde no se utiliza la expresión de inconstitucionalidad para fundamentar este veto parcial. En este contexto, ni el Legislativo ni la Corte Constitucional se sujetan a las disposiciones de la Ley Suprema.

Si en este intrínquilis no hay intereses políticos entonces quiere decir que hay un desconocimiento de la lengua castellana. Ahora se comprende

mejor porque las Universidades en materia jurídica deben enseñar nociones gramaticales. En síntesis, resulta altamente negativo para el desarrollo jurídico, la politización de la justicia. Juego bastante peligroso. Y, los casos son numerosos.

II.- La problemática procesal del “matrimonio igualitario”

Muchos países han reconocido la posibilidad jurídica de que existan matrimonios entre parejas del mismo sexo. El Ecuador también tomó este camino, no obstante tener la figura jurídica del matrimonio de hecho y, sobre todo, contar con una disposición constitucional muy clara al señalar que pueden contraer matrimonio las parejas de diferente sexo. Hay que tener presente estas cuestiones que marcan la diferencia de la situación jurídica del Ecuador con la de otros países y, es uno de los motivos, que contribuyó a una encendida polémica¹.

Voto de mayoría en la Sentencia 11-18-CN/19

En la mencionada sentencia el pleno de la Corte Constitucional con voto de mayoría aprobó el matrimonio igualitario². Expondré, sucintamente, las cuestiones más debatidas y los razonamientos que sirvieron de base para dar una sentencia favorable al nuevo tipo de matrimonio.

Se analizó que la **Opinión Consultiva OC-24/17** constituye un instrumento internacional de derechos humanos, cuya aplicación debe ser directa e inmediata en el Ecuador. Que las opiniones consultivas son una interpretación con autoridad por parte de un órgano supranacional, la Corte IDH, cuya competencia nace de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), tratado suscrito por el Ecuador y que tiene la obligación

-
- 1 El antecedente de este pronunciamiento de la Corte Constitucional fue una consulta elevada al organismo, en 2018, de parte de un Tribunal de la Corte Superior de Pichincha (o Corte Provincial). El ordenamiento constitucional ecuatoriano permite a cualquier juez, en un caso concreto, realizar una consulta de norma cuando considere que tiene una duda razonable y motivada sobre la aplicación de una disposición que parece ser contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales. (Art. 428 de la Const. y 142 de la LOGJCC.)
 - 2 La Corte Constitucional del Ecuador está compuesta de nueve jueces, el voto de mayoría lo conforman cinco. En este caso, los jueces restantes se adhirieron a mi voto salvado (de minoría).

de cumplir de buena fe, sin que pueda invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento.

Se razona que, **interpretar el artículo 67 de la Constitución** de modo literal y aislado resulta restrictivo de derechos, toda vez que impide de manera injustificada, a las parejas del mismo sexo, elegir libremente formar a una familia a través del matrimonio, lo cual es discriminatorio y por lo tanto inconstitucional. La interpretación sistemática, evolutiva y progresiva que favorece la efectiva vigencia de los derechos a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad, identidad y contratación es la que debe aplicarse al caso.

De esta manera, se establece que, la norma contenida en el artículo 67 no crea exclusión alguna, pues si bien contempla una modalidad particular de matrimonio, no prohíbe la existencia de otras modalidades. Siguiendo con esa lógica, la mayoría de jueces **negó la existencia de una contradicción entre la Opinión Consultiva y el artículo 67**, pues son textos complementarios de igual jerarquía que deben ser aplicados de manera conjunta.

Como se dijo, la interpretación que la Corte IDH ha realizado en la Opinión Consultiva -en mención- es aplicable de manera directa en el ordenamiento jurídico interno y que su aplicación no contradice en ninguna medida el texto del artículo 67, sino lo complementa. El Tribunal ecuatoriano agregó que es deber del Estado **adecuar el sistema jurídico** del país a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, lo cual obliga a los órganos con potestad normativa, tales como la Función Legislativa, Ejecutiva y la Corte Constitucional para adecuar las normas de derechos humanos al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Señálase que postergarlo sería dilatar innecesariamente el respeto y garantía de los derechos humanos y desconocer los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. También se dice que, dicha Convención Interamericana es parte del bloque de constitucionalidad del Ecuador de acuerdo con el artículo 424 de la Constitución. (En realidad, esto no dice la Constitución, esta disposición se refiere a la prevalencia de los tratados internacionales que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución³).

3 Art. 424, # 2 dice: *“La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”*

De esta manera, los principales argumentos del voto de mayoría en la Sentencia 11-18-CN/19, se fundamentaron en la interpretación jurídica de la norma constitucional pertinente (Art. 67) y en una Opinión Consultiva que diera la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-24/17). A estos argumentos responde mi voto de minoría y trataré de resumirlos.

Comenzaré señalando que, en mi calidad de juez constitucional, en aquel momento, consideré como camino adecuado para establecer el matrimonio entre parejas del mismo sexo era acudir a una **reforma constitucional** que naturalmente implicaba a la Función Legislativa, con todo lo que ello significa en tiempo y trámites. Nuestra Carta Magna en el artículo 67, párrafo segundo, establece:

“El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal” (énfasis agregado).

Como se observa, la disposición constitucional es clara y concisa, no presenta ambigüedad u oscuridad, y este fue el argumento de la controversia. En mi criterio, como afirmé en mi voto de minoría:

*“Punto básico de mi disidencia con el Juez ponente y con las demás Juezas y Jueces tiene que ver con el uso y abuso de la interpretación constitucional, llevada al extremo de hacer desaparecer la oposición de la Ley Suprema al denominado “matrimonio igualitario”. ¿Será una nueva forma de ilusionismo constitucional? Para mí es un **proceso de mutación arbitraria** que destruye la supremacía de la Ley Fundamental”.*

El raciocinio jurídico o lógica jurídica nos conduce a sostener que no puede existir una interpretación *ad infinitum*, que trastoque la claridad y concisión del lenguaje formal. Consideremos que si cualquier disposición constitucional de la parte dogmática u orgánica, especialmente en la primera, puede ser cambiada bajo la argumentación que existe una duda, sin importar la claridad del texto, entraríamos en ese proceso de mutación arbitraria.

En un caso hipotético, si hubiera que proteger un derecho humano que fue mal concebido en la Carta Magna la solución no debe pasar por otra violación a la Constitución. Como suelo insistir, para mantener la vigencia de los derechos el Estado Constitucional siempre contó con la institución de la reforma constitucional que permite modificar la Carta

Fundamental. Hay que tener presente que el juez constitucional no es un legislador y menos todavía legislador constituyente.

La Constitución ecuatoriana de 2008 detalla los mecanismos aplicables para su interpretación cuando esta es necesaria frente a una norma oscura o ambigua, si la disposición no lo es no habría nada que interpretar y sería un contrasentido invocar la interpretación, cosa explicable sólo por razones ideológicas o políticas.

En el presente caso, el artículo 67, inciso segundo, de la Constitución es claro y conciso: *“El matrimonio es la unión entre hombre y mujer...”*. En consecuencia, si el enunciado normativo es claro y su sentido puede obtenerse sin ninguna complejidad hermenéutica, el método literal sería suficiente para comprender el alcance del precepto.

Bajo estas características de la norma, es evidente que su interpretación debe ser efectuada siguiendo su literalidad pero sin descuidar la integralidad del texto constitucional, como dispone el artículo 427 de la Ley Suprema:

“Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.”

Es decir, establece como primera herramienta hermenéutica la literalidad del texto normativo, en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, por lo cual, la Constitución ordena que para interpretar sus disposiciones se aplicarán, inicialmente, los métodos literal y sistemático.

Nuestra Ley OGJCC señala que el método sistemático, es aquel que busca la comprensión del sentido de la norma *“...a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía”*⁴. En tal virtud, según este método, las disposiciones constitucionales deberán ser examinadas en conjunto con el contexto general del cuerpo normativo, es decir, sin excluir la integralidad de sus disposiciones para garantizar su coexistencia y armonía.

4 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 3 párrafo 5.

En el caso que comento, no se precautelaría la integralidad del texto constitucional, porque se realiza una interpretación que **desconoce y anula otras disposiciones constitucionales**, como pueden ser el artículo 68 relativo a la adopción, cuyo inciso final con similar claridad ratifica: *“La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.”* También se desconocería la norma constitucional 69 que se refiere a los padres y madres (paternidad y maternidad). E incluso anula los mecanismos de reforma constitucional, al pasar por alto este instituto.

En síntesis, se interpretó un texto constitucional ignorando su claro e inequívoco tenor literal, lo cual –a su vez- provocó un menoscabo sistemático de otras normas constitucionales. Se debe agregar que en este contexto también se afecta la supremacía y control constitucional.

Como solemos repetir, la Constitución ocupa un nivel normativo superior en el ordenamiento jurídico, pues sus contenidos prevalecen respecto del resto de disposiciones y, además, otorgan las condiciones de validez de las normas, las mismas que deberán guardar conformidad formal y material con el texto constitucional. En este orden de ideas, el artículo 424 de la Constitución del Ecuador establece, que:

“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.”

Como fue dicho, otro punto en que se fundamentó el voto de mayoría fue la Opinión Consultiva OC 24-17 y su consideración de “instrumento internacional”. Y, como tal, los instrumentos internacionales de derechos humanos deben ser aplicados en nuestro país como en otros. Al respecto, personalmente, no considero que la Opinión Consultiva OC 24-17 constituya un instrumento internacional, como paso a explicar.

Naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana

Es conocido, particularmente por los Estados miembros, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el marco jurídico procesal esencial para las actuaciones de la Corte y de la Comisión Interamericanas. Marco que puede expandirse y ampliarse con otros instrumentos de derechos humanos, regionales o universales.

La función consultiva se realiza a pedido de los Estados parte y de los organismos de OEA, que preguntan cuestiones en abstracto que no están contempladas en demandas presentadas a la Corte. Estas preguntas o consultas, propiamente dichas, se refieren a disposiciones constantes en la Convención o a una normativa interna del Estado parte (vigente o en proyecto); o puede referirse también a otro instrumento de derechos humanos, como sucedió en el caso de la “*Convención de Viena sobre relaciones consulares*”⁵.

Las opiniones consultivas ¿son de carácter vinculante?

Cuestión importante es determinar si la opinión consultiva es vinculante. Al analizar se observa que no posee el carácter de una sentencia, por lo que no está sujeta a las potestades de ejecución de las mismas. Dicho de otra manera, la Corte IDH no puede exigir a un Estado parte que ejecute o cumpla con dicha opinión (Arts. 67 y 68 de la Convención-CADH), a diferencia de la sentencia.

Por otro lado, **la Convención (CADH) no establece** que las opiniones consultivas sean vinculantes u obligatorias. Tampoco la Corte IDH ha indicado en su jurisprudencia que lo sean, más bien ha dicho, en dos precedentes (del año 1982 y del año 1997) sobre la función consultiva, que:

[1982] “*Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte.*”⁶

[1997] “*(...) aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el*

5 La función consultiva de la Corte IDH se regula en el artículo 64 de la CADH.

6 Párrafo 25, Opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982.

*Estado u órgano que solicita la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento".*⁷

En este sentido, queda clara la limitación de las opiniones consultivas que no son de carácter vinculante. Así, la propia Corte IDH señala a la obligatoriedad como una distinción entre las sentencias y las opiniones consultivas. Sin embargo, la Corte no es precisa en explicar en qué consisten los efectos jurídicos innegables que tendrían las mencionadas opiniones consultivas y cuál sería su alcance.⁸

Problemas con la Opinión consultiva OC-24/17

Esta Opinión consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, fue dictada a pedido del Estado de Costa Rica sobre: si el Estado debe reconocer *"todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo"* (énfasis agregado). El objetivo de Costa Rica era verificar la compatibilidad de normas internas infra constitucionales con el contenido de la Convención. Lo cual explica que esta Opinión consultiva **no sea aplicable necesariamente a la realidad jurídica de los demás Estados miembros** de la OEA.

En mi criterio, la Corte IDH al emitir esta Opinión consultiva incurrió en el vicio de *extra petita*, por cuanto la consulta del Estado de Costa Rica fue únicamente sobre los **derechos patrimoniales** que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo, sin embargo, la Corte fue más allá. Específicamente la Corte menciona que:

"es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio para asegurar la protección de todos los derechos de las familias"

7 Párrafo 26. Opinión consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Énfasis añadido. Debo indicar que para esta fecha el suscrito formaba parte de la Corte IDH y presidía el Organismo. Soy testigo de las deliberaciones.

8 Sobre esta cuestión, hay autores, particularmente Héctor Faúndez Ledesma, que consideran que las opiniones consultivas sí deben ser vinculantes en razón del órgano que las emite, un Tribunal judicial (a diferencia de la Comisión IDH). Personalmente acojo las observaciones de Faúndez hechas en su excelente trabajo: *"El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales"*. Tercera edición. IIDH., pp. 989 y ss.

conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales"⁹.

Además, como se ha dicho, esta Opinión consultiva no conlleva una obligación que genere efectos directos y mediatos en un Estado, pues su propio texto "*...insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos...*" (énfasis agregado).

Asimismo, es oportuno indicar que, en mi criterio personal, **el matrimonio no es un derecho**, puede ser una pretensión subjetiva (como, que la mujer se vista de ropa blanca, que se toque el "*ave María*", y muchas peculiaridades más). La razón es que los derechos humanos son atributos irrenunciables, que fundamentan la dignidad de una persona; la institución socio-cultural del matrimonio puede o no existir, no es irrenunciable ni necesaria. Prueba de ello es que en el Ecuador -como en otros países- hay un buen número de uniones libres.

La confusión viene de que el **matrimonio está asociado a la familia**. En muchas culturas la ceremonia matrimonial constituye el centro mismo de la familia y ésta -la familia- sí es un derecho humano.

Al respecto, vale señalar que, de la lectura de la norma constitucional ecuatoriana se desprende que ésta contiene los dos aspectos: i) la familia; y, ii) la institución del matrimonio.

Respecto de la familia, se observa que el constituyente la reconoce en sus **diversos tipos**, que **podrán constituirse por vínculos jurídicos o de hecho**. Adicionalmente, la norma se refiere acerca de la institución del matrimonio, que constituye una de las formas de configurar una familia, sin que ésta sea la única.

Sobra decir que, al ser la sentencia de mayoría una decisión de la Corte Constitucional había que acatarla en la jurisdicción del Ecuador y así permanece¹⁰.

9 Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

10 En mi calidad de Presidente de la Corte y con el fin de terminar con el debate que ocasionó este tema, convoqué a los medios de comunicación e hice un llamado a la tolerancia y exhorté a la Función Legislativa a reformar las leyes sobre el matrimonio conforme el dictamen de la CC.

III.- Proceso interamericano y proceso interno. Dificultades

Anotes previos de un periodo político en Perú

Entre los hechos que tuvieron incidencia en el normal desenvolvimiento procesal de la Corte Interamericana estuvieron las violaciones de derechos durante el gobierno del Sr. Alberto Fujimori, hasta terminar con la actitud que el mandatario adoptó respecto de los casos de presuntos terroristas, cuyas peticiones se presentaron en los organismos interamericanos¹¹.

Ciertamente, el Perú sufrió los embates violentos de grupos subversivos, especialmente de la agrupación *Sendero Luminoso*. A esta violencia desenfrenada se sumó la del gobierno fujimorista que reprimió con todos los medios a su alcance a los terroristas reales o supuestos.

En este contexto la Corte Interamericana conoció y sentenció diversos casos. El caso que quizás más incomodó al régimen fue el *Caso Castillo Petruzzi y Otros*, al punto de decidir que el Estado del Perú **se retiraba de la competencia de la Corte IDH con efectos inmediatos**; y, así lo hizo saber mediante sendos oficios entregados por la diplomacia peruana de forma simultánea a las secretarías de la Corte Interamericana y de la Organización de Estados Americanos, OEA.

Un antecedente del mencionado caso fue el de la profesora Loaiza Tamayo. En mi criterio, estos dos casos estuvieron vinculados no sólo por las graves violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana, sino también porque permitieron a la Corte desarrollar su jurisprudencia, como voy a tratar de demostrarlo.

Entre los dos casos existe una secuencia particular en cuanto a las sentencias que dictó la Corte IDH y al grado de molestia que ocasionó al Estado. Como se recordará, se trata del procesamiento de personas acusadas de participar en actos de **terrorismo agravado**, equivalentes a traición a la patria, delitos contra los que el Estado endureció las penas y permitió la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Con respecto a los numerosos casos en los cuales estaban involucrados presuntos terroristas que por intermedio de la Comisión Interamericana pasaron a la Corte para ser juzgados y sentenciados por esta instancia

11 Para los años 1997-1999 el suscrito presidió la Corte IDH y conoció de cerca estos hechos.

regional, vale reiterar que ni la Corte ni la Comisión examinan los delitos que las víctimas de estos casos hayan cometido. Como suele señalarse, la Corte Interamericana no es una Corte penal, no juzga actos u omisiones de los individuos; la materia del proceso en la Corte es la violación de derechos humanos establecidos en la Convención Americana y que puede comprometer la responsabilidad internacional de los Estados miembros de la Convención y que han reconocido la competencia de la Corte Interamericana¹².

Liberación de una presunta terrorista y proyecto de vida

La Sra. María Elena Loayza Tamayo, Profesora de la Universidad San Martín de Porres, fue privada de su libertad sin orden expedida por la autoridad judicial competente al haber sido acusada de colaborar con el grupo subversivo *Sendero Luminoso*. Permaneció incomunicada y con la finalidad de que se auto inculpara fue objeto de torturas, tratos crueles y degradantes, incluso sufrió violación sexual.

La familia no pudo interponer el recurso de hábeas corpus por cuanto el Decreto-Ley N° 25.659, que equiparó al “terrorismo agravado” como delito de traición a la patria, prohibía presentar el recurso de hábeas corpus por hechos relacionados con el delito de terrorismo.

El proceso de la Sra. Loayza se realizó en el fuero privativo militar, con jueces sin rostro y más restricciones propias creadas para estas situaciones. En dicho proceso sumario la justicia militar absolvió a la víctima (mediante una ambigua sentencia, técnicamente mal elaborada) y ordenó remitir lo actuado al fuero común para que conociera el delito de terrorismo (porque no hubo “terrorismo agravado”). En la jurisdicción ordinaria fue procesada en varias instancias y cuando su abogado presentó la excepción de cosa juzgada de acuerdo con el principio *non bis in ídem*, el “*Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común*” desestimó la excepción interpuesta y, con fundamento en los mismos hechos y cargos, fue condenada a 20 años de pena privativa de la libertad¹³.

12 *Caso Castillo Petruzzi y Otros*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrs. 89 y 90 y se citan antecedentes que parten del Caso Velásquez Rodríguez.

13 Resumen de los hechos con base en la sentencia de *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 33.

Punto destacable de la sentencia en este Caso fue: en aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana que, entre otros aspectos, pide garantizar al lesionado “*el goce de su derecho o libertad conculcados*”, la Corte dispuso al Estado “*ordenar la libertad de la señora María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable*” y de acuerdo con las disposiciones del derecho interno peruano.

Es interesante señalar que el gobierno del Sr. Fujimori cumplió este punto con relativa diligencia y la profesora Loayza Tamayo pudo salir libre con destino a Chile, mientras en la Corte IDH se iniciaba la fase de reparaciones que para la época era un procedimiento separado de la sentencia de fondo y que, en mi criterio, era mucho más meticuloso en materia probatoria de lo que será después¹⁴.

En la sentencia de reparaciones, por primera vez, la Corte aborda el tema “*Proyecto de vida*” y señala que es una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante, y realiza diversas reflexiones. La Corte IDH considera que en este caso existe un grave daño al proyecto de vida de la Sra. Loayza Tamayo, pero se abstiene de cuantificarlo por cuanto “*la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos*” (párrafo 153).

Como antecedente del *Caso Castillo Petruzzi y Otros*, que luego se verá, vale señalar que cuando salió la sentencia Loayza Tamayo (septiembre de 1997) los funcionarios y agentes enviados por el Estado de Perú para actuar ante la Corte IDH comprendieron lo que significaría para el gobierno del Sr. Fujimori si la Corte entraba a analizar la competencia de la jurisdicción militar para juzgar y sancionar a ciudadanos civiles acusados de terrorismo y de traición a la patria.

Para entonces, la Comisión Interamericana ya había señalado que los tribunales militares que juzgaron a la Sra. Loayza Tamayo carecían de independencia e imparcialidad, requisitos exigidos por el artículo 8.1 de la Convención. La mayoría de jueces preferimos dejar este tema para la próxima oportunidad, porque consideramos que un camino seguro para conseguir la liberación de la víctima era la sentencia de absolución que dictaron los tribunales militares, lo que impedía realizar un segundo juicio

14 Puede revisarse *Caso Loaiza Tamayo. Reparaciones*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 42.

por los mismos hechos, pues tal proceso no tendría validez. Los hechos posteriores confirmaron este aserto¹⁵.

Tribunales militares vs. jurisdicción civil

Como fue dicho, Perú durante este periodo vivió con la guerrilla subversiva de *Sendero Luminoso*, periodo en el cual a la violencia terrorista se sumó el terrorismo de Estado. Sobra decir que la ciencia política enseña que la organización estatal, por los mismos fines que persigue en bien de la sociedad, no puede descender a tomar las mismas armas que la violencia terrorista utiliza.

Para afrontar los mencionados hechos, el gobierno del Sr. Fujimori expidió dos decretos leyes, el de “traición a la patria” y una regulación para el terrorismo. Esta normativa, a más de vulnerar derechos y libertades, trajo confusión en el medio jurídico y político del país. Una de las razones fue que el Estado del Perú al aprobar la Convención Americana hizo una reserva para mantener la pena de muerte en los delitos de traición a la patria.

Con el fin de amedrentar a los seguidores de la violencia estableció que el terrorismo (agravado por determinadas circunstancias) constituía un delito de traición a la patria y por tanto nada impediría utilizar la pena de muerte, que -valga señalar- no fue utilizada en ningún momento, pues, se puso en práctica las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales.

También se debe indicar que el Código de Justicia Militar del Perú había limitado el juzgamiento militar de civiles para los delitos de “traición a la patria” en los casos de guerra externa. Al asimilar los delitos de terrorismo a los delitos de “traición a la patria”, mediante un decreto ley, se abrió la posibilidad de juzgar a los civiles por tribunales militares, y esto es lo que sucedió. Además, creó la posibilidad de que ciudadanos de otra nacionalidad puedan ser calificados de “traidores a la patria”¹⁶.

Para quienes eran acusados de los delitos de “traición a la patria”, es decir de terrorismo agravado, se establecieron tribunales militares

15 *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia 17 de septiembre de 1997, N° 33, *Ibidem*, párrs. 60 y ss.

16 *Castillo Petruzzi y Otros*. Sentencia 30 de mayo de 1999. *Ibidem*. Son de interés los argumentos de la Comisión al respecto: párr. 114, letras c y d; el criterio de la Corte está en párr. 121.

especiales, lo que significaba someter a los civiles a la jurisdicción militar. Lógicamente, tales tribunales militares estaban subordinados al Poder Ejecutivo, quien los nombraba. Al ser la institución militar un ente jerarquizado y disciplinado, sus miembros que se desempeñaban como jueces estaban muy lejos de cumplir con los estándares de independencia e imparcialidad que deben poseer los jueces. Esta situación se empeora cuando los jueces intervienen en los procesos de manera anónima, en lo que se ha denominado “jueces sin rostro”.

Frente a esta práctica judicial donde el papel principal estaba en manos de los tribunales militares especiales, con el *Caso Castillo Petruzzi y Otros* la jurisprudencia de la Corte Interamericana colocó un hito importante que podría resumirse como un principio básico del debido proceso: **cualquiera que sean los delitos que hayan cometido las personas civiles no pueden ser juzgados por la jurisdicción militar, ella no tiene competencia**. Corresponde al fuero común o justicia ordinaria conocer tales delitos, incluso en los casos en que hayan sido cometidos por militares (lo dicho vale también para los tribunales policiales).

Progresivamente se comprenderá que la jurisdicción militar tiene por finalidad juzgar las infracciones de tipo castrense (aspectos disciplinarios y otros), dejando los delitos comunes para la jurisdicción civil. Vale mencionar que, hasta comienzos del siglo XXI el ordenamiento jurídico del Ecuador y de otros países latinoamericanos disponían que durante el estado de excepción o de emergencia las personas civiles serían juzgadas por tribunales militares.

La sentencia del Caso Castillo Petruzzi y Otros (30 de Mayo de 1999)

Examinaré el mencionado caso en los aspectos que interesan a este análisis. El *Caso Castillo Petruzzi y Otros* tiene que ver con el juzgamiento de cuatro ciudadanos de nacionalidad chilena que fueron procesados por un tribunal “sin rostro” perteneciente a la justicia militar y condenados a cadena perpetua bajo el cargo de ser autores del delito de “traición a la patria” conforme al Decreto Ley N° 25.659.

Como fue dicho, el Código de Justicia Militar del Perú, que contenía los delitos de “traición a la patria” (rezago de épocas de guerra), establecía varias restricciones procedimentales y duras penas para estos delitos que debían ser juzgados por tribunales militares. Para estos casos se aplicaba

un procedimiento sumario que no admitía la interposición de acciones de garantía, lo que hacía infructuosos a los recursos de hábeas corpus y otros.

Ello explica que siempre fuera rechazada “*la excepción de declinatoria de competencia*” de la jurisdicción militar que interpusieron en diversos momentos los cuatro acusados, con el pedido de trasladar los procedimientos al fuero común¹⁷.

Al analizar estos aspectos la Corte Interamericana señaló que el traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar para el juzgamiento de civiles traía varias violaciones al debido proceso. En primer lugar, excluye “*el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia*”.¹⁸

En tales circunstancias la Corte establece la violación del artículo 8.1 de la Convención donde se reconoce el derecho que tiene toda persona “*a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...*”

La Corte IDH razona que no habría **imparcialidad** en este caso porque son las propias Fuerzas Armadas que combaten a los grupos insurgentes las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Y no habría **independencia** por cuanto el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar (según la Ley Orgánica de la Justicia Militar), se efectúa por el Ministro del sector pertinente; a su vez, los ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores dependen del Consejo Supremo.

Otro aspecto grave es que los juzgadores en esta clase de procesos por delitos de “traición a la patria” sean jueces “sin rostro”, hecho que imposibilita al procesado conocer la identidad del juzgador y valorar su competencia, a lo que se agrega de que la Ley prohíbe la recusación de dichos jueces.

En este contexto, además, existen graves violaciones al **derecho de la defensa** esencial para el debido proceso: hay restricciones para elegir abogado, para preparar la defensa, para interrogar a los testigos, para

17 Castillo Petruzzi y Otros, *ibidem*, párr. 86 (de *Hechos Probados*): 86.24 y 86.25 (Astorga); 86.36 y 86.43 (Castillo); 86.49 y 86.52 (Pincheira y Mellado).

18 *Ibidem*, párrs. 128 y siguientes. También párr. 161.

recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior, tampoco se permite que el proceso sea público, y otras restricciones más.¹⁹

Esta serie de violaciones, debidamente probadas en el proceso ante la Corte Interamericana, atentan a las garantías judiciales protegidas por el artículo 8 de la Convención y así se estableció en la sentencia (de fondo) dictada por el órgano jurisdiccional del Pacto de San José el 30 de mayo de 1999.

Como colofón para este breve análisis puedo añadir que la Corte IDH no declaró la libertad de los cuatro ciudadanos chilenos acusados de traición a la patria (como pregonaba la propaganda oficial) lo que resolvió fue la invalidez del proceso por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ordenó que se les garantice un nuevo juicio en la jurisdicción civil con la plena observancia del debido proceso legal.²⁰

Igualmente, la Corte dispuso que, en conformidad con el artículo 2 de la Convención que establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno y armonizar con la Convención, el Estado de Perú adopte las medidas apropiadas para **reformular las normas internas** que hacen aplicable a ciudadanos civiles la justicia militar y que son violatorias de los preceptos de la Convención Americana.

La primera respuesta del gobierno fujimorista fue declarar inejecutable la sentencia del *Caso Castillo Petruzzi y Otros*, cuya resolución oficial la dio el Consejo Supremo de Justicia Militar, con base en que no podía ordenarse un nuevo juicio contra los terroristas chilenos.

El problema del retiro de un organismo supranacional

Podría ser explicable que el gobierno del Sr. Fujimori (como sucede con todo régimen autoritario) haya considerado intolerable la sentencia *Castillo Petruzzi y Otros*, en cuanto a invalidar la jurisdicción militar en contra de civiles, lo que significaba que muchísimos procesos incoados contra los

19 *Ibidem*, párrs. 143 y 146 a 148. Además de otros relativos a las *Garantías Judiciales* del Art. 8 de la Convención.

20 A título de información, señalaré que las sentencias de los cuatro ciudadanos chilenos realizadas en la jurisdicción civil fueron: Castillo Petruzzi, 23 años; Mellado, 20 años, Pincheira, 18 años; Astorga, 15 años. (Reseña de diarios: *El Mercurio* de Santiago, 3 sept.2003; *Correo* de Lima, días 2, 3 y 5 sept.2003). Faltando todavía el recurso ante la Corte Suprema del Perú.

terroristas serían igualmente inválidos. El oficialismo afirmó mediante una campaña de prensa que todos los terroristas quedarían libres.²¹

Pero esta situación **no justifica** que el Estado peruano haya tomado la decisión de retirarse de la Corte Interamericana con efectos inmediatos, utilizando argumentaciones equivocadas que diera un asesor para la ocasión, nada menos que un distinguido jurista y antiguo Presidente la Corte Interamericana el doctor Héctor Gros Espiell.²²

Además, el Sr. Fujimori quiso evitar que la Corte IDH conociera los casos relativos al *Tribunal Constitucional* del Perú (que negó su tercera reelección presidencial por lo que destituyó a tres de los cinco miembros) y al *Caso Ivcher Bronstein*, que ya habían ingresado a la Corte. Esta actitud del gobierno fujimorista fue rechazada inmediatamente por todas las organizaciones de derechos humanos de nuestro continente y de Europa, lo que fue secundado por los organismos internacionales. La Corte Europea de Derechos Humanos afirmó que el “retiro” del Estado peruano carecía de validez jurídica y se solidarizó con sus pares interamericanos.

Por su parte, los diplomáticos peruanos informaron que, mediante nota de 16 de julio de 1999, entregada en la Secretaría de la Corte y también en la Secretaría General de OEA, el Perú había presentado un instrumento en el que comunicaba “*el retiro de su declaración de reconocimiento a la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte*”. En consecuencia, el órgano interamericano no podía seguir conociendo los casos ocurridos en Perú.²³

21 Diversos medios de opinión peruanos destacaron la campaña propagandística contra la Corte, “*a la cual se pretendió presentar como politizada y pro terrorista, se usaron adjetivos absurdos*” (*El Comercio* de Lima, sept.29/1999), igual criterio expresó la mayoría de la prensa escrita. Revistas como *Ideel* y *Caretas* se hicieron eco de esta situación. *Caretas* en un artículo publicado en junio de 1999, intitulado “*El Fallo y el Engaño. Los puntos sobre las íes en un tema que el Gobierno ha manejado antojadiza y sibilinamente*” reconocía que el Presidente ecuatoriano de la Corte tenía una posición jurídicamente válida (*Caretas* / junio 17, 1999, N°1572, pp. 12 y ss.)

22 Esta vergonzosa actuación se hizo pública con la revelación de los “vladi-videos”, pues quien había negociado con el jurista fue el propio Vladimiro Montesinos (por diez mil dólares). El ser docto y erudito no garantiza la Ética.

23 *Caso del Tribunal Constitucional*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Resoluciones y Sentencias N° 55, párr. 27. Igualmente, el *Caso Ivcher Bronstein*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, N° 54, párr. 28.

La Corte IDH consideró que esta cuestión del pretendido retiro de Perú debía ser resuelto por la misma Corte. Con fundamento en el Derecho Internacional la Corte Interamericana analizó que tiene competencias jurisdiccionales y “*tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence / Kompetenz- Kompetenz)*”. Además, es un deber que impone la propia Convención Americana (Art. 62.3) para poder ejercer sus funciones, porque “(L)a competencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones”.²⁴

La Corte Interamericana dictaminó en dos sentencias (ambas del 24 de septiembre de 1999 para los casos Tribunal Constitucional e Ivcher Bronstein) que “*el pretendido retiro, con efectos inmediatos por el Estado peruano, de la declaración de reconocimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de derechos humanos es inadmisibile.*”²⁵

El suscrito “*que presidió la Corte hasta el día 16 de septiembre de 1999*” (según se hace constar en los dos textos de sentencias), se había excusado desde el inicio de este periodo de sesiones (fines de agosto) de participar en la elaboración y adopción de estas sentencias, tomando en consideración que al producirse el conflicto con el gobierno fujimorista hizo saber -por diversos medios- que el retiro decretado por el Estado desde el punto de vista jurídico del Derecho Internacional no tenía validez ninguna.

Las leyes de amnistía, tutoras de la impunidad

Al cabo de un año y meses (nov.2000) se desplomó la presidencia del Sr. Fujimori y el nuevo Gobierno interino que se había instalado en Perú retornó a la Corte IDH buscando normalizar la situación. En este contexto y superada la hostilidad fujimorista, la Corte continuaría a conocer el **Caso Barrios Altos**, donde perdieron la vida quince personas y cuatro quedaron gravemente heridas. Este doloroso suceso tuvo lugar en 1991 (3 de noviembre) y fue atribuido a miembros del Ejército peruano que actuaban en el “escuadrón de eliminación” llamado “Grupo Colina”.

Con la finalidad de dar protección a quienes intervinieron en esta masacre execrable el Congreso peruano sancionó una ley de amnistía (Ley N° 26479) que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías

24 *Ibidem* (para los dos casos): párrs. 31 y ss.; 32 y ss. respectivamente.

25 *Ibidem* (para los dos casos): Puntos Resolutivos - párr. 55, 1.b y párr. 56, 1.b respectivamente.

y también a civiles que hubieran cometido violaciones a los derechos humanos o participado, entre 1980 y 1995. La promulgación de esta Ley fue secreta y forzada, entró en vigor el 15 de junio de 1995. Esto explica que el *Caso Barrios Altos* como otros, por ejemplo “*La Cantuta*”, hayan permanecido al margen de toda investigación y proceso. Posteriormente se dio la ley de amnistía N° 26492.

El *Caso Barrios Altos* fue patrocinado por algunas organizaciones de derechos humanos y después de largos e infructuosos trámites en la Comisión Interamericana, en medio de la hostilidad de los agentes fuji-moristas, fue sometido al conocimiento de la Corte el 8 de junio de 2000; dos meses después el Caso (notificación y anexos) fue “devuelto” a la Corte por cuanto el gobierno de Perú había retirado el reconocimiento a la competencia contenciosa de la Corte con efectos inmediatos.²⁶

Con el advenimiento del Gobierno interino del Perú se dio la derogación de la Resolución Legislativa relativa al retiro del Perú y mediante otra Resolución Legislativa se encargó al Poder Ejecutivo realizar todas las acciones necesarias para que el Estado peruano restablezca la competencia contenciosa de la Corte. Después, en un escrito de 19 de febrero de 2001, los agentes del Perú informaron que el Estado **reconocía su responsabilidad internacional** en este Caso y que iniciaría un procedimiento de solución amistosa para las reparaciones, lo cual significaba el allanamiento del Estado.

En este nuevo contexto, la Corte Interamericana dictó su sentencia el 14 de marzo de 2001. Como punto esencial la Corte señaló con claridad que las **leyes de amnistía** dictadas por el Estado del Perú no tenían valor alguno y constituían una forma de impunidad al impedir investigar las violaciones de derechos humanos.²⁷

El 20 de junio (2001) la Comisión IDH pidió una **interpretación** de dicha sentencia en el sentido de aclarar si lo expresado por la Corte tenía validez sólo para el *Caso Barrios Altos* o si su alcance sería para todos los casos de violaciones en los cuales se aplicaron las referidas leyes de amnistía. En sentencia de 3 de setiembre de 2001 la Corte decidió que “*dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía N° 26479*

26 *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y Otros)*, Sentencia de 14 de marzo de 2001. Resoluciones y Sentencias, N° 75, párrs. 3 a 19 y 25.

27 *Ibidem*, en el párrafo VII la Corte analizó con detenimiento la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana, párrs. 41 y ss.

y N°26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el Caso Barrios Altos *tiene efectos generales*".²⁸

IV. Epílogo

El ex mandatario Alberto Fujimori (de 1990 a 2000), ha sido el primer Presidente de Perú condenado por violaciones a los derechos humanos. En 2009 la justicia lo sentenció a 25 años de prisión. El indulto que se le diera a fines del año 2017 (por el expresidente Kuczynski) fue anulado por un Juez de la Corte Suprema. Posteriormente, hace unos meses, los medios de comunicación peruanos dieron la noticia de que el Tribunal Constitucional, en apretada votación, hizo valer el indulto para el ex mandatario.

La Corte Interamericana ante un pedido realizado por organismos de Perú dejó sin efecto este último indulto. Queda para el Estado peruano terminar de resolver esta problemática procesal. La salud del Sr. Fujimori es frágil.

Bibliografía:

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. 1969.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias de casos contenciosos.

Extractos de la prensa peruana y chilena que han sido mencionados.

Determinadas revistas, igualmente citadas.

28 *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y Otros)*, Interpretación de la sentencia de fondo (Art. 67 Convención Americana sobre D.H.) Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Resoluciones y Sentencias, N° 83. Principales párrs. 2 y ss., 8 y 9, 14. *Punto resolutivo* (VII) 2.- Énfasis agregado.

HOMENAJE A J. PALOMINO MANCHEGO: REFORMA Y DESTRUCCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

*Javier Tajadura Tejada**

Sumario: 1. Introducción. 2. La rigidez en el constitucionalismo norteamericano. 3. La rigidez en el constitucionalismo europeo. 4. Las funciones de la reforma constitucional. 5. Tipología de los cambios constitucionales. 6. La naturaleza del poder de reforma.

Introducción

Con inmensa alegría y profunda satisfacción recibí la invitación para participar en este homenaje a mi muy querido y admirado amigo el profesor José F. Palomino, el siempre entrañable “Pepe” para los amigos de uno y otro lado del Océano. Tuve el placer y la fortuna de conocer a nuestro homenajeado hace un cuarto de siglo, en el transcurso de un seminario organizado por el profesor José María Portillo en Oñate (Guipúzcoa, España) en homenaje al maestro Tomás y Valiente que acababa de ser vilmente asesinado por la organización terrorista separatista vasca ETA. Allí entablamos una gran amistad que confío en seguir cultivando durante muchos años. Esa amistad se ha traducido también en múltiples colaboraciones académicas dado que nuestros intereses científicos tienen

* Universidad del País Vasco. España.

muchos puntos en común: la justicia constitucional, Kelsen, los preámbulos constitucionales...etc.

Hemos coincidido desde entonces en numerosos Congresos y Seminarios en España (Madrid, Cádiz, Valencia, Bilbao) y también en Bolonia. Guardo gratísimos recuerdos de nuestros encuentros y paseos por todas esas ciudades, de su amabilidad y generosidad en el trato personal y humano, y de su lucidez y erudición en el plano académico.

En 2001 le dediqué mi obra "El Derecho Constitucional y su enseñanza" que tuvo a bien editar en Grijley, y hoy participo muy honrado en esta obra colectiva en homenaje a su ejemplar trayectoria personal y académica. He escogido la problemática de la reforma por su íntima conexión con la justicia constitucional, la otra garantía fundamental de la Constitución de la que el profesor Palomino es un muy reconocido experto.

En la exposición analizaré la diferente evolución de la rigidez constitucional a uno y otro lado del Océano y me centraré en el concepto de reforma como instrumento de defensa de la Constitución -garantía fundamental junto con la jurisdicción constitucional- lo que obliga a comprenderla como una actividad limitada materialmente. Creo oportuno subrayarlo porque en muchos lugares se comprende al poder de reforma como un poder formalmente limitado, pero no materialmente. En ese caso la reforma deja de operar como una garantía o instrumento de defensa por la sencilla razón de que reforma y destrucción de la Constitución se confunden.

2. La rigidez en el constitucionalismo norteamericano

Los Estados Unidos son un laboratorio privilegiado para el estudio de la Reforma de la Constitución. La rigidez constitucional -de la misma forma que el federalismo o el régimen presidencial- fue una invención norteamericana. "La idea de reformar el instrumento orgánico de un Estado es específicamente americana. Aunque muchas de nuestras instituciones políticas y legales tienen su origen en concepciones inglesas y ocasionalmente continentales, este no es el caso en la cuestión fundamental de reformar la Constitución" (Orfield). La experiencia constitucional norteamericana nos muestra la perfecta correspondencia entre los acontecimientos históricos y la lógica del instituto de la reforma: la afirmación del poder constituyente del pueblo conduce al principio de supremacía de la Constitución. La supremacía de la Constitución sobre los poderes constituidos y el resto de

normas del ordenamiento determina la inclusión en el Texto constitucional de una cláusula de reforma que impide su modificación por aquellos cuando actúan de forma ordinaria.

En los Estados Unidos, la Constitución fue concebida como la “ley suprema del país”. Este principio de supremacía constitucional -recogido en el artículo 6. 2 del propio Texto- es la traducción jurídica del principio político de soberanía popular. El principio político democrático determina que corresponde al pueblo la aprobación de la Constitución. Aprobada la Constitución, la función esencial de esta es limitar el poder de los gobernantes y evitar que ningún poder constituido se atribuya facultades soberanas. Esto solo puede lograrse atribuyendo a la Constitución -obra del poder constituyente del pueblo- la supremacía sobre el resto de normas elaboradas por los poderes constituidos. En la medida en que el pueblo o conjunto de ciudadanos con derecho de participación política en un momento histórico determinado, como titular del poder constituyente aprueba una Constitución, todos los poderes del Estado y todas las normas aprobadas por estos deben considerarse subordinadas a la Constitución. La supremacía de la Constitución respecto a todas las demás normas del ordenamiento expresa y garantiza la subordinación de los poderes constituidos al autor de la Constitución (pueblo-poder constituyente). “Porque la actuación del poder constituyente termina con la aprobación de la Constitución, la única manera imaginable de perpetuar la legitimidad democrática en el funcionamiento normal del sistema, no puede ser otra que la de transformar el principio político de soberanía popular en la fórmula jurídica de la supremacía constitucional” (De Vega, 1985: 40). Esta transformación es la que permitió a Paine afirmar que, en los Estados Unidos, “el soberano es la ley”, esto es, la Constitución concebida como la ley suprema del país.

Con estas premisas, el reto del constitucionalismo americano consistió en establecer las técnicas y procedimientos que permitieran distinguir entre ley constitucional y ley ordinaria. Y, de esta forma, conseguir que la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos resultara jurídicamente efectiva.

En este contexto, el instituto de la reforma surge como un procedimiento destinado, específicamente, a garantizar la supremacía de la Constitución. La Constitución sólo puede definirse jurídicamente como ley superior o suprema cuando requiera para su modificación un procedimiento

distinto, más agravado y complejo que el exigido para la aprobación o reforma de una ley ordinaria. La exigencia de este procedimiento especial de reforma –estrechamente vinculado a la noción de Constitución como ley suprema- es la que permite distinguir a una Constitución rígida de una flexible. Según la clasificación teorizada por Bryce en su celeberrimo estudio “Constituciones flexibles y constituciones rígidas”, constitución rígida es aquella que no puede ser reformada de la misma forma que una ley ordinaria mientras que flexible es la que carece de un procedimiento específico de reforma distinto del legislativo ordinario.

El artículo V de la Constitución de los EE.UU. –conforme a esta noción de rigidez constitucional- establece un procedimiento específico para la reforma constitucional. Sin rigidez es imposible concebir la Constitución como la norma suprema del ordenamiento. Pero solo con ella no basta. La razón es fácilmente comprensible. De nada sirve establecer un procedimiento de reforma, si no se establecen mecanismos de control que permitan sancionar su incumplimiento. Esto es, mecanismos que puedan evitar que, en la práctica, la Constitución sea modificada como una ley ordinaria sin seguir el procedimiento establecido en el artículo V. La Constitución norteamericana no establece ningún mecanismo de control y, desde esta óptica, la inclusión de un procedimiento de reforma bien podría haber resultado un instrumento incapaz de garantizar la supremacía normativa del Texto constitucional.

A pesar de la existencia de un procedimiento específico de reforma constitucional y de la distinción en un plano formal entre ley y constitución, nada impedía, en la práctica, que el poder legislativo aprobase leyes contrarias a la Constitución o que, de cualquier otra forma, la modificase sin respetar el procedimiento establecido al efecto. Y si esto ocurría y, realmente, en un caso de conflicto entre lo que establecía la Constitución y lo que disponía la ley, la norma finalmente aplicable resultaba ser la legal, es evidente que la supremacía constitucional no estaba, en modo alguno, garantizada.

El asunto se planteó en 1803. En el célebre caso *Marbury versus Madison*, el juez Marshall se enfrentó a este interrogante: en el caso de que el poder legislativo cambie una norma constitucional, ¿qué norma debe prevalecer, la Constitución o la ley? La propia lógica del sistema solo permitía dar una respuesta: el principio de supremacía constitucional exige que la Constitución se imponga sobre la ley en todo caso y circunstancia. En esta

sentencia, Marshall resolvió la laguna constitucional que comentamos y completó la arquitectura del Estado Constitucional, atribuyendo al Poder Judicial la facultad de no aplicar las leyes contrarias a la Constitución. Su razonamiento fue y es jurídicamente impecable: “O es la Constitución una ley superior, suprema, inalterable en forma ordinaria, o bien se halla al mismo nivel que la legislación ordinaria y, como una ley cualquiera, puede ser modificada cuando el cuerpo legislativo lo desee. Si la primera alternativa es válida, entonces una ley del cuerpo legislativo contraria a la Constitución no será legal; si es válida la segunda alternativa, entonces las Constituciones escritas son absurdas tentativas que el pueblo efectuaría para limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable”. La lógica del sistema y la propia literalidad de la Constitución que se define a sí misma como ley suprema, condujeron a Marshall a optar, con claridad y contundencia, por la primera alternativa. Nació así el control de constitucionalidad de las leyes.

Todo lo anterior nos confirma que fueron los norteamericanos quienes inventaron la técnica de la reforma como instrumento de defensa de la supremacía normativa de la Constitución. Ahora bien, en la praxis constitucional norteamericana, el uso de esta técnica fue escaso y quedó relegado a un segundo plano como mecanismo de adaptación de la normativa constitucional al cambio histórico. Como ha advertido Pérez Royo, “la reforma de la Constitución juega un papel importante en los Estados Unidos en el proceso de imposición del Estado constitucional más que en el Estado constitucional ya establecido; opera más como idea que como institución. Hasta que queda recogida en el Texto constitucional es muy importante. A partir del momento en que está inserta en él, va perdiendo importancia” (Pérez Royo, 1999: 418). Y quien la gana, esto es, quien reemplaza a la reforma, como instrumento de adaptación de la Constitución norteamericana al cambio histórico, es la interpretación constitucional.

Una vez introducido en el sistema el control de constitucionalidad de las leyes por el Poder Judicial, la adaptación de la Constitución a las nuevas circunstancias políticas y sociales se llevará a cabo, en la mayor parte de los casos, mediante la interpretación constitucional. La interpretación desempeña así en el constitucionalismo norteamericano la función que inicialmente se pensó para la reforma. Salvo en aquellos casos extremos en que no es posible eludir la operación formal de reforma.

La venerable Constitución de los Estados Unidos aprobada en 1787 conserva hoy su plena vigencia gracias a que ha sabido adaptarse, con mayor o menor fortuna, a las circunstancias de cada época. Pero esto no ha ocurrido sólo, ni principalmente, a través del procedimiento de reforma vía enmienda (procedimiento harto complejo que el juez Marshall calificó como “pesado y poco flexible”) sino, sobre todo, a través de la interpretación constitucional llevada a cabo por el Tribunal Supremo. Hasta tal punto esto es así que algunos manuales norteamericanos de Derecho Constitucional sostienen que la Constitución de los Estados Unidos es y dice lo que el Tribunal Supremo afirma que es y que dice.

La interpretación -ha señalado Zagrebelsky- cumple de esta forma una función similar a la reforma, garantizar el cambio en la continuidad: “La interpretación de la Constitución no es un acto puntual, ahistórico, que se agota en la búsqueda de la norma que subjetivamente parece, hic et nunc, la más conforme a nuestras expectativas. En una Constitución basada en principios, la interpretación es el acto que relaciona un pasado constitucional asumido como valor y un futuro que se nos ofrece como problema para resolver en la continuidad”. (Zagrebelsky, 1996: 90).

Los Estados Unidos alumbraron de esta forma la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad de las leyes como las dos garantías constitucionales básicas y sin las cuales no resulta posible que la Constitución cumpla con su función de limitar el poder y garantizar jurídicamente la libertad. Pero lo que importa subrayar es que, sin el control de constitucionalidad de las leyes, el establecimiento de procedimientos específicos de reforma constitucional resulta políticamente absurdo y jurídicamente inútil. En la medida en que en Europa el control de constitucionalidad de las leyes no surgirá hasta que, por influencia del eximio jurista vienés, Hans Kelsen, se cree en Austria en 1920 el primer Tribunal Constitucional de la Historia, la problemática de la reforma revestirá unos caracteres muy diferentes.

3. La rigidez en el constitucionalismo europeo

A diferencia de lo ocurrido al otro lado del Océano, en Europa, durante todo el siglo XIX, el doctrinarismo liberal y su teoría de la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes, supusieron la negación de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Cuando no se distingue entre poder constituyente y poder constituido, la idea

de supremacía constitucional carece por completo de sentido. En ese contexto, las Constituciones no es que no sean normas jurídicas, lo que ocurre es que son normas equiparadas a la ley y que pueden ser modificadas como una ley ordinaria. Frente a la rigidez del constitucionalismo norteamericano, la flexibilidad fue la nota característica de los textos constitucionales de los Estados europeos a lo largo del siglo XIX.

Pero no solo el doctrinarismo liberal hizo inviable el surgimiento en Europa de la rigidez constitucional. El dogma de la soberanía parlamentaria era también incompatible con la idea de supremacía constitucional. El Parlamento –como depositario de la soberanía según una concepción arraigada en Francia durante la Revolución y que solo tras la Segunda Guerra Mundial fue abandonada- puede llevar a cabo las reformas constitucionales que considere oportunas siguiendo para ello el procedimiento legislativo ordinario. Esto supone no distinguir en el plano formal entre constitución y ley. La Constitución es una norma jurídica, pero del mismo rango que las leyes. Las leyes pueden modificar la Constitución. La idea de que una ley pueda ser inconstitucional resulta inconcebible. El principio político democrático se identifica con la soberanía del parlamento. No es imaginable un poder superior al Parlamento y, en consecuencia, este es el señor de la Constitución. Fácilmente se concluye que las Constituciones de este tipo no gozan de supremacía jurídica alguna. En la medida en que se afirma la soberanía del Parlamento se niega la soberanía de la Constitución. Y la soberanía del parlamento conduce inexorablemente a la supremacía de su producto normativo por excelencia: la ley.

No es este el lugar para desarrollar las consecuencias que se derivan de esta concepción. Baste con señalar que la imposibilidad de configurar la Constitución como norma suprema hizo inviable también la efectividad de los dos principios políticos definitorios de la Constitución racional-normativa (principios liberal y democrático). Por un lado, el principio democrático resultó subvertido y el poder constituyente del pueblo remplazado por el poder soberano del parlamento. Por otro, el principio político liberal tampoco pudo desplegar sus efectos. La pretensión de convertir la ley en garantía de la libertad supuso olvidar el hecho incuestionable de que la ley parlamentaria también puede lesionar a aquella.

El dogma de la soberanía parlamentaria, unido a una diferente concepción del poder judicial cuya legitimidad residía precisamente en

su sumisión a la ley, hicieron inviable en Europa, durante todo el siglo XIX, la atribución a los jueces de la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes.

Todo cambió con el reconocimiento del sufragio universal. En última instancia, podemos decir que fue el reconocimiento del sufragio universal, esto es, la realización efectiva del principio democrático, el que hizo necesario plantearse desde una nueva perspectiva toda la problemática de la defensa de la Constitución. El proceso de democratización del Estado condujo -como el propio Bryce sagazmente previó- a la generalización de la rigidez constitucional como nota distintiva de los nuevos textos constitucionales del siglo XX.

Fue el sufragio universal el que condujo a los Parlamentos a los partidos socialistas, y entre ellos y los partidos liberal-conservadores aparecieron alternativas radicales para la reforma del Estado. La democracia era entonces un compromiso entre fuerzas políticas y sociales antagónicas, cada una de las cuales temía que la victoria electoral de la otra le proporcionara una mayoría parlamentaria suficiente para cambiar la normativa fundamental del Estado. Fue esa circunstancia la que determinó que las nuevas Constituciones se hicieran rígidas. La nueva sociedad democrática tiene que pactar los contenidos de la ley y hacerlo con instrumentos nuevos: los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones de intereses. Con ello se pondrá fin a la grandiosa imagen surgida de la Revolución de 1789 de la ley como expresión de la voluntad popular, dotada de las características de la generalidad y la abstracción. Por otro lado, la nueva sociedad democrática se expresa políticamente como voluntad constituyente “renovando el gran mito de la revolución y cerrando así también en este aspecto la época liberal que se había fundado precisamente en el presupuesto de que ese mito se había agotado para siempre” (Fioravanti, 2004: 37). En definitiva, el destronamiento de la ley, y la consideración de la Constitución como norma jurídica suprema están vinculados al reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad.

La asamblea alemana de Weimar, fue la primera asamblea constituyente que, en Europa, alumbró un nuevo tipo histórico de Constitución, distinto del precedente (constitución liberal): la constitución democrática. Este tipo de Constitución no se limita a diseñar la forma de gobierno y garantizar los derechos -según la celeberrima formulación del artículo 16 de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano

de 1789- sino que aspira a mucho más. La Constitución recoge los principios políticos fundamentales que definen y singularizan a las repúblicas democráticas del siglo XX. De esta forma, se crean las condiciones para que las constituciones puedan situarse, desde un punto de vista material, por encima de la ley del Parlamento de una forma que no fue posible durante la época liberal. “La Constitución –escribe Fioravanti- contiene ahora esos principios que nadie puede violar, ni siquiera el legislador, porque violar esos principios significaría atacar la misma identidad de esa comunidad política concreta” (Fioravanti, 2004: 38). Entre esos principios ocupan un lugar central, los derechos fundamentales considerados como tales por los textos constitucionales y cuya inviolabilidad debe ser tutelada frente a cualquier posible ataque, incluido el proveniente del legislador.

Las constituciones europeas del siglo XX no son solo democráticas por su fundamento –haber sido elaboradas y aprobadas por una Asamblea Constituyente- sino sobre todo por su resultado final, el reforzamiento de la mediación pacífica de los conflictos políticos y los antagonismos sociales, la tutela del pluralismo social y el rechazo de interpretaciones unilaterales del destino de la comunidad política. En este sentido, la supremacía de la Constitución no deriva “tanto de la presunta superioridad del sujeto autor de la Constitución, el pueblo o la nación, cuanto de la necesidad, fuertemente sentida en las sociedades pluralistas contemporáneas, de individualizar un límite seguro a las pretensiones de la mayoría” (Fioravanti, 2004: 40).

En este contexto, para garantizar la supremacía normativa de la Constitución, -y en definitiva el pacto o compromiso político y social que esta refleja- las antaño Constituciones flexibles se convirtieron en Constituciones rígidas. Solo entonces fue posible concebir las Constituciones como normas supremas. La práctica totalidad de las constituciones democráticas de Europa, aprobadas tras la Segunda Guerra Mundial, establecieron unos procedimientos específicos y más complicados que el legislativo ordinario para llevar a cabo su reforma. Junto al poder legislativo se configuró un nuevo poder, el poder de reforma constitucional. Y de este modo, se estableció, en el plano formal, una distinción entre legalidad y constitucionalidad. El poder legislativo ordinario podía hacer, reformar y derogar las leyes, pero no podía disponer libremente de la Constitución. La reforma de esta requería seguir procedimientos específicos en los que, aunque el parlamento tuviera también un protagonismo destacado, se requerían mayorías especiales y cualificadas, la disolución de las Cortes

y la aprobación de la reforma por sucesivas Cortes, la intervención directa de los ciudadanos mediante referéndum, u otros requisitos configurados como garantías para impedir que una mayoría parlamentaria coyuntural pudiera llevar a cabo una modificación arbitraria del Texto constitucional.

Y, de la misma forma que había ocurrido un siglo antes en Estados Unidos, la rigidez reclamó también, en Europa, el establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad de la ley. Fue así como, en los años 20, por influencia directa del eximio jurista vienés, Hans Kelsen, se crearon los primeros tribunales constitucionales (Austria, Checoslovaquia y España), a los que se les atribuyó el control de constitucionalidad de las normas. La generalización de estas Cortes tras la Segunda Guerra Mundial es la que hizo posible la definitiva consolidación en Europa de la Constitución racional-normativa (más de un siglo después que en los EEUU).

La evolución del constitucionalismo europeo –y mundial- ha determinado que la distinción formulada por Bryce entre constituciones flexibles y rígidas haya dejado de tener la importancia que revistió en el pasado. En la actualidad, la práctica totalidad de las Constituciones son rígidas. Casi todas establecen procedimientos específicos de reforma. “El establecimiento de un procedimiento especial de reforma para la normativa fundamental –escribe Pedro de Vega-, y la consiguiente distinción a nivel formal que del mismo deriva entre la ley constitucional y la ley ordinaria, constituye una especie de axioma de la conciencia jurídica universal” (De Vega, 1985: 50). Por ello, en lugar de distinguir entre Constituciones rígidas y constituciones flexibles, lo que realmente hay que examinar es el mayor o menor grado de rigidez de las distintas Constituciones.

A continuación, vamos a examinar cuáles son las funciones de la reforma constitucional como institución básica del Estado constitucional de nuestro tiempo.

4. Las funciones de la reforma constitucional

El Estado constitucional tiene que regular sus propios procesos de transformación. Y para responder a esta necesidad solo caben dos alternativas posibles. La primera consiste en atribuir la facultad de reformar la Constitución al propio poder constituyente. Esta opción debe ser descartada puesto que no permite configurar la reforma constitucional como un acto jurídico, sino únicamente concebirla como un acto político de soberanía.

En ese caso, el principio de supremacía constitucional se sacrificaría en el altar del principio democrático. Resulta por ello incompatible con la lógica del Estado constitucional según la cual el soberano es la Constitución. Esta fórmula supondría, en última instancia, legitimar la revolución permanente.

La segunda alternativa supone incluir la facultad de reforma dentro de las competencias de los poderes constituidos. Esta fórmula permite conciliar el principio político democrático con el principio jurídico de supremacía constitucional. El poder constituyente, en el ejercicio de sus facultades soberanas, establece un nuevo poder –el de reforma- y le atribuye la facultad de revisar la Constitución siguiendo un procedimiento también creado ad hoc. Ahora bien, como todos los poderes y facultades creados por el constituyente, este poder de reforma necesariamente se configura como un poder constituido y limitado.

Cuando en un Texto constitucional se establece un poder de reforma, se regula su funcionamiento y se disciplina jurídicamente su actuación lo que queda perfectamente clara es la distinción entre el poder constituyente y ese poder de reforma. “El poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado por la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre” (De Vega, 1985: 65). En este contexto, queda también perfectamente clara la distancia que separa una acción legal, es decir, un acto jurídico de reforma, de una revolución.

Siguiendo a Pedro de Vega, tres son las funciones básicas que la reforma –entendida como acto jurídico de un poder constituido y limitado- desempeña en el seno de todo Estado constitucional. La reforma es, en primer lugar, un instrumento para adecuar la realidad jurídica a la realidad política; en segundo lugar, es un mecanismo para articular la continuidad jurídica del Estado; finalmente, es una institución básica de garantía y defensa del Texto constitucional. Veamos brevemente cada una de estas funciones.

La reforma constitucional sirve, en primer lugar, para adaptar la Constitución al cambio histórico. La realidad política sobre la que actúa y despliega sus efectos todo Texto constitucional está sometida a un constante proceso de cambio. Frente a esa realidad en permanente devenir, las normas constitucionales contienen una serie de imperativos fijos y atemporales. En este contexto, la reforma es el instrumento que permite adaptar las normas

constitucionales a las nuevas circunstancias históricas, políticas y sociales. Por citar el caso de nuestro país, España, entre esas nuevas circunstancias sobrevenidas a lo largo de las últimas cuatro décadas habría que incluir, entre otras, nuestra adhesión a las Comunidades Europeas en 1986, el formidable avance del proceso de integración europea en los campos monetario y presupuestario, la configuración del actual mapa autonómico y la profunda descentralización territorial del Estado, los cambios sociales y culturales y su repercusión en los modelos de familia y en el concepto de matrimonio, las nuevas tecnologías y su impacto sobre determinados derechos fundamentales, el terrorismo yihadista, etc.

Desde esta óptica, la reforma es el principal instrumento para evitar que la distancia entre la realidad histórica, política y social, por un lado, y la normativa constitucional, por otro, adquiera unas proporciones tales que pongan en peligro la propia normatividad del Texto constitucional.

“Por eso, con razón ha podido afirmarse que, en la medida en que, a través de la reforma, se produce el acoplamiento de la Constitución con su propia realidad, y se impide que la normativa fundamental quede reducida a un conjunto de fórmulas sin proyección histórica y práctica ninguna, la revisión de la Constitución, lejos de interpretarse como un instrumento de deterioro del ordenamiento fundamental, debe entenderse como su primera y más significativa defensa” (De Vega, 1985: 68).

En segundo lugar, la reforma permite articular la continuidad jurídica del Estado. La adecuación del Texto constitucional al cambio histórico se lleva a cabo sin quebrantar la continuidad jurídica del Estado. La reforma es, por ello, una operación esencialmente jurídica. De esta segunda función, se deriva la consecuencia de que, por necesidad, la reforma está sometida siempre a límites. También incluso en aquellos ordenamientos –como es el caso del nuestro– que de forma absolutamente absurda e incomprensible reconocen la posibilidad de llevar a cabo reformas totales. La reforma constitucional en tanto garantiza la continuidad jurídica del Estado no puede afectar a la identidad constitucional del mismo. El poder constituido de revisión que tiene competencia para llevar a cabo la reforma, para lo que no la tiene es para consumar una revolución. La destrucción de la Constitución es una tarea vedada o proscrita al poder de reforma.

De esta segunda función se deduce también la imposibilidad jurídica de incluir en una Constitución, mediante una reforma, una cláusula de

secesión o cualquier otra disposición que pueda abocar a la ruptura de la unidad del Estado.

Por último, la reforma cumple una función básica de garantía de la Constitución frente al resto de los poderes constituidos. El establecimiento de un procedimiento agravado y más complejo y difícil para reformar la Constitución que el previsto para la legislación ordinaria, permite diferenciar –al menos a nivel formal– la ley constitucional de la ley ordinaria. De esta forma, la Constitución se convierte en ley suprema. De ello se derivan dos importantes consecuencias.

La primera consecuencia es jurídica y consiste en que las únicas leyes válidas contrarias a la Constitución y posteriores a ella serán las que, por haber seguido el procedimiento de revisión constitucional, se aprueben como reformas constitucionales. Esto pone de manifiesto que la gran institución de garantía del constitucionalismo creada por Kelsen, los Tribunales Constitucionales, concebidos como la verdadera clave de bóveda de la arquitectura del Estado constitucional, solo tienen sentido sobre la base de la rigidez constitucional. Dicho con otras palabras, el establecimiento de un procedimiento específico de reforma concebido como garantía de la Constitución es el que reclama la introducción de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, para hacer efectivo el escrupuloso respeto y el adecuado cumplimiento del procedimiento de reforma. Sin rigidez constitucional, la Justicia constitucional carecería de sentido y de fundamento.

La segunda consecuencia es de tipo político. La conversión –a través del establecimiento de un procedimiento específico y agravado de reforma– de la Constitución en norma suprema impide que los Parlamentos se conviertan en poderes constituyentes. Eso es lo que pasaría si, en lugar de estar sometidos los Parlamentos a la Constitución, fuera la Constitución la que estuviera disponible y dependiera de la suerte de mayorías parlamentarias más o menos coyunturales. El procedimiento de reforma impide que el Parlamento pueda disponer libremente de la Constitución y, de esta forma, garantiza que el Texto constitucional pueda seguir cumpliendo su función de protección de las minorías. Desde esta óptica, si como ya advirtiera Hans Kelsen y nos recordara Giovanni Sartori, en la protección de las minorías reside la esencia de la democracia moderna, la reforma constitucional viene así a cumplir, en última instancia, una decisiva y fundamental función: la defensa de la democracia misma.

El conocimiento de cuáles son las funciones que la reforma como institución debe cumplir, es el que nos permite enjuiciar y valorar los distintos procedimientos establecidos en las Constituciones de nuestro tiempo. Como hemos visto, todas las Constituciones son rígidas por lo que únicamente cabe hablar de un mayor o menor grado de rigidez. Algunas Constituciones establecen procedimientos de reforma no excesivamente complicados, consagrando una rigidez mínima, mientras que otras prevén mecanismos extraordinariamente complicados que determinan un grado máximo de rigidez. El interrogante sobre cuál sea el grado de rigidez deseable o preferible solo puede ser cabalmente respondido a la luz de las funciones que acabamos de enunciar.

Si la reforma es un instrumento de defensa de la Constitución y de protección de las minorías, es evidente que el procedimiento ha de tener un grado de rigidez suficiente como para impedir que un partido político, o una mayoría parlamentaria coyuntural, pueda disponer del Texto constitucional a su antojo. Ahora bien, esto no quiere decir que el máximo grado de rigidez no plantee también otros e importantes problemas. Constituciones que establecen procedimientos hiperrígidos pueden verse abocadas a una encrucijada peligrosa: o bien a que la Constitución no se reforme cuando las circunstancias obliguen a ello, y la distancia entre la realidad política y la constitucional adquiera dimensiones peligrosas, o a que la revisión se lleve a cabo por procedimientos distintos y, en última instancia, ilegales o fraudulentos. En ambos casos, la supremacía normativa de la Constitución sufre una formidable erosión. Por ello, como ha advertido Pedro de Vega “la rigidez no debe ser, en ningún caso tan extrema que impida, por la propia complejidad del procedimiento que la reforma se efectúe cuando las circunstancias políticas lo requieran” (De Vega, 1985: 89).

Finalmente, es también a la luz de estas funciones, como hay que responder al interrogante de cuándo debe llevarse a cabo una reforma constitucional.

Algunos autores, como Loewenstein o Hesse, han advertido los riesgos que conlleva hacer un uso frecuente del procedimiento de reforma: “Peligrosa para la fuerza normativa de la Constitución es la tendencia a la frecuente revisión, so pretexto de necesidades políticas aparentemente ineluctables. Toda reforma constitucional pone de manifiesto como unas necesidades objetivas, real o supuestamente inevitables, se valoran más que la regulación normativa vigente (...) Si tales modificaciones se acumulan

en poco tiempo, la consecuencia inevitable será el resquebrajamiento de la confianza en la inviolabilidad de la Constitución y el debilitamiento de su fuerza normativa. Condición básica de la eficacia de la Constitución es que resulte modificada en la menor medida posible” (Hesse, 2011: 87).

Estas acertadas observaciones obligan a plantear siempre con la mayor prudencia cualquier operación de reforma. Es cierto que el uso excesivamente frecuente del procedimiento reformista puede afectar negativamente al prestigio, autoridad e incluso eficacia, de un Texto constitucional, pero, en determinadas ocasiones, las reformas no pueden ser eludidas. Para ello es preciso distinguir entre aquellas reformas que responden exclusivamente a un capricho político y aquellas otras que obedecen a una necesidad jurídica. En este sentido, Pedro de Vega, con su habitual lucidez, responde así al interrogante de cuándo es preciso reformar un Texto constitucional: “La pregunta, desde el punto de vista político, sobre cuándo es el momento más oportuno para utilizar el procedimiento formal de la reforma, sólo admite una respuesta; a saber, la reforma es siempre políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria” (De Vega, 1985: 92).

Como hemos visto, las Constituciones de nuestro tiempo son fruto del consenso entre distintas fuerzas políticas. Como resultado de los acuerdos que permitieron su aprobación, muchas disposiciones constitucionales son intencionadamente ambiguas o imprecisas. Son disposiciones que admiten diversas interpretaciones y que, por lo tanto, configuran un marco constitucional que permite realizar políticas que respondan a ideologías muy diferentes. El amplio margen que dejan a la interpretación constitucional, posibilita que –sin necesidad de acudir al procedimiento de reforma– la Constitución se adapte a las nuevas circunstancias de la realidad política y social.

Es decir, mientras se pueda adaptar la Constitución al devenir histórico a través de la interpretación, la reforma no es jurídicamente necesaria. Solo lo sería si lo que se pretende, justamente, es cercenar esa pluralidad de posibles interpretaciones y reemplazarla por una excluyente de las demás. Innecesario es advertir que, para que una tal reforma resultara políticamente oportuna, debería suscitar un altísimo grado de consenso.

5. Tipología de los cambios constitucionales

Todo lo expuesto hasta ahora nos pone de manifiesto que la reforma de la Constitución se enmarca en un contexto más amplio, el de los cambios constitucionales. La reforma es un tipo de cambio constitucional, entendiéndose por tal, toda modificación del sentido, significado y alcance de una norma constitucional. Ahora bien, a la hora de examinar los diversos tipos de cambios constitucionales podemos clasificarlos según dos criterios: el primero, de carácter formal, el procedimiento o expediente a través del cual se manifiestan y producen efectos; y el segundo, de carácter sustantivo, el alcance material del cambio.

Con arreglo al primer criterio, debemos distinguir los cambios formales que se llevan a cabo a través de un procedimiento regulado por el propio Texto en virtud del cual este es objeto de una modificación expresa y textual –reformas constitucionales– de los cambios informales, esto es, todos aquellos que se verifican sin activar el procedimiento de reforma y sin alterar la literalidad o forma del Texto constitucional, modificando únicamente su significado. Estos cambios informales –para distinguirlos de las reformas propiamente dichas– se denominan mutaciones constitucionales.

El segundo de los criterios mencionados nos obliga a distinguir aquellos cambios referidos a aspectos no esenciales del Texto constitucional, es decir que no afectan a su identidad, a sus pilares o fundamentos básicos, de aquellos otros cambios que por afectar a su núcleo esencial alteran la identidad del Texto. En el primer caso, se trata de cambios que respetan unos límites materiales determinados, mientras que, en el segundo, las modificaciones tienen un mayor alcance llegando a franquear los límites que configuran la identidad de la Constitución de que se trate. Este segundo criterio permite distinguir la reforma de la Constitución de la destrucción de la misma. O, dicho con otras palabras, los cambios “en” la Constitución de los cambios “de” Constitución. La reforma es siempre un cambio en la Constitución puesto que su función es adaptar el Texto a las nuevas circunstancias, pero conservándolo.

La reforma es un mecanismo de adecuación de la Constitución al cambio y un instrumento de defensa de la misma habida cuenta que adecuar el Texto constitucional a las nuevas circunstancias es la mejor forma de garantizar su supervivencia. Cuando el resultado del cambio ya no permite identificar la Constitución como tal, nos encontraremos, en

el mejor de los escenarios ante un cambio de Constitución, es decir, ante una nueva Constitución que reemplaza a la anterior. O, en la peor de las hipótesis, ante la destrucción de la Constitución anterior y su sustitución por un régimen autocrático, es decir, no constitucional. La destrucción de la Constitución puede llevarse a cabo tanto por un acto de fuerza, realizado al margen del procedimiento de reforma, como a través de la utilización de este procedimiento. En este último caso se respeta el procedimiento formal, pero se quebrantan sus límites materiales.

Ejemplo de sustitución de un Texto constitucional por otro distinto fue lo ocurrido en Francia en 1958, cuando la aprobación de la Constitución gaullista que alumbró la V República supuso la destrucción de la Constitución precedente de 1946.

Un supuesto de destrucción de la Constitución por un acto de fuerza -rebelión militar- lo encontramos en lo que sucedió en España, en 1939, con el decreto de nombramiento de Francisco Franco como jefe del Estado y del Gobierno y de atribución del poder soberano, decreto que supuso la destrucción de la Constitución republicana de 1931. En Alemania, por el contrario, la aniquilación de la Constitución de Weimar respetó el procedimiento formal de reforma constitucional. La Ley de Plenos poderes de Hitler de marzo de 1933 fue aprobada por la mayoría de dos tercios exigida para las leyes de reforma constitucional.

6. La naturaleza del poder de reforma.

El reconocimiento o no de la existencia de unos límites materiales a la reforma (al margen de la existencia y el contenido de eventuales cláusulas de intangibilidad) presupone una determinada comprensión del poder de reforma, bien sea como poder constituido y limitado, bien sea como poder constituyente y absoluto: "Cuando no se reconocen límites de ningún tipo a la operación de reforma, lo que en realidad se está proclamando es la identificación entre poder constituyente y poder de reforma. Porque el poder de reforma es ilimitado, bien puede considerarse como el auténtico y soberano poder constituyente del Estado. Cuando, por el contrario, se entiende que la reforma tiene unas fronteras que de ningún modo puede sobrepasar, lo que se está consagrando es la diferencia tajante entre poder constituyente y poder de revisión. Porque el poder de reforma es un poder limitado, de ningún modo puede equipararse con el poder constituyente y soberano"

(De Vega, 1985: 220). Esto pone de manifiesto que la problemática de los límites afecta a la propia concepción de la reforma como institución.

La lógica del Estado constitucional es sencilla. Reposa sobre la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Partiendo del principio político democrático de soberanía popular, el poder constituyente elabora y aprueba un Texto constitucional. Aprobada la Constitución por el pueblo, todos los poderes del Estado se configuran como constituidos y limitados, y el poder constituyente desaparece. El poder constituyente es un poder previo a la Constitución, pero excluido de la misma. La Constitución como norma suprema reemplaza al pueblo soberano y ejerce la soberanía del derecho. Como bien advirtieron Kelsen o Kriele en el Estado Constitucional no hay soberano. Soberana es la Constitución. En el Estado constitucional todos los poderes son constituidos, esto es, configurados y limitados por la propia Constitución. Es la Constitución la que establece los distintos poderes y les atribuye las competencias respectivas. Pero ningún poder del Estado –por exigencia lógica y conceptual del constitucionalismo- puede configurarse como ilimitado. La existencia de un poder soberano en el marco del Estado constitucional supondría una amenaza permanente para la igual libertad política. Haría inviable cualquier tipo de orden y supondría la institucionalización de una revolución permanente. El poder constituyente, efectivamente, es un poder revolucionario o fáctico y, en ese sentido, no sometido al derecho. Pero ese poder desaparece de la escena una vez que actúa y aprueba su obra: la Constitución. La aprobación de la Constitución pone fin a la revolución e instaura un orden en el que no tiene cabida ningún poder fáctico o revolucionario. En definitiva, en el seno del Estado constitucional todos los poderes son constituidos y –esta es su diferencia esencial con el poder constituyente- están sometidos al derecho. Están subordinados al único soberano posible que es la Constitución. Esta subordinación se traduce jurídicamente en el principio jurídico de supremacía constitucional. Supremacía jurídica de la Constitución sobre el resto de normas aprobadas por los poderes constituidos que garantiza la prevalencia de la voluntad del pueblo soberano (autor de la Constitución) sobre la voluntad de los poderes constituidos.

La importancia de todo lo anterior para la comprensión de la naturaleza del poder de reforma constitucional es decisiva. Cuando decimos que en el seno del Estado constitucional no hay ningún poder soberano (absoluto), porque todos los poderes son constituidos (limitados) estamos incluyendo,

entre estos últimos, al poder de reforma constitucional –objeto de esta obra-. El poder de reforma constitucional es un poder constituido, configurado por el propio Texto constitucional –de obligada existencia- y limitado, por tanto, por el mismo (formal, material e incluso temporalmente). La cuestión decisiva será determinar la naturaleza y el alcance de esos límites. Pero para lo que nunca podrá ser utilizado el poder de reforma es para la destrucción del Texto constitucional que lo crea. Entender lo contrario supondría confundir el poder de reforma con el poder constituyente.

Los ordenamientos que prevén la posibilidad de reformas totales de la Constitución, y las teorías que niegan la existencia de límites materiales a la reforma, se basan en la equiparación entre el poder de reforma y el poder constituyente. De esta forma, lo que realmente hacen es incluir al poder constituyente dentro de la Constitución. Se rompe así la lógica del Estado constitucional, y la supremacía constitucional y la soberanía popular quedan absolutamente desprotegidas.

El hecho de que el poder constituyente –como poder de reforma- se encierre en el Texto constitucional no basta para calificarlo como constituido. Un poder autoilimitado en el procedimiento, pero absolutamente libre y soberano en el objeto y contenido de su voluntad, sigue siendo un poder constituyente. En última instancia, su propia condición de poder constituido en la forma y en el procedimiento dependerá de su propia voluntad. Y ello, por la sencilla razón de que, como poder constituyente, tanto puede decidir el acatamiento de los procedimientos de reforma como su infracción. La supremacía de la Constitución no queda, en modo alguno, garantizada. Con arreglo a esta concepción del poder de reforma como un poder constituyente autolimitado solo formalmente, “las reformas constitucionales no serían explicables, en ningún caso, como resultado de la supremacía de la Constitución, capaz por si misma de legalizar el cambio y controlar sus propios procesos de transformación, sino como un producto de la voluntad autónoma y libre del poder constituyente” (De Vega, 1985: 229-230). En definitiva, cuando la reforma se concibe como la obra de un poder soberano en el contenido de su voluntad por mucho que se presente como constituido y limitado en el procedimiento, la propia institución de la reforma en cuanto expresión de la continuidad jurídica del ordenamiento deja de tener sentido. La reforma no puede concebirse, en ese contexto, como una operación jurídica.

La integración del poder constituyente –como poder de reforma– dentro del Estado constitucional no solo aniquila el principio jurídico de supremacía constitucional, sino que destruye también el principio político democrático de soberanía popular que, supuestamente, pretendía garantizar. Si la supremacía constitucional es la traducción jurídica de la soberanía popular, el quebrantamiento de aquella supondrá también la violación de esta última. Al conferirse un verdadero poder constituyente a los órganos a los que se atribuye el poder de reforma, la soberanía del pueblo queda reemplazada por la soberanía de los órganos que tienen atribuido el poder de reforma.

De todo lo anterior se deduce que el poder constituyente no puede encerrarse de ningún modo dentro del ordenamiento constitucional. Es incompatible con él. Por ello, el poder de reforma, como poder regulado y ordenado en el Texto constitucional, debe configurarse, necesariamente, como un poder constituido.

El poder de reforma –como poder constituido– tiene como fundamento el propio Texto constitucional y de ello se derivan dos consecuencias fundamentales para el tema que nos ocupa. La primera, que las únicas posibilidades formales de actuación son las que el propio ordenamiento le confiere. Esta es una primera diferencia con respecto al poder constituyente que, en teoría, puede actuar al margen de cualquier procedimiento. La segunda, que sus posibilidades materiales de actuación tienen que ser necesariamente también limitadas. La explicación de esto subraya Pedro de Vega es muy sencilla: “si el título y la autoridad del poder de reforma descansa en la Constitución, ¿podría ese poder destruir aquellos supuestos constitucionales que constituyen su propio fundamento y razón de ser?” (De Vega, 1985: 237).

No creemos necesario extendernos más sobre la cuestión. El poder de reforma constitucional es, por su propia naturaleza de poder constituido, un poder limitado formal y materialmente. Es un poder al que se le atribuye la competencia para modificar el Texto constitucional pero que, en modo alguno, está facultado para destruir la Constitución. La reforma permite así legalizar el cambio, pero lo que en ningún caso hace posible es legalizar la revolución. “Porque la reforma de la Constitución legaliza el cambio, pero no puede legitimar la revolución, la problemática de los límites adquiere una dimensión jurídica y política de enorme trascendencia en cualquier sistema constitucional. Incluso en aquellos que, como el

nuestro, no admiten ningún límite a la reforma, la propia lógica del ordenamiento exige, si no se quiere destruir toda su racionalidad, determinar con precisión unas fronteras que la actuación del poder de revisión no puede, en ningún caso, sobrepasar” (De Vega, 1985: 239-240).

Aparece así el concepto de lo que Hesse denomina “el núcleo estable e irreformable de la Constitución”, que se corresponde con lo que Zagrebelsky califica como “parte fija” o “contenido esencial” de la misma.

En mi monografía sobre la reforma constitucional analizo con detalle ese contenido (Tajadura, 2018). Un contenido esencial integrado por los tres grandes principios del constitucionalismo contemporáneo: el principio democrático, el principio liberal y el principio de supremacía constitucional. Principios todos ellos a cuyo estudio, defensa y difusión contribuye de manera ejemplar el profesor Palomino, a quien dedicamos esta obra.

Bibliografía:

- Bryce, J.: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, CEC, Madrid, 1988.
- De Vega, P.: *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- Fioravanti, M.: “Estado y Constitución” en *El Estado Moderno en Europa*, (Fioravanti, M. ed.), Trotta, Madrid, 2004.
- Hesse, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-CEPC, Madrid, 2011.
- Pérez Royo, J.: “Comentario al Título X de la Constitución” en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (O. Alzaga, dir.). Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1999.
- Tajadura Tejada, J.: *La reforma constitucional: procedimientos y límites*, Marcial Pons, 2018.
- Zagrebelsky, G.: *Constitución e Historia*, Trotta, Madrid, 1996.

COMENTARIOS EN TORNO A LA GÉNESIS DE LOS PROCESOS DE ACCIÓN POPULAR E INCONSTITUCIONALIDAD

*Jorge Luis Cáceres Arce**

Sumario: I. Antecedentes del Proceso de Inconstitucionalidad; II. Antecedentes del Proceso de Acción Popular; III. Ejercicio del Control Constitucional al Nuevo Código Procesal Constitucional. Ley N° 31307; IV. Comentario contemporáneo: Reflexiones sobre la sentencia “Caso Cuestión de Confianza y crisis total de gabinete” EXP. 006-2018-PI/TC.

I. Antecedentes del Proceso de Inconstitucionalidad

Al remontarnos a los antecedentes normativos de los hoy llamados Procesos Constitucionales de Control Normativo. No podemos dejar de revisar la evolución histórica de los mismos, nos referimos a los procesos de Acción Popular y al de Inconstitucionalidad.

* Abogado. Maestro y Doctor en Derecho. Profesor en Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Santa María. Ejerció la Decanatura del Colegio de Abogados de Arequipa. Integró las Comisiones de Reforma al Código Procesal Constitucional. Es actual Vicepresidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Vicerrector de la UCSM.

Nuestra historia constitucional republicana, nos conduce a revisar el primer texto del Estado soberano peruano, la Carta de 1823, promulgada por don José Bernardo de Tagle, esta norma magna le reserva la tarea de “velar sobre la observancia de la Constitución y de las Leyes...”¹ al Senado Conservador (Capítulo séptimo, artículos del 87 al 94), ente Constitucional embestido de una gran función, ser el garante y el custodio de la ley suprema. Este órgano no se instaló, producto de las circunstancias políticas de inicios de la vida republicana, recordemos que nuestra primera Constitución fue promulgada el 12 de noviembre de 1823, en un clima de expectativa y entusiasmo, como bien lo apunta el profesor Raúl Chanamé “Previamente sin embargo los congresistas habían declarado en suspenso la carta para facilitar las labores militares de Simón Bolívar...”² El Senado conservador es el antecedente institucional del hoy Tribunal Constitucional (Incorporado a nuestro sistema jurídico con la Carta de 1979, con la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales).

Es necesario aclarar la diferencia entre derechos y garantías, en las primeras diez constituciones (1823 a 1933) se reservó en sus distintos títulos “de las garantías”. Unos hacen referencia a “garantías constitucionales” (1823 y 1834), otras “garantías individuales” (1839, 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933). La Carta de 1826 solo se refirió a “Garantías” y la carta de 1828, más conocida como la Constitución Histórica, no reservó título alguno a las garantías sean individuales o constitucionales, empero su contenido en relación a las mismas estuvo en el Título IX “Disposiciones Generales”³ entre los artículos 149 a 172. (Libertad Civil, seguridad individual, la buena reputación, instrucción primaria entre otros). A partir de la Constitución Política de 1979, se enmienda, esta postura doctrinaria y que se reitera en la ley magna vigente del 93.

Las cartas anteriores generaron una confusión entre los alcances y contenidos de derechos y garantías. Quien nos aclara es el desaparecido Dr. Francisco Chirinos Soto (ex Rector de la Universidad Católica de Santa María). Las garantías “son mecanismos jurídicos procesales que tienen

1 García Belaunde, Domingo. Las Constituciones del Perú. Fondo Editorial J.N.E. Lima. 2016.

2 Chanamé Orbe, Raúl. La Constitución Comentada Tomo I y II Legales ediciones. Lima. 2019.

3 García Domingo, Ob. Cit. Pág. 210.

como finalidad asegurar la vigencia y efectividad de los derechos”⁴ y los derechos constitucionales “son disposiciones que regulan y limitan la acción de los gobernantes frente a los gobernados”⁵.

La carta del 93, en su Título V hace referencia “De las Garantías Constitucionales” a los llamados procesos constitucionales, tanto los vinculados a garantizar libertades y derechos (Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y de cumplimiento) a los procesos de control normativo (Inconstitucionalidad y de Acción Popular) y finalmente los procesos que resuelven los conflictos de competencias y de atribuciones constitucionales (estos últimos recogidos de la Constitución española de 1978).

El llamado proceso de inconstitucionalidad o declaración o acción de inconstitucionalidad encuentra su fuente en el constitucionalismo norteamericano, empero con raíces inglesas. La Suprema Corte de Justicia norteamericana, fue el órgano judicial que asumió con firmeza la decisión histórica a negarse a aplicar leyes contrarias a la Constitución.

El magistrado inglés Sir Eduardo Coke es el que formuló la denominada doctrina de la supremacía de la Constitución, los hechos se generaron en 1610 “al sentenciar el caso del doctor Boham”⁶ el tema generó que en varios casos el common law, limitó leyes del Parlamento y en algunos casos impuso la invalidez de la norma violatoria, es cuando una ley del Parlamento contraviene al derecho común y a la razón, en resumen el common law, limitó e impuso la invalidez de la ley inconstitucional.

Inglaterra, la madre del constitucionalismo contemporáneo, carece de una carta escrita. En el sistema inglés funcionan rigurosas leyes de rasgo constitucional y que son parte del common law. De existir conflicto entre una ley positiva y normas del common law, prevalecen estas últimas.

Otro caso lo relata el ex constituyente del 79 Francisco Chirinos Soto “siempre dentro del ámbito del constitucionalismo inglés, Linares Quintana cita al jurista francés Charles Borgeaud, quien afirma que el Agreement of the people del año 1647 y el Instrument of government de 1653 son portadores de la idea de establecer una ley suprema, colocada fuera del

4 Chirinos Soto, Enrique. Chirinos Soto, Francisco. Constitución de 1993. Ed. Piedul. Lima. 1994.

5 Chirinos, Enrique. Ob. Cit. Pág. 428

6 Chirinos, Enrique. Ob. Cit. Pág. 442

alcance del Parlamento, limitando sus poderes y declarando, por vía de las restricciones expresas, cuales son los derechos que la Nación se reserva y a los que ninguna autoridad podría allanar sin delito”⁷.

Los norteamericanos siguieron los pasos de sus mentores ingleses, con el famoso caso dictado por la Corte Suprema, de 1803, cuyo mentor fue el Chief Justice John Marshall, proceso entre “Madison vs Marbury”. Este fallo es la fuente de la doctrina de la supremacía constitucional y de la potestad judicial para negarse a aplicar una ley inconstitucional.

En este histórico fallo que data de 1803, se estableció que la carta magna es una ley de rasgo superior y que ningún acto legislativo común, puede violentar a la Constitución y si se produce, ese acto legislativo, no es ley.

Al producirse conflicto entre el acto legislativo y la norma constitucional, el Tribunal no debe aplicar la norma legislativa. El voto elaborado por el magnífico Juez Marshall, contiene principios y argumentos en favor de la supremacía de la Constitución, que fortalecen el Estado Constitucional y de Derecho. Con esta decisión trascendental, los Tribunales norteamericanos quedaron habilitados, para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, es decir para vigilar la constitucionalidad del sistema jurídico.

En Latinoamérica, hemos tenido jueces ordinarios sumisos, incapaces de revisar la constitucionalidad de las leyes (Épocas de dictadura en Argentina, Chile y el Perú). En cambio, los jueces norteamericanos no toleraron aquellas leyes ajenas y contrarias al principio de supremacía y de constitucionalidad.

En España, Francia, Alemania, Austria, Portugal, Italia, Rusia, en América Latina en: Chile, Ecuador, Bolivia, Colombia y en el Perú, contamos con un órgano autónomo recogido del sistema austriaco (Tribunal o Corte Constitucional) encargado del control concentrado de constitucionalidad.

En el caso peruano, las cartas del primer centenario (1823 a 1920), la tarea del control concentrado de constitucionalidad no estuvo en manos de un órgano autónomo (T.C.), en términos generales, primero fue el Senado Conservador (1823) como lo norma el capítulo séptimo entre los artículos 87 al 94 de la carta de inicios de la República.

7 Chirinos Enrique. Ob. Cit. 443

En las cartas de 1828, 1834 y de 1839 “se estableció que el Congreso velaba por la observancia de la Constitución y hacia efectiva la responsabilidad de los infractores”⁸. Es decir que el control de constitucionalidad, de cierta manera estaba en manos del poder político.

En la carta de 1826 (Constitución vitalicia) en su artículo 51 estableció las “atribuciones de la Cámara de Censores... velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y... los tratados públicos”.⁹ Esta norma que tuvo una efímera vigencia (49 días), estuvo inspirada en la carta consular del año VII de Napoleón.

La carta de 1856 en su numeral 10, señaló “que es nulo y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”¹⁰. Esta norma constitucional no tuvo el desarrollo legislativo, ni aplicación jurisprudencial, ya que la indicada carta duro solo cuatro años. “Las cartas de 1860 y de 1867, esta última de escasa vigencia (Agosto de 1867 a enero 1868), no legislaron sobre el control constitucional”¹¹.

La Constitución de 1920, le reservó al Congreso la atribución de “examinar las infracciones a la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores” (Artículo 83, Inc. 4)¹².

“En el anteproyecto de la Constitución de 1931, elaborado por la Comisión Villarán, es que se plantea la posibilidad de incorporar el control judicial de las leyes al estilo norteamericano”¹³. La carta de 1933, introdujo una suerte de control político, el artículo 26 dispuso que “pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones de la Constitución”¹⁴. A su vez el numeral 123 de la carta del 33 señala que el Congreso estaba facultado para “examinar las infracciones a la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”¹⁵.

8 Cáceres Arce. Jorge Luis. El Control Constitucional en el Perú. Ed. LPG. Arequipa. 2005.

9 García, Domingo. Ob. Cit. Pág. 165.

10 García, Domingo. Ob. Cit. Pág. 316.

11 Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 66.

12 Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 66.

13 Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 66-67

14 García, Domingo. Ob. Cit. Pág. 450.

15 García, Domingo. Ob. Cit. Pág. 461.

La carta del 33 guardó silencio, no incluyó disposición alguna destinada a cautelar judicialmente la suprallegalidad constitucional.

El Código Civil de 1936, en su título preliminar, cubrió el vacío constitucional, e incluyó una norma que establecía la obligación de los jueces de preferir la norma constitucional a la ley ordinaria (Control de Constitucionalidad) en pleno respeto a los principios de supremacía de la Constitución y al de la Jerarquía de Leyes. “Los jueces ordinarios, fueron reacios a la aplicación de la disposición constitucional y del Código Civil, recién en 1963 con la ley orgánica del Poder Judicial, es que se reglamenta en el artículo 7, la facultad del control difuso en la vía judicial ordinaria, correspondiéndole pronunciarse en última instancia a la Corte Suprema de la República, sobre la inaplicación de una ley por inconstitucional, lo que se produjo solo en muy contadas oportunidades”¹⁶.

El debate constituyente de 1978, se basó sobre si se dejaba el control a los Tribunales ordinarios o si debía crearse un órgano autónomo y especializado en materia constitucional.

El entonces constituyente Javier Valle-Riestra recogió la propuesta de la reciente carta constitucional española de 1978 (este órgano de control ya estuvo en la Constitución Española de 1931), de contar con un organismo jurisdiccional especializado en problemas constitucionales, denominado Tribunal Constitucional (Regulado en su Título IX).

El Tribunal Español nació como una de las piezas claves del sistema de organización y distribución del poder, siendo su tarea elemental actuar como interprete supremo de la Constitución. Recordemos que el derecho constitucional europeo, tuvo entre guerras un gran desarrollo, por lo que se refiere a los instrumentos para asegurar la primacía de la Constitución. El origen histórico de los Tribunales lo encontramos en lo que fue la República Checa (Constitución de 1919) instalado el Tribunal en febrero de 1920 y en la República austriaca (en octubre de 1920), siguiendo la propuesta doctrinaria del ilustre jurista Hans Kelsen (primer presidente del Tribunal Austriaco).

Los españoles encontraron la recepción de este modelo de justicia constitucional, en la carta de 1931, bajo la denominación de “Tribunal

16 Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 67-68.

de Garantías constitucionales”¹⁷. Es necesario comentar que el perfeccionamiento del sistema de justicia constitucional lo encontramos en la Constitución Italiana de 1947 y con la Ley fundamental de Bonn (1949) como bien lo relata el catedrático español y ex presidente del Tribunal Pablo Pérez Tremps (recientemente fallecido).

El otro antecedente de los órganos autónomos de control constitucional lo tenemos en Alemania, en la histórica Constitución de Weimar (1919), “que instituye un Tribunal al que se le facultad para resolver los conflictos constitucionales entre los poderes y en especial entre los distintos entes territoriales propios de la organización federal”¹⁸.

El sistema mencionado apareció en Europa, ya que no existía un sistema difuso de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y era imprescindible contar con un órgano encargado de asegurar la primacía de la Constitución. Tarea innata para los tribunales constitucionales y no de la Corte Suprema, como en el sistema norteamericano que cuenta con una jurisdicción difusa a diferencia del modelo europeo o kelseniano de jurisdicción concentrada.

El genio Kelsen, mentor de los tribunales constitucionales, consagró a reservarle a este ente autónomo las tareas de controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas, la Constitución y la ley ordinaria. Ante esta situación le queda al Tribunal declarar a la norma incompatible con la Constitución, fuera del ordenamiento jurídico, es decir el Tribunal se convierte en un legislador negativo, que expulsa o elimina leyes ordinarias que estropean y violentan a la ley suprema.

El Tribunal austriaco instalado en octubre de 1920 (el primer Tribunal fue instalado en febrero de 1920 en Checoslovaquia) asumió varias funciones de orden constitucional, a parte del control de la compatibilidad de normas o de interprete; es competente en materia electoral, en materia orgánica, resuelve conflictos constitucionales entre los poderes estatales (Esta atribución los constituyentes del 93 la incorporaron como función del Tribunal Constitucional peruano que permite crear jurisprudencia y precedentes sobre la distribución de competencias y atribuciones asignadas

17 Pérez Tremps, Pablo. Derecho Constitucional. Volumen II. Ed. Tirand lo Blanch. Valencia. 2014.

18 García Merino, Fabiola y Gómez Sánchez, Francisco. Proceso de Inconstitucionalidad. Ed. Griley. Lima. 2009.

por la carta fundamental). El Tribunal austriaco también se encarga del juzgamiento de funcionarios con rango constitucional, así como ente supremo de protección de los derechos fundamentales y libertades.

Considero pertinente diferenciar dos figuras constitucionales, el modelo europeo del modelo o sistema concentrado de la constitucionalidad de las leyes. El primer modelo es el que generó la dación de los Tribunales o Cortes Constitucionales (Alemania – Colombia), cuyas funciones aparecen debidamente constitucionalizadas en el capítulo XXIII de las garantías constitucionales de la carta de 1993 entre los numerales 200 a 204. El otro modelo establece que la labor de control constitucional no solo la ejerce el Tribunal, estas funciones las comparte con el Poder Judicial (Control difuso).

El maestro Domingo García Belaunde, efectúa una adecuada diferenciación entre los modelos derivados de la justicia constitucional y formula una tercera postura llamada “Modelo dual o paralelo” y no mixto. Es la sumatoria de los caracteres y elementos del sistema europeo y americano, que se complementan, que conviven dentro de un ordenamiento jurídico, que es el caso peruano, donde el Tribunal Constitucional es titular del control concentrado y el Poder Judicial, ejerce el control difuso originario (El T.C. ejerce a su vez el Control difuso derivado). Es decir, la justicia constitucional es un asunto asumido por dos órganos autónomos, empero con funciones constitucionales independientes.

Al referirnos al control concentrado, no podemos dejar de comentar al proceso de inconstitucionalidad, son características de esta llamada garantía constitucional (Acción de inconstitucionalidad) a diferencia de los demás procesos constitucionales, el proceso de inconstitucionalidad es un proceso de rasgos especiales, no solo por el fondo que resuelve, sino también por las características propias de su desarrollo procesal, las mismas que son:

- “El proceso de inconstitucionalidad cuenta con legitimidad de acción reservada constitucionalmente.
- Es de instancia única y cuenta con un procedimiento especial.
- Resguarda la constitucionalidad de las normas.

- Es un proceso abstracto de efecto erga omnes (de alcance general, es decir de efecto vinculante para todo el sistema de justicia)¹⁹

Recordemos que cuando la norma legal: (Ley Orgánica, Ley Ordinaria, Ley de Desarrollo Constitucional, Tratado Internacional, Resolución Legislativa, Decreto Legislativo, Decreto de Urgencia y Ordenanza Regional o Municipal) es sometida a control de constitucionalidad y producto de este control, el Tribunal declara fundada la demanda “El efecto inmediato es la expulsión del espectro normativo estatal”.²⁰

En este escenario entra a tallar el principio de presunción de constitucionalidad, “dicho principio opera durante el proceso de inconstitucionalidad, el hecho que durante el periodo de cuestionamiento la norma cuestionada no pierde vigencia”.²¹

El otro control, es el difuso, recogido del sistema norteamericano y sus características se guían por su condición difusa, que facultad a todo Juez (ordinario, constitucional y electoral, caso: peruano) para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. Es incidental, ya que se aplica a casos concretos y expresa una eficacia declarativa, la norma sujeta a este control es declarada inaplicable, cuando no se respeta el principio de la jerarquía de leyes (artículo 138 de la Constitución Política de 1993). “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la norma constitucional sobre toda norma de rango inferior”.²²

“El modelo peruano es concentrado a cargo del Tribunal Constitucional, a su vez es concentrado y abstracto, es cuando el Control de la legitimidad de la ley, se propone como cuestión principal y única y por último es concentrada y general, la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidación de la ley erga omnes, generando la ineficacia de la ley general”²³. Empero como lo señalamos nuestro modelo es dual o paralelo, es decir difuso y concreto. Es difuso, interprete y declarativo, desde la dación

19 Cáceres Arce, Jorge Luis. El Control Constitucional en el Perú. Ed. Adrus. Lima. 2015.

20 Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 48.

21 Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 48-49.

22 Abad Yupanqui, Samuel. Constitución y Procesos Constitucionales Séptima edición. Ed. Palestra. Lima. 2018.

23 Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 77.

de la carta de 1979 y ratificado en la vigente de 1993 (Control difuso de la Constitucionalidad de las Leyes).

Recogemos lo bien anotado por el calificado jurista Marcial Rubio Correa, en relación a la correcta aplicación del control difuso “Tener en cuenta que incompatibilidad no es lo mismo que diversidad... En la diversidad se colocan matices o precisiones. En la incompatibilidad la norma de un rango y del otro son excluyentes entre sí solo por incompatibilidad puede funcionar el control difuso”²⁴.

“...El control difuso debe ser aplicado con criterio restrictivo”²⁵. Es decir, el juzgador debe estar convencido que no existe postura razonable de encontrar compatibilidad entre las dos normas en conflicto. “El Control difuso solo puede ser aplicado cuando existe un conflicto real y concreto de intereses, en el cual se debe discernir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma inferior”²⁶.

II. Antecedentes del Proceso de Acción Popular

La Acción Popular, institución cuya fuente histórica la encontramos en el sistema romano, se incorporó en nuestro sistema constitucional y legal en la Constitución Política de 1933, como un control abstracto de normas inferiores a la ley, como bien lo sustenta el maestro del constitucionalismo peruano Domingo García.

Surge como instrumento de defensa, frente a los actos normativos administrativos del Poder Ejecutivo y en otros casos de las instancias de los gobiernos subnacionales (Gobierno: Regional y Local) fundamentalmente se incorporó en el texto de 1933 a pocos años del gobierno dictatorial de Augusto B. Leguía (1919-1930), que cometió excesos y abusos de orden legal y político al ordenamiento constitucional.

La Comisión que presidió el magnífico jurista Manuel Vicente Villarán y Godoy (1931), en su estudio y análisis dejó constancia de los excesos del poder reglamentario del Poder Ejecutivo que invadió el escenario de las leyes. Los célebres constituyentes del 31 (M.V.

24 Rubio Correa, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V. Ed. PUCP. Lima. 1997.

25 Rubio, Marcial. Ob. Cit. Pág. 16.

26 Rubio, Marcial. Ob. Cit. Pág. 16.

Villarán, Víctor A. Belaúnde, José León Barandiarán, Toribio Alayza, Emilio Romero, Ricardo Palma entre otros) plantearon determinar los límites de la potestad normativa del poder reglamentario, como así lo señalaba el numeral 76, inc. 5 “los reglamentos se limitarán a determinar el modo de cumplir las leyes para cuya ejecución se dictan y a precisar y complementar sus disposiciones, sin imponer obligaciones nuevas o más onerosas a los ciudadanos ni alterarles derechos y obligaciones que la ley señala a los funcionarios”²⁷.

Este control jurídico abstracto a las normas administrativas emitidas por los niveles de Gobierno fue atendido por el legislador ordinario y la incorporó en el Título preliminar del Código Civil de 1936, como control difuso a leyes administrativas. La carta de 1933, en su numeral 133 expuso “Hay Acción Popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros. La Ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente”²⁸.

Es menester precisar que el numeral 231 de la carta del 33 estableció la figura del recurso de acción popular “para denunciar los delitos contra los deberes de función y cualquiera otros que cometan los miembros del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones. También lo hay para denunciar los delitos contra la ejecución de las resoluciones judiciales, que cometan los funcionarios del Poder Ejecutivo”²⁹. Ante esta figura jurídica Francisco Chirinos Soto dijo “La acción popular pertenece al campo del Derecho Procesal Penal y no es otra cosa que una variante o una modalidad de la acción penal pública. En determinados delitos, cuya comisión afecta fundamentalmente intereses colectivos y difusos, se concede a cualquier miembro de la comunidad el derecho a formular la correspondiente denuncia ante los órganos encargados de llevar adelante la investigación y el juzgamiento”³⁰.

Retomando a la Acción Popular en el ámbito constitucional, el ex Decano del Colegio de Abogados de Arequipa don Francisco Chirinos,

27 Morón Urbina, Juan Carlos. *El Control Jurídico de los Reglamentos de la Administración Pública*. Ed. Gaceta Jurídica. Lima. 2014.

28 García Domingo. *Ob. Cit.* Pág. 464.

29 García Domingo. *Ob. Cit.* Pág. 478.

30 Chirinos, Enrique. *Ob. Cit.* Pág. 449.

señala “Una de las fallas más graves de técnica jurídica es la que le da el nombre de acción popular a un procedimiento judicial que bien podría denominarse acción de legalidad, porque persigue precisamente la invalidez de los reglamentos y normas administrativas”³¹

Lo dispuesto por el numeral 133 de la carta de 1933 no fue aplicado por los jueces ordinarios, bajo el pretexto, que el mencionado mandato constitucional requería del desarrollo normativo (Ley de procedimientos judiciales), a la que se refiere el segundo párrafo del número 133. Al respecto Juan Carlos Morón nos comenta lo citado por el constitucionalista Domingo García que, durante los años 1947 y 1948, “se presentaron a la Corte Suprema, tres solicitudes para que se declarara inconstitucionales otros tantos decretos supremos dictados por el Poder Ejecutivo de entonces... En esos casos la corte declaró en acuerdos de la sala plena que no estaba expedito el ejercicio de la facultad concedida al Poder Judicial por el artículo 133 de la Constitución, por no haberse dictado la ley de procedimientos judiciales...”³².

Este vacío legislativo o ausencia de regulación procesal, fue cubierto con la dación de la ley orgánica del Poder Judicial de 1963 (Decreto Ley N° 14605), esta norma orgánica asumió por primera vez, el tratamiento procesal positivo.

El fuero común, era el competente para conocer este proceso de puro derecho, (sin etapa probatoria) y con la representación estatal radicada en el procurador general. El Poder Judicial ya no podía denegar la atención de los recursos de acción popular, bajo el argumento de falencia normativa.

Estando a lo comentado, el jurista Domingo García, citado por el profesor de Derecho Administrativo Juan Carlos Morón Urbina, describió dos caracteres singulares de la doctrina jurisprudencial de la época “a) solo pueden ejercerla quienes tienen interés legítimo o moral de la acción... b) Sus efectos no son de carácter anulatorio, ni dejan sin vigencia a norma alguna, sino advertida la colisión de la norma inferior con la ley o la Constitución, se declare que aquello es no aplicable al caso sublitis, ergo, será válida para todos los demás casos”³³.

31 Chirinos, Enrique. Ob. Cit. Pág. 449.

32 Morón Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 33.

33 Morón, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 36.

El desarrollo institucional del proceso de acción popular se concreta en la carta de 1979, que mantiene la competencia exclusiva a cargo del Poder Judicial, se amplió el ámbito de alcance sobre las normas de los gobiernos regionales y locales y de los organismos públicos descentralizados y los autónomos. Se dicta la ley 24968. Ley procesal de la Acción Popular y dejó sin efecto el numeral 7 de la ley orgánica del Poder judicial (1963). Al respecto el calificado catedrático Juan Carlos Morón precisó algunas características como “Competencia exclusiva del Poder Judicial..., participación del Fiscal como dictaminador en el proceso... prevé la inhibición y la conclusión del proceso por sustracción de la materia... la sentencia que ampare la Acción Popular determina la implicación total o parcial de la norma... declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad puede fundarse en la infracción de cualquier norma constitucional o legal... la sentencia denegatoria del acción popular impide la interposición de una nueva acción fundada en la misma infracción, las sentencias recaídas en los procesos de Acción Popular constituyen normas prohibitivas para que cualquier órganos del Estado bajo responsabilidad emita nueva norma con contenido parcial o total idéntico a la derogada por mandato judicial...y si la acción popular es amparada, el importe de los costos será asumido por el Estado, en caso contrario, las asumirá el accionante”.³⁴

En la carta vigente de 1993, aparece en el artículo 200 Inc. 5. Es una acción que no se dirige a impugnar actos, sino reglas generales (Decretos, resoluciones y reglamentos de carácter general, decretos de alcaldía, normas generales de carácter ejecutivo que puedan dictar los gobernadores regionales y las normas administrativas dictadas por los órganos autónomos).

Con la dación del primer Código Procesal Constitucional (diciembre del 2004) hemos contado y tenemos un proceso encargado de controlar judicialmente el ejercicio del poder reglamentario (Control Judicial a normas administrativas) se encuentra desarrollo el proceso en el título VI (artículos 75 al 96). Es un proceso de control normativo de competencia exclusiva del Poder Judicial (Es el único proceso constitucional que no es de competencia directa, ni indirecta del Tribunal Constitucional) que puede ser interpuesto por cualquier ciudadano (Interés difusos), es un proceso dirigido para defender la Constitución y la ley frente a infracciones normativas administrativas, proceden medidas cautelares para la suspensión de

34 Morón, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 37-38.

efectos de la norma administrativa, ya no participa el Ministerio Público y las sentencias que declaren fundada la demanda, pueden tener efectos retroactivos (artículo 81, párrafo final) en relación a la nulidad de la norma administrativa.

El proceso de Acción Popular desde la concepción sustantiva, está vinculado con el proceso de inconstitucionalidad, ambos tienen como objetivo asegurar el orden constitucional y legal y que los principios de supremacía de la Constitución, jerarquía normativa (Constitucionalidad y legalidad) se respetan a cabalidad. La adecuada aplicación del principio de constitucionalidad nos conduce a invalidar la norma administrativa incompatible con las normas superiores (Constitución - ley). Las causales pueden ser por el fondo, la forma, directa e indirecta, total o parcial.

En relación a su inusual aplicación, el profesor Juan Carlos Morón, ha efectuado un estudio serio y de relevancia académica que ha demostrado que el proceso de Acción Popular, como lo señaló el académico Carlos Hakanson es "Impopular". Es un proceso de escasa difusión y las sentencias emitidas por las instancias judiciales no son relevantes y según los resultados de la investigación a cargo del profesor Morón entre setiembre del 2001 y enero del 2012, no superaron de 229 resoluciones judiciales con calidad de cosa juzgada en comparación con los otros procesos constitucionales principalmente de amparo, hábeas corpus y los de inconstitucionalidad.

La Comisión de Constitución del Parlamento "(2002) presidida por el extinto sociólogo Henry Pease García, propuso varias reformas constitucionales, al proceso de Acción Popular que fundamentalmente se refirieron a que el Tribunal Constitucional fuera competente para conocer de este proceso de control "(Las reformas se encontraron en el proyecto de reforma de la Constitución, artículos 61 y 209)"³⁵

Finalmente, mediante las Resoluciones Ministeriales N° 321 y 329-2016-JUS, el Poder Ejecutivo conformó el grupo de trabajo que se encargó de revisar y proponer mejoras a las disposiciones contenidas en el Código Procesal Constitucional, la comisión la presidio con acierto el jurista Domingo García Belaúnde y culminó las tareas encargadas a fines de enero del 2018. En lo que corresponde a los procesos de control normativo. Se propuso reformas a los numerales 76 (Procedencia de la demanda

35 Congreso de la República. Proyecto de la Ley de Reforma de la Constitución. Ed. Forma e Imagen. Lima. 2002.

de Acción Popular, artículo 78 (Inconstitucionalidad de normas conexas), numeral 79 (Principios de Interpretación), numeral 82 (Cosa juzgada), artículo 85 (Competencia), numeral 86 (Demanda), artículo 87 (Plazo), numeral 88 (Admisibilidad e improcedencia), numeral 89 (Emplazamiento y publicación de la demanda), artículo 92 (Vista de la causa), artículo 94 (Medida cautelar), artículo 97 (Costos), numeral 99 (Representación procesal), artículo 102 (Anexos de la demanda de inconstitucionalidad) y el numeral 107 (Tramitación).

Estas propuestas de reforma al primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica fueron el reflejo de los requerimientos de la comunidad jurídica usuaria que exigía contar con una norma eficaz y eficiente, que alcance los fines de los procesos constitucionales estipulados en el Título Preliminar (Artículo II).

El Congreso de la República a través de la Comisión de Constitución presidida por el ex parlamentario Omar Chehade Moya puso a debate la propuesta elaborada por la comisión especial liderada por el Ex Presidente del Tribunal Constitucional y entonces Congresista Carlos Mesía Ramírez, la autógrafa de la ley fue remitida al Poder Ejecutivo, quien no promulgo la citada propuesta legislativa en el plazo constitucional, por lo que la entonces Presidenta (a.i.) del Parlamento doña Mirtha Vásquez Chuquilin, promulgo por insistencia la autógrafa de la ley, el 23 de julio del 2021 mediante la Ley N° 31307; documento que pasamos a analizar en lo vinculado a las disposiciones generales de los procesos de control normativo que aparecen entre los numerales 74 al 82 del cuerpo adjetivo.

No podemos dejar de admitir que el llamado “Nuevo” texto adjetivo, que en sí no es novedoso en su integridad. Un 75% del contenido del primer aporte (Código Procesal Constitucional derogado) se encuentra en el cuerpo legislativo que está vigente desde el pasado 24 de julio (Ley 31307). Considero que la denominación adecuada es: “Reformas o Modificaciones al Código Procesal Constitucional”.

Debo reiterar en reconocimiento y gratitud; que el equipo a quién se le encargó la redacción del primer y único código (a diciembre del 2004 Ley N° 28237) la integraron calificados y honorables juristas y maestros universitarios promovidos por uno de los principales referentes del constitucionalismo peruano don Domingo García Belaunde y en este selecto grupo de pedagogos de las ciencias jurídicas se recibió los

aportes sesudos de: Francisco Eguiguren Praeli, Juan Monroy Galvéz, Jorge Danós Ordoñez, Arsenio Oré Guardia y Samuel Abad Yupanqui (Ley 28237-Código derogado).

Los notables académicos evaluaron, analizaron, debatieron y finalmente determinaron la meritoria tarea entre junio de 1995 a enero de 1997, que alcanzaron la versión democráticamente definida, que se mantuvo en suspenso hasta la quinta versión del proyecto, que el Parlamento Nacional lo aprobó en abril del 2004, habiendo recibido propuestas sólidas de orden institucional y personal de magistrados, profesores universitarios y letrados forenses que se considerarán en el texto final, que contó con el dictamen favorable del pleno del Tribunal Constitucional entonces presidido por Don Javier Alva Orlandini (de enero del 2004). El texto fue publicado el 31 de mayo del 2004 y entro en vigor jurídico 6 meses después el 01 de diciembre (se aplicó la figura doctrinaria de la “Vacatio Legis”; aquella norma publicada empero aún no vigente, disposición legal en pausa, en descanso para su aplicación). Este lapso de tiempo permitió que la innovadora norma adjetiva sea más difundida antes que adquiriera fuerza obligatoria. En resumen, el primogénito Código fue producto de consensos y de espacios largos de debate y no de posturas verticales y agazapadas.

III. Ejercicio del control constitucional al Nuevo Código Procesal Constitucional. Ley N° 31307

El 21 de mayo de 2021 el Parlamento aprobó el texto sustitutorio de los proyectos de ley que proponían modificar el Código Procesal Constitucional, no obstante el Poder Ejecutivo, observó dicha autógrafa advirtiendo que se requería contar con una ley de reforma parcial al Código Procesal Constitucional vigente (Ley N.º 28237); de acuerdo al Oficio N° 404-2021-PR³⁶, que remitió la Presidencia de la República a la entonces titular del Legislativo Mirtha Vásquez Chuquilin el 2 de julio del 2021; el proyecto aprobado por el pleno presentó algunas normas que contradicen la Constitución vigente, además en el documento se hacía hincapié a la necesidad de contar con la opinión de especialistas de los órganos autónomos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Pese a las observaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo, el 14 de julio del 2021, con 80 votos a favor y 15 en contra, el pleno del Congreso

36 Archivo del Congreso de la República

de la República aprobó por insistencia el denominado Código Procesal Constitucional, el cual fue publicado en el Diario el Peruano a través de la Ley N° 31307³⁷.

El lunes 26 de julio del 2021, Víctor Daniel Coronel Salaverry, en su condición de Decano del Colegio de Abogados de La Libertad, interpuso demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 31307 que aprobó el Código adjetivo.

En el documento el representante de la orden gremial, sostenía que existían posibles infracciones a los principios de igualdad y al trato diferenciado. Así como la vulneración al derecho de defensa. También alegó que la nueva norma trasgredía los principios de separación de poderes, independencia judicial y autonomía del Tribunal Constitucional; además atentaba contra los principios de independencia y autonomía del Fiscal de la Nación y afectaba a los pilares de la seguridad jurídica y la previsión de consecuencias.

Una segunda demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 31307, se planteó el 23 de julio del 2021; fue la Procuraduría Pública especializada en materia constitucional en representación del Poder Ejecutivo, quien acudió al órgano de control constitucional.

El procurador público Ad Hoc en materia constitucional, Luis Alberto Huerta Guerrero, en el documento presentado ante el órgano autónomo, advierte que la norma aprobada por el Parlamento vulnera la autonomía e independencia del poder encargado de administrar justicia ordinaria y del ente interprete de la Carta; “ya que estas instituciones cuentan con sus leyes orgánicas las cuales determinan su propia estructura y funcionamiento, por lo que el nuevo Código Procesal Constitucional no puede abordar estas materias”³⁸.

En la demanda la procuraduría también cuestionó los artículos 26° y 64° del llamado Nuevo Código Procesal Constitucional, por vulnerar el derecho al debido proceso y a la pluralidad de instancias. (Considero que no debe ser denominado “Nuevo” Código, sino modificaciones al Código

37 Publicación del Diario Oficial el Peruano 23 de julio del 2021

38 <https://www.gob.pe/institucion/procuraduria/noticias/508468-procuraduria-en-materia-constitucional-presenta-ante-el-tc-demanda-contra-nuevo-codigo-procesal-constitucional>

de diciembre del 2004; debido a que los cambios no superan el 25% del texto derogado).

Una tercera impugnación constitucional se presentó ante el Tribunal Constitucional el 4 de noviembre del 2021, fue el Procurador del Poder Judicial, Jhony Tupayachi Sotomayor, quien interpuso esta acción en representación del tercer Poder del Estado.

En el documento se advierte que los artículos 5° (segundo párrafo), 6°, 23°, 26°, 29° y 37° (inciso 8) del Código adjetivo trasgreden el derecho a la defensa, la autonomía judicial y el principio de separación de poderes³⁹. También, considera la vulneración de los derechos: de defensa (derecho a ser oído), de igualdad, al debido proceso y a la pluralidad de instancias. Asimismo, la procuraduría del Poder Judicial, consideró que la novedosa norma afecta la tutela jurisdiccional efectiva.

El Tribunal Constitucional se pronunció el 14 de diciembre 2021 sobre las dos de las tres demandas de inconstitucionalidad presentadas contra el mal definido Nuevo Código Procesal Constitucional (expediente 025-2021-PI/TC, presentado por el Colegio de Abogados de Trujillo y el expediente 028-2021-PI/TC presentado por el Gobierno Nacional).

Los magistrados, Marianella Ledesma Narváez, Manuel Miranda Canales y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera consideraron que la ley era inconstitucional, mientras que los tribunales Augusto Ferrero Costa, Ernesto Blume Fortini y José Luis Sardón de Taboada, señalaron que la Ley N° 31307 se ajustaba a la norma tutelar, por cuanto su aprobación había seguido el procedimiento regular parlamentario.

Tras la votación el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda contra la Ley N° 31307 norma que aprobó el Nuevo Código Procesal Constitucional⁴⁰, ello debido a que no se llegaron a los cinco votos requeridos para declarar inconstitucional una disposición legal (tal como lo señala el artículo 5 de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Aún está pendiente de resolver por el pleno del intérprete supremo, la demanda presentada por el Poder Judicial (fines de diciembre del 2021).

39 <https://www.gob.pe/institucion/pj/noticias/551708-poder-judicial-presenta-demanda-de-inconstitucionalidad-contra-articulos-de-nuevo-codigo-procesal-constitucional>

40 <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00028-2021-AI.pdf>

Es necesario anotar que el 10 de junio del 2021, el Decano del Colegio de Abogados de Ayacucho, Don Pedro Castilla Torres, asistido por los letrados Luciano López Flores y Víctor Medrano Bermejo, interpusieron la demanda de inconstitucionalidad contra la Resolución Legislativa N° 021-2020-2021-CR, la cual aprobó la “Cuarta legislatura- periodo 2021”. A esta petición se sumaron los Colegios de Abogados de Lambayeque y del Santa (Ancash), habiéndose acumulado las mismas en un solo expediente.

El pleno del Tribunal el pasado 11 de noviembre del 2021, aprobó por unanimidad declarar fundada la demanda de los Expedientes acumulados: N°00019-2021-PT/TC, 00021-2021-PI/TC y 00022-2021-PI/TC y por ende nulos de puro derecho y sin efecto constitucional, los acuerdos asumidos por el Congreso Nacional en el período legislativo observado.

Es necesario anotar que la aprobación de la Ley N.º 31307, fue debatida y determinada en la tercera legislatura (mayo del 2021) y no en la cuarta legislatura (que se inició los primeros días de junio y culminó el 16 julio del 2021); por ende, queda excluido el Código de los efectos jurídicos y políticos de lo resuelto por la instancia del control de la constitucionalidad de las leyes; que declaró con el voto de sus seis magistrados (el séptimo magistrado Carlos Ramos Núñez, falleció el 21 de setiembre del 2021), la inconstitucionalidad de los extremos legislativos del mencionado cuarto período parlamentario.

IV. Comentario contemporáneo: Reflexiones sobre la sentencia “Caso Cuestión de Confianza y crisis total de gabinete” EXP. 006-2018-PI/TC

En esta sentencia se analiza la inconstitucionalidad del literal e) del art. 86 del Reglamento del Congreso de la República, el mismo que precisaba: a) no procede la interposición de la cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo de control político, b) precisar que no hay crisis total del Gabinete, cuando un Ministro saliente integra el nuevo Gabinete.

Respecto a la información recabada en el presente trabajo de investigación, discrepamos en los siguientes aspectos.

- Premisa: Se plantea que la cuestión de confianza puede ser formulada para promover una política que el Gobierno requiera y debe ser entendida a partir del principio del balance entre poderes. (Fundamentos 60 y 61).

- No compartimos este criterio, en tanto las materias sobre las que puede versar una cuestión de confianza deben garantizar la separación de poderes y el ejercicio democrático de los derechos fundamentales y constitucionales. Por otro lado, el principio del balance entre poderes debe ser interpretado a fin de velar por la eficiente gobernabilidad e independencia de poderes.
- Premisa: El Tribunal Constitucional interpreta que la Constitución contempla dos tipos de cuestiones de confianza, la voluntaria y la facultativa (Fundamentos 64, 65, 66 y 67).
- Premisa: El Tribunal Constitucional interpreta que es inconstitucional restringir la presentación de la cuestión de confianza, cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político.
- Consideramos que esta restricción tiene dos extremos, a) Aprobación de una norma y b) Procedimiento legislativo y de control político. En el primer extremo será válida la cuestión de confianza en tanto las normas legales permitan la adecuada gestión del Ejecutivo. En el segundo extremo consideramos que restringir la presentación de la cuestión de confianza es válido en tanto respeta los fueros de un Poder del Estado, el mismo que al verse impedido de ejercer control político o a su vez procedimientos parlamentarios, queda mutilado en sus funciones y en su independencia.
- Premisa: El Tribunal Constitucional interpreta que el Reglamento del Congreso vulnera la Constitución, en tanto contradice el señalamiento de la misma al precisar que debe haber dos crisis totales de Gabinete para la disolución del Parlamento, pero la Constitución es expresa al respecto, señalando que el Congreso debe haber “censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros para los efectos de la disolución del Parlamento” (artículo 134).
- Al respecto señalamos que la censura o negación la confianza a la que hace precisión el art. 134 de la Ley Magna se refiere a los procedimientos de control político del Congreso hacia el Ejecutivo (como la censura) y no viceversa (como la cuestión de confianza). Mas aun cuando la Carta en el art. 132 señala que el rechazo de la cuestión de confianza no es lo mismo que haber negado su confianza a dos Consejos de Ministros.

Como ya hemos señalado al analizar la sentencia 006-2019-CC/TC, consideramos que, en aras del principio de separación de poderes, los deberes y obligaciones de cada órgano deben ser acatados por todos los poderes del Estado, siendo que hay determinadas facultades que se delegan en un determinado Poder, por su naturaleza deliberativa y representativa. De acuerdo a la sentencia 0050-2004-PI/TC, el presidente de la República se encuentra impedido de observar una ley de reforma constitucional, por lo que es importante hacer referencia sí el Presidente puede plantear una cuestión de confianza sobre un aspecto exclusivo y excluyente de otro Poder del Estado, más aún cuando la cuestión de confianza versa sobre una reforma constitucional, aplicando el principio general del derecho, a igual razón igual derecho. De acuerdo a lo señalado por el profesor Domingo García Belaunde, las causales que justifican la disolución del Parlamento serán cuando este órgano político bloquee la labor del Ejecutivo, tal cual fue concebido dentro de la forma de Gobierno peruana, por lo que el computo para la disolución del Congreso se deberá considerar cuando sea censurado un Gabinete y no cuando se le niegue la confianza al Ejecutivo (un Ministro o ministros y no el pleno del Gabinete), no produciendo los mismos efectos cuando la confianza es otorgada o no, o cuando la confianza es solicitada o rechazada.

Es necesario distinguir histórica y doctrinariamente entre estas dos figuras de control político. La Cuestión de Confianza es una institución que nace en el sistema español (Carta de 1931 y reiterada en la Constitución vigente de 1978) es una herramienta de defensa del Poder Ejecutivo, del Gabinete, del Gobierno que, a través de ella, el Parlamento admita o rechace propuestas vinculadas a políticas de Gobierno, acciones estaduales y/o propuestas que requieren que el Congreso las termine respaldado o no.

La negación a la Cuestión de Confianza debe partir de una iniciativa ministerial que no genera “crisis política del Gabinete”, y por ende los integrantes de este órgano no tienen qué dimitir; salvo que se haya solicitado Cuestión de Confianza de la aprobación frente a la iniciativa ministerial; como así lo dispone el último párrafo del artículo 132 de la Carta de 1993.

El voto de confianza es un instrumento de control parlamentario, cuyo titular es el Congreso de la República y no el Ejecutivo, esta figura de fiscalización parlamentaria a las acciones del Gobierno encuentra su fuente en el sistema británico y ha sido debidamente desarrollado en la mayoría de las constituciones europeas como: La Ley fundamental de

Bonn de 1949, la Constitución de la V República Francesa de 1958, la Carta Portuguesa de 1976 y la Carta Española de 1978.

En el caso peruano la figura de la Cuestión de Confianza se introduce a nivel constitucional con la Carta de 1933; asimismo la figura del “voto de confianza” se incorpora en la legislación nacional a través de la “Ley de Ministros de 1856” “(Gobierno de Ramón Castilla Marquesado) y adquiere rango constitucional con la Carta de 1920 (promulgada por Augusto Bernardino Leguía y Salcedo).

El voto de confianza es potestad del Parlamento, lo otorga en el escenario de lo normado en el artículo 130 de la Constitución vigente, es decir cuando un Gabinete asume funciones y dentro de los 30 días siguientes, debe concurrir ante el Congreso para exponer las políticas generales del Gobierno y las principales medidas para generar espacios de gobernabilidad.

En este espacio político los congresistas están facultados para otorgar el voto de confianza o el voto de censura (también llamado desconfianza) al Gabinete en pleno, de producirse la desconfianza política de la representación nacional al plan expuesto por el Gabinete; los integrantes del mismo deben renunciar y el Presidente de la República designará un nuevo Gabinete dentro de las 72 horas siguientes, así lo dispone el artículo 132 en sus párrafos tercero y cuarto (norma de 1993).

Frente a la crisis total del Gabinete (es decir emitido el voto de censura o de desconfianza por parte del pleno del Parlamento) se produce el cómputo en un primer momento político de cara a la disolución del Poder Legislativo, al encontrarnos en un segundo estadio, en caso de que se haya censurado a un segundo Gabinete, el Jefe de Estado se encuentra facultado constitucionalmente para disolver el Congreso Nacional, así lo dispone el artículo 134 de la Carta vigente en su primer párrafo.

Los ministros pueden ser interpelados en conjunto o en forma individual como lo establece el 131 de la Carta vigente, de proceder la interpelación y de no encontrar respaldo político de los parlamentarios frente a las objeciones de las acciones estadales al Ministro; el Congreso podrá emitir el voto de censura y este Ministro deberá renunciar y el Presidente de la República en las siguientes 72 horas designará a su sucesor; o en su caso el Parlamento podrá emitir el voto de confianza al Ministro o ministros que hayan estado sujetos al procedimiento de

control político. (Esta figura se puede generar en cualquier momento de la gestión del ministro o ministros).

En ese sentido la Cuestión Confianza y el voto de confianza cuentan con orígenes históricos distintos (la primera en el sistema español y el segundo en el régimen inglés). El titular del control denominado Cuestión de Confianza es el Gobierno, el Gabinete, el Primer Ministro, mientras el voto de confianza encuentra como patrocinadores oficiales a los parlamentarios que deberán cumplir con el debido proceso, establecidos en los artículos 130, 131 y 132 de la ley suprema del 93.

Bibliografía

- Abad Yupanqui, Samuel. Constitución y Procesos Constitucionales. Séptima edición. Ed. Palestra. Lima. 2018.
- Cáceres Arce, Jorge Luis. El Control Constitucional en el Perú. Ed LPG. Arequipa. 2005.
- Cáceres Arce, Jorge Luis-Tupayachi Sotomayor, Jhonny. El Control Constitucional en el Perú. Ed Adrus. Lima. 2015.
- Cairo Roldán, Omar y otros. El Principio Constitucional de Legalidad. Gaceta Constitucional - Jurídica. Lima. 2013.
- Congreso de la República. Proyecto de la Ley de Reforma de la Constitución. Ed Forma e Imagen. Lima. 2002.
- Chanamé Orbe, Raúl. La Constitución Comentada. Volumen I y II. Legales ediciones. Lima. 2019.
- Chirinos Soto, Enrique - Chirinos Soto, Francisco. La Constitución de 1993. Ed Piedul. Lima. 1994.
- Diario Oficial El Peruano. Ley N° 30651 del 20-08-2017. Lima. 2017.
- Diario Oficial El Peruano Ley 31307 del 23 de julio del 2021. Lima. 2021.
- García Belaunde, Domingo. Las Constituciones del Perú. Fondo Editorial J.N.E. Lima. 2016.
- García Merino, Fabiola - Gómez Sánchez, Francisco. Proceso de Inconstitucionalidad. Ed. Griley. Lima. 2009.
- Mesía Ramírez, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Ed. Gaceta Jurídica. Lima. 2007.
- Morón Urbina, Juan Carlos. El Control Jurídico de los Reglamentos de la Administración Pública. Gaceta Jurídica. Lima. 2014.
- Morón Urbina, Juan Carlos - Danos Ordoñez Jorge (coordinadores). Estudios de derecho administrativo - Libro en homenaje a Juan Carlos Cassagne. Gaceta jurídica Lima. 2018.
- Morón Urbina Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima 2020.

- Pérez Tremps, Pablo. Derecho Constitucional. Volumen II. Ed. Tirand lo Blanch. Valencia. 2014.
- Pizzorusso, Alessandro. Las Fuentes del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Italiano. Entrevista del Centro de Estudios Constitucionales N° 3. Madrid. 1989.
- Rubio Correa, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Fondo Editorial PUCP. Lima. 1997.
- Sagüés Néstor Pedro. Derecho Procesal Constitucional. CEC – TC. Ed. Carvil. Lima. 2018.

Arequipa, diciembre 2021.

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*

José Antonio Silva Vallejo**

Sumario: I. Introducción; II. El Código Procesal Civil austriaco; III. Los presupuestos procesales; IV. Doctrina de Chiovenda; V. Doctrina de Satta; VI. Propuesta del doctor Silva Vallejo.

I. Introducción

La Teoría General del Proceso es la ciencia de los principios, de los presupuestos generales y de los actos del proceso. Se fundamenta en la filosofía, en la historia y en el Derecho Comparado. El Derecho procesal civil comparado tiene como premisa al gran Código Procesal Civil Alemán, cuya denominación exacta se conoce con las siglas **Z.P.O.** o *Zivil Prozess Ordnung*.

La Z.P.O alemana ha consagrado los principios fundamentales del proceso que son: el **principio de dirección del proceso por el Juez** o *Führerprinzip*, recepcionado entre nosotros en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil Peruano de 1993, según el cual:

* Al Profesor doctor JOSÉ PALOMINO MANCHEGO, un brillante profesor universitario, un gran investigador y un gran jurista. Y a todos los estudiosos e investigadores, especialmente, a quienes, inspirándose en la Epístola a los Efesios, Capítulo V, versículo primero, tratan de imitar a Dios.

** Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

“La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código”.

Así como los actos de parte se clasifican en actos postulatorios, probatorios e impugnatorios, los actos del juez están constituidos por las resoluciones judiciales.

Las resoluciones judiciales son los actos procesales mediante los cuales el juez dirige formalmente el proceso. La dirección formal es la que realiza el juez a través de las resoluciones judiciales.

La dirección sustancial o material es la que realiza el juez: 1.- aplicando la **ley, la doctrina y la jurisprudencia** al caso sub júdice; 2.- aplicando los **principios generales del Derecho** en defecto o insuficiencia de la ley, como lo establece el artículo III del Título Preliminar del CPC; 3.- Aplicando el **principio iura novit curia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del CPC, del artículo VII del Título Preliminar del CC., del artículo 7mo de la Ley N° 23506 y del Artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Pero la dirección sustancial del proceso supone también que el juez es el gran interprete y creador del Derecho.

Pero además, y desde el punto de vista constitucional, el juez, en su aplicación y creación Jurisprudencial del Derecho realiza el control constitucional de la ley. Este control puede ser de dos clases: a) control difuso y b) control concentrado.

El **control difuso** supone que “cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera”, como lo establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Esta norma se inspira en lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, según el cual: “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

El **control concentrado** se realiza a través de la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 98 a 108 del Código Procesal Constitucional. Este proceso tiene por finalidad que las leyes, decretos legislativos y otras normas con rango de ley (decretos de urgencia, tratados internacionales, resoluciones legislativas, etc.) no contravengan a la Constitución.

El Tribunal Constitucional, en instancia única resuelve y declara en su sentencia si la norma que ha sido impugnada efectivamente contradice o no a la Constitución. Si el Tribunal declara inconstitucional la norma impugnada, esta pierde su eficacia desde el día siguiente a la publicación de la sentencia. Solo a partir de ese momento deja de existir en el ordenamiento jurídico de la Nación.

La **dirección sustancial o material del proceso** supone también: la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, según lo establecido en el artículo 139 de la Constitución. Supone además la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, según lo establecido en el artículo 139, inciso 2, de la Constitución. Supone además, la observancia del debido proceso conforme a lo establecido en el artículo 139, inciso 3 al 22 de la Constitución.

La **dirección disciplinaria del proceso**, a su vez supone que el juez dirige el proceso con arreglo a la facultades disciplinarias previstas en el artículo 52 del CPC (véase), en concordancia con los artículos 109 al 112 de dicho código, concordante a su vez con el artículo IV, párrafo 2do y 3ero, del Título Preliminar del C.P.C., en concordancia, a su vez, con el artículo VIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, sobretodo, con lo dispuesto en el artículo 185, incisos 3, 4 y 5, que a la letra dice: “3°. Ordenar la detención, hasta por veinticuatro horas, de quienes, en su despacho o con ocasión de las actuaciones judiciales, los injurien, agravien, amenacen o coaccionen por escrito o de palabra, o que promuevan desórdenes, pudiendo denunciar el hecho ante el Ministerio Público; 4°. Solicitar de cualquier persona, autoridad o entidad pública o privada los informes que consideren pertinentes, para el esclarecimiento del proceso bajo su jurisdicción. El incumplimiento al mandato del juez se sanciona con multa no mayor del 5% de la Unidad de Referencia Procesal, sin perjuicio de la acción penal que corresponda; 5°. Dictar las medidas disciplinarias que establecen las leyes y reglamentos”.

La dirección del proceso se ejercita a través de tres dimensiones: 1° **La dirección formal** del proceso, que se manifiesta a través de las resoluciones judiciales, que son: decretos, autos y sentencias. 2° **La dirección sustancial o material** en virtud de la cual el juez aplica la ley pertinente al caso de autos y, a falta de ley, los principios generales del Derecho y 3° **La dirección disciplinaria** en virtud de la cual el juez aplica las sanciones a las partes a sus representantes y abogados que contravienen los deberes del proceso. Pero, además, hay que mencionar **al Principio Dispositivo o**

Dispositionsprinzip, enunciado por Gönner y por Grolmann con el nombre de "*Verhandlungsmaxime*" o máxima de debate según la cual corresponde a las partes el planteamiento de la causa, principio expuesto por GÖNNER con la regla: "*Wo kein kläger ist da ist kein Richter*" (sin actor no hay Juez) (Nemo iudex sine actore). Gönner y Grolmann fueron los dos grandes iniciadores de una nueva fase en la ciencia del proceso, con von CANSTEIN, un gran maestro austriaco. A ellos se debe la consagración del principio dispositivo que reemplazó al principio inquisitivo en la ciencia del proceso. Según el principio dispositivo, corresponde solamente a las partes la disposición de los hechos y de los derechos sustanciales y procesales.

La Z.P.O. consagró, además, el **Principio de Oralidad** o "*Mündlichkeitsprinzip*", es decir, el principio que consagraba el predominio de la palabra oral sobre la escrita -ya que el derecho romano y medioeval se caracterizaban por el predominio de lo escrito sobre lo hablado-; así como el **Principio de Inmediación** o "*Unmittelbarkeitsprinzip*", según el cual el Juez debe estar al frente de las partes para verlas, oír las y apreciarlas ética y psicológicamente y así decidir correctamente; el **Principio de Preclusión** o *Verfallenprinzip*, según el cual cada acto procesal tiene un plazo para ejercitarse, vencido el cual precluye; es decir, los actos decaen por preclusión cuando el tiempo ha transcurrido y no se han realizado los actos de parte, los mismos que pueden ser: **Actos Postulatorios**: Para plantear derechos (demanda y contestación); **Actos Probatorios**: Para establecer evidencias que formen certeza en el Juez y para fundamentar sus decisiones; **Actos Impugnatorios**: Los que sirven para impugnar las resoluciones judiciales.

El **Principio de Historicidad**, según el cual el Derecho es Historia y su momento culminante es el momento interpretativo, a estar por la visión del derecho entendido como "*Rechtswissenschaft*" o ciencia histórica planteada por Savigny, el genial maestro de Frankfurt (1779 -1861) y la escuela histórica del Derecho debiéndose tener presente lo que sostuvieron Bethmann-Hollweg, Stintzing, Cramer, en sus obras y, particularmente, **Adolfo Wach** cuando sostuvo que: "*El derecho es creación histórica; toda dogmática jurídica que trate el derecho por sí solo, independientemente de su historia, no es científica*"¹.

El **Principio Dialéctico o de Dialecticidad**, inspirado en la Dialéctica de Hegel según el cual la verdad es un producto del pensamiento dialéctico

1 ADOL WACH: "*Manual de Derecho Procesal Civil* ", vol. I, pág. 244, E.J.E.A., Buenos Aires, 1977.

que se desenvuelve mediante un choque de contrarios como sucede en el proceso en el que a una tesis planteada en la demanda se le opone una negación o antítesis que es la contestación de la demanda, la que, a su vez, se resuelve mediante la sentencia, la que, a su vez, puede ser contradicha dialécticamente mediante los recursos que impugnan la sentencia y que, a su vez, son: la apelación y la casación.

Principio de doble instancia.- Consagrado en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil, según el cual: *“El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.*

El artículo que antecede debe concordarse con el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual: *“Instancia Plural.- Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior. La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley”.*

El **principio de la Cosa Juzgada** según el cual la sentencia que ha quedado ejecutoriada y/o consentida no puede ser impugnada, lo que desde el Derecho Romano, se consagró mediante un célebre aforismo de Ulpiano: *“res iudicata pro veritate habetur”* -la cosa juzgada se tiene por verdad- (Digesto, 50, 17, 207). Este principio está consagrado entre nosotros en el artículo 123 del Código Procesal Civil, según el cual: *“Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada, cuando: 1.- No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o 2.- Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos. La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda. La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 178 y 407”.*

Además debe tenerse presente lo dispuesto en los artículos 6 y 82 del Código Procesal Constitucional. A mayor abundamiento téngase presente que la cosa juzgada se plantea como excepción perentoria de cosa juzgada, según lo establecido en el artículo 446, inciso 8° del Código Procesal Civil.

Aplicando el principio de dialecticidad la cosa juzgada puede devenir en insubsistente o nula cuando se ha obtenido mediante fraude. Así lo

establece el artículo 178 del C.P.C. que consagra la **nulidad de cosa juzgada fraudulenta**: *“Hasta dentro de seis meses de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, puede demandarse, la nulidad de una sentencia cuando el proceso del que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una o ambas partes, o por el juez o por éste y aquellas”*.

La *ratio decidendi* de esta nulidad radica en que: *“Fraus omnia corrumpit”*.- *“El fraude todo lo corrompe”*, celebre aforismo romano que fundamenta la nulidad de la cosa juzgada.

El principio del **non bis in idem**, que es un corolario del principio de la cosa juzgada y que está consagrado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal, según el cual: *“Nadie podrá ser procesado ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”*.

El principio **“nemo tenetur edere contra se”**. Este principio es un precepto del derecho probatorio, según el cual: *“Nadie puede ser compelido a suministrar pruebas en su contra, para beneficiar al adversario. Este principio lo ha desarrollado magistralmente el maestro Eduardo J. Couture en sus “Estudios de Derecho Procesal Civil”, tomo II, pág. 129 a 152; Ediar, editores, Buenos Aires, 1949. Este principio se inspira en una concepción individualística del proceso que ya ha devenido anacrónica a la luz de los conceptos publicísticos y, especialmente, de los deberes de lealtad, de probidad, de verdad que analizaremos más adelante. Por ello dice Couture “que no actúa en una esfera legítima quien teniendo en su poder un documento decisivo lo sustrae a la apreciación de los jueces, con la sola excusa de que él perjudica su interés privado. Desde este punto de vista, debe admitirse, forzosamente, que el magistrado tiene poderes suficientes como para procurar el esclarecimiento de la verdad, cuando ella se oculta detrás de la argucia, la deslealtad o el fraude de un litigante. Si se ha probado la existencia de un documento; si se ha probado que uno de los litigantes lo tiene en su poder y maliciosamente lo rehusa a los jueces; si se ha probado, por último que ese documento es decisivo para aclarar la verdad dentro del debate; en ese estado de cosas, es necesario admitir, en principio, que el juez puede imponer al litigante la carga de su exhibición”*. (Confrontar Couture, ob. cit., pág. 140).

El principio de la **Presunción de inocencia** consagrado en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, según el cual:

- 1.- *“Toda persona imputada por la comisión de un hecho punible es considerada inocente y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.*

En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

- 2.- *Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”.*

El principio **In dubio pro operario** consagrado en el inciso 3° del artículo 26 de la Constitución, según el cual: *“En la relación laboral se respetan los siguientes principios:*

- 3°.- *Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”.*

El principio **In dubio pro reo** interpretación favorable al reo en caso de duda sobre el sentido de una norma penal. El artículo VII, inciso 3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que: *“La ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.*

- 4.- *En caso de duda insalvable sobre la ley insalvable debe estarse a lo más favorable al reo”.*

Principio del **Derecho de Defensa** consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal según el cual: *“1.- Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala; 2.- Nadie puede ser*

obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 3.- El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición”.

La **Z.P.O. alemana** ha sido reformada varias veces, primero bajo la influencia de la **Z.P.O. austriaca** del 1º de agosto de 1895.

II. El Código Procesal Civil austriaco

LA ZPO AUSTRIACA de 1895. Obra de **Franz Klein**, catedrático en la universidad de Viena, nacido el 24 de abril de 1854, muerto el 06 de abril de 1926 quién se había inspirado en las recientes tendencias culturales de la época. La brillante conferencia de Klein intitulada “*El Proceso y las Corrientes Culturales de la Época*” sirvió de inspiración, fuente y exposición de motivos para la ZPO austriaca. Este gran Código austriaco se inspiró en la encíclica “*Aeterni Patris*”, promulgada el 4 de agosto de 1879 por el Papa León XIII que planteaba, en esencia, el neo-tomismo², que ya se impartía en algunas cátedras como la del Cardenal Mercier en la Universidad de Lovaina y la de Martin Grabmann en la Universidad de Múnich y que, luego, resplandecería en las escuelas de Le Saulchoir y de Fourvière, con la metodología de retornar a las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino consagrada en la *Summa Teológica*, la que, a su vez, se inspiraba en la “**Ética a Nicómaco**” de Aristóteles, cuyo Libro V trataba sobre la Justicia y distinguía entre la Justicia Distributiva (darle a cada uno lo suyo) y la Justicia Commutativa o Social que consagra la doctrina del Bien Común y fustiga la iniquidad o injusticia social.

Según Franz Klein la sociedad no puede ver con beneplácito la iniquidad de una sentencia, habida cuenta que de por medio está la justicia social. Franz Klein ha hablado del proceso civil como una *Wohlfahrtseinrichtung* (Institución inspirada en el bien común)³, doctrina que se remonta a

2 Para más amplias referencias léase SILVA VALLEJO, JOSÉ ANTONIO: “*Filosofía del Derecho*”, 4ta edición, pág. 735 y passim, Editorial Ediciones Legales, Lima, 2016: El neotomismo y la teología contemporánea.

3 FRANZ KLEIN: “*Zeit und Geistesströmungen im Prozesse*”, 1901, reimpresión 1958 al cuidado de E. Wolf, Frankfurt a. M., págs. 25, 26, 29.

Aristóteles (*“Ética a Nicómaco”*, Libro V, capítulo IV: *“ir al juez es ir a la justicia, porque el juez nos representa la justicia viva y animada. Se busca un juez que ocupe el medio entre las partes y, por eso se da a los jueces el nombre de mediadores. Lo justo, pues, es un medio, puesto que el juez lo es”*)⁴. Inspirado en la doctrina de Aristóteles y en la de Santo Tomás de Aquino, la Parte Jurídica de la Suma Teológica está constituida por el Tratado de la Ley y la Justicia contenida en la *“Prima Secundae”*, cuestiones 90 a 108 y en la *“Secunda Secundae”* cuestiones 57 a 122 que tratan, respectivamente, de la Ley y la Justicia.

Según Santo Tomás de Aquino la ley es *“rationis ordinatio ad bonum comune, et ab eo qui curam comunitatis habet, solemniter promulgata”* = *“La Ley es la ordenación de la razón que persigue el bien común y promulgada solemnemente por el Superior de la sociedad organizada”* (Suma Teológica, I-II-9-90 y siguientes).

Franz Klein nos habla del proceso como un instituto dirigido a promover el bienestar común; y se ha hablado, consiguientemente, de una función asistencial y, también, de una *“materielle Prozessleitung”* (dirección material o sustancial del proceso) del juez. En un libro escrito algún decenio después de la entrada en vigor del Código Austriaco, Klein ha afirmado⁵ que respecto a todo lo que se refiere al Estado, que existen fundamentalmente tres *“puntos de vista”*: *el de la autoridad dominante, el del individuo singular y el de la colectividad*; y según el punto de vista predominante, también los institutos asumen una colaboración diversa. Individualizó, por consiguiente, en la historia del derecho procesal civil tres tipos de sistemas: un primer tipo –el ordenamiento procesal autoritario, dominado por la exclusiva consideración del *“punto de vista”* de la autoridad dominante –que puede contemplarse, por ejemplo, en el proceso tardo-romano y justiniano; un segundo tipo, inspirado en una ideología individualística, que se puede ver en el tardo proceso común (proceso *“común”* alemán, austríaco, etc., hasta las codificaciones del siglo pasado) y también en el proceso francés e italiano hasta la época en que el autor escribía; y finalmente un tercer tipo, que es el que el propio Klein ha elaborado, y que ha

4 ARISTÓTELES: *“Obras Completas”*, tomo I, pág. 142, Ediciones Anaconda, Buenos Aires, 1947.

5 FRANZ KLEIN- F. ENGEL: *“Der Zivilprozess Oesterreichs”*, Mannheim – Berlin-Leipzig, 1927, págs. 186 y sgtes.

sido adoptado precisamente por el legislador austriaco en 1895. Este último tipo está inspirado, según la fórmula de Klein en el "*punto de vista social*"⁶.

*"El Juez puede hacer presente a la parte que, en sus conclusiones o en sus alegatos, hay alguna laguna o irregularidad e invitarla a poner remedio a aquellas lagunas e irregularidades. Pero se trata siempre y solamente de una mera invitación, dirigida simplemente a ayudar a la parte que, por inhabilidad o por alguna otra razón ha caído en error, pero no entendida nunca como dirigida a obligarla, a comportarse de un determinado modo, ni a sustituir la voluntad del Juez a la libre disposición de la parte en todo lo que se refiere a la determinación del objeto de juicio"*⁷.

La ZPO austriaca innova con respecto a la ZPO alemana en cuanto introduce y consagra los temas de la moralidad consagrados en los principios o deberes de lealtad, probidad, veracidad y buena fe. En el Perú estos principios o deberes morales, están consagrados en el artículo 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los arts. 109, 110, 111 y 112 del Código Procesal Civil vigente en el Perú, en concordancia con el art. IV párrafos 3° y 4° del Título Preliminar del Código Procesal Civil, a cuyos textos me remito.

Los principios morales del proceso fueron consagrados gracias al temperamento ético de inspiración neotomista de Franz Klein.

Ya en la ZPO alemana campeaban los principios de Oralidad y de Inmediación que los recoge la ZPO austriaca; pero, además, *la ZPO austriaca innova con la Audiencia Preliminar*⁸; que tiene por finalidad la función aclaratoria: Aclarar el petitorio de la demanda a fin de sanear la relación procesal.

En la concepción de Klein, que es la concepción de la ZPO austriaca, *el Juez es un "bonus pater judiciorum"* (buen padre judicial). De suerte que no es un juez formalista y rígido como lo era el *pater familias* en la época del Derecho Romano, sino que tenía una visión humanista. Esta visión humanista ha convertido al Código Austriaco en uno de los grandes códigos del derecho procesal comparado.

6 MAURO CAPPELLETTI: "*El Proceso Civil en el Derecho Comparado*", págs.. 73-74, E.J.E.A., Buenos Aires, 1973.

7 MAURO CAPPELLETTI, ob. cit., pág. 74.

8 Art. 426 del C.P.C. Peruano.

Pero además, debemos dar cuenta del principio de la **PERPETUATIO JURISDICTIONIS**, según el cual, la competencia se determina por la interposición de la demanda y no podrá ser modificada por los cambios de hecho o de derecho, que ocurran posteriormente, como lo establece el artículo 8° del Código Procesal Civil Peruano.

Asimismo, debemos dar cuenta del principio de la **PROHIBICIÓN** de la **REFORMATIO IN PEIUS**, consagrado en el artículo 370 del C.P.C., según el cual el Juez Superior no puede empeorar la situación del apelante. Este principio se inspira en el apotegma *tantum appellatum quantum devolutum*, el que a su vez se inspira en el aforismo "*secundum allegata, probata et impugnata partium iudex iudicet decidere debet*".

Aún debemos exponer y dar cuenta del principio **PENDENTE LITE NIHIL INNOVETUR** consagrado en el artículo 687 del C.P.C., bajo el epígrafe de "Prohibición de innovar" según el cual: "*Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá solo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley*". El artículo 687 del C.P.C. está referido básicamente a un tipo sui generis de medida cautelar, conocida clásicamente con el nombre de prohibición de innovar. Pero el principio "*Pendente lite nihil innovetur*" que se traduce como "*durante el litigio nada debe innovarse*", se entiende en el sentido de que, las cosas que son objeto de la litis deben permanecer tal cual.

El principio **Iura Novit Curia** es de origen romano y fue consagrado en el célebre Código de Justiniano, Libro II, Título XI que decía: "*No ha de dudarse que si algo no se hubiere dicho por los litigantes o por quienes los asisten en sus negocios, los suple el Juez, y pronuncia sentencia según sepa que conviene a las leyes y al Derecho Público*". Este famoso principio tiene dos dimensiones: en primer lugar, una función supletoria, en virtud de la cual el Juez suple, de oficio, el derecho no invocado por las partes en sus actos postulatorios o impugnatorios y, en segundo lugar, una función correctora, en virtud de la cual el Juez corrige, de oficio el error de derecho en que hubieran incurrido las partes o sus abogados en sus actos postulatorios e impugnatorios. Este artículo de importancia transcendental está consagrado en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Civil y en el

artículo Octavo del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Empero, un Pleno Casatorio de la Corte Suprema ha derogado el *Iura Novit Curia* en sede casatoria, lo que constituye un gravísimo error, peor aún, un acuerdo antijurídico y anticonstitucional, habida cuenta que, ninguna ley se deroga sino por otra ley, ya que la Constitución establece en el artículo 103, penúltimo párrafo, el principio de que “*La ley se deroga solo por otra ley*”. La Corte Suprema no puede derogar la ley.

El Principio de Adquisición Procesal, según el cual, los actos y los medios de prueba benefician y perjudican por igual a ambas partes litigantes.

El Principio de Eventualidad, según el cual, todas las alegaciones deben plantearse en forma simultánea, de tal manera, que al rechazarse cualquiera de ellas, las otras puedan servir para obtener una resolución favorable. Así por ejemplo, se deben plantear todas las excepciones dilatorias, al mismo tiempo y en un mismo escrito; deben acumularse, eventualmente, todas las pretensiones que amparen a la parte. No procede acumular eventualmente los medios impugnatorios pertinentes.

El Principio de Economía Procesal, según el cual debe abreviarse y simplificarse el proceso, evitando la lentitud y, con ello, la irrazonable prolongación de los plazos procesales.

El Principio de Concentración, en virtud del cual, toda la actividad procesal, debe concentrarse o reunirse en la menor cantidad posible de actos procesales. Ejemplo de ello, nos lo dá, el procedimiento sumarísimo y también el procedimiento abreviado, en los cuales, por razones de concentración y de economía procesal se han aunado o agrupado varios actos en uno.

El Principio de Celeridad, en virtud de este principio, en nuestro Código hay una serie de normas destinadas a impedir la prolongación de los plazos y a eliminar los trámites superfluos.

El Principio de Elasticidad Procesal, en virtud del cual, se adecúa la formalidad y el ritualismo superfluo en aras de las exigencias sustantivas, humanas y constitucionales de la causa, como lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en el Segundo párrafo, que establece: “*El juez adecuará las formalidades a logro de los fines del proceso*”. Debe concordarse este artículo con el 51, inciso 1° y con el 367 del mismo código, en cuanto permite la subsanación de la Tasa.

III. Los presupuestos procesales

Los Presupuestos Procesales fueron consagrados en la doctrina del profesor **Oscar von Bülow**, nacido en Breslau en 1837 y muerto en Heidelberg en 1907 en su célebre libro titulado *“La Teoría de las Excepciones y los Presupuestos Procesales”* escrita en Giessen en 1868, obra que consagró el nacimiento de la Ciencia Procesal. Con anterioridad se creía que el Proceso estaba regido por un contrato de Litis Contestatio trabado entre las partes. Pero con la doctrina de von Bülow se le dio al proceso la autonomía y la categoría científica de la que antes carecía.

Según von Bülow el proceso es una relación jurídica de carácter triangular que se traba entre el juez y entre las partes. Esta doctrina tuvo sus variantes, primero con la tesis del profesor **Josef Kohler**⁹, quien sostuvo que la relación jurídica era meramente de carácter bilateral, la que se traba solamente entre las partes y, luego con la tesis del profesor **Konrad Hellwig**¹⁰, para quien la relación jurídica solo se traba entre el juez y cada una de las partes. Discrepo de estas variables, por cuanto, si adoptáramos la tesis de Kohler se eliminaría de la relación jurídica al juez, quien es el director el proceso y quien impone las sanciones disciplinarias a las partes y a sus abogados por contravenir a los deberes morales del proceso. De igual manera si elimináramos, siguiendo la tesis de Hellwig, a la relación bilateral que media entre las partes estaríamos permitiéndoles a ambas la mutua y recíproca relación moral y jurídica que es un imperativo ineludible.

El profesor **James Goldschmidt** nacido en Berlín en 1874 y muerto en Montevideo en 1940, escribió en 1925 un libro fundamental: *“Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des Prozessualen Denkens”*, en el cual criticando la doctrina de von Bülow sostuvo que en el proceso no existen obligaciones propiamente dichas, porque no hay obligación de contestar la demanda, ni de absolver algún traslado, ni de impugnar ninguna resolución desfavorable. Lo que sí hay es una carga y Goldschmidt define a la carga como

9 JOSEF KOHLER nació el 9 de marzo de 1849 en Offenburg y murió el 3 de agosto de 1919 en Berlín. En su libro *“Der Prozess als Rechtsverhältniss”* (El Proceso como relación jurídica), publicada en Berlín en 1888 sostuvo que la relación procesal solamente se traba bilateralmente entre ambas partes.

10 KONRAD HELLWIG nació en Zieremberg el 27 de noviembre de 1856 y murió en Berlín el 7 de setiembre de 1913. En su libro *“System des deutschen Zivilprozessrechtes”*, Leipzig, 1912-1913, sostuvo que la relación jurídica solo se traba entre el juez y cada una de las partes.

un imperativo del propio interés. Por ello Goldschmidt sostenía que el proceso no es una relación jurídica, sino una situación jurídica, consistente en la asunción de cargas y de liberación de cargas que tienen por finalidad la obtención de una sentencia favorable.

El profesor **Hugo Alsina**, es el gran "*caposcuola*" del procesalismo argentino. Nació el 10 de Diciembre de 1891 y murió el 21 de Octubre de 1958. Fue autor de un célebre "*Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*" en 7 tomos. Con motivo del cumplirse el cuatricentenario de la Universidad de San Marcos, fui invitado a nuestra sede donde dictó, en la antigua Casona una gran conferencia titulada "*La Teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien complementa la teoría del proceso como relación jurídica*", la misma que ha sido resumida en el tomo I, pag. 424 nota 12/1 (2da edición, Ediar, Buenos Aires, 1963) de su Tratado en los siguientes términos:

"La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien, íntegra el concepto de relación jurídica procesal. Podría decirse que el concepto de relación jurídica considera el proceso en su aspecto estático como el conjunto de facultades y deberes que vinculan a las partes con el propósito común de obtener una sentencia que decida la litis; el de situación jurídica, considera el proceso en su aspecto dinámico, referido a las distintas posiciones que, como consecuencia de su conducta, las partes ocupan recíprocamente en la relación procesal y que mejoran o empeoran en la esperanza de una sentencia favorable, según que cumplan o dejen de cumplir con las cargas procesales que constituyen alternativamente sus deberes y facultades".

Sentado todo lo que antecede paso a exponer los presupuestos procesales que son: La acción, la jurisdicción y los actos procesales. La acción es el primer gran presupuesto del proceso y fue definida clásicamente por CELSO el gran jurisconsulto clásico romano, cuando estableció que: "*la acción es el derecho de perseguir en juicio aquello que se nos debe*" y que está recepcionada y consagrada en el Digesto como el "*jus persequendi quod sibi debetur*". Esta definición se mantuvo tal cual, durante siglos hasta la aparición en 1856 de la doctrina de Windscheid en un libro famoso titulado "*La actio del Derecho romano desde el punto de vista del Derecho actual*", publicado en Düsseldorf en 1856.

BERNHARD WINDSCHEID fue un brillante profesor alemán llamado "*el príncipe de los pandectistas*". Nació en Düsseldorf el 20 de

Junio de 1817 y murió en Leipzig el 26 de Octubre de 1892. En su obra ha sostenido tres grandes doctrinas:

Primera doctrina de Windscheid: *“El ordenamiento jurídico no es un conjunto de derechos, sino un sistema de acciones. Así lo estableció en la pag. 8 de “La Actio del Derecho Civil Romano, desde el punto de vista del Derecho actual”.*

Segunda doctrina de Windscheid: *“La actio es fundamentalmente una pretensión, que puede ser una actio in rem, dirigida hacia la cosa o una actio in personam, dirigida hacia la persona. “Las acciones romanas son, pues, para nosotros, pretensiones”. “La pretensión de alguien puede perseguir el reconocimiento de su señorío sobre una cosa, o bien una prestación obligacional, con adversario determinado o indeterminado”. (Windscheid obra citada, pag. 25).*

Tercera doctrina de Windscheid: *“La actio sirve primordialmente para designar, no la pretensión, sino el hecho, de hacer valer esa pretensión ante los tribunales. Actio es la persecución judicial”. (Pag. 13 in fine y 14).*

IV. Doctrina de Chiovenda

GIUSEPPE CHIOVENDA il caposcuola del procesalismo italiano, nació en Premosello el 2 de Febrero de 1872 y murió, allí mismo, en su casa alpina, el 5 de Noviembre de 1937. Fue un brillante profesor de nuestra ciencia y pronunció en la Universidad de Bolonia, el 3 de Febrero de 1903 una gran conferencia titulada *“La acción en el sistema de los Derechos”*. Esta célebre Prolusión marcó el inicio de la ciencia procesal en Italia. Allí sostuvo que la célebre investigación de Windscheid por la cual se sustituye la acción por el término de Anspruch o pretensión *“originó una serie de cuestiones interminables, una verdadera persecución de sombras todavía no concluida sobre el sentido de la Anspruch”*.

Literalmente dijo así Chiovenda: *“No se puede decir que este trabajo del celebrado pandectista alemán haya favorecido directamente a la claridad de las ideas en nuestro tema: inició, más bien, una serie de cuestiones interminables, una verdadera persecución de sombras todavía no concluida, teniendo por objeto la determinación precisa del concepto de Anspruch. Ya que cada uno lo entiende a su modo”*. (Chiovenda: *“La acción en el sistema de los derechos”*, en el vol. I, pag. 9, de sus *“Ensayos de Derecho Procesal Civil”*, (traducción de Santiago Sentís Melendo), E.J.E.A., Buenos Aires, 1949).

V. Doctrina de Satta

SALVATORE SATTA nació en Nuoro, en la isla de Cerdeña el 9 de Agosto de 1909 y murió en Roma el 19 de Abril de 1975. Ha sido llamado "*l'enfant terrible*" de la escuela procesalista italiana, por sus disidencias con otro gran maestro de dicha escuela, el gran FRANCESCO CARNELUTTI, llamado "*le vieux terrible*" de la gran escuela, quien nació en Udine el 15 de Mayo de 1879 y murió en Milán el 8 de Marzo de 1965.

Salvatore Satta escribió en su "Manual de Derecho Procesal Civil" que: "*La teoría de la acción constituye uno de los más torturados capítulos de la doctrina jurídica, pero es singular que, frente a este tormento, no exista en la ley, una disciplina de la acción, antes bien, la ley ni siquiera conoce "la acción", sino infinitas acciones.* (Salvatore Satta: "Manual de Derecho Procesal Civil", vol. I, pag. 119, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971).

En uno de sus magistrales estudios, titulado "*Últimas tendencias de la Teoría de la Acción*" dijo el profesor Satta que: "*Es vana fatiga buscar la verdadera definición de la acción como si existiese una sola que hubiere de considerarse absolutamente exacta frente a las otras*". Nos habla Satta de "*El carácter ambulatorio del concepto de acción*".

Y en otro fundamental estudio "*L'azione in generale*", publicado en la "*Enciclopedia del Diritto*", vol. IV, pag. 786, Giuffré Editore, Milano, 1959; ha dicho que "*son tantas las doctrinas de la acción, cuanto son los escritores que de ellas se han ocupado y que son "como las noches de la leyenda, son mil y una, y todas maravillosas"*.

En mi opinión, las mil y una doctrinas sobre la acción -y todas maravillosas- como ha dicho Satta, pueden reducirse a dos: Las teorías privatistas, representadas por la definición de Celso y las teorías publicistas representadas por las doctrinas de Windscheid.

Lo importante es clasificarlas, distinguiendo entre acciones reales, personales y mixtas, las que constituyen la clasificación civilista, frente a las otras que constituyen la clasificación procesalista y que son: las acciones declarativas, las meramente declarativas, las acciones de condena y las acciones cautelares. Debo dejar constancia que las acciones reales están pésimamente mal reguladas tanto en el Libro V del Código Civil vigente de 1984, como también estuvieron pésimamente mal planteadas en el Libro IV del Código Civil derogado de 1936. Nada dicen sobre la acción

negatoria ni sobre la acción confesoria. Y de la reivindicadora, que es la acción real por excelencia, se limita a decir, con gran pobreza conceptual, que es imprescriptible. Y los reformadores del Código Civil, con gran miopía, no dicen nada sobre esta inmensa laguna, dando lugar a lo que yo he llamado “*las cenicientas del derecho*”.

Tema central, cuestión fundamental, a la que, por desgracia, el Código Civil Peruano –ni el vigente, ni el de 1936, se han dignado prestar la debida atención, ni en su analítica, ni en su problemática, con resultados nefandos para la jurisprudencia y para la ciencia del Derecho Civil y Procesal es el de las acciones reales.

CELSO, el gran jurisconsulto del Derecho Clásico Romano, fue el gran definidor de la acción, cuando dijo, en célebre doctrina, que la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio aquello que se nos debe (“*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*”) (*Digesto, Libro Cuadragésimo cuarto –XLIV–, título VII, fragmento 51*).

La definición de **CELSO** se mantuvo durante diecinueve siglos hasta el advenimiento de la doctrina de **WINDSCHEID**, “*el Príncipe de los Pandectistas alemanes*”, para quien, el Derecho Romano fue más que un sistema de derechos, un sistema de acciones y excepciones, en el que la pretensión constituía el eje del sistema, pero, “*el termino romano de actio se refería no solamente al primer acto de formular la pretensión actora, sino a la actividad total del actor. La actio cobra realidad en el proceso y no se extingue sino hasta el pronunciamiento de la sentencia*”¹¹.

Sentada esta premisa la acción se constituyó, con la Jurisdicción, en uno de los presupuestos fundamentales de la ciencia del proceso la que fue desenvuelta brillantemente por los grandes maestros de la ciencia alemana e italiana del Derecho, llamada la **RECHTSWISSENSCHAFT** gracias a un célebre neologismo consagrado en 1815 por **SAVIGNY** (de *Recht* = Derecho y *Wissenschaft* = ciencia), al fundar su célebre Revista, la famosa *Zeitschrift für die Geschitliche Rechtswissenschaft* (*Revista para la ciencia histórica del Derecho*), en la que escribirían profundas investigaciones, quienes fundaron con el maestro la célebre Revista, como **HANS GÖSCHEN**, nacido en Königsberg el 16 de febrero de 1770, muerto en Göttingen el 24 de setiembre

11 **BERNHARD WINDSCHEID**: “*La “actio” del Derecho Romano desde el punto de vista del Derecho actual*”, pag 14, en **WINDSCHEID – MUTHER**: “*Polémica sobre la actio*”, traducción del alemán por Tomás Banzhaf, E.J.E.A., Buenos Aires, 1974.

de 1837, profesor en Berlín, gran romanista, quien tradujo y descifró las Institutas de GAYO que habían sido descubiertas en 1816 en el célebre Palimpsesto de Verona por Berthold Niebuhr¹² y como **KARL FRIEDRICH EICHORN**, nacido en Jena el 20 de noviembre de 1781, muerto en Colonia, el 4 de julio de 1854, autor de "Derecho Alemán e Historia del Derecho", 1808.

La "Scuola italiana del diritto" tuvo en **VITTORIO SCIALOJA** (Torino, 24-IV-1856 – Roma, 19-XI-1933) no solo a su gran inspirador, en cuya cátedra de Derecho Romano se exigía el estudio del idioma alemán y la lectura de las obras de los "Professoren-Recht" pero, sobretodo, en las obras y en el pensamiento de Giuseppe **CHIOVENDA** nacido en Premosello el 2 de Febrero de 1872, muerto allí mismo el 5 de Noviembre de 1937.

La vida y el pensamiento del célebre "Caposcuola" del procesalismo italiano ha sido evocado reiteradamente por todos y cada uno de los maestros de la "scuola italiana del diritto", especialmente, en la llamada "Relación Grandi" o Exposición de Motivos del Código procesal Civil Italiano de 1940 cuya traducción al castellano figura en la pag. 175 a la 227 del tomo III del "Derecho Procesal Civil" de **REDENTI**, (E.J.E.A, Buenos Aires, 1957). La idea directriz de Chiovenda se inspiraba en el principio de ORALIDAD, "palabra programática –dice la Relazion Grandi- con la que se quiso expresar, no solo el predominio de la sustanciación oral sobre la escrita, sino, principalmente, la concentración de todas las actividades del proceso en la audiencia y la intermediación de las relaciones entre las partes y el juez, no ya pasivo espectador del debate, sino activo participante en el proceso y provisto de los poderes necesarios para dirigirlo"¹³. Se añade lo siguiente: "El nuevo Código quiere, fundamentalmente, elevar la autoridad del juez y aumentar sus poderes. Es ésta, por todas las razones ya expuestas al comienzo de la presente Relación, la directiva fundamental de la reforma".

Las doctrinas de Chiovenda se inspiraban, sobretodo, en las de **WACH** y en las de **KLEIN**, el célebre autor de la Z.P.O. austriaca de 1895, que tanta influencia tuvo en la prédica de Chiovenda sobre los principios de oralidad, concentración, intermediación, publicidad e inquisitorialidad. El propio Chiovenda ha condensado y autorreseñado su sistema y la esencia

12 Véase al respecto mi "Historia General del Derecho", pág. 392 – 393, segunda edición, Lima, 2013; "La Ciencia del Derecho Procesal", tomo I, pág. 158.

13 **ENRICO REDENTI**: "Derecho Procesal Civil", en el volumen 3, pág. 178, de esta obra está traducida al castellano la Relazion Grandi por Sentís Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1957.

de la teoría de la acción – clave y noción ontológica de su sistemática- en el Prólogo a sus Instituciones de Derecho Procesal Civil; Prólogo en el que, por otra parte, se refuta la malévola sospecha de que el pensamiento de Chiovenda es solo una adaptación italiana a los modelos teóricos diseñados por los clásicos alemanes”. “Personal es sobretudo, mi concepto de la acción, o, si así se prefiere, la formulación, por mi dada, al concepto de la autonomía de la acción, que la doctrina alemana ha puesto en claro con tan fecundos resultados. Esta formulación, expuesta en mi Discurso inaugural de Bolonia del 3 de febrero de 1903, que resultó, después, de acuerdo con la dada por Weismann en el primer volumen de su Lehrbuch, publicado a fines del mismo año; casual encuentro que me causó la misma complacencia que el ilustre procesalista alemán hubo cortésmente de expresar en el segundo volumen de su obra. El concepto de la acción, entendida como el poder jurídico autónomo de realizar, por medio de los órganos jurisdiccionales, la actuación de la ley en favor propio, y el concepto de la relación jurídico procesal, o sea de aquella relación jurídica que nace entre las partes y los órganos jurisdiccionales, en virtud de la demanda judicial; independientemente de ser ésta fundada o no, las que constituyen las dos bases fundamentales de mi sistema”¹⁴.

Pero, si bien las doctrinas de Chiovenda y las de los grandes maestros de su escuela como **FRANCESCO CARNELUTTI (1879-1965)** – **PIERO CALAMANDREI (1889- 1956)**- **ENRICO REDENTI (1883-1963)** – **MARCO TULLIO ZANZUCCHI (1884-1948)**, **SALVATORE SATTA (1902-1975)**- **ENRICO TULLIO LIEBMAN (1903 -1986)** – **VIRGILIO ANDRIOLI (1909 - 2005)**- **TITO CARNACINI (1909-1983)** – **ELIO FAZZALARI (1925 - 2010)** – **MAURO CAPPELLETTI (1927 - 2004)**, fueron expuestas en gran parte, en las clases magistrales de **MARIO ALZAMORA VALDEZ**, el gran “*caposcuola*” del procesalismo en el Perú (1909 - 1993), continuadas en las evocaciones de quien estas páginas escribe¹⁵, están referidas a la ciencia del Derecho Procesal o a la Filosofía del Derecho; pero, nada se ha escrito sobre los maestros italianos de la ciencia del Derecho Civil, especialmente,

14 **JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO**: “*La escuela italiana del procesalismo científico*”, Lima, 1982.

15 **JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO**: “*La Vida y el pensamiento de Francesco Carnelutti*”, publicado en la “*revista de Ciencias Jurídicas*”, Órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad nacional de Lambayeque, pág. 10 a 64, Imprenta Quesquen Gonzalez, Chiclayo, 1967; Estudio reeditado en mi obra: “*La Ciencia del Derecho Procesal*”, tomo I, pág. 753 a 796, Ediciones Legales, Lima, 2014.

en cuanto se refiere a las acciones, que constituyen el “*derecho en pié de guerra*”, como las llamaba **UNGER** en su “*Sistema de Derecho Privado General Austriaco*”, Leipzig, 1855-1859.

Dicho lo cual, entro al grano. NADA DICE EL CÓDIGO CIVIL PERUANO sobre las acciones que tutelan a la propiedad. De la reivindicatoria -que es la acción real por excelencia- limitase a decir que “*es imprescriptible*” (art. 927.) *De la Negatoria: mutismo absoluto y de la Confesoria: ídem.*

¿Acaso hay algún maleficio que impide que algún profesor o Doctorando escriba alguna página sobre este tema?

Bien pudo don **ALFREDO SOLF y MURO (1872-1969)**, Ponente del Libro IV del Código Civil de 1936, inspirarse o, hacer una paráfrasis del Código Civil Argentino redactado por don **DALMACIO VELEZ SANSFIELD (1800 - 1870)**, promulgado en 1869, vigente desde 1872, según la edición oficial de New York (año 1872) y La Pampa (año 1883), con las correcciones de la ley del 9 de setiembre de 1882, conocida como segunda Ley de Fe de Erratas, debiéndose tener presente las notas escritas por don Dalmacio Vélez Sarsfield en la edición de La Pampa, única edición oficial que las contiene.

En los artículos 2756 y siguientes de este gran Código se planteaba una muy clara dogmática de las acciones reales.

También el profesor **JORGE AVENDAÑO VALDEZ (1933-2017)**, Ponente del Libro V en el vigente Código Civil de 1984 pudo y debió inspirarse, no ya tan solo en el Código de **Vélez SANSFIELD**, que ya estaba derogado, sino, en el nuevo Código Civil Argentino del 2015 redactado por los Ministros de la Corte Suprema **RICARDO LORENZETTI (nacido en 1955)**, **ELENA HIGHTON de NOLASCO (nacida en 1942)** y **AIDA KEMELMAJER de CARLUCCI (Profesora en la Universidad de Buenos Aires, nacida en 1945)**, cuya textura es sumamente clara:

Acción Reivindicatoria

Art. 2252.- Reivindicación de cosas y de universalidad de hecho. La cosa puede ser reivindicada en su totalidad o en parte material. También puede serlo la universalidad de hecho.

Art. 2253.- Objetos no reivindicables. No son reivindicables los objetos inmateriales, las cosas indeterminables o fungibles, los accesorios si no se reivindica la cosa principal, ni las cosas futuras al tiempo de hacerse efectiva la restitución.

Art. 2254.- Objetos no reivindicables en materia de automotores. No son reivindicables los automotores inscriptos de buena fe, a menos que sean hurtados o robados. Tampoco son reivindicables los automotores hurtados o robados inscriptos y poseídos de buena fe durante dos años, siempre que exista identidad entre el asiento registral y los códigos de identificación estampados en chasis y motor del vehículo.

Art. 2255.- Legitimación pasiva. La acción reivindicatoria debe dirigirse contra el poseedor o tenedor del objeto, aunque lo tenga a nombre del reivindicante. El tenedor de la cosa a nombre de un tercero puede liberarse de los efectos de la acción si individualiza al poseedor. Si no lo individualiza, queda alcanzado por los efectos de la acción, pero la sentencia no hace cosa juzgada contra el poseedor. Cuando se trata de un automotor hurtado o robado, la acción puede dirigirse contra quien lo tiene inscripto a su nombre, quien debe ser resarcido en los términos del régimen especial.

Art. 2256.- Prueba en la reivindicación de inmuebles. Respecto de la prueba en la reivindicación de cosas inmuebles, se observan las reglas siguientes:

- a) Si los derechos del actor y el demandado emanan de un antecesor común, se presume propietario quien primero es puesto en posesión de la cosa, ignorando la obligación anterior, independientemente de la fecha del título;*
- b) Si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores, el título del reivindicante posterior a la posesión del demandado, es insuficiente para que prospere la demanda, aunque el demandado no presente título alguno;*
- c) Si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores y el título del reivindicante es anterior a la posesión del demandado, se presume que este transmitente era poseedor y propietario de la heredad que se reivindica;*
- d) Si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores, sin que se pueda establecer cuál de ellos es el verdadero propietario, se presume que lo es el que tiene la posesión.*

Art. 2257.- Prueba en la reivindicación de muebles registrables. Respecto de la prueba en la reivindicación de cosas muebles registrables, robadas o hurtadas,

cuando la registraci3n del demandado es de mala fe, se deben observar las reglas siguientes:

- a) se presume la mala fe cuando no se verifica la coincidencia de los elementos identificatorios de la cosa de acuerdo al r3gimen especial y tampoco se constata la documentaci3n y estado registral;*
- b) el reivindicante debe probar su derecho con el certificado que acredita su inscripci3n en el registro respectivo. El demandado debe justificar de igual manera el derecho que opone;*
- c) si el derecho invocado por el actor no est3 inscripto, debe justificar su existencia y la rectificaci3n, en su caso, de los asientos existentes. Si el derecho del demandado carece de inscripci3n, incumbe a este acreditar el que invoca contra el actor;*
- d) si el actor y el demandado presentan antecedentes que justifican la inscripci3n registral emanados de un autor com3n, es preferida aquella que acredita la coincidencia de los elementos identificatorios registrales exigidos por el r3gimen especial;*
- e) si el actor y el demandado presentan antecedentes que justifican la inscripci3n registral derivados de personas distintas, sin que se pueda decidir a qui3n corresponde el derecho controvertido, se presume que pertenece al que lo tiene inscripto.*

Art. 2258.- Prueba en la reivindicaci3n de muebles no registrables:

En la reivindicaci3n de cosas muebles no registrables:

- a) si las partes derivan sus derechos de un antecesor com3n, prevalece el derecho de la que primero adquiere el derecho real;*
- b) si las partes derivan sus derechos de distintos antecesores, prevalece el derecho que se derive del antecesor m3s antiguo. Sin embargo, siempre prevalece el derecho que se remonta a una adquisici3n originaria, aunque sea m3s reciente;*
- c) si la cosa mueble es transmitida sin derecho y a t3tulo gratuito, procede la reivindicaci3n si el objeto se encuentra en poder del subadquirente, aunque este sea de buena fe.*

Art. 2259.- Derecho a reembolso Si se reivindica un objeto mueble no registrable robado o perdido de un poseedor de buena fe, este no puede reclamarle al reivindicante el precio que pag3, excepto que el objeto se haya vendido con otros

iguales en una venta pública, o en casa de venta de objetos semejantes, o por quien acostumbraba a venderlos.

Si se trata de una cosa mueble registrable robada o perdida, y la inscripción registral se obtiene de buena fe, el reivindicante debe reintegrar al reivindicado el importe abonado.

En caso de reembolso, el reivindicante tiene derecho a repetir el pago contra el enajenante de mala fe.

Art. 2260.- Alcance La acción reivindicatoria de una cosa mueble no registrable no puede ejercerse contra el subadquirente de un derecho real de buena fe y a título oneroso excepto disposición legal en contrario; sin embargo, el reivindicante puede reclamarle todo o parte del precio insoluto.

El subadquirente de un inmueble o de una cosa mueble registrable no puede ampararse en su buena fe y en el título oneroso, si el acto se realiza sin intervención del titular del derecho.

Art. 2261.- Sentencia.- Si se admite la demanda, el juez debe ordenar la restitución del objeto, parte material de él o sus restos. En cuanto a las reglas de cumplimiento de la sentencia, se aplican las normas del Capítulo 3 del Título II de este Libro. Si se trata de una cosa mueble registrable y media inscripción a favor del vencido, debe ordenarse la rectificación del asiento registral.

Acción Negatoria

Art. 2262.- Legitimación pasiva.- La acción negatoria compete contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueño del inmueble, arrojándose sobre él alguna servidumbre indebida. Puede también tener por objeto reducir a sus límites verdaderos el ejercicio de un derecho real.

Art. 2263. Prueba.- Al demandante le basta probar su derecho de poseer o su derecho de hipoteca, sin necesidad de probar que el inmueble no está sujeto a la servidumbre que se le quiere imponer o que no está constreñido por el pretendido deber inherente a la posesión.

Acción Confesoria

Art. 2264.- Legitimación pasiva.- La acción confesoria compete contra cualquiera que impide los derechos inherentes a la posesión de otro, especialmente sus servidumbres activas.

Art. 2265. Prueba.- Al actor le basta probar su derecho de poseer el inmueble dominante y su servidumbre activa si se impide una servidumbre; y su derecho de poseer el inmueble si se impide el ejercicio de otros derechos inherentes a la posesión; si es acreedor hipotecario y demanda frente a la inacción del titular, tiene la carga de probar su derecho de hipoteca.

Acción de deslinde

Art. 2266. Finalidad de la acción de deslinde.- Cuando existe estado de incertidumbre acerca del lugar exacto por donde debe pasar la línea divisoria entre inmuebles contiguos, la acción de deslinde permite fijarla de manera cierta, previa investigación fundada en títulos y antecedentes, y demarcar el límite en el terreno. No procede acción de deslinde sino reivindicatoria cuando no existe incertidumbre sino cuestionamiento de los límites.

Art. 2267. Legitimación activa y pasiva.- El titular de un derecho real sobre un inmueble no separado de otro por edificios, muros, cercas u obras permanentes, puede exigir de los colindantes, que concurren con él a fijar mojones desaparecidos o removidos o demarcar de otro modo el límite divisorio. Puede citarse a los demás poseedores que lo sean a título de derechos reales, para que intervoengan en el juicio. La acción puede dirigirse contra el Estado cuando se trata de bienes privados.

El deslinde de los bienes de dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa.

Art. 2268.- Prueba y sentencia.- Cada una de las partes debe aportar títulos y antecedentes a efectos de probar la extensión de los respectivos derechos, en tanto el juez debe ponderar los diversos elementos para dictar sentencia en la que establece una línea separativa. Si no es posible determinarla por los vestigios de límites antiguos, por los títulos ni por la posesión, el juez debe distribuir la zona confusa entre los colindantes según, fundadamente, lo considere adecuado.

Relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales

Art. 2269.- Prohibición de acumular.- No pueden acumularse las acciones reales con las acciones posesorias.

Art. 2270.- Independencia de las acciones.- En las acciones posesorias es inútil la prueba del derecho real, más el juez puede examinar los títulos presentados para apreciar la naturaleza, extensión y eficacia de la posesión.

Art. 2271.- Suspensión de la acción real.- Iniciado el juicio posesorio, no puede admitirse o continuarse la acción real antes de que la instancia posesoria haya terminado.

Art. 2272.- Cumplimiento previo de condenas.- Quien sea vencido en el juicio posesorio, no puede comenzar la acción real sin haber satisfecho plenamente las condenaciones pronunciadas en su contra.

Art. 2273.- Acciones por un mismo hecho.- El titular de un derecho real puede interponer la acción real que le compete o servirse de la acción posesoria; si intenta la primera, pierde el derecho a promover la segunda; pero si interpone la acción posesoria puede iniciar después la real.

Art. 2274.- Acciones por distintos hechos.- El demandante en la acción real no puede iniciar acciones posesorias por lesiones anteriores a la promoción de la demanda, pero sí puede hacerlo el demandado.

Art. 2275.- Turbaciones o desapoderamientos recíprocos.- Si los hechos constituyen turbaciones o desapoderamientos recíprocos, quien es condenado en la acción posesoria y cumple con la sentencia de restitución, puede a su vez entablar o continuar la acción posesoria o real respecto del hecho anterior.

Art. 2276.- Hechos posteriores.- La promoción de la acción real no obsta a que las partes deduzcan acciones de defensa de la posesión y la tenencia por hechos posteriores.

La acción reivindicatoria está definida en el artículo 948 del Código Civil Italiano.

La acción negatoria está consagrada en el:

Art. 949: *“El propietario puede accionar para hacer declarar la inexistencia de derechos afirmados por otros sobre la cosa, cuando tiene motivo para temer un perjuicio a consecuencia de ello. Si existen también perturbaciones o molestias, el propietario puede pedir que se ordene su cesación, además de la condena al resarcimiento del daño”.*

Acción de Línderos

Art. 950: *“Cuando el lindero entre dos fundos es incierto, cada uno de los propietarios puede pedir que se establezca judicialmente. Se admite todo medio de prueba. En efecto de otros elementos, el juez se atiene al lindero delineado por los planos catastrales”.*

Acción para establecimientos de Linderos

Art. 951: *“Si los linderos entre fundos contiguos faltan o se han hecho irreconoscibles, cada uno de los propietarios tienen derecho de pedir que se establezca o que se restablezcan a costa común”.*

De las acciones en defensa de las Servidumbres

Art. 1079: *“El titular de la servidumbre puede hacer reconocer en juicio su existencia contra quien niega su ejercicio y puede hacer cesar los eventuales impedimentos y turbaciones. Puede pedir también que las cosas se reintegren a su anterior estado, además del resarcimiento de los daños.*

Sumamente claro es el código Civil Italiano promulgado el 16 de marzo de 1942, vigente desde el 21 de abril del mismo año, que contiene seis libros, cuyo libro tercero está dedicado a la propiedad, como así se intitula dicho libro y que trata de los Derechos Reales, con magistrales definiciones de las acciones reales.

Los juristas que redactaron dicho libro fueron, todos ellos, romanistas y civilistas: **Mariano D´Amelio**, nacido en Nápoles el 4 de noviembre de 1871, muerto en Roma el 19 de Noviembre de 1943; fue Presidente de la Corte de Casación, Senador; **Roberto De Ruggiero**, nacido en Roma el 25 de Julio de 1875 muerto en Roma el 25 de Diciembre de 1934, **Fulvio Maroi**, nacido en Avellino en 1891, muerto en Roma en 1954; **Ludovico Barassi**, nació en Milán el 3 de octubre de 1873 y murió en Milán en 1956; **Emilio Albertario**, gran romanista y gran civilista, nació en Pavía, el 30 de mayo de 1885, murió en Roma el 28 de noviembre de 1948; **Giovanni Pacchioni**, nació Cesena en el 24 de mayo de 1867, murió el 18 de octubre de 1946. Pero debe memorizarse bien, que el **gran definidor de las acciones reales que tutelan la propiedad, fue el maestro Pietro Bonfante**, nacido en Rieti, el 29 de Junio de 1869, muerto en Roma el 22 de noviembre de 1932, fue discípulo del gran **Vittorio Scialoja**; enseñó Derecho Romano en la Universidad de Roma, la acción reivindicatoria la definió en el artículo 948; la acción negatoria, en el artículo 949; la acción de linderos en el artículo 950 y la acción confesoria en el artículo 1079.

Las acciones que tutelan a la posesión fueron planteadas por el profesor **Gino Segré**, nacido en Mantua el 21 de junio de 1864, muerto en Pavía el 9 de Julio de 1886, con la colaboración del profesor **Alberto Montel**, nacido en Torino el 16 de Julio de 1907.

Otro de los profesores que intervino en cuanto a la acción hipotecaria fue el profesor **Leonardo Coviello**, nacido en Catania en 1905.

He aquí la dogmática de las acciones reales en el Código Civil Italiano:

Artículo 948.- Acción de reivindicación.- *El propietario puede reivindicar la cosa de quien quiera que la posea o detente y puede proseguir el ejercicio de la acción aún cuando este, después de la demanda, haya cesado, por hecho propio, de poseer o de tentar la cosa.*

En tal caso, el demandado está obligado a recuperarla para el actor a su propia costa o, en su defecto, a abonarle su valor, además de resarcirle el daño. El propietario, si consigue directamente del nuevo poseedor o de tentador la restitución de la cosa, está obligado a restituir al anterior poseedor o de tentador la suma recibida en lugar de ella.

La acción de reivindicación no prescribe, salvo los efectos de la adquisición de la propiedad por parte de otros por usucapión.

Artículo 949.- Acción Negatoria.- *El propietario puede accionar para hacer declarar la inexistencia de derechos afirmados por otros sobre la cosa, cuando tiene motivo para tener un perjuicio a consecuencia de ello.*

Si existen también perturbaciones o molestias, el propietario puede pedir que se ordene su cesación, además de la condena al resarcimiento del daño.

Artículo 950.- Acción de reglamentación de linderos.- *Cuando el lindero entre dos fundos es incierto, cada uno de los propietarios puede pedir que se establezca judicialmente.*

Se admite todo medio de prueba.

En defecto de otros elementos, el Juez se atiene al lindero delineado, por los planos catastrales.

Artículo 9.- Acción para establecimiento de linderos.- *Si los linderos entre fundos contiguos faltan o se han hecho irrecognoscibles, cada uno de los propietarios tienen derecho de pedir que se establezca o que se restablezcan a costa común.*

VI. Propuesta del doctor Silva Vallejo

A la luz de los artículos citados en el Derecho Comparado, me permito proponer el siguiente articulado, que pueda servir, para resolver, las

gravísimas lagunas, que existen en nuestro Código Civil sobre las acciones reales:

Artículo 927 a. Las acciones reales son imprescriptibles y tienen por objeto obtener una sentencia declarativa de existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, con los efectos accesorios de indemnización por el daño causado, pago de frutos y nulidad o rectificación del asiento registral del demandado en tanto y en cuanto colisione con el asiento registral del demandante.

Artículo 927 b. La acción reivindicatoria es la acción real por excelencia y tiene por objeto condenar al demandado o litis-consorte, si lo hubiere, a devolver la cosa o universalidad de cosas que posean o detenten indebidamente.

Artículo 927 c. El mejor derecho de propiedad no es una acción sino la cuestión probatoria resultante de la apreciación crítica de la prueba actuada en el proceso a la luz de los principios de buena fe, prioridad en el tiempo y legitimación registral. El debido proceso deberá atender la eventual situación del tercero del contrato, del tercero del registro y del tercero del proceso.

Artículo 927 d. La acción negatoria es la acción real planteada por el propietario para negar al demandado el ejercicio de un derecho real sobre la cosa o para hacer declarar la inexistencia de derechos afirmados por otros sobre la cosa, cuando tiene motivos para temer un perjuicio.

Artículo 927 e. La acción confesoria tiene por objeto la declaración de la existencia de una servidumbre contra quien niegue su ejercicio.

Artículo 927 f. La acción publiciana es la que tiene el poseedor que ya no pueda accionar interdictalmente y que está en vía de usucapir contra quien lo perturbe o lo haya despojado de su posesión. No procede contra el propietario o contra aquél que adquirió el bien por prescripción.

Pero, además, debe tenerse en cuenta los principios de Veracidad y de Aclaración, tal como los expuso el profesor **FRITZ von HIPPEL (quien nació en Rostock el 28 de abril de 1897 y murió en Freiburg in Brisgau el 8 de enero de 1991)**. Fue un gran profesor de Derecho Civil, Derecho Procesal Civil, Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado en la Universidad de Marburgo y, luego, en la de Freiburg. Escribió un libro brillante: *“Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess”*, Frankfurt, 1939 (Deber de veracidad y deber de claridad de las Partes en el Proceso Civil).

Concluyo citando un pensamiento fundamental del gran maestro **SATTA**:

*“Ogni pensiero,
quando e vero pensiero
é filosofico
e tale é soprattutto
il pensiero che si svolge
dalla osservazione del proceso.
In ogni processualista
c’ é un filosofo occulto”.*

(**SATTA**: “Dalla procedura civile, al diritto processuale civile”, en la Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, año 1964, fascículo I, pág. 39).

LA II REPÚBLICA ESPAÑOLA, LA CONSTITUCIÓN DE 1931 Y LA LEGISLACIÓN PENAL*

*Miguel Díaz y García Conlledo***

Sumario: I. Dedicatoria; II. Introducción; III. Disposiciones con trascendencia penal en la Constitución de 1931; 1. La importancia para el Derecho penal de la definición de España en la Constitución de 1931; 2. Otras cuestiones penales concretas derivadas de la Constitución: remisión; 3. Preceptos constitucionales con contenido penal (en sentido amplio); IV. ¿Un Código Penal de la República? 1. La anulación del Código Penal de 1928, la vuelta al de 1870 y la decisión (y su fracaso) de aprobar un Código Penal nuevo; 2. La Ley de Bases para la Reforma del Código Penal de 1870; 3. El Código Penal de (1870/1932; 3.1. Introducción; 3.2. Razones y contenido de las reformas; A) “Modificaciones impuestas por la nueva Constitución”; B) “Reforma de errores materiales de técnica, e incorporación de leyes complementarias”; C) “Humanización y elasticidad del Código”; D) “Casos de reforma excepcional”.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación PID2019-108567RB-C21 (AEI), del que soy investigador principal, junto con la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales, así como en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León, que dirijo, y en las del Grupo de investigación DPULE que igualmente encabezo en mi universidad.

** Catedrático de Derecho Penal - Universidad de León (España); mdiag@unileon.es

3.3. Valoración; V. Ley de vagos y maleantes; VI. Ley de amnistía; VII. Ley de reinstauración de la pena de muerte; VIII. Reflexión final.

I. Dedicatoria

El Profesor José F. Palomino Manchego combina en su persona la condición de constitucionalista y la de jurista especialmente preocupado por el Derecho penal. Esa combinación es, desde luego, muy afortunada, pues, aunque la siguiente afirmación requeriría de múltiples matices que aquí no son posibles, probablemente el Derecho penal es la rama del Derecho en que los principios y normas constitucionales han de ejercer una influencia más trascendente y la que los debe reforzar y garantizar en supuestos de máxima relevancia, hasta el punto de que es frecuente hablar del Código Penal como la “Constitución en negativo” o “Constitución negativa”¹, lo cual requeriría de nuevo muchas precisiones aquí inabordables.

Por ello, me ha parecido especialmente adecuado para homenajear al Profesor Palomino un trabajo que se refiera a la influencia en la normativa penal de una Constitución histórica española², en este caso, la de la II República, aprobada en 1931, de la cual, por lo tanto, se cumplió el nonagésimo aniversario el pasado año, y, en general, a un repaso resumido de esa normativa. Que además en la Constitución española de 1931 y en toda la legislación penal de la II República Española ejerciera influencia trascendental Luis Jiménez de Asúa, quien, en su exilio, tanta importancia tuvo para el Derecho en general, pero especialmente para el penal y el desarrollo de su ciencia en Hispanoamérica, creo que hace el trabajo

1 Omitiré referencias doctrinales en este sentido. Baste citar (con independencia de sus otros aspectos positivos y discutibles) la Exposición de Motivos del vigente Código Penal español de 1995: “Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de «Constitución negativa». El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social”.

2 El homenajeadado conoce bien la historia del constitucionalismo español (que, obviamente, hasta un momento dado, fue también en gran medida el hispanoamericano). Baste citar, a título de mero ejemplo, Palomino Manchego (2006), pp. 357 ss.; (2012), pp. 351 ss.

especialmente adecuado para festejar a un colega peruano, por lo demás bibliófilo impenitente y que tan bien conoce la obra de Jiménez de Asúa.

¡Mis mejores deseos en este homenaje, querido Pepe, con agradecimiento, afecto y deseo de seguir colaborando en el futuro! ¡Que tengas muchos años más de producción académica y de felicidad personal!

II. Introducción

Hablar de la Constitución de 1931 es, entre otras muchas cosas, hablar de Luis Jiménez de Asúa³. Pero hablar de Luis Jiménez de Asúa es especialmente evocador y hasta emotivo para un penalista. Fue uno de los grandes renovadores del Derecho penal español de la primera mitad del siglo XX y seguramente el penalista en lengua española más influyente, que, como ya he dicho, en su forzado exilio, siguió enseñando e investigando en Derecho penal extendiendo sus saberes y doctrinas por toda Hispanoamérica⁴.

Todo o casi todo lo que sigue va a tener como trasfondo la influencia de Luis Jiménez de Asúa en la legislación penal o conexas de la II República. Por ello, estas páginas quisieran ser también un modesto homenaje a la figura de tan relevante maestro, además de a mi colega y amigo José Palomino.

En este trabajo se analizarán las principales normas penales del periodo de la II República, pero antes se señalarán las menciones con influencia penal (en sentido amplio) en el propio texto constitucional.

III. Disposiciones con transcendencia penal en la Constitución de 1931

1. La importancia para el Derecho penal de la definición de España en la Constitución de 1931

La Constitución de 1931 no contiene mandatos directos o indirectos de tipificación penal de conductas. Se podrá discutir si contiene un “programa

3 Los trabajos que destacan el papel de Luis Jiménez de Asúa en la Constitución republicana son múltiples; baste citar aquí, a modo de meros ejemplos, los de Sosa Wagner (2009), pp. 137 ss., y Roldán Cañizares (2020), pp. 473 ss., con ulteriores referencias, entre otras, a las obras que el propio Jiménez de Asúa dedico a la Constitución, importantes, aunque no las citaré aquí por exceder del ámbito penal.

4 V., ampliamente, Roldán Cañizares (2019), *passim*. Un resumen reciente de la vida, obra y actualidad del que fuera también Presidente de la República en el exilio desde 1962 hasta su muerte en 1970 puede verse en Cuerda Riezu (2020), pp. 59 ss.. Por lo demás son muy numerosos los trabajos sobre Jiménez de Asúa, que es imposible citar aquí.

penal”⁵, pero, desde luego, su propia definición de España como “República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y Justicia” (art. 1, primer párrafo) posee implicaciones para el Derecho penal.

La definición de España como República democrática implica la necesidad de un Derecho penal de características democráticas, lo cual se traduce en una serie de límites y garantías. El papel central de libertad y justicia refuerza ese carácter democrático y la necesidad de establecer tales garantías y límites⁶.

Así, el principio de legalidad, de raigambre liberal ilustrada, es una exigencia del carácter democrático del Estado como garantía de libertad, seguridad y certeza, al igual que sucede con otro principio estrechamente relacionado con este, como es el de responsabilidad por el hecho (concreto), garantía de seguridad jurídica, frente a manifestaciones de Derecho penal de autor que basarían el castigo en el carácter, el modo de ser, etc., de enorme vaguedad y restrictivos por tanto innecesariamente de la libertad, central también en la Constitución de 1931, como hemos visto.

El valor de la libertad y su protección, que solo admitiría restricciones cuando se pueda producir un daño a terceros o a la sociedad, fundamentaría también el llamado principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, lo que explica también el fundamento en la libertad del principio, conectado con el anterior, de subsidiariedad, intervención mínima o *ultima ratio* y el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal: dado que las restricciones a la libertad deben ser las mínimas indispensables, el Derecho penal (con sus especialmente graves consecuencias) solo debe intervenir frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes. De igual modo, como no pueden tolerarse restricciones a la libertad innecesarias, no podrán admitirse aquellas intromisiones del Derecho penal que resulten ineficaces o inidóneas (principio de efectividad, eficacia o idoneidad). Algunos autores conectan los tres principios anteriores, en la España actual, con el carácter, además

5 En el sentido que, por ejemplo, esboza Arroyo Zapatero (1987), pp. 97 ss.

6 Sobre los llamados principios limitadores del *ius puniendi* (más propiamente, de la potestad punitiva del Estado) y su doble fundamento, funcional y político-constitucional (a este se hará referencia en lo que sigue), v., por todos, Luzón Peña (2016), Cap. 2, nm. 5 ss. (pp. 19 ss.).

de democrático, social del Estado que predica de España el art. 1.1 de la Constitución española de 1978, pues tal carácter exigiría del Derecho penal, para legitimarse, la protección a la sociedad, algo que no se produce cuando no se protegen bienes jurídicos (intereses sociales), la protección social pueda conseguirse por otros medios (subsidiariedad y fragmentariedad) o la intervención penal resulte inútil para prevenir la comisión de delitos (efectividad, eficacia o idoneidad)⁷. Aunque en la Constitución de 1931, que nos ocupa, no se adjetivaba de social a la República española y no me detendré en esa cuestión, la referencia a que se trata de una república “de trabajadores de toda clase” podría leerse en ese sentido (entre otros), e incluso la apelación a la justicia lo reforzaría, así como otras disposiciones del texto constitucional republicano.

El principio de proporcionalidad, conectado con los de necesidad y eficacia y, por lo tanto, con el valor de la libertad, entronca de modo especial además con el de la justicia, consagrado en el art. 1, como sabemos, con el de igualdad, que se plasma también en lugar preeminente de la Constitución republicana, concretamente en su art. 2: “Todos los españoles son iguales ante la ley”. Se puede conectar también con el carácter social del Estado, pero, por lo dicho, no incidiré en este aspecto. Con la libertad (aunque con matices), la justicia y la igualdad se puede conectar también el principio de culpabilidad (en sentido estricto). Con la proporcionalidad, la igualdad, la eficacia y la justicia, entre otros, se conecta el principio de responsabilidad subjetiva (exigencia de dolo o imprudencia) que debe regir también en el Derecho penal y que algunos incluyen dentro del de culpabilidad (en sentido amplio). Y con la necesidad, la eficacia y la justicia podría vincularse también el principio de responsabilidad personal (solo se responde penalmente por hechos propios, no ajenos).

Vinculado de forma más o menos estrecha al principio de legalidad, los valores de igualdad y justicia (con la consecuencia de la proporcionalidad) fundamentarían, en el plano político-constitucional, el *ne bis in idem*.

Por fin, con valores constitucionales como la libertad (con sus derivados de necesidad, subsidiariedad y eficacia), así como con la protección, en general, de los derechos humanos, se vincularían los principios de

7 Especialmente insistente en la importancia del carácter social del Estado para estos límites al Derecho penal, Mir Puig (2016), Lecc. 4, nm.44 ss. (pp. 127 ss.), entre otras obras suyas.

humanidad o humanización, que expresamente vendría a citar, entre las razones para reformar el Código Penal de 1870, la Exposición de Motivos del de 1932: “Las terceras [reformas], que son las más numerosas, tienden a humanizar el Código”. No tan clara consagración constitucional recibirá en 1931 el principio de resocialización, al contrario de su reconocimiento expreso respecto de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en el art. 25.2 de la vigente Constitución española de 1978, si bien la tendencia resocializadora de las penas podría derivarse de los valores señalados en relación con los principios de humanidad o humanización, dentro de los cuales se puede ubicar el de resocialización.

De esos principios, la Constitución de 1931 menciona consagra específica y expresamente el de legalidad en su art. 28: “Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración. Nadie será juzgado sino por juez competente y conforme a los trámites legales”⁸. En materia penal, además, la legislación corresponde al Estado (art. 15.1^a), si bien (referido a diversas materias no penales también) “podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes” (art. 15, párrafo inicial), y también es “de la exclusiva competencia del Estado español la legislación y la ejecución directa en ... Régimen de extradición” (art. 14.10^a). El art. 16 deja abierta la posibilidad de que la legislación exclusiva y la ejecución directa pueda corresponder a la competencia de las regiones autónomas conforme a lo dispuesto en los Estatutos aprobados por las Cortes. Ello podría dejar el resquicio a entender que la legislación y ejecución penitenciaria se

8 El principio de legalidad penal supone diversos aspectos y consecuencias que aquí no es posible explicar. Aunque son fundamentales las garantías que implica el que la norma que crea o agrava delitos sea previa y cierta o determinada, hay otras facetas que se consideran importantes, como la de que se trate de una ley en sentido estricto (del parlamento, plasmando así también estrictamente la división de poderes y las garantías que de ello se derivan). Pues bien, ese aspecto no está consagrado en la Constitución de 1931: como explica perfectamente Ruiz Robledo (1997), pp. 162 ss. [ampliamente, sobre el principio de legalidad penal, de este autor, (2003)], el principio de legalidad consagrado en la Constitución de 1931 no contiene una “reserva de Parlamento” (el art. 61 de la Constitución republicana permite al Congreso autorizar al Gobierno para que legisle por decreto, con ciertas condiciones, sobre materias reservadas a la competencia del poder legislativo), al contrario de lo que sucede (en materia de legalidad penal) en la Constitución española de 1812 (¡pese a que no recoge expresamente el principio de legalidad penal!) y en la actualmente vigente de 1978. De hecho, como veremos, el llamado Código Penal de 1932 se aprobó por decreto.

interpretaran como algo distinto a la penal (en buena medida lo son), aunque parece difícil entender que la legislación llegara a corresponder en exclusiva a una región autónoma. Hasta donde sé, no existió esa legislación penitenciaria de las regiones autónomas; de hecho, ni siquiera en el periodo más reformista y humanista en que Victoria Kent (desde abril de 1931 y durante poco más de un año) fue Directora General de Prisiones hubo nuevas normas penitenciarias con rango de ley en la II República y hasta el mismo Reglamento de Servicios Penitenciarios de 1930, si bien se fue reformando, no fue sustituido por uno nuevo, pese a que se creó una Comisión al efecto, aunque hay que reseñar que por medio de disposiciones de rango inferior, pero en algunos casos de extraordinaria importancia, en el periodo señalado se adaptó la vida en prisión a diversos principios republicanos y humanistas, creciendo los derechos y mejorando las condiciones de vida en prisión de los reclusos, entre otras reformas relevantes, tendencia reformista humanista que quedó muy mermada tras dejar el puesto Victoria Kent⁹.

Aunque no necesariamente se trata de un tema penal, es significativo que se reserve a una “ley especial” la determinación de “las garantías para la expulsión de los extranjeros del territorio español” (tercer párrafo del art. 31).

Naturalmente, también la consagración de diversos derechos y libertades, que aquí no podemos detallar, va a poder implicar, en su refuerzo, medidas penales (alguna mención se hará al hilo de las reformas introducidas en el llamado Código Penal de 1932).

2. Otras cuestiones penales concretas derivadas de la Constitución: remisión

Como veremos cuando tratemos el Código Penal de 1932, este justifica algunas de las reformas que se introducen respecto del texto del Código Penal de 1870 en la necesidad de adaptarlo a diversas disposiciones de la Constitución. Por lo tanto, remito aquí al apartado correspondiente (*infra* IV.3).

9 Sobre las reformas penitenciarias en la II República, con ulteriores referencias, v. Gargallo Vaamonde (2011), especialmente pp. 39 ss., 59 ss.; (2016), pp. 235 ss. Recoge el listado de normas Jiménez de Asúa (1964), pp. 821 ss.

3. Preceptos constitucionales con contenido penal (en sentido amplio)

Además de los citados al final del apartado III.1, la Constitución de 1931 contiene otros preceptos que afectan a materias penales, algunas nuclearmente penales y otras en sentido amplio, entre los que pueden citarse al menos los que siguen¹⁰.

Importante resulta la prohibición de la detención o la prisión si no es por causa de delito y las garantías y responsabilidades que el art. 29 establece al respecto.

Garantista resulta también la prohibición, en el art. 30, de “suscribir ningún Convenio o Tratado internacional que tenga por objeto la extradición de delincuentes político-sociales”. Y parece serlo también la prohibición al Gobierno (por lo que no parece referirse a medidas estrictamente penales) de “extrañar o deportar a los españoles, ni desterrarlos a distancia superior a 250 kilómetros de su domicilio” ni siquiera en supuestos de notoria e inminente gravedad en que la seguridad del Estado exija la suspensión de ciertos derechos y garantías constitucionales (último párrafo del art. 42).

Aunque la riqueza y la propiedad se subordinan a los intereses de la economía nacional y a la utilidad, “En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes” (último párrafo del art. 44).

Existen diversos preceptos constitucionales sobre inviolabilidad, inmunidades, detención, aforamiento y responsabilidad penal de diversas autoridades y de miembros de la administración de justicia, que no es posible reproducir ni resumir aquí (arts. 55, 56, 84, 85, 92, 99, 121 e y f, 124).

Se limita la jurisdicción penal militar “a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados” y se prohíben los fueros por razón de personas o lugares (salvo en estado de guerra) y se abolen todos los “Tribunales de honor” (art. 95).

Se prevé que “El pueblo participará en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, cuya organización y funcionamiento serán objeto de una ley especial” (art. 103).

10 Aunque ordenados de otro modo y con alguna diferencia menor, coinciden con los que recojo en el texto los que Jiménez de Asúa (2016-1932), pp. 543 ss., 555 ss.; (1964), p. 808, cita como “preceptos penales de la Constitución Republicana”.

El art. 102 prevé la competencia para acordar amnistías, prohíbe los indultos generales, fija la competencia para otorgar los individuales, también en delitos de extrema gravedad, cuestiones a las que me referiré cuando se comente la Ley de Amnistía (*infra* VI).

Por fin, se establece el derecho de todo español a ser indemnizado por los perjuicios irrogados por error judicial o por delito de los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus cargos, conforme a las leyes, declarando al Estado responsable subsidiario de estas indemnizaciones (art. 106), que lo será (al igual que las Corporaciones respectivas si el ámbito administrativo es otro) también subsidiariamente de los daños y perjuicios derivados de la infracción de deberes (por tanto, no solo la constitutiva de delito) con perjuicio de tercero por funcionario público en el ejercicio de su cargo, conforme determine la ley (tercer párrafo del art. 41).

IV. ¿Un Código Penal de la República?

En este apartado se expondrá lo relativo al texto penal central, el Código Penal, en el periodo republicano, en el que, como enseguida se verá, no se consiguió aprobar un texto verdaderamente nuevo¹¹.

1. La anulación del Código Penal de 1928, la vuelta al de 1870 y la decisión (y su fracaso) de aprobar un Código Penal nuevo

Ya el 15 de abril de 1931 se publicaba el Decreto por el que el Gobierno provisional de la República anulaba el Código Penal de 1928 (el aprobado en la Dictadura del General Miguel Primo de Rivera)¹², con un art. 1º que rezaba: “Queda anulado, sin ningún valor ni efecto, el titulado Código penal de 1928. Igual declaración de nulidad se extiende a todos los titulados decretos-leyes de la Dictadura, que establecieron o modificaron

11 Sobre el proceso del Código Penal en la II República, puede verse una amplia explicación, realizada, además, por un protagonista de primera línea, en Jiménez de Asúa (1964), pp. 780 ss.; antes de la aprobación del Código, ya resumía la situación: Jiménez de Asúa (2016-1932), pp. 543 ss.; ya en la época de la reforma, por ejemplo, López-Rey (1932), pp. 5 ss.; (2016-1932), pp. 583 ss., que se completa con el trabajo (2016-1932a), pp. 611 ss.; entre los trabajos recientes, por ejemplo, G. Cobo del Rosal (2010), pp. 198 ss.; Roldán Cañizares (2020), pp. 185 ss.

12 Sobre las consultas previas y la crítica bastante generalizada en los años anteriores al Código Penal de 1928, a las que alude el propio Decreto de anulación del citado Código, G. Cobo del Rosal (2010), pp. 188 ss.

definición de delitos o fijación de penas”. Es llamativo que el Decreto hable de anulación y no de derogación. Jiménez de Asúa lo subraya: “El Código espurio no se deroga, sino que se anula”, consiguiendo, según él, con ello el cese automático de las condenas más severas impuestas conforme a ese Código, manteniéndose por otro procedimiento el beneficio de las condenas más benignas frente a las que corresponderían conforme al Código “auténtico” de 1870¹³.

Así, además, recobraba su vigencia plena el Código Penal de 1870, que, dado que contenía elementos incompatibles con el nuevo régimen, fue objeto de algunas aclaraciones y, casi de inmediato, de una reforma urgente y breve que se aprueba por Decreto de 2 de mayo de 1931, elaborado, en virtud de encargo del Ministro de Justicia, por Luis Jiménez de Asúa, ante la imposibilidad, según relata este¹⁴, de encomendárselo a ningún organismo oficial.

En el mes de mayo de 1931 la Comisión General del Codificación es sustituida por una Comisión Jurídica Asesora, cuya Subcomisión penal¹⁵ será la encargada de redactar el nuevo Código Penal. Ella misma decide que en una primera etapa se propondrá modificar el Código de 1870 (que básicamente es el de 1848) en lo más urgente para adaptarlo a la nueva situación para, en una segunda etapa, alcanzar el objetivo más ambicioso

13 Jiménez de Asúa (1964), p. 781. No tan sencilla considera la fórmula G. Cobo del Rosal (2010), pp. 198 ss., quien cuestiona la derogación por ilegítima de una legislación por “un régimen surgido de forma anodina y con un Gobierno provisional no elegido democráticamente” (se refiere al republicano, claro), y señala que la fórmula de la anulación “provocó gran confusión en la aplicación jurisdiccional del Código penal a los casos concretos”.

14 Jiménez de Asúa (1964), pp. 781 s. El texto del Decreto, que da cuenta de lo limitado de las modificaciones, puede verse en la obra citada, pp. 782 s. n. 1. La propia Ley de 27 de octubre de 1932, que aprueba el Código Penal (de 1870) reformado, señala: “Las épocas revolucionarias precisan apresurar las faenas legislativas, pero no pueden atropellar las etapas de aquellos trabajos que tienen largos períodos de gestación. En pocos meses era imposible preparar un proyecto de Código penal enteramente nuevo. A seguida se insistirá en las razones que obstan la fulminante composición de un Código de delitos y penas. Pero tan imposible como componer en breve plazo una Ley de nuevo estilo, era mantener intacto el Código penal de 1870”. Y poco después explica la ardua tarea de elaborar un Código, que requiere de largos trabajos preparatorios, consultas a expertos e implicados en la administración de justicia penal.

15 Presidida inicialmente por Luis Jiménez de Asúa y de la que forman parte juristas procedentes de distintos ámbitos, entre otros ilustres profesores penalistas como Mariano Ruiz Funes, José Antón Oneca y José Arturo Rodríguez Muñoz.

de un nuevo Código Penal. Nunca llegaría a hacerse realidad esto último, aunque sí lo primero: lo que conocemos como Código Penal de 1932 no es sino una reforma del de 1870 (como lo será posteriormente también, aunque de otro signo, el de 1944, en plena dictadura franquista). Parte del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 1870 se redacta incluso antes de que se apruebe la Constitución, si bien a la vista del Anteproyecto de esta¹⁶. Sin embargo, diversos retrasos hicieron que la primera norma parlamentaria al respecto sea la Ley de Bases de 8 de septiembre de 1932, a la que me referiré en el próximo apartado (IV.2).

Pero antes de explicar la citada Ley de Bases, ¿por qué no llegó a aprobarse un verdadero Código Penal de nueva planta, técnicamente depurado y asumiendo las mejores corrientes científicas penales de la época sin sectarismos, como era la voluntad de la Comisión Jurídica Asesora¹⁷? Llegó incluso a haber unas Bases para el futuro Proyecto¹⁸ y se empezó a trabajar en él. Las circunstancias que impidieron la existencia de ese nuevo Código son diversas y las relata Luis Jiménez de Asúa desde su punto de vista de protagonista de primera línea¹⁹, pero creo que pueden resumirse

16 Así lo explica Jiménez de Asúa (1964), p. 785.

17 Manifestada por escrito en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 1870 que redactó la Comisión: v. Jiménez de Asúa (1964), pp. 827 s., 828 n. 25. Más allá de esto, hubo diversas voces a favor de la creación de un nuevo Código; v., a modo de vehemente ejemplo, Núñez de Cepeda, p. 6: "... ¡tengo tantos deseos de ver, y si llega a tiempo, aplicar un Código Penal, de pura cepa española, completo, nuevo, científico y envidiado, que no contenga más de trescientos artículos!".

18 Que Jiménez de Asúa (1964), pp. 828 ss. n. 26, transcribe. Para su comentario él mismo remite (p. 831 n. 26 *in fine*) a su obra "*El Código penal reformado*", págs. 211 sigs." [entiendo que se trata de *Código Penal reformado, de 27 de octubre de 1932, y Leyes penales de la República*, Reus, Madrid, 1934 (1934a), obra que desgraciadamente no he podido manejar].

19 Entre otros trabajos y resumidamente, Jiménez de Asúa (1964), pp. 829 s., quien relata que su previsión era tener listos los trabajos preparatorios a finales de abril de 1933, pero que la Ley de Incompatibilidades le impedía seguir en la Comisión, no solo en su Presidencia, por su carácter de Diputado en Cortes, quedando entonces paralizados los trabajos. Dice que a partir de entonces "acabóse la calma en la vida política española. La República asediada por sus enemigos y mal defendida por sedicentes republicanos históricos, tuvo que emplear todas sus fuerzas para subsistir. No había reposo para este género de faenas legislativas. Después sobrevino la guerra y ahora este compás de espera con una España totalitaria. Cuando la legalidad democrática se reinstale en nuestro suelo, habrá que proyectar, conforme a las Bases transcriptas o con otras parecidas, el nuevo Código penal español". Ciertamente ello tardó en suceder, pues hasta 1995 no se aprobó un verdaderamente nuevo Código Penal en

en los avatares e inestabilidad política de la República a partir de 1933, tan trágicamente concluidos, como todos sabemos.

2. La Ley de Bases para la Reforma del Código Penal de 1870

Tras una tramitación parlamentaria del Proyecto bastante rápida, no exenta de algunas críticas y peticiones de que se pausara el ritmo y no se tratara con tanta premura un texto tan relevante²⁰, el 8 de septiembre de 1932 se aprueba la Ley de Bases para reformar (o “republicanizar”) el Código Penal de 1870, que se publica en la Gaceta de Madrid el 15 del mismo mes.

Se trata de un texto relativamente breve, con treinta y dos bases para la reforma, en las que se perfilan las líneas que debe seguir esta y que resumo a continuación:

- Supresión de la división tripartita en delitos graves, menos graves y faltas, reduciéndose a delitos y faltas (Base 1^a).
- Introducción, entre las eximentes, del trastorno mental transitorio y precisión respecto de la embriaguez, ampliación del estado de necesidad y supresión de la eximente de incurrir en omisión por hallarse impedido por causa legítima o insuperable, que se considera innecesaria (2^a).
- Precisiones respecto de las eximentes incompletas y atenuantes de embriaguez, arrebato u obcecación, introducción de la atenuante de “arrepentimiento eficaz” (3^a).
- Supresión de las agravantes de utilizar medios o circunstancias que añadan ignominia, desprecio u ofensa de Autoridad pública, lugar sagrado, palacio de las Cortes o del Jefe del Estado o en presencia de este o donde la Autoridad pública esté ejerciendo funciones, escalamiento, rompimiento o fractura y “ser vago el culpable”; dotación de carácter facultativo a la imposición de las agravantes de empleo de astucia, fraude o disfraz, abuso de superioridad o medio que debilite

España, una vez restablecida la democracia bastantes años antes. Eso sí, las bases necesariamente fueron otras. Tampoco habría visto cumplido en nuestro Código actual Jiménez de Asúa (p. 778) su propósito de que el nuevo Código Penal no sobrepasara los quinientos artículos [menos aún el de Núñez de Cepeda (1932), p. 6, que ponía el límite en trescientos].

20 Lo cuenta con detalle, de nuevo, Jiménez de Asúa (1964), pp. 785 ss.

la defensa, noche o despoblado, castigo previo por delito con igual o superior pena o por dos o más con pena menor y ofensa o desprecio de respeto merecido por dignidad, edad o sexo del ofendido o comisión en morada de este sin previa provocación; formulación separada de las agravantes de nocturnidad, despoblado y cuadrilla; reformulación, conforme a una versión previa, de la agravante de reincidencia; denominación de mixtas y ubicación en artículo separado de las circunstancias de parentesco y publicidad (4ª).

- Responsabilidad solo de los autores en las faltas, salvo aquellas que sean contra la vida, la integridad corporal y la propiedad, en que también responderán los cómplices, y supresión del encubrimiento por denegación del cabeza de familia de permiso a la autoridad judicial para entrar de noche en su domicilio para aprehender a un delincuente (5ª).
- Reformulación de la escala general de penas (graves, leves, comunes y accesorias) (6ª).
- Consideración de la multa como pena grave o leve según su cuantía, y adecuación de cuantías de las multas (7ª).
- Abono completo de la prisión preventiva en la pena (8ª).
- Reforma de las penas accesorias para que no excedan a las principales en duración (9ª).
- Simplificación de las reglas de aplicación de la pena y reducción a cuatro de las escalas graduales; misma pena que la tentativa o rebaja en un grado, según arbitrio del Tribunal, para el delito frustrado (10).
- Determinación de pena en caso de agravante(s) sin atenuantes, reincidencia, única atenuante muy cualificada o varias ordinarias, rebaja obligatoria de pena al mayor de dieciséis y menor de dieciocho años (11).
- Remisión a reglamentos penitenciarios de la ejecución de las penas y precisiones respecto del confinamiento, la multa, la responsabilidad personal subsidiaria (solo) por impago de multa y el arresto que no exceda de diez días (12).
- Incorporación al Código de las leyes de condena condicional y libertad condicional, suprimiendo algunas excepciones a ella (13).

- No consideración de penas y carácter autónomo de las costas procesales (14).
- Supresión de las previsiones respecto de las penas en que incurren los que, después de haber sido condenados por sentencia firme no cumplida, durante el tiempo de su condena delinquen de nuevo (15).
- Supresión o precisión en cuanto a algunas causas de extinción de la responsabilidad penal y precisiones (favorables en general al sujeto) respecto de la prescripción (16).
- Flexibilización de la cancelación de antecedentes penales y reducción de plazos para delitos políticos, de imprenta, imprudentes y de menores de dieciocho años (17).
- Adecuación a la Constitución de diversos delitos contra la seguridad exterior del Estado (18), contra las Cortes y sus miembros y contra el Consejo de Ministros (19), delitos de funcionarios públicos con infracción de deberes constitucionales (20), atentados a la libertad de conciencia o creencia o confesión cometidos por funcionarios públicos, y rebaja de las penas de los delitos relativos al libre ejercicio de los cultos (21), supresión del delito de usurpación de títulos nobiliarios (22).
- Introducción del título de delitos contra la Administración de Justicia, incluyendo acusación y denuncia falsas, falso testimonio (incluyendo el dado contra el reo aunque no resulte condenado), quebrantamiento de condena y favorecimiento de evasión (23).
- Inclusión en el capítulo del homicidio del parricidio, el asesinato y el simple homicidio, supresión del delito de disparo de arma de fuego, no limitación de la edad del recién nacido en el infanticidio, no castigo específico del aborto culposo, agravación al grado máximo de la pena del aborto con consecuencia de muerte de la mujer, supresión de los privilegios por los homicidios o lesiones que se conocían como *honoris causa*, de los delitos de duelo y de adulterio y amancebamiento (24).
- Exigencia de gravedad en el engaño en el estupro y en el rapto con la anuencia de la mujer menor; supresión del delito de escándalo público cometido por quien se halle unido en matrimonio religioso indisoluble por abandono del consorte contrayendo nuevo matrimonio (aunque no sea indisoluble) y casos similares, así como del de rapto sin dar

razón del paradero de la raptada o explicación satisfactoria sobre su muerte o desaparición (25).

- Mención explícita de que la voluntad contraria del morador puede ser expresa o tácita en el allanamiento de morada, supresión de la agravación de las detenciones ilegales por haber causado lesiones graves a la persona encerrada o detenida o haberla amenazado de muerte, de la agravación por no dar razón del paradero de la víctima o no acreditar haberla dejado en libertad en las detenciones ilegales de cualquier persona y la sustracción de menor de siete años, así como por no acreditar que el abandono de menor de siete años se produjo sin haber cometido otro delito, y de la “excusa absolutoria” en favor del marido que descubre los secretos de su mujer (26).
- Conversión en facultativa de la agravación por despoblado y cuadrilla en los casos de robo con violencia o intimidación (salvo los especialmente graves), supresión de la cualificación de los robos con fuerza menos graves por doble o múltiple reincidencia, y de la que afecta al quebrado o concursado que no restituyere el depósito miserable o necesario; fijación de los límites por valor en el hurto y la estafa entre delito (más de 50 pesetas) y falta; por adecuación a la Constitución, castigo de la destrucción, daño o sustracción de cosa propia en perjuicio de su utilidad social; reubicación entre los daños del delito de destrucción o deterioro de pinturas, estatuas u otro monumento público de utilidad u ornato, y entre las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones la de apedrear o manchar estatuas o pinturas o causar daño en calles, parques, jardines, paseos, alumbrado u objetos de ornato o utilidad pública o recreo, incluso si pertenecen a particulares, si no constituyen delito, o de infringir las disposiciones sobre ornato de las poblaciones; castigo como delito de los préstamos usurarios con habitualidad o encubiertos con otra forma contractual o abusando de la impericia o pasiones de un menor (27).
- Supresión de las faltas de carácter meramente gubernativo, como las de salir “de máscara” en tiempo no permitido, contraviniendo las disposiciones de la autoridad, relativas al alumbrado público o de exterior de edificios, portales y escaleras, de infracción de reglamentos, ordenanzas o bandos relativos a carruajes públicos, de correr caballerías o carruajes por calles y similares con peligro para los transeúntes o infracción de ordenanzas y bandos de buen gobierno, de obstrucción de aceras, calles

y espacios públicos con actos o artefactos de cualquier especie, y de dueños de fondas y similares que no dieran a la autoridad los partes y noticias conforme a lo establecido por reglamentos, bandos u ordenanzas, y de criados y similares que no conservaren en la forma debida la cartilla de informes o no cumplieren las prevenciones establecidas para garantía y seguridad (28).

- Adecuación de los delitos en particular a las modificaciones que se introducen en la parte general y rebaja de penas a delitos excesivamente castigados, en especial “falsedades, aborto, matrimonios ilegales, etc.” (29).
- Simplificación de casos o adición de ellos según necesidades técnicas y aumento de las cantidades límites “en los delitos en que la pena se mide por la cuantía crematística del perjuicio, como son los de malversación de caudales públicos, hurtos, estafas” (30).
- Fijación de pena concreta y no dependencia de esta de la gravedad del resultado en los delitos de falso testimonio, prevaricación y daños (31).
- Y “otras modificaciones concordantes con las anteriores que sean precisas para que el Código mantenga su armonía orgánica” (32).

Aunque, como puede percibirse de la mera lectura de lo anterior, hay reformas propuestas que se fundamentan en razones técnicas, de mejor sistemática o concordancia, de adecuación de cuantías a las fluctuaciones monetarias, etc., cabe destacar dos rasgos que sobresalen en las bases y que aquí nos interesan más: la adecuación del Código a la nueva Constitución de 1931 y sus valores y, aunque no es ajena tampoco a esa adecuación, la mayor benignidad del castigo o humanización del Código. Creo que, al margen de detalles concretos, ello puede valorarse como un avance en el sentido del Derecho penal propio de un Estado democrático (y en algunos puntos, también social) de Derecho y, por lo tanto, de manera positiva.

Esas bases de reforma van a plasmarse en un texto articulado, el conocido como Código Penal de 1932, que sabemos que no es un Código nuevo, sino una versión nueva del de 1870, que había regido sin cambios sustanciales desde la anulación del de 1928 en las primeras horas de la República.

3. El Código Penal de (1870)/1932

3.1. Introducción

La explicación relativamente detallada de la Ley de Bases me exime aquí de diversas repeticiones. Al poco tiempo de aprobarse la Ley de Bases, en concreto el 27 de octubre de 1932 se aprueba una Ley (publicada en la Gaceta de Madrid el 5 de noviembre), con un artículo único, que reza: “Se autoriza al Ministro de Justicia para publicar como Ley el Código penal, reformado con arreglo a las bases establecidas en la ley de 8 de Septiembre del corriente año./Por tanto:/Mando a todos los ciudadanos que coadyuven al cumplimiento de esta Ley, así como a todos los Tribunales y Autoridades que la hagan cumplir”, siguiendo el articulado del Código Penal, precedido de una muy amplia Exposición de Motivos²¹.

La lectura de la Exposición de Motivos, a la que remito, explica muy bien la necesidad de la reforma y las razones de su alcance limitado (de su “parquedad”, se dice), así como las reformas y las razones a las que obedecen. Poco diré sobre la necesidad de la reforma: en la Exposición de Motivos se explica el proceso, la imposibilidad de elaborar en breve tiempo un Código Penal nuevo, pese a que “Las épocas revolucionarias precisan apresurar las faenas legislativas”, pero lo imprescindible de adaptar el de 1870 a la nueva época, en los sentidos que se señalarán. Lo limitado de la reforma (que, en mi opinión, no lo es tanto) viene a explicarse, en primer lugar, por lo complejo de la redacción de un Código nuevo, que requeriría arduos trabajos preparatorios, estudios y “ensayo mental de aplicación” de sus preceptos (como habría pasado en distintos países europeos), consultas a diversas instituciones, etc., lo que era inabordable en corto plazo, como se ha dicho. Pero incluso la reforma del Código vigente debería ser limitada para agilizar su aprobación y, sobre todo, se dice, para evitar que unas profundas reformas, para en “dos años” aprobar un Código nuevo,

21 Llama poderosamente la atención el contraste entre la amplitud y la minuciosidad en las explicaciones de dicha Exposición (recuérdese: de una relevante reforma, pero reforma, del Código Penal que estaba vigente) y lo escueto de la Exposición de Motivos del Código Penal actualmente vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 3 de noviembre), el tantas veces llamado Código Penal de la Democracia, un Código, tras más de un siglo, ahora sí nuevo (si exceptuamos el de 1928, de escasa vigencia), el Código en democracia que por fin, tras más de medio siglo, parecía ser el “nuevo” o “futuro Código Penal español” que, para una vez reinstaurada la “legalidad democrática” en nuestro país, auguraba (en realidad, anhelaba) Jiménez de Asúa (1964), pp. 827 ss.

introdujeran “confusión en los Magistrados e inestabilidades en la doctrina de nuestros Tribunales”, pues los Códigos no regirían con toda eficacia hasta al menos pasados cinco años. Por ello, en la reforma se habría dejado intacto un sector muy necesitado de innovación, como es el del número y funcionamiento de las penas privativas de libertad, aunque sí se habrían modificado o retocado otros en relación con las penas y con las circunstancias modificativas. Estas se encuadrarían en algunos de los grupos de razones que explican las reformas y que pasamos a ver de forma resumida.

3.2. Razones y contenido de las reformas

La propia Exposición de Motivos agrupa los motivos que obligan a las diferentes reformas y las explican²². Así, aunque sin duda algunas reformas encajan en más de un grupo, habría:

A) “Modificaciones impuestas por la nueva Constitución”

Las reformas de este primer grupo son, en algunos casos, obligadas; así, por ejemplo, la sustitución de las menciones a la Monarquía o al Rey o a los Reales Decretos, etc. que aparecían en el Código por las correspondientes a las nuevas instituciones republicanas, o la supresión del delito de usurpación de títulos nobiliarios, puesto que estos desaparecen en el nuevo régimen. Pero la adaptación a la Constitución republicana fue más amplia y, en algunos aspectos, más profunda. Abarcó puntos como la reforma de los delitos de traición, diversos “delitos contra la Constitución” (contra el Jefe del Estado, las Cortes y la forma de Gobierno), delitos de particulares en el ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución (solo en el caso del ejercicio del derecho de imprenta), ampliamente los delitos de funcionarios públicos contra los deberes constitucionales, el retoque y relación (más amplia) con la libertad de conciencia garantizada en la Constitución de los delitos relativos al libre ejercicio de los cultos²³,

22 Aunque no se dice que algunas de las novedades (muchas otras no) se toman del denostado Código Penal de 1928. V., al respecto, por muchos, Rodríguez Devesa (1976), pp. 102 s.; Luzón Peña (2016), Cap. 4, nm. 13 (p. 43).

23 Llamativa y tal vez premonitoria es la explicación, entre otras, que ofrece la Exposición de Motivos respecto del mantenimiento separado en una sección de estos delitos respecto de “las garantías penales de los restantes derechos del hombre”: “... por hacer más patente la importancia de estas infracciones en un país radicalmente intolerante”.

restricciones punitivas en el delito de rebelión, la supresión de los privilegios en relación con el duelo (en atención al principio de igualdad), y los relativos al uxoricidio y las lesiones a la esposa *honoris causa* (por adulterio) y del descubrimiento por el marido de secretos de su mujer (ambas cosas fundamentadas en la “igualdad de sexos” que imponía la Constitución) o el castigo de la destrucción, daño o sustracción a la utilidad común de la cosa propia (derivado del sometimiento constitucional de la propiedad y la riqueza a los intereses de la economía nacional), entre otros. La relación de estos cambios con diferentes bases de la Ley antes citada es evidente y no hace falta detallarla.

B) “Reforma de errores materiales de técnica, e incorporación de leyes complementarias”

Este grupo de modificaciones, que seguramente interesa menos aquí, se corresponde con varias de las bases citadas y se detalla en la Exposición de Motivos, que subraya que no se han corregido todos los errores de técnica del Código, sino los más importantes. Además de corrección de erratas y de estilo e incluso de evitación de cacofonías, y la incorporación de las leyes complementarias, importante en relación con la prisión preventiva y la condena y libertad condicional (con mejoras sustanciales también), pueden citarse las modificaciones de cambio de una clasificación tripartita de las infracciones penales a una bipartita en delitos y faltas (que ha durado, por cierto, hasta 2015, en que cambia por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), de regulación o redacción de circunstancias modificativas genéricas, de algún supuesto de encubrimiento, de denominaciones de penas (aunque esto no es lo más importante en este terreno, sino su humanización, a la que me referiré enseguida), remisión a la normativa penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad, exclusión del catálogo de penas accesorias de las costas procesales, regulándolas autónomamente, retoques (también sustanciales) en la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas, nueva composición de los delitos contra la Administración de Justicia, exclusión de algunos supuestos (por evidentes) de extinción de la pena, reducción de plazos de prescripción del delito, acomodación de cuantías a fluctuaciones monetarias, así como múltiples otras reformas en la parte especial, que aquí ni siquiera enumeraré y que pueden relacionarse fácilmente con algunas de las bases anteriormente transcritas. Sencillamente mencionaré una que la base 24 de la Ley de

Bases citaba, como es la supresión del castigo del aborto culposo, para aclarar que no es que deje de castigarse el aborto imprudente, sino que se considera innecesario mencionarlo expresamente, dada la existencia de una cláusula general de castigo de la imprudencia (sistema que se mantuvo hasta la entrada en vigor del actual Código de 1995 que, con mayor acierto, establece un sistema de castigo individualizado de delitos imprudentes).

C) “Humanización y elasticidad del Código”

No solo en mi opinión, sino en la de la propia Exposición de Motivos, esta es la parte más relevante de la reforma, hasta el punto de que es la que verdaderamente la justifica: “En este aspecto es donde reside la medula de esta reforma del Código penal de 1870. Si el Código no fuese duro y rígido en demasía, en atención a la sensibilidad contemporánea, hubiera podido quedar intacto, pues las reformas de carácter técnico no eran de tanta urgencia y las impuestas por la nueva Constitución hubiese sido fácil localizarlas en una Ley especial. Pero el Código, vigente hasta ahora, no podía prolongar su vida sin humanizarse y sin hacerse más elástico; es decir, sin ensanchar las eximentes y atenuantes, suprimir determinadas penas, rebajar los castigos y hacer hueco más amplio al arbitrio de los juzgadores”.

La orientación en este punto puede deducirse de muchas de las bases que ya he resumido anteriormente y están explicadas en la detallada Exposición de Motivos, pero, por mencionar brevemente aspectos a los que alcanza, citaré la inclusión del trastorno mental transitorio en la eximente relativa a la inimputabilidad junto a la “enajenación” (lo que va a reflejarse también en el precepto relativo a la responsabilidad civil de estos inimputables), la concreción de la inimputabilidad por embriaguez plena y fortuita, la reforma de los preceptos sobre menor edad penal (menores de dieciséis años), la inclusión de otro supuesto de inimputabilidad en caso de sordomudez de nacimiento o desde la infancia con carencia de instrucción, la ampliación de la eximente de estado de necesidad, la aclaración taxativa de que *todas* las eximentes incompletas son atenuantes, la inclusión de la atenuante de arrepentimiento espontáneo y eficaz y otros retoques en las atenuantes, la reducción del catálogo de agravantes, con la desaparición de algunas y la reformulación de otras, la reducción del castigo de los cómplices en las faltas a los supuestos de faltas contra la vida y la integridad corporal o la propiedad, la supresión de la llamada

“cuasi-reincidencia” (recaída en el delito durante el cumplimiento de la condena), las modificaciones en la extinción de la responsabilidad penal, destacando el acortamiento de los plazos de prescripción, la regulación de la rehabilitación o cancelación de inscripción de condena (de antecedentes penales), así como diversas rebajas de pena o reducción de las conductas típicas (por derogación o por modificación de los supuestos comprendidos en el delito) en la parte especial, que aquí ya no mencionaré por mor de la brevedad.

Pero probablemente lo más destacado en este aspecto (“el punto más reformado del Código” dice la Exposición de Motivos) es la reforma del sistema de penas, en el que destacan la supresión de la pena de muerte (al respecto *infra* VII), los castigos a perpetuidad y la pena de degradación (muy relevante signo de humanización), la nueva regulación de las penas accesorias, la reforma de la responsabilidad personal subsidiaria, que se mantiene (y de modo restrictivo) solo en caso de impago de la pena de multa (no ya de la responsabilidad civil ni de las costas procesales, alejando así la regulación de la prisión por deudas) y las múltiples modificaciones, algunas técnicas, pero casi siempre flexibilizadoras y tendentes a una mayor benignidad, de la regulación de la aplicación de la pena (imposibles de detallar aquí y que van desde la instauración de la posibilidad de pagar la multa a plazos a la limitación del máximo por acumulación de penas, pasando por otras muchas) y de la condena condicional.

D) “Casos de reforma excepcional”

Por fin, fuera de las explicaciones relativas a los grupos anteriores quedarían, según la propia Exposición de Motivos, las reformas relativas a adecuación de cuantías al valor adquisitivo (fluctuaciones monetarias que, en parte, sí estaban en las reformas técnicas), la mayor benignidad (simplemente por la vuelta al Código de 1870, derogando una norma específica de la Dictadura) en la regulación de la reincidencia (que, en realidad sí encaja en las reformas humanitarias), de la libertad condicional (se puede decir lo mismo) y la tipificación del delito de usura (que, explica la Exposición de Motivos, responde a la nueva concepción constitucional de la propiedad, por lo que en realidad podría incluirse en el primero de los grupos aquí resumidos).

3.3. Valoración

Naturalmente, no es posible valorar aquí todas las reformas que en 1932 se introdujeron en el Código Penal de 1970, entre las que, sin duda, habrá algunos desaciertos. Al parecer, la reforma fue en general bien acogida, aunque no faltaron voces críticas, las más notorias, seguramente, las realizadas *a posteriori* por partidarios del régimen autoritario franquista (no todos y no todos con igual intensidad)²⁴.

Personalmente no albergo dudas, más allá de los detalles, de que la reforma, especialmente en lo que a “humanización” se refiere, aspecto estrechamente unido a la adaptación constitucional, fue altamente positiva, como señalé ya en relación con la Ley de Bases. Por supuesto, podrá decirse, por ejemplo, que la equiparación de hombres y mujeres no fue absoluta y cosas similares, pero hablamos de 1932 y no de 2022, y el avance general fue muy notable, igual que supuso un notable avance la Constitución de 1931. Con la reforma del Código Penal se adecua este, además de a algunas doctrinas y técnicas en ese momento actuales, a unos principios constitucionales y a un Derecho penal propio de un Estado democrático (y seguramente social) de Derecho, sometido a los principios que vimos en el apartado III.1, si no de un modo perfecto, sí en un mucho mayor grado de lo que lo hacía el Código Penal de 1870 antes de la reforma. Algunos de esos avances se quedaron para siempre en el Código Penal (incluso en el de 1944, especialmente los técnicos). Desgraciadamente otros, la mayoría o los más importantes de los de tinte democrático y humanizador, no, sino que se eliminaron mediante diversas disposiciones y, ya de forma firme, en la nueva reforma del Código Penal que efectúa en 1944 la dictadura franquista, régimen acabó con todos los avances democráticos de la II República.

V. Ley de vagos y maleantes

El Código Penal de 1928 había incluido dentro de él las medidas de seguridad (arts. 90 ss.). No hizo sin embargo lo propio el de 1932, sino que se dejaron

24 V. Jiménez de Asúa (1964), pp. 804 ss. Cabe destacar que, aunque, como se ha dicho, la reforma tuvo detractores (parciales o no) y partidarios, incluso autores no afectos al régimen republicano, pero relevantes, la valoran positivamente; es el caso, por ejemplo, de alguien tan poco sospechoso de nostalgia por la República como Rodríguez Devesa (1976), pp. 102, quien cree que “La reforma fue moderada, hecha con buen tino, discreción y buena técnica”.

para una Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 (publicada en la Gaceta de Madrid el 5 de agosto)²⁵, supuestamente inspirada por las ideas de la defensa social²⁶. Las medidas de seguridad no regresarían al Código Penal hasta el vigente de 1995. No obstante, con ser discutible, el tema de la ubicación de la regulación de las medidas no es el más relevante. Lo más llamativo y criticable de la Ley republicana, al menos con ojos actuales, es que contenía no solo medidas postdelictivas, sino también predelictivas o sin delitos, basadas sin más en una supuesta peligrosidad social. Por ello, en rigor, solo una parte (no la dedicada a los estados peligrosos antes del delito) puede considerarse en realidad una norma criminal o penal en sentido amplio²⁷. Y precisamente la imposición de medidas predelictivas (a peligrosos meramente sociales, no criminales) va a ser, en mi opinión (no aislada ni original²⁸), su principal defecto, aunque no el único. De manera que creo que no puede decirse que esta sea una buena aportación legislativa republicana, que, al parecer, se aplicó más con fines políticos y represivos que de prevención de la peligrosidad criminal²⁹.

25 Sobre el proceso legislativo (en el que de nuevo es protagonista, aunque no único, Jiménez de Asúa) y sus diferentes etapas y modificaciones, v. del propio Jiménez de Asúa (1934), pp. 5 ss., título (*Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*), por cierto, altamente significativo; Rodríguez Dranguet (1935), pp. 183 ss.; y, resumidamente, con ulteriores referencias A. Jorge Barreiro (1976), pp. 50 ss.

26 Además de algunas de las citas que siguen, v. la obra completa de Rodríguez Dranguet (1935), en especial pp. 19 ss.

27 Lo han destacado distintos autores (y basta ver el título de la obra de Jiménez de Asúa citada dos nn. más arriba, así como lo que en ella señala con rotundidad en ese sentido en pp. 61 s., deseando que lo fuera aún más, pp. 66 s.). V. ya, por ejemplo, Antón Oneca (1986-1949), p. 81; o en tiempos más recientes, Cerezo Mir (1985), p. 117, quien considera defectuosa la Ley “por la confusión entre la peligrosidad social y la peligrosidad criminal y la introducción de las medidas de seguridad predelictuales, que no pertenecen, en rigor, al Derecho Penal”.

28 Por todos, A. Jorge Barreiro (1976), pp. 52, 53, quien resume además (53 s.) los principales defectos, aparte de en este, en la vaguedad de las categorías de peligrosidad criminal [que, sin embargo, parece que deseaba Jiménez de Asúa (1934), p. 43, quien, por lo demás, critica el contenido final de la Ley, entre otras cosas por poco flexible y por precipitada: pp. 58 s.] y el fracaso en la consecución de objetivos, dada la falta de personal especializado y establecimientos idóneos, lo que habría llevado a los jueces aplicarlas escasamente.

29 Por todos, A. Jorge Barreiro (1976), pp. 52 s. Alertaba ya tempranamente contra ello -y otros riesgos- el propio Jiménez de Asúa (1934), pp. 63 ss. G. Cobo del Rosal (2010), p. 203, vincula incluso la Ley con la necesidad de enfrentarse al clima de inseguridad

La Ley recogía en su artículo 2º los estados peligrosos: vagos habituales, rufianes y proxenetas³⁰, quienes, requeridos por la autoridad, no justifiquen la procedencia del dinero o efectos en su poder o que hayan entregado a otros para su inversión o custodia, los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores, enfermos mentales o lisiados, los ebrios y toxicómanos habituales, los que suministren a menores de catorce años para su consumo inmediato vino o bebidas espirituosas en lugares o establecimientos públicos o en instituciones educativas o de instrucción y quienes de cualquier modo promuevan o favorezcan la embriaguez habitual, los que oculten su verdadero nombre, disimulen su personalidad o falseen su domicilio previo requerimiento de la autoridad o usen o tengan documentos de identidad falsos u oculten los propios, los extranjeros que quebranten una orden de expulsión y “Los que observen conducta reveladora de inclinación al delito, manifestada: por el trato asiduo con delincuentes y maleantes; por la frecuentación de los lugares donde éstos se reúnen habitualmente; por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos [*sic.*], y por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales”. El art. 3º extiende la aplicación de la Ley a reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos en que se pueda presumir habitualidad criminal y a los criminalmente responsables de un delito, si el tribunal hace declaración expresa sobre su peligrosidad.

En cuanto a las medidas de seguridad, eran muy variadas, desde distintos tipos de internamiento o aislamiento hasta la multa o la incautación de dinero o efectos, pasando por la expulsión de extranjeros, obligación de declarar domicilio o residir en lugar determinado, prohibición de residir en determinado lugar o sumisión a vigilancia (art. 4º), pudiendo imponerse solo judicialmente y dependiendo de cada estado peligroso

generado por la amnistía y el indulto general con que arrancó la República (*infra* VI). Tal vez, aunque no puedo afirmarlo con rotundidad, el uso que propició la Ley hizo que también autores plenamente insertados en el “nuevo Estado” que se impone tras la guerra civil, en el que siguió rigiendo la Ley y sus disposiciones de desarrollo, se muestren muy favorables a ella (aunque no siempre a su nombre); así, a modo de mero ejemplo, Teruel Carralero (1949), pp. 5 s., desde “nuestra concepción castrense de la vida”, con alabanzas a las modificaciones introducidas en la República por “lo que se llamaba ‘las derechas’, lo que hacen que maldigan de su obra ‘las izquierdas’, que la concibieron, y así la encuentra y la aplica el Estado nacional”.

30 Nótese que, al contrario de lo que sucederá posteriormente, ya avanzado el franquismo, no se recogen cosas tales como el ejercicio habitual de la prostitución ni la realización de actos homosexuales.

y sus circunstancias las imponibles y su modo de aplicación. La Ley se completaba con normas de procedimiento y reglas de prescripción, así como la previsión de que se dictaran disposiciones complementarias.

VI. Ley de Amnistía

Como ya sabemos, el art. 102 del texto constitucional de 1931 se refiere a la amnistía: “Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento. No se concederán indultos generales. El Tribunal Supremo otorgará los individuales a propuesta del sentenciador, del fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte. En los delitos de extrema gravedad, podrá indultar el Presidente de la República, previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno responsable”. Según Linde Paniagua, con ello la Constitución republicana “tiene el valor de ser una síntesis de más de un siglo de azaroso constitucionalismo español, malograda pocos años después”³¹. Parece en todo caso claro que se sitúa en la línea más acertada de la prohibición de los indultos generales³².

No fue, sin embargo, esta la primera actuación de la República en materia de amnistías e indultos, pues ya en la primera hora de esta, por Decreto de 14 de abril de 1931 (publicado al día siguiente en la Gaceta de Madrid): “Se concede la más amplia amnistía de todos los delitos políticos, sociales³³ y de imprenta, sea cual fuere el estado en que se encuentre el proceso, incluso los ya fallados definitivamente, y la jurisdicción a que estuvieren sometidos./Se exceptúan únicamente los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y los de injuria y calumnia a particular perseguidos en virtud de querrela de éstas” (art. 1^o) y se señala que por los Ministerios de Justicia, Guerra y Marina se dictarán disposiciones aclaratorias de las dudas que se susciten y “se preparará con urgencia un indulto general que reduzca la severidad de las condenas y

31 Linde Paniagua (1976), p. 41, donde refiere el respeto que el precepto supone a la separación de poderes, que se perderá con el régimen franquista (acerca de las distintas constituciones españolas en relación con las figuras de clemencia, 37 ss.).

32 Sobre estos, por todos, amplia y críticamente, Linde Paniagua (1976), pp. 117 ss.; Sobremonte Martínez (1980), pp. 113 ss. Sobre los debates parlamentarios y las opiniones sobre amnistía y las dos clases de indultos, con especial protagonismo de Jiménez de Asúa, v. Requejo Pagés (2001), pp. 96 ss.

33 Este concepto es el más vago de los empleados; sobre él, con ulteriores referencias históricas, v. solo Marinello Bonnefoy (2016), pp. 1 ss.

haga partícipe a la población penal de la satisfacción del País” (art. 2^o)³⁴. El indulto general, muy amplio, pero sometido a ciertas condiciones, se concedió enseguida, no sin críticas relevantes, que finalmente encontraron acogida, como prueba la prohibición constitucional de indultos generales que siguió³⁵.

De distinto signo, al menos político, fue la Ley de Amnistía de 25 de abril de 1934, impulsada por el nuevo Gobierno y la mayoría de derecha, con gran debate y oposición de los partidos de izquierda (y, de nuevo, gran protagonismo de Jiménez de Asúa), pues todo indica que vino realmente motivada por el afán de liberar a los participantes en el levantamiento del General Sanjurjo, sin que alcanzara a otros, como los implicados en las revueltas anarcosindicalistas de finales del año anterior. Ello parece claro si se valora que, en general, la Ley se declara aplicable a hechos anteriores al 14 de abril de 1934, salvo precisamente para los delitos de sedición y rebelión, caso en el que alcanza solo a los cometidos hasta el 3 de diciembre de 1933 (art. Único B). Con diversos requisitos, matices y exclusiones que aquí no es posible reseñar, la amnistía alcanzaba a delitos y faltas de imprenta, ofensas al Jefe del Estado y otras instituciones, contra la forma de gobierno y de particulares en el ejercicio de derechos constitucionales, sedición y rebelión (incluidas las de códigos militares), atentado, desacato y similares, allanamiento de morada con fines políticos y sociales, determinados delitos de códigos militares por móviles políticos, relativos a huelgas, paros, conflictos sociales y similares, tenencia ilícita de armas, ciertos delitos juzgados por tribunales especiales, descubrimiento de secretos por móviles políticos o similares, evasión de capitales, electorales, relativos a la elección de Jurados mixtos y organismos de conciliación y arbitraje, a prófugos y desertores, desórdenes públicos, algunos otros militares, de abandono de destino con ciertas finalidades, violación de secreto por jurados, los perseguidos como consecuencia de expediente administrativo, incoados por móviles políticos para esclarecer la gestión

34 La razón, al menos de la amnistía, se explica en el propio Decreto: “El Gobierno de la República Española, teniendo en cuenta que los delitos políticos, sociales y de imprenta, responden generalmente a un sentimiento de elevada idealidad; que los hechos más recientes de ese orden han sido impulsados por el amor a la Libertad y a la Patria, y, además legitimados por el voto del pueblo, en su deseo de contribuir al restablecimiento y afirmación de la paz pública decreta, como primera medida de su actuación, lo siguiente:..”.

35 Sobre ello, v. G. Cobo del Rosal (2010), pp. 201 ss.

en corporaciones provinciales, municipales o entidades autónomas, anulación de ciertas expropiaciones sin indemnización, ciertas privaciones de cesantías o derechos pasivos, separaciones del servicio de guardias civiles y militares con ocasión de rebelión o sedición no condenados por estos delitos, delitos no de sangre de menores de dieciocho años por móviles políticos y quebrantamiento de condena de delitos amnistiados.

Con la llegada del Gobierno del Frente Popular, este, por Decreto-Ley de 21 de febrero de 1936, amplió la amnistía a casos (algunos muy concretos) a los que no alcanzaba la de 1934. Y existió un nuevo proyecto de Ley de Amnistía impulsado por la nueva mayoría que no pudo llegar a ser aprobado debido a los acontecimientos que sucedieron a raíz del levantamiento militar y la guerra civil³⁶.

VII. Ley de reinstauración de la pena de muerte

Uno de los grandes logros democráticos del Código Penal de 1932 fue sin duda la supresión de la pena de muerte por primera vez en el ordenamiento punitivo (ordinario, no militar³⁷) español³⁸. Como la perpetuidad de los castigos también se excluyó del Código Penal (no de las leyes militares), los delitos conminados con anterioridad con la pena capital pasaron a serlo, en general, con la pena de reclusión mayor (de veinte años y un día a treinta años), como explica la Exposición de Motivos del Código. Esta justifica la reforma en la escasa o nula fuerza intimidatoria de la pena de muerte (aunque habla, desde luego, de “múltiples ... razones”), lo que no deja de ser discutible, siendo preferible aludir al principio de eficacia

36 Sobre todo el proceso y discusiones desde la llegada al poder de las derechas hasta los últimos intentos de la mayoría de izquierdas tras el triunfo electoral del Frente Popular, v., resumidamente, pero con mayor amplitud que aquí y ulteriores referencias Marinello Bonnefoy (2016), pp. 11 ss.

37 Pues en el Código de Justicia Militar y el Código Penal de la Marina de Guerra se mantuvo la pena de muerte.

38 Así lo han considerado diversos autores, incluso al poco de aprobarse el Código: v., a modo de ejemplo, López-Rey (1932), pp. 34 ss.; (2016-1932), p. 593; López-Rey y Arrojo (1933), pp. 88 s. Incluso sin tomar “partido en pro ó en contra de la tendencia abolicionista”, un comentarista como Martínez-Alcubilla (1933), pp. 18 s. n. 75, considera la abolición de la pena de muerte lo “más transcendental” en materia de penas, que sería la “médula de la reforma”. Otro comentarista, como Núñez de Cepeda (1932), pp. 77 ss., escribe en mayúsculas y entre signos de admiración, eufórico: “¡ESTÁ ABOLIDA LA PENA DE MUERTE!” y dedica largas páginas a opiniones que justifican esa abolición, incluyendo la suya propia y sus motivos.

o efectividad que, entre otras cosas, proscribía la utilización de una pena más grave que otra que posea, al menos, igual potencialidad preventiva. Pero, además, sin duda, el principio de humanidad o humanización es contrario a la pena capital y ello parece asumirlo la Exposición de Motivos, al incluirla muy destacadamente entre las reformas debidas a la humanización del Código Penal de 1870³⁹. En todo caso, acierta la Exposición de Motivos al incluir la abolición en una tendencia mundial, que, no obstante, no era entonces de inmediata consecución. Así, con curiosa expresión, señala: “Pero no es preciso ser zahorí para profetizar el ocaso de la pena de muerte en el mundo”. Tal vez no zahorí, pero sí un Código avanzado, valiente y democrático sin duda en este punto.

La actual Constitución de 1978 abole la pena de muerte (con una salvedad, que más adelante desaparecería, si bien solo por ley) en su art. 15. ¿No se planteó el constituyente en la República una abolición de la pena capital al más alto nivel, el constitucional? Sí lo hizo y la posibilidad se debatió fuertemente, con impulsores decisivos, pero también con detractores, de modo que no se alcanzó un consenso y se dejó la cuestión para el nuevo Código Penal que habría de redactarse, habiendo llegado a proponerse en una fase del proceso de elaboración de la Constitución de 1931 un artículo (el 27) del siguiente tenor, muy similar al del art. 15 del texto constitucional actual: “Queda abolida la pena de muerte. Solo podrá aplicarse excepcionalmente, en tiempo de guerra, por la jurisdicción militar”⁴⁰.

Si la Constitución de 1931 hubiera contenido esa disposición, la reinstauración de la pena de muerte, que siempre fue reivindicada por

39 Naturalmente, hubo voces, algunas relevantes, contrarias a la abolición de la pena de muerte en el Código Penal (y, cuando se intentó, en la Constitución). V., por ejemplo, lo que relatan respecto de la posición de Ossorio y Gallardo G. Cobo del Rosal (2010), pp. 210, 212 n. 62; Roldán Cañizares (2020), p. 501. Cerezo Mir (1985), p. 116, señala que se suprimió la pena de muerte “sin que existiera entonces una fuerte corriente abolicionista en nuestro país”.

40 El precepto proyectado añadía: “En ningún caso se impondrán castigos corporales”. Jiménez de Asúa (2016-1932), pp. 559 s., explica el porqué, según él, del fracaso del intento de abolición de la pena capital en la Constitución, aunque “A pesar de este fracaso, quiero subrayar que quedó flotando en el ambiente parlamentario la tendencia abolicionista, y estamos seguros de obtener revancha plena cuando se discuta la reforma del Código penal” (así fue, aunque la abolición extensa en este duró poco). V., además, por todos, Oliver Olmo (2008), p. 104. El intento de abolir la pena de muerte (con la salvedad vista), debe subrayarse una vez más, fue empeño también de Jiménez de Asúa [v. Roldán Cañizares (2020), p. 501].

algunos sectores, habría sido más difícil. Sin embargo, la Constitución no la introdujo finalmente, por lo que la reinstauración de la pena de muerte resultaba más fácil. Diversos factores, como la conflictividad social, los actos de violencia en diversas partes de España, la victoria electoral de la CEDA, que, aunque no gobernara, ejercía su presión, fueron confirmando la voluntad política de la reinstauración de la pena de muerte, que se vio acelerada además por los diversos sucesos revolucionarios y similares de 1933. Así, finalmente, nadie se opone en el Parlamento (pese a que sí lo hizo antes Jiménez de Asúa) a la reinstauración de la pena capital⁴¹ por Ley de 11 de octubre de 1934, que se publica en la Gaceta de Madrid el 17 de ese mes, y que establece esa pena para todos los delitos de terrorismo y robo con violencia o intimidación graves que regula.

No obstante, esa reinstauración tuvo un carácter limitado, en dos sentidos. En primer lugar, la pena de muerte, nunca como pena única, se prevé solo para dos supuestos. Así, el art. 1º de la Ley establece: “El que con propósito de perturbar el orden público, aterrorizar a los habitantes de una población o realizar alguna venganza de carácter social, utilizara substancias explosivas o inflamables o empleare cualquier otro medio o artificio proporcionado y suficiente para producir graves daños, originar accidentes ferroviarios o en otros medios de locomoción terrestre o aérea, será castigado: /Primero. Con la pena de reclusión mayor a muerte cuando resultare alguna persona muerta o con lesiones de las que define y sanciona el artículo 423 del Código penal en los números primero y segundo...”. Y el art. 5º: “El robo con violencia o intimidación en las personas ejecutado por dos o más malhechores, cuando alguno de ellos llevare armas y del hecho resultase homicidio o lesiones de las a que se refiere el número 1.º del artículo 1.º de esta Ley, será castigado con la pena de reclusión mayor a muerte...”. En segundo lugar, el artículo final de la Ley establecía que esta estaría en vigor solo un año (se trataba, por lo tanto, de una ley temporal, propia de situaciones excepcionales), solo prorrogable por ley. Sin embargo, esta prórroga y una cierta ampliación de los delitos se produjo por otra Ley de 2 de junio de 1935.

Con todo, la temporalidad inicial y la limitación de los delitos hacen presumir (nunca se sabrá qué habría pasado) que en la República no existió una voluntad de reinstaurar de manera general y definitiva la pena de

41 V. Oliver Olmo (2008), p. 116.

muerte, pese al debilitamiento del ímpetu abolicionista. Lo que sucedió después, es sabido: las autoridades de la España franquista, todavía en plena guerra civil, aprueban el Decreto-Ley de 5 de julio de 1938, reinstaurando la pena de muerte⁴², pena que se consolidó en diversas normas de la Dictadura y que se estableció en el Código Penal de 1944 (una nueva reforma del de 1970) con una amplitud mucho mayor de la que le había dado la reinstauración por la República. Esta situación (este retroceso) duró nada menos que hasta 1978, en que la vigente Constitución abole la pena de muerte (con la conocida excepción, respecto de la cual quedó eliminada también después por Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra).

VIII. Reflexión final

La II República española no es la época idílicamente dorada que algunos hoy quieren hacer ver. Fue un periodo breve y convulso de nuestra historia, con luces y sombras, que no pudo dominar las tensiones del “país radicalmente intolerante” del que hablaba la Exposición de Motivos del Código Penal de 1932, un buen Código en términos democráticos (comparativamente con el antes y el después). No todo el periodo republicano fue, por otra parte, uniforme, ni siquiera en cuanto a normalidad democrática (ni en cuanto a Derecho penal). Acabó además de forma abrupta, la más violenta posible, siendo sustituido desde luego por un régimen en el que las luces son difíciles de encontrar, un largo periodo de oscuridad para España, de la que ha costado mucho salir. Pese a sus sombras, pese a los abusos que algunos hicieron de sus libertades y avances, el periodo republicano fue el último periodo de democracia y anhelo de progreso social en España (en una España pobre, violenta, analfabeta en gran medida) antes del actual. Pese a todos sus defectos, debe ser valorado positivamente, como debe serlo el periodo más largo de democracia en España, el del llamado por algunos “régimen del 78”, en el que también ha habido sin duda sombras, pero son muchas más las luces (en un país muy diferente en riqueza, paz y alfabetización, por decir lo menos). Hoy vemos tensiones, en mi opinión irracionales, que podrían dar al traste con

42 En su Preámbulo se encuentra la escalofriante (al menos para la sensibilidad actual mayoritaria) explicación de que, “Por un sentimiento de notoria falsía y que no se compagina con la seriedad de un Estado fuerte y justiciero fue cercenada de la escala general de penas, eliminándose de ella en el código penal de la nefasta república, la de muerte”.

(parte de) lo conseguido. Aprendamos de lo bueno, pero también de lo malo, de la experiencia de la II República y potenciemos lo primero, sin dejar que suceda nada de lo segundo.

Bibliografía

- ANTÓN ONECA, José (1986-1949): *Derecho Penal*, 2ª ed., Akal/Iure (su 1ª ed.: *Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, data de 1949, y coincide el texto original, lo que explica que se cite 1986-1949).
- ARROYO ZAPATERO, Luis A. (1987): “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 1, pp. 97 ss.
- CEREZO MIR, José (1985): *Curso de Derecho Penal español. Parte general I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 3ª ed., Tecnos, Madrid.
- COBO DEL ROSAL, Gabriela (2010): “Los mecanismos de creación legislativa tras la derogación del Código Penal de 1928: tres códigos penales entre 1931-1932”, *Revista de las Cortes Generales*, 80, pp. 181 ss.
- CUERDA RIEZU, Antonio: (2020): “Actualidad de Luis Jiménez de Asúa en 2019, a los 130 años de su nacimiento y a los 49 de su muerte”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 59 ss.
- GARGALLO VAAMONDE, Luis (2011): *El sistema penitenciario de la Segunda República. Antes y después de Victoria Kent (1931-1936)*, Ministerio del Interior, Madrid.
- GARGALLO VAAMONDE, Luis (2016): *Desarrollo y destrucción del sistema liberal de prisiones en España. De la Restauración a la guerra civil*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1934): *Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*, Editorial Reus, Madrid.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1934a): *Código Penal reformado, de 27 de octubre de 1932, y Leyes penales de la República*, Reus, Madrid (la cito aquí porque la menciono en una nota, donde advierto de que no he podido manejarla).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1964): *Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada*, 3ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires (Argentina).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (2016-1932): “El Derecho penal vigente en la República española”, *Antología de la Revista de Derecho Público (1932-1936)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (el contenido de este trabajo se publicó en los números 2, febrero, y 3, marzo, de 1932, de la Revista, de ahí que se cite 2016-1932), pp. 534 ss.
- JORGE BARREIRO, Agustín (1976): *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Civitas, Madrid.
- LINDE PANIAGUA, Enrique (1976): *Amnistía e indulto en España*, Tucarc Ediciones, Madrid.
- LÓPEZ-REY, Manuel (1932): *La reforma del Código Penal Español. 5 de noviembre de 1932*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

- LÓPEZ-REY, Manuel (2016-1932): "La reforma del Código Penal", *Antología de la Revista de Derecho Público (1932-1936)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (el contenido de este trabajo se publicó en el número 11, noviembre, 1932, de la Revista, de ahí que se cite 2016-1932), pp. 583 ss.
- LÓPEZ-REY, Manuel (2016-1932a): "Rectificaciones a la reforma del Código penal", *Antología de la Revista de Derecho Público (1932-1936)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (el contenido de este trabajo se publicó en el número 12, diciembre, 1932, de la Revista, de ahí que se cite 2016-1932a), pp. 611 ss.
- LÓPEZ-REY Y ARROJO, Manuel (1933): en López Rey y Arrojo, Manuel/Álvarez Valdés, Félix, *El nuevo Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2016): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARINELLO BONNEFOY, Juan Cristóbal (2016): "Las izquierdas y la delincuencia político-social durante la Segunda República (1931-1936)", *La Segona República. Cultures i projectes polítics. Congrés Internacional d'Història*, Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, pp. 1 ss.
- (https://ddd.uab.cat/pub/poncom/2016/148276/consegrep2016_juancristobalmarinello.pdf).
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo (1933): *Código Penal de 27 Octubre de 1932*, Imprenta Sáez Hermanos, Madrid.
- MIR PUIG, Santiago (2016): *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.
- NÚÑEZ DE CEPEDA, Hilario (1932): *1870-Código Penal-1932*, Litografía e imprenta Roel, La Coruña.
- OLIVER OLMO, Pedro (2008): *La pena de muerte en España*, Editorial Síntesis, Madrid.
- PALOMINO MANCHEGO, José F. (2006): "La Constitución Española de 1978 y su influencia en el Ordenamiento Constitucional Latinoamericano", Manuel Carrasco Durán/Francisco Javier Pérez Royo/Joaquín Urías Martínez/José Manuel Terol Becerra (coords.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 1, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, pp. 357 ss.
- PALOMINO MANCHEGO, José F. (2012): "La jurisdicción militar en el periodo gaditano: su influjo en el Perú", *Revista de Derecho Político*, 84 (Ejemplar dedicado a la Constitución Española de 1812), pp. 351 ss.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (2001): "Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español", *Historia Constitucional*, 2.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María (1976): *Derecho Penal español, Parte general*, 5ª ed., Gráficas Carasa, Madrid.
- RODRÍGUEZ DRANGUET, Alfonso (1935): *Defensa Social. Legislación sobre vagos y maleantes*, Ediciones Góngora, Madrid.
- ROLDÁN CAÑIZARES, Enrique (2019): *Luis Jiménez de Asúa. Derecho penal, República, Exilio*, Dykinson, Madrid.

- ROLDÁN CAÑIZARES, Enrique (2020): "Luis Jiménez de Asúa: un penalista a cargo de la Constitución de la II República", *Historia Constitucional*, 21, pp. 473 ss.
- RUIZ ROBLEDO, Agustín (1997): "El principio de legalidad penal en la historia constitucional española", *Revista de Derecho Político* 42, pp. 137 ss.
- RUIZ ROBLEDO, Agustín (2003): *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, Enrique (1980): *Indultos y amnistía*, Universidad de Valencia.
- SOSA WAGNER, Francisco (2009): *Juristas en la Segunda República. 1. Los iuspublicistas*, Marcial Pons, Madrid.
- TERUEL CARRALERO, Domingo (1949): *Comentarios a la Ley de Vagos y Maleantes*, Imprenta Sáez, Madrid.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y CALIDAD DEMOCRÁTICA: UNA MIRADA RETROSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978*

Miguel Revenga Sánchez**

Sumario: I. Cerrar el pasado; construir el futuro; II. Una Constitución de valores y principios para el Estado social y democrático de Derecho; III. Los principios en marcha bajo el impulso de la jurisdicción constitucional; IV. Con la Constitución a cuestas hacia la tercera década del siglo XXI; V. Nota bibliográfica mínima.

I. Cerrar el pasado; construir el futuro

Cuando, tras el 20 de noviembre de 1975, los españoles nos pusimos a la tarea de recuperar la democracia, el legado de los cuarenta años de dictadura era un pesado lastre. Nos conectaba con los peores fantasmas de nuestro pasado: el *guerracivilismo*, del que el régimen de Franco provenía por vía directa y que el propio dictador había alimentado

* Para Pepe Palomino, maestro y amigo, animador incansable del diálogo entre las doctrinas constitucionales de Perú y España. Una versión anterior de este texto apareció en Benigno Pendás (dir.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*.

** Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz.

para reforzar su legitimidad mediante la retórica sostenida de los años de paz y de progreso. Pero además nuestro referente democrático más próximo era el sistema de la Segunda República y la Constitución de 1931, un período vertiginoso de nuestra historia cuya valoración global estaba indisolublemente conectada con el golpe de Estado de Franco y con la propia guerra civil. En nuestra mirada retrospectiva se nos aparecía así una dialéctica diabólica que constituía, en opinión de muchos, nuestra verdadera singularidad histórica de los últimos dos siglos.

En un empeño de ilusión colectiva que se ha convertido en todo un modelo, en apenas año y medio se establecieron las condiciones políticas que permitieron elegir democráticamente unas Cortes que actuarían materialmente como constituyentes. Y tras la labor de estas por espacio de otros 18 meses, los españoles aprobamos en referéndum la Constitución de 1978. La Ley para la Reforma Política, verdadera ley puente que propició el tránsito desde la legalidad franquista a la legalidad *legitimada* del nuevo régimen constitucional, arrancaba con un par de estipulaciones que derribaban por sí solas todo el andamiaje jurídico y político que había sostenido el régimen autoritario de Franco: “La democracia en el Estado español se basa en la supremacía de la ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo”. Y a renglón seguido, en el mismo artículo 1, “los derechos fundamentales de la persona son inviolables y vinculan a todos los poderes del Estado”. A partir de ahí, lo que vino luego fue el simple acomodo a tales estipulaciones de una realidad jurídica y política que en absoluto se atenía a ellas. Un simple acomodo de extraordinaria complejidad en el que hubo que movilizar energías colectivas, valiéndose de la capacidad de las palabras y de los discursos políticos para vencer resistencias, generar acciones y producir al cabo resultados ciertos y tangibles.

En la estrategia comunicativa del presidente Adolfo Suárez, uno de los ejes vertebradores de su discurso fue la noción de normalidad. Había que llevar al Boletín Oficial del Estado, en los correspondientes textos legislativos, lo que en la calle se consideraba (y en parte se vivía) como algo normal: las libertades de asociarse y de reunirse, y el derecho a expresarse, entre otras muchas cosas, sin temor a los impedimentos y represalias que el franquismo había prodigado hasta su momento terminal. Lo normal era, en definitiva, la pluralidad de puntos de vista y de argumentos y, con ellos, y con su valoración como algo positivo, el final del monopolio sobre una verdad oficializada y la salida de una situación de excepcionalidad

alimentada durante decenios mediante la prolongación más o menos dulcificada de la divisoria entre vencedores y vencidos.

Tras la celebración de las elecciones del 15 de junio de 1977, quedó despejado el camino para cumplir cabalmente con las disposiciones de principio que había enumerado de la manera más tajante la Ley para la Reforma Política. Instaurar la supremacía de la ley como expresión de la soberanía, así como garantizar la inviolabilidad de los derechos, habían sido los centros neurálgicos de la idea constitucional desde los tiempos de la Declaración de 1789. Pero una cosa son las declaraciones y otra bien distinta, y más azarosa, la correspondencia con ellas de la práctica política. La historia del constitucionalismo, desde esa perspectiva, es más bien la de una praxis política que desatendió o devaluó significativamente los postulados de principio de las Constituciones.

En el nivel de las elaboraciones doctrinales, nada refleja mejor esa tendencia que la distinción (que de manera incomprensible todavía sigue en uso) entre la parte *orgánica* y la parte *dogmática* de la Constitución. La primera, normativamente eficaz y determinante; mientras que la segunda, conforme a la lógica inherente a esa diferenciación, se presenta como un tributo que el texto de la Constitución rinde a la ideología, abriendo las puertas para acoger en él un conjunto de proclamas y dogmas de operatividad práctica dudosa o imposible. Si pensamos que en este segundo campo, en el de lo dogmático se había ubicado tradicionalmente todo lo relacionado con los derechos, se comprende mejor hasta qué punto fue defectivo un constitucionalismo que funcionaba con tales presupuestos, dignificados por una (llamada a veces) doctrina científica que no se caracterizó precisamente por denostar semejante estado de cosas.

Del constitucionalismo de nuestros días podría decirse que es normativo o no es. Su potencial como forma de organización política que fundamenta y hace posible la convivencia democrática depende en buena medida del cumplimiento cabal del programa que lo ha cualificado desde el inicio y que aparecía reproducido y actualizado en el artículo 1º de nuestra Ley para la Reforma Política. Al modo de la cabeza de Jano, bascula sobre dos rostros, ambos imprescindibles que se complementan y condicionan recíprocamente: reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales y Estado de Derecho

Veamos cómo afrontó nuestra Constitución el reto de establecerlos.

II. Una Constitución de valores y principios para el Estado social y democrático de Derecho

Cuando se redactó la Constitución entre los años 1977 y 1978, nuestros referentes políticos eran aquellos países más cercanos – los de nuestro entorno, solía y suele decirse – que habían sido capaces de recuperarse de los desastres de la guerra y construir sistemas democráticos, sólidos en lo político y prósperos en lo económico. Alemania, Italia y Francia eran los modelos indubitados de referencia, y no sólo, como digo, por proximidad geográfica y por los resultados exitosos de sus tres décadas de vida democrática, sino porque para las cabezas pensantes que tuvieron que ponerse a la tarea de hacer una Constitución acomodada a las exigencias del tiempo, no había *corpus* doctrinal más influyente, en lo que se refiere al estudio del Derecho Público y Constitucional, que el que se había generado en tales países.

Quienes ingresamos en las Facultades de Derecho a mediados de la década de los 70, con Franco todavía en el poder, y obtuvimos la licenciatura cuando el sistema político español ya podía llamarse constitucional, o estaba a punto de serlo, estamos en muy buenas condiciones para valorar en toda su extensión lo difícil que era el desafío y el acierto que se tuvo a la hora de elegir los referentes constitucionales más sólidos y exitosos. En el plan de estudios de la licenciatura en Derecho de 1953, que era el que se aplicaba de manera generalizada, había dos Derechos Políticos ubicados en el primer y en el segundo año de la carrera. A falta de una Constitución para estudiar, lo que se nos enseñaba era una mixtura que oscilaba entre la teoría del Estado de impronta germana, y las instituciones políticas, y un vaporoso *Droit Constitutionnel*, importado de Francia. Por suerte, disponíamos también de interesantes e incluso excelentes Manuales de Derecho Constitucional Comparado (el de García Pelayo, editado por Revista de Occidente, se había publicado en España en 1964), pero ciertamente, con ese arsenal teórico, las pautas para comprender el significado del constitucionalismo y el Estado social y democrático de derecho, con todas sus implicaciones, eran manifiestamente insuficientes.

Mirando las cosas de manera retrospectiva, lo que resulta entonces extraordinario es que la Constitución de 1978 – y me refiero ahora simplemente a sus estipulaciones literales – acertara a establecer las herramientas

performativas que nos permitieron encaminarnos, de manera resuelta y vertiginosa, hacia la *normalización normativa*, partiendo de (y en consonancia con) unas definiciones y categorías de principio que, a día de hoy, mantienen la plenitud de su sentido.

Bien sabemos que una Constitución es el producto de una deliberación constituyente enmarcada en unas coordenadas temporales. A veces tales coordenadas dejan un influjo que con el tiempo se convierte en una rémora. Pero en la cuestión de los principios, y por lo que a nuestra Constitución se refiere, no creo que ese sea el caso. Desde los pasos iniciales que se dieron con objeto de que el debate pudiera materializarse con un referente cierto y establecido (el Anteproyecto y/o el Proyecto constitucional) los siete *Padres fundadores* cuyos retratos admiramos hoy en cierta sala del Congreso de los Diputados, fueron muy conscientes de que en los asuntos de principio valen más atenerse a antecedentes conocidos que a búsquedas de formulaciones inéditas por un prurito de originalidad mal entendida. Por eso se dice a veces que la principal innovación de la Constitución de 1978 es el haber acertado en el acarreo de influjos traídos de este o de aquel texto para acabar conformando un modelo que se adapta como un guante a las características de un constitucionalismo europeo, el de la segunda postguerra, que tiene en los textos constitucionales de Alemania e Italia sus dos referentes más destacados.

Los componentes de normalidad y equiparación a la Europa democrática a la que pretendíamos unirnos se dejan sentir, desde luego, en la opción por el Estado social y democrático de derecho como fórmula de apertura. Fue nuestra particular adaptación de algunas de las definiciones más resonantes: en Alemania, "Estado federal, democrático y social", aunque ello no aparece hasta bien entrado el texto constitucional (artículo 20); en Francia, "República indivisible, laica, democrática y social" (artículo 1). Y en Italia, también en el artículo 1, "República democrática fundada en el trabajo", lo que recuerda la definición de España como "República democrática de trabajadores de toda clase" de nuestra Constitución de 1931. Con sus diferencias de matiz, cada una de esas fórmulas parece alumbrada por un deseo común, que no es otro que el de alentar una fusión entre democracia política y democracia social, poniendo así de manifiesto que la refundación de lo político es simultánea a la activación del compromiso con un tipo de dinámica constitucional orientada hacia la transformación social y volcada en la realización de objetivos materialmente constitucionales.

En el caso de España, tales objetivos últimos del empeño constitucional aparecen nítidamente proclamados en esa pieza maestra (a la que no estoy seguro de que se le haya prestado toda la atención que merece) que es el Preámbulo. Se concatenan allí seis grandes metas (garantizar la convivencia democrática, consolidar el Estado de Derecho, proteger a los españoles y a los pueblos de España “en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”, promover el progreso de la cultura y de la economía “para asegurar a todos una digna calidad de vida”, “establecer una sociedad democrática avanzada” y “colaborar en el fortalecimiento de relaciones pacíficas y eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra”) que son las que justifican y orientan el conjunto de la operación constituyente (“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad, y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de...”).

Por pura sintonía con el decurso del constitucionalismo a la altura del último tercio del siglo XX, estamos ante una Constitución a la que no le basta con reconocer derechos y estatuir poderes, sino que se adentra resueltamente por el camino del establecimiento de un programa constitucional cuyo desarrollo deposita en la manos de estos, de los poderes, pero sin olvidar que el programa de la Constitución resulta también vinculante en el mundo de las interacciones *horizontales*, entre los individuos, y entre estos y las personas jurídicas.

A esa lógica pertenece, desde luego, la proclamación de unos valores superiores en el artículo 1, inmediatamente después de la definición de la forma de Estado en la que nos constituimos. Valores superiores que lo son *del ordenamiento jurídico*, con una fórmula que trasluce, desde el mismo punto de partida, la reivindicación de *juridicidad constitucional* frente a una tradición autóctona manifiestamente alejada de una aspiración semejante. Al situar tales valores, la libertad, la justicia, la igualdad, y el pluralismo político en la cúspide del ordenamiento (o al emplazarlos como basamento, si se prefiere esta imagen no menos plástica) la Constitución exterioriza su voluntad de que el tránsito desde la voluntad política que está en el origen de la creación del Derecho, hasta la objetivación de la misma en las normas jurídicas, no se realice con desentendimiento de, o en contradicción con, los valores propugnados. Y al mismo tiempo, y pese a lo que a veces se dice sobre el supuesto vacío de estipulaciones constitucionales concebidas para pautar la interpretación del Derecho, los valores se proclaman también

con el objetivo reconocido de orientar los momentos de la aplicación y de la interpretación de las normas jurídicas.

Si hubiera que destacar un solo artículo de la Constitución como aquel en el que se condensa de la manera más expresiva la *weltanschauung* constituyente y constitutiva de su manera de ser, ese sería sin duda el artículo 9, en la literalidad de cada uno de sus tres Apartados.

En el primero de ellos, el estilo llamativamente sobrio quizá dificulta captar todas las implicaciones que el mismo supone en lo que tiene de giro copernicano con respecto a nuestra tradición histórica. El vínculo a la Constitución enunciado, como ya hemos dicho, en los términos de un mandato de sujeción dirigido a los ciudadanos y a los poderes públicos (por ese orden) significa ni más ni menos que la Constitución, con su universo de valoraciones y derechos, y también de deberes (y no es baladí, en este sentido que el Título I lleve precisamente el rótulo “De los derechos y deberes fundamentales”), es norma de las relaciones sociales tanto como lo es del funcionamiento de los poderes. Expresado en tales términos, el principio de sujeción refleja, pues, la voluntad de vincular a los ciudadanos y a los poderes desde su común sujeción a la Constitución, derribando así el “muro de separación” que situó históricamente en un lado a los gobernados y en otro a los poderes, como si la lógica fundante de la legitimidad de estos trascendiera de alguna manera la lógica democrática inherente a la formulación de la soberanía: “la soberanía nacional reside en el pueblo español, *del que emanan los poderes del Estado*”, dice bien el artículo 1.2.

La sujeción a la Constitución denota además otras muchas otras cosas: desde la perspectiva de los ciudadanos actúa como sustitutivo del enunciado de un deber genérico de solidaridad política, económica y social (que sí está presente, por ejemplo, de manera expresa en el artículo 2 de la Constitución italiana) sin cuya vigencia efectiva resulta difícil concebir un orden social que se ajuste mínimamente a la imagen de él pretendida por la Constitución. Y desde la órbita de los poderes, el principio de vinculación es el presupuesto necesario para que el ejercicio de poder político, en todas y en cada una de las diversas instancias, y de las diferentes maneras mediante las que se manifiesta, pueda ser reconocido como poder dotado de legitimidad de origen y como poder que persigue una legitimidad de ejercicio.

A tal efecto es interesante constatar que el valor de la escritura constitucional como un referente o un espejo disponible de continuo para someter la praxis política a la prueba del contraste y el reflejo fue advertido ya de manera meridiana por quienes declararon los derechos del hombre y del ciudadano en 1789; estos, leemos en el Preámbulo, se reúnen en una Declaración solemne “con el fin de que esta declaración, presente de manera constante en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes; con el fin de que los actos del Poder legislativo y los del Poder ejecutivo sean más respetados, *al poder compararse a cada instante con los objetivos de toda institución política (...)*”.

En el constitucionalismo del Estado social y democrático de derecho, el principio de sujeción, por último, hace que sea de obligado planteamiento el dilema de cuál es el concepto de Constitución que está implícito en dicho mandato: si el del enunciado genérico de objetivos posibles e incluso contradictorios cuya concreción pertenece a la libérrima voluntad del gobernante en cada momento histórico, o bien el del establecimiento de un programa constitucional predeterminado y de ejecución obligada para los poderes públicos. Se trata, en definitiva, de la diferencia entre una Constitución/marco y una Constitución/programa o (como ironizara Forsthoff a propósito de lo que él contemplaba como excesos *juridificantes* de la entonces llamada Ley Fundamental de Bonn) “el huevo jurídico originario” del que proviene la entera experiencia jurídica.

La teoría constitucional más influyente se sitúa hoy, sin lugar a dudas, en un lugar más cercano a la idea de Constitución/marco que a la de Constitución programa, y ello sobre la base de las diferentes formulaciones y contenidos con los que se expresan los mandatos constitucionales, que no siempre prohíben u obligan a actuar de manera rígida y necesaria, sino que dejan a los poderes públicos y, señaladamente, al legislador un amplio margen de maniobra para decantarse por esta o por aquella línea de actuación, aun cuando el objetivo a alcanzar se presente como un polo de referencia compartido. En el trasfondo de los debates sobre el alcance del mandato está siempre, por lo demás, el de los límites de la actuación de la jurisdicción constitucional y la propia idea de lo que es la democracia.

A ese elevado ámbito de abstracción lleva también directamente la célebre cláusula de transformación del artículo 9.2. Como siempre se resalta, la fuente inspiradora fue en este caso el artículo 3 de la Constitución italiana, que aún en una sola disposición lo que en nuestro texto constitucional

se reparte entre dicho Apartado del artículo 9 y el principio de igualdad expresado en el 14. En este último el *leit motiv* es la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, mientras que en el 9.2 mira la igualdad como un objetivo y con un referente que no es ya la ley ni la norma jurídica, sino nada menos que el despliegue de los individuos y de los grupos en la plenitud de sus potencialidades, así como la participación *de los ciudadanos* en la vida política, económica, cultural y social, todo ello sobre la base de la asignación a los poderes públicos de dos tareas de amplísimo alcance: remover los obstáculos que dificulten aquella plenitud y promover las condiciones para hacer de la igualdad y de la libertad, de los individuos y de los grupos, algo real y efectivo.

Es una fórmula que desborda claramente la mucho más sobria de la Constitución italiana. Allí se habla de posicionarse contra los obstáculos de tipo económico y social que representan limitaciones de hecho a la libertad y a la igualdad e impiden el pleno desarrollo de la persona, circunscribiendo además la referencia a la participación a la de “todos los trabajadores”. Mientras que nuestro artículo 9.2 no sólo concibe el sujeto político destinatario de estas tareas públicas de manera mucho más amplia, los individuos y los grupos (o los ciudadanos cuando habla de la participación), sino que expresa lo que corresponde a los poderes públicos como una obligación de resultado: hay que sentar las condiciones para que sean “reales y efectivas” la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integra. Es una forma de convocar a los poderes públicos para que se empeñen en hacer posible la transición desde el mundo de los valores al mundo de los hechos que resulta ciertamente llamativa y que representa el nudo gordiano de toda la construcción política (y el sintagma cultural) del Estado social y democrático de derecho.

La cuestión es, si expresada en términos tan genéricos, la fórmula del artículo 9.2 tiene la suficiente densidad como para resultar por sí misma jurídicamente determinante como canon de control de la actuación de los poderes públicos. Y la respuesta, hablando en términos generales y a la vista de un desarrollo constitucional de cuatro décadas, creo que no puede ser afirmativa. Posiblemente porque en la lógica de las cosas (o por hablar con más precisión, en el tipo de democracia que conocemos como democracia constitucional) encaja mal un activismo del intérprete supremo que llegara al punto de sustituir con sus apreciaciones las realizadas por las “ramas políticas” para decidir cuál es el camino que mejor conduce hacia

la plasmación real y efectiva de los valores. Lo cual no justifica, por cierto, la escasa presencia del claro mandato del artículo 9.2 como argumento de peso en el debate político; al contrario, denota un marcado déficit de cultura constitucional, especialmente incomprensible en tiempos de zozobras económicas que pueden desvirtuar, hasta hacerlos irreconocibles, aquel mandato y la propia fórmula definitoria del Estado como social y democrático de derecho con la que arranca la Constitución.

Cierra el artículo 9 el elenco de hasta siete principios que son hoy el auténtico basamento de un Estado que se compromete a manifestarse como Estado de Derecho. Esos siete principios – legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de lo desfavorable, seguridad jurídica y responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes – son las vigas maestras de una civilidad jurídica que ha llegado a un elevado grado de sofisticación técnica; tanta como la necesaria para hacer compatible la existencia de un sistema jurídico complejo y multifacético – al que continuar denominándolo “ordenamiento” es casi una licencia – con una Constitución cuya razón de ser presupone capacidad para re-orientar los urdimbres normativos del sistema en modo compatible con la supremacía de todo lo que ella proclama y reivindica. De los imprecisos principios generales del derecho, con cuya referencia cerraba el Código Civil la pretensión de completitud del sistema jurídico, hemos pasado al compromiso constitucional, expresado en un lugar preferente, con esa serie de exigencias que se nos aparecen como una especie de prerequisites ambientales de la validez de las normas y de la actuación de quienes impulsan su aprobación y de quienes tienen que aplicarlas.

Aquí también resuena el eco de la curiosa bifurcación que realiza el artículo 20.3 de la Constitución de Alemania entre la vinculación a la Constitución del legislador, por un lado, y la vinculación a la ley *y al Derecho* de los otros dos poderes, el ejecutivo y el judicial, por el otro. En el caso de la Constitución española la llamada al Derecho está “densificada” mediante la enumeración de los principios específicos del 9.3. El control jurisdiccional sobre las normas, pero también (en su más amplio sentido) el que se dirige sobre la actividad de los poderes públicos, dispone así de unas directrices que justifican la razón de ser de los controles y orientan de manera bastante precisa los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de llevarlos a cabo.

Si leemos los principios del 9.3 en paralelo a las garantías y a los derechos que se desglosan en el artículo 24 para traducir el ideal anglosajón del *due process*, podemos dar por cerrado el círculo de un Estado constitucional que puede caracterizarse, con toda razón, como de Derecho, porque es garantista desde los dos “costados” de la experiencia jurídica: el de la creación e incorporación de las normas al sistema jurídico y el de la aplicación de las mismas durante la resolución en sede jurisdiccional de los casos y las controversias que se vayan produciendo durante su vigencia.

Como era de esperar a la vista de los modelos que nos sirvieron de referencia, los cuatro valores superiores del artículo 1 quedarían faltos de algo si el artículo 10, que es el que abre el Título dedicado a los derechos, no hubiera venido a completarlos con la incorporación de lo que podemos considerar como la auténtica estación de partida del constitucionalismo reconstruido tras los desastres de la guerra. Me refiero, claro está, al valor de la dignidad de la persona, verdadera noción eje sobre la que se sostiene todo el sistema de los derechos fundamentales. Así ocurre de manera explícita en la Constitución alemana donde la referencia a la dignidad actúa como la auténtica llave de paso, desde la irracionalidad y el horror del pasado hasta un constitucionalismo genuinamente de derechos *fundamentales*. “La dignidad de la persona es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”, leemos en el artículo 1; y a renglón seguido y de forma consecencial: “el pueblo alemán se identifica, *por tanto*, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, así como de la paz y de la justicia en el mundo”.

Poco antes, en 1948, y con un lenguaje semejante, la dignidad aparece en el primer párrafo del Preámbulo (“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”), así como en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

La dignidad como fuente primigenia de los derechos, podría decirse; la dignidad como motor de la refundación de un constitucionalismo advertido de los males del pasado y con voluntad de vacunarse contra la repetición de los errores que propiciaron su aniquilación, y con ella, la de la razón y la de la conciencia como criterios inspiradores de la

organización política y social. Convertida hoy en el verdadero sustrato ético del Derecho, la dignidad de la persona permite hablar con propiedad del constitucionalismo y del Derecho Constitucional como expresión de una forma de moralidad compartida y disponible para establecer barreras entre lo aceptable y lo inaceptable en términos absolutos. Por ello mismo, cuando se abre espacio a través de la concatenación de argumentaciones jurídicas en las que consiste la resolución de los conflictos en el Estado constitucional, la dignidad actúa como una clave fulminante que neutraliza la necesidad de continuar por el camino de las ponderaciones o de los juicios de proporcionalidad.

En el caso de nuestra Constitución, la fórmula elegida para incorporar la dignidad no sé si es la más acertada para captar todo lo que ella significa en el constitucionalismo de nuestros días. Y no tanto por la escisión entre los valores superiores del artículo 1 y la cláusula de apertura del Título de los derechos, sino por la manera en la que la afirmación de principio (“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo e la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”) queda luego diluida en esa especie de llamada a la necesaria limitación recíproca de los derechos y a la reiteración del principio general de sujeción, pero referido ahora a la ley y a los derechos de los demás. Es como si una vez resaltada la importancia decisiva de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad, que fueron en Alemania el par de referencias clave para construir, con la jurisdicción constitucional como protagonista, uno de los más vigorosos sistemas de garantía de los derechos que existen en el mundo, nuestro constituyente se hubiera apresurado a introducir una cierta dosis de “republicanismo cívico” para precaverse de los riesgos inherentes a una sobrecarga de reivindicaciones de los derechos en clave individualista.

Es verdad que ello no ha ido en detrimento de una interpretación de las limitaciones de los derechos comprometida con la verdadera dimensión de ellos en nuestro sistema constitucional. Pero expresada como fórmula de principio para entender el sentido del Título Primero, en su conjunto, quizá hubiera sido preferible otorgar a la dignidad un lugar más realzado.

III. Los principios en marcha bajo el impulso de la jurisdicción constitucional

La sed de democracia y de Constitución que se manifestó en España durante el trienio 1975/1978 fue de la mano de un sentimiento muy favorable a la instauración de un sistema de jurisdicción constitucional que fue contemplado como decisivo para asentar el lugar de la Constitución y para consolidar, en definitiva, la transición desde el autoritarismo arbitrario y personalista del régimen de Franco hasta el Estado social y democrático de Derecho.

A partir del momento en el que dispusimos de una Constitución dotada de plena legitimidad democrática, uno de los rasgos más destacados de nuestro desarrollo fue la rapidez con la que los valores y los principios escritos en ella impregnaron toda la práctica jurídica, lo que es tanto como decir el despliegue político y social de nuestro país a lo largo de la década de los años 80 del pasado siglo. En ello tuvo una función determinante la jurisdicción constitucional, que actuó impulsada por unas bases constitucionales muy favorables para hacer factible la gran transformación que experimentó nuestro sistema jurídico en el espacio de unos pocos meses.

Para empezar, creo que funcionó una intuición que ha resultado desde siempre funcional a la exigencia de consolidar cualquier transición a la democracia: la de que el encono de los enfrentamientos políticos es mucho menor cuando estos son capaces de re-formularse, o proyectarse, como conflictos jurídicos sobre la interpretación del derecho y de la Constitución, siempre y cuando ello vaya acompañado de un consenso básico sobre las ventajas que se derivan del sometimiento común a un tercero imparcial dotado de facultades suficientes para zanjarlos. En cuanto a esto último nuestra Constitución no fue precisamente cicatera. Al contrario, la opción por sobreponer a los órdenes jurisdiccionales tradicionales una jurisdicción especializada *de lo constitucional* separada de aquellos y realizada mediante una ubicación expresa (el Título IX) trasluce un compromiso con el valor de la interpretación jurídica de la Constitución y con la disposición a aceptar el carácter último y pacificador de la realizada por dicha jurisdicción.

En consonancia con ello, se optó por una fórmula *catch-all* a la hora de dotarla de competencias. Al Tribunal se le asignaron las responsabilidades tradicionales de control sobre la ley propias de la *judicial review* reconfigurada al modo *kelseniano*, pero abriendo la puerta además a cauces de

control difuso (seguramente inevitables cuando de verdad se reivindica fuerza normativa para la Constitución). En segundo lugar, se le dio a la jurisdicción constitucional un papel determinante en la tutela última de los derechos fundamentales, a través del amparo, competencia que no tardaría mucho en convertirse en una fuente de problemas de naturaleza práctica. Y ello no como consecuencia de defectos estructurales en el diseño, sino como resultado del brillo con el que, desde los momentos iniciales de su andadura, ejerció el Tribunal su función de tutelar los derechos, mostrando a los jueces y, en general, a todos los operadores jurídicos, hasta qué punto era profunda la transformación operada en nuestro sistema jurídico por la superposición de una Constitución normativa de valores *superiores* y derechos *fundamentales*. Finalmente, se depositó sobre el Tribunal una tarea que así mismo se rebeló pronto como titánica: la de completar y dar sentido a las estipulaciones constitucionales sobre reparto territorial del poder, un fragmento de la Constitución notable (y quizá inevitablemente) impreciso como consecuencia del principio dispositivo que inspira el diseño de sus rasgos esenciales.

Lo amplio de las expectativas relacionadas con la puesta en marcha de la jurisdicción constitucional estuvo en consonancia con la prontitud desplegada para disponer de la Ley Orgánica reguladora de la actuación del Tribunal. Esta lleva el ordinal 2 del año 1979, lo que la convierte, en términos absolutos en la segunda de las Leyes Orgánicas aprobadas en la era constitucional (el honor de ser la primera le corresponde a la Ley Orgánica General Penitenciaria).

Pero, como ocurre en la vida de cualquier institución, lo verdaderamente determinante para explicar hasta qué punto fue decisiva la contribución del Tribunal para hacer de la Constitución y de los valores y los derechos en ella recogidos una realidad que transformó radicalmente nuestra experiencia jurídica, fue la impronta que le dieron quienes fueron elegidos para ocupar *ab initio* las 12 plazas de magistrado. Ellos fueron los verdaderos artífices de la gran transformación que entonces se puso en marcha y de la que, a semejanza del *path of law* del que a veces se habla para referirse a la experiencia constitucional norteamericana, puede decirse que representa el punto de partida para una Constitución que fue capaz de convertirse, casi de inmediato, en derecho vivo y aplicable.

La primera resolución de fondo dictada por el Tribunal fue un Auto datado el 11 de agosto de 1980, en el que el TC acusa recibo del desistimiento

de la acción al haber obtenido el demandante satisfacción extra procesal de su pretensión. Se trataba del cobro de una pensión por jubilación como antiguo miembro del Cuerpo de Seguridad y Asalto de la Segunda República. Lo curioso del caso es que era tanta la confianza depositada por el recurrente en el Tribunal, y tan arraigada su convicción sobre la pertinencia del amparo que solicitaba que, desentendiéndose de los requisitos procesales más básicos, interpuso el recurso por sí mismo, sin dirección letrada ni representación procesal. Quien consulte esa Resolución en la Recopilación de Jurisprudencia Constitucional auspiciada por el Propio Tribunal junto con el *Boletín Oficial del Estado*, puede aprovechar la ocasión para repasar la "Presentación" del repertorio realizada por García Pelayo. Se encontrará allí con una apasionada defensa de la función que le corresponde desempeñar a la jurisdicción constitucional en un sistema democrático, pues dicha función – escribe en tal tesitura el primer presidente que tuvo el Tribunal – "no es sólo interpretar la Constitución como si se tratara de una simple ley, sino desarrollarla, proseguirla y precisarla, asegurando así su estabilidad ante distintas circunstancias y coyunturas históricas"

Si nos ceñimos al universo de los principios, quizá la primera contribución relevante del Tribunal fue poner de manifiesto el doble carácter de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, pero también (al hilo, de nuevo, de la mejor doctrina alemana) como expresión de un "orden objetivo de valores". En ese sentido es muy ilustrativa la lectura del voto particular realizado tempranamente, en la STC 5/1981 (caso *Ley Orgánica del Estatuto de los Centros Escolares*), por Tomás y Valiente, sucesor de García Pelayo en la presidencia del Tribunal, cuyo magisterio en el campo de la historia del derecho, pero también en el de la historia y la cultura constitucionales, quedó dramáticamente truncado con su asesinato a manos de los terroristas de ETA. Para reforzar su posición contraria a admitir la posibilidad de que los profesores tuvieran que renunciar de antemano y en abstracto al ejercicio de los derechos para acomodarlos al ideario del centro educativo, Tomás y Valiente resalta el carácter de los derechos fundamentales como "elementos del ordenamiento (...) contenidos en normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución y que constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero (...)". Es una idea desarrollada *in extenso* por la STC 25/1981 (caso *Ley Orgánica sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución*) y que aparece reiteradamente en lo

que pudiéramos llamar la jurisprudencia *fundacional* del Tribunal, hasta culminar en la importante Sentencia 53/1985 sobre la Ley de despenalización del aborto en determinados supuestos.

En la propia jurisprudencia fundacional del Tribunal es perfectamente factible rastrear el recurso a los valores superiores y a los principios constitucionales como el auténtico eje vertebrador de argumentaciones que contienen la *ratio decidendi* del caso. Por poner algún ejemplo, véase sobre pluralismo, la STC 122/1983 (caso *juramento o promesa de acatamiento en el Parlamento de Galicia*); sobre el valor justicia, el FJ 4 de la STC 20/1987 (caso *introducción de hechos nuevos en las Conclusiones definitivas de la fase oral de un proceso penal*); sobre el valor igualdad, el FJ 2 de la STC 63/1983 (caso *Asociación de aviadores de la República*); y sobre el valor libertad (y la fuerza expansiva de los derechos fundamentales), el FJ 6 de la STC 159/1986 (caso *publicación de Comunicado de ETA*).

Son sólo algunas muestras de las muchas que podrían citarse fijándonos sólo en los años iniciales de funcionamiento del Tribunal y con el propósito exclusivo de resaltar la celeridad con la que los valores superiores se incorporaron al razonamiento constitucional con un efecto de irradiación sobre el razonamiento jurídico, en general, y sobre la aplicación del derecho por la jurisdicción ordinaria. En relación con esto, la pieza maestra de derecho positivo que vino a conjurar el riesgo de una aplicación jurídica escindida en dos niveles, el de la aplicación *ordinaria* o *bottom-up* de las normas, al margen, o desentendida de lo constitucional, y el de la interpretación en las alturas de una jurisdicción especializada y alejada orgánica y funcionalmente de la primera, fue el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es este un artículo que vino a zanjar bastantes de las dudas que se suscitaron sobre el valor de las sentencias del Tribunal Constitucional, a tenor de lo dicho sobre ellas en el artículo 164 de la Constitución y en la propia Ley orgánica del Tribunal. Para lo sucesivo quedó establecido, con claridad meridiana, que la lectura del derecho había de hacerse a la luz de la Constitución y que a tal efecto la guía interpretativa de esta última era la procedente de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

IV. Con la Constitución a cuestas hacia la tercera década del siglo XXI

Durante bastantes años las miradas retrospectivas hacia los cambios que había experimentado la sociedad española desde la muerte de Franco, solían

ir acompañadas de un debate sobre cuál podía ser considerado como el auténtico momento final de la transición. Unos se fijaban en la aprobación de la Constitución; otros, en la celebración de las primeras elecciones tras la aprobación de esta, o bien en el vuelco de la situación política que se produjo en octubre de 1982 con la victoria electoral del PSOE. Eran todas posiciones cargadas con buenos argumentos y alumbradas por el deseo de marcar la frontera a partir de la cual era factible hablar de un despliegue, por así decir, normal y rutinario de la democracia en España. No obstante, si de lo que se trata es de establecer cuándo culminó el cambio iniciado en 1976 con el nombramiento de Adolfo Suárez, creo que ofrece pocas dudas elegir como hito final el que se produjo exactamente una década más tarde con nuestro ingreso en las Comunidades Europeas.

Europa representó para varias generaciones de españoles un espacio de prosperidad económica y libertad política bajo cuyo contraste aparecía una anomalía española que era preciso superar. Y por ello mismo, incorporarnos al proyecto común de una Europa unida en torno al compromiso con un conjunto de ideales que desde aquel momento podíamos asumir como propios, fue el espaldarazo definitivo para abandonar la imagen de una identidad *carpetovetónica* y *charanguera*.

Desde 1986 en adelante, España protagonizó en pie de igualdad con los demás miembros el tránsito desde las tres Comunidades de la posguerra hasta la Europa de la Unión, conoció el sueño de un momento transnacional constituyente que se frustró, pero pudo reformularse, y participó en la gestación de ciertos logros – la supresión de fronteras interiores, la ciudadanía, la moneda – que hoy son, simultáneamente, constitutivas de nuestra realidad española y europea. Maastricht dejó en la Constitución el signo de una reforma que hoy nos parece casi banal si la comparamos con el repertorio de todas aquellas innovaciones que, tras 40 años de Constitución, contemplamos como imprescindibles o cuando menos deseables. La recesión económica que comenzó en 2008 y su proyección sobre la gobernanza de la Unión para enfrentarla y asumir el riesgo de un colapso, especialmente intenso en ciertos Estados, también dejó la suya. Y entre una y otra transcurrieron dos décadas de vida constitucional, con sus luces y sus sombras.

Los principios de 1978, y los derechos que los concretan y dan sentido, se entrelazan hoy con los que se proclaman de manera particularmente enfática en los dos primeros Títulos del Tratado de Lisboa. Ellos refuerzan

la idea de Europa como comunidad de derecho con un patrimonio constitucional común, que respeta y promueve los derechos fundamentales incorporados ahora a su núcleo jurídico originario para contribuir así a hacer factible todo aquello que el artículo 2 del Tratado de la Unión proclama como fundamento: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

Toda una declaración de principios expresada en apenas unas líneas que sintetiza el punto hasta donde hemos llegado a la hora de representar nuestra imagen de una sociedad justa y el suelo desde el que es preciso partir para lograrla. Esas son las luces, dichas con el lenguaje del siglo XXI de un proyecto político europeo y, por consecuencia, español.

Las sombras vienen de los contrastes, de las distancias entre la proyección utópica de los ideales y las realidades de una vida política cuya calidad democrática se pone en juego y puede medirse cada día según se aproxime o aleje de aquella imagen. En nuestro caso, los años más recientes, los que hemos vivido bajo el asedio de una crisis económica severa y continuada, han traído atisbos de un malestar profundo, un descontento que no permite pasar por alto aspectos de nuestra realidad que empañan el balance globalmente positivo y complaciente. La lacra de la corrupción en el marco de unos esquemas de representación política esclerotizados como consecuencia de un Estado de partidos que ha mostrado a veces su peor cara, es uno de ellos y quizá el más importante. Cada actuación delictiva en la esfera de lo público es un golpe fatal contra la credibilidad democrática, y ello por la posibilidad misma de su consumación, y con independencia de que haya dado lugar o no a acciones penales contra los infractores. Cada corruptela o desviación tolerada suponen también un asalto al principio de legalidad, que es el instrumento para la defensa de lo común frente a la búsqueda del interés propio desentendido de este. Los instrumentos para hacer frente a tales comportamientos, la transparencia y el buen gobierno, y la conciencia social sobre la gravedad de ciertas conductas, permiten tener expectativas de mejora. Y a buen seguro ello irá de la mano de la emergencia de nuevos principios constitucionales que

complementen y refuercen los que ya tenemos enumerados como fuentes de interpretación y guías de conducta.

Al cabo de los años nuestra Constitución territorial también está en el origen de problemas e insatisfacciones de variado tipo. Estas líneas han sido escritas a la vista del más grave ataque contra la Constitución que nos ha tocado vivir hasta el momento. El independentismo ha asaltado la legalidad y ha despreciado manifiestamente la Constitución y los derechos de todos cuantos vivimos bajo ella. En esas condiciones invocar las virtudes del Estado de Derecho no es una cuestión retórica, como tampoco lo es reivindicar el empleo de los instrumentos que él ofrece para restaurar la legalidad y devolver a los ciudadanos el autogobierno que les fue usurpado. La contraposición entre legalidad constitucional y voluntad política es una falsa contraposición. Aquella es el cauce que permite a esta expresarse de manera civilizada, mediante la razón de los argumentos y la fuerza del apoyo electoral obtenido para defenderlos.

Nuestra Constitución, entrelazada con el ordenamiento de la Unión Europea, es pródiga en el reconocimiento de valores y principios. Pero no pertenece al tipo de Constituciones que defienden sus esencias imposibilitando la reforma de alguno de sus artículos o disposiciones básicas; al contrario, la reforma constitucional es en España un libro abierto a la consecución de cualquier objetivo, siempre y cuando el intento de alcanzarlo discurra por los cauces, ciertamente exigentes, con los que la Constitución se protege a sí misma contra los cambios poco meditados que puedan promover los poderes constituidos. Desde el punto de vista teórico es una opción discutible y cargada de contradicciones. Pero es la que tenemos y el Tribunal Constitucional nos lo ha recordado cada vez que ha tenido que resolver cuestiones donde existía el riesgo de interpretar la defensa de la ley y del orden constitucional como formas encubiertas de persecución ideológica. Esta no cabe en la España constitucional porque proscribir tal posibilidad para siempre, por contraste a lo que había sucedido reiteradamente en nuestra historia, fue el objetivo último de quienes fueron capaces de alcanzar los acuerdos de mínimos que están en el origen de lo que algunos descalifican hoy como "el régimen del 78".

Con todas sus virtudes y con todos sus defectos, y atravesando épocas más o menos proclives a la realización de los ideales reflejados en ella, la Constitución de 1978 merece, 40 años después de ser aprobada,

y desde la perspectiva de la calidad de la vida democrática, un juicio global muy favorable.

V. Nota bibliográfica mínima

Una muy interesante y completa narración de la transición a la democracia, escrita desde la perspectiva de alguien que tuvo en ella un papel bastante relevante y que dice pertenecer a la generación de 1978, haciendo de ello el *leit motiv* del relato entero, es la de Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona, en el par de volúmenes *Memorial de Transiciones (1939-1978). La generación de 1978*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2015, y *Las transiciones de UCD. Triunfo y desbandada del centrismo*, Barcelona, Galaxia Gutemberg, 2020

Una mirada a la evolución de la doctrina constitucional española a partir del Derecho Político que se enseñaba durante la dictadura franquista es la realizada por Luis López Guerra, “El Derecho Constitucional en España hoy”, en Pablo Pérez Tremps (comp.), *El Derecho Constitucional de comienzos del siglo XXI en la Europa Mediterránea. Homenaje a los profesores Louis Favoreu, Alessandro Pizzorusso y Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, 2017, pp. 153 y ss.

La cuestión de los influjos del constitucionalismo europeo de la segunda postguerra sobre la Constitución de 1978, enfatizando además la celeridad con la que la experiencia jurídica española quedó imbuida por los nuevos valores y principios constitucionales, en Alessandro Pizzorusso, “En torno a algunas particularidades de la Constitución española de 1978: observaciones comparadas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1 (1988), pp. 213 y ss.

Sobre el constitucionalismo de los valores reflejado en la Constitución de Alemania y construido a partir de las aportaciones de la jurisdicción constitucional de aquel país, Luis M. Cruz, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Granada, Comares, 2005. He tomado de esa obra la referencia a Forsthoff, así como al dilema Constitución/marco, Constitución/programa u orden fundamental.

Dos comentarios muy completos sobre las opciones constitucionales italianas que influyeron decisivamente en nuestra incorporación de la fórmula “Estado social y democrático de derecho”, así como de la “cláusula de transformación” del artículo 9.2, respectivamente, en los libros

de Maurizio Fioravanti, *Art.2 Costituzione Italiana*, Roma, Carocci, 2017, y de Mario Dogliani y Chiara Giorgi, *Art. 3 Costituzione Italiana*, Roma, Carocci, 2017.

Sobre nuestro sistema de valores superiores, sigue siendo imprescindible Pablo Lucas Verdú, *Estimativa y Política Constitucionales (Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1984, así como Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, CEPC, 1997.

Para asomarse a la historia de los primeros pasos de nuestro Tribunal Constitucional, así como para entender las referencias que realizo a las opiniones de Tomás y Valiente, la referencia es el libro en el que se recopilan algunos de sus trabajos, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 1993. De gran utilidad es también el Libro y Documental de Miguel Beltrán de Felipe y Daniel Sarmiento, *Un Tribunal para la Constitución*, Madrid, Fundación Registral, 2017

Sobre el sentido del principio de sujeción a la Constitución y, en general sobre el valor de los principios garantistas del artículo 9.3, no hay, creo, mejor referencia que los trabajos, ya clásicos, de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1981, así como *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, Cívitas, 1995, este último con interesantes reflexiones sobre *partitocracia* y corrupción política.

Al hilo del trigésimo aniversario de nuestro ingreso en las Comunidades europeas, es interesante el documento escrito por Charles Powell "La larga marcha hacia Europa: España y la Comunidad Europea, 1957-1986", disponible en la web del Real Instituto Elcano.

Un emplazamiento teórico y una visión general de contexto sobre el movimiento de los indignados, en Daniel Innerarity, *La Política en Tiempos de Indignación*, Barcelona, Gutenberg, 2015.

Por último, para situar los problemas de nuestra Constitución territorial en la perspectiva de su "implosión" y posible reforma, interesa la trilogía escrita por Santiago Muñoz Machado *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Barcelona, Crítica, 2012, *Cataluña y las demás Españas*, Barcelona, Crítica, 2014 y *Vieja y nueva Constitución*, Barcelona, Crítica, 2016.

EL TEXTO CONSTITUCIONAL COMO DISPARADOR DE EMOCIONES Y SENTIMIENTOS. EL CASO DE LA PRIMERA CONSTITUCIÓN AFRO-LATINO-AMERICANA (HAITÍ, 1805)

*Néstor Pedro Sagüés**

Sumario: 1. Introducción. Emociones y sentimientos en la Constitución; 2. La constitución de Haití del 20 de mayo de 1805. El contexto político; 3. La estructura del poder; 4. Emociones y sentimientos que anidan en la presentación de la Constitución: ira, dignidad, justicia, libertad y logro; 5. Emociones y sentimientos en el texto constitucional. Liberación, alegría, miedo, odio, agresividad y venganza; 6. Evaluación. El destino de la constitución imperial.

1. Introducción. Emociones y sentimientos en la Constitución

Una reciente convocatoria de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional programa un seminario en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, donde entre otros temas se aborda lo siguiente: *A historical account of constitutional emotions in Latin America.*

* Doctor en Derecho, Universidades de Madrid y Nacional del Litoral. Catedrático, Universidades de Buenos Aires y Católica Argentina. E-mail: npsagues@gmail.com.

No es frecuente el abordaje, en países latinoamericanos, del rol de los sentimientos y emociones constitucionales en la construcción y aplicación de las constituciones. Sin embargo, la importancia del asunto ha sido adecuadamente destacada, por ejemplo, por Andrés Sajó,¹ y empalma muy bien con posiciones jurídicas bidimensionales (que entienden que el derecho comprende, además de su dimensión normativa, otra existencial o sociológica), o tridimensionalistas (las que añaden, a esos dos espacios, el axiológico o valorativo)². Resulta pues feliz y oportuna la elección realizada para la reunión académica de referencia.

El tema, a todas luces, es amplísimo. Estimo adecuado ceñirme a un aspecto de la cuestión: *el papel del texto constitucional como inductor de emociones y sentimientos colectivos*. Para ello, restringiré el análisis, como botón de muestra, a la primera constitución promulgada por un país independiente de Latinoamérica, como fue la de Haití del 20 de mayo de 1805.³ El texto en cuestión, conviene aclararlo, es en verdad de textura afro-latino-americana, como se verá más en adelante.

Cabe apuntar que, especialmente durante el siglo XIX, los documentos constitucionales latinoamericanos posteriores a dicho instrumento incluyeron notas preliminares previas al texto constitucional propiamente dicho, llamadas según los casos “manifiestos”, “declaraciones”, “pronunciamientos”, “mensajes” o alocuciones parecidas. Eran redactadas por quien ejercía el poder constituyente, y su propósito consistía en provocar en el lector actitudes vivenciales de aceptación, apoyo y seguimiento al nuevo instrumento constitucional que se ofertaba. Un papel similar lo cumplieron, y cumplen, varios “preámbulos” constitucionales. Ocasionalmente, el texto constitucional mismo, en su articulado,

1 Cfr. Sajó, Andrés, “Emotions in Constitutional Design” en *I.Con* (2019), vol. 8, N° 3, pp. 354-384; *Constitutional Sentiments*, New Haven, 2011, Yale University Press, *passim*.

2 Sobre bidimensionalismo y tridimensionalismo, cfr. Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría tridimensionalista del mundo jurídico y sus horizontes*, 4ª. ed., Buenos Aires 1973, ed. Depalma, p. 18 y ss., 33.

3 Es verdad que en Haití, en 1801 y bajo la inspiración y conducción de Toussaint-Louverture, fundador de la patria, se sancionó una constitución. Sin embargo, en la misma se declaraba a Haití parte del imperio francés (art. 1º). La independencia del país recién se declaró el 1º de enero de 1804. Formalmente, pues, la constitución de 1801 no es la de un país soberano e independiente. La de 1805, sí, como expresamente lo proclama en su art. 1º. Sobre el texto que seguimos de la misma, v. *Haití, Constitution du 20 mai 1805*, <https://mjp.univ-perp.fr/constit/ht1805.htm> Fecha de consulta: 15/5/22.

incluía e incluye conceptos estimulantes de emociones y sentimientos. Aquí se ubica la constitución haitiana que mencionamos. La tendencia que apuntamos continúa hasta el presente.

Digamos también que con posterioridad al constitucionalismo liberal del siglo XIX, el constitucionalismo marxista utilizó con mucha frecuencia y generoso empleo de renglones constitucionales la técnica del recurso a la estimulación vivencial del lector. Sus preámbulos son, en el sentido que indicamos, sumamente extensos y estimulantes para el mundo de los sentimientos y de las emociones. La reciente constitución de Cuba de 2019 prosigue enfáticamente esa tendencia.

En todos estos casos, la Constitución (o su manifiesto previo) manipula emociones y sentimientos con el propósito ideológico de persuadir al público y reclutar apoyos a su favor. La manipulación a que aludimos no es de por sí espúrea o ilegítima⁴; puede ser correcta si responde a hechos o situaciones ciertos. A la inversa, la manipulación perversa se funda en afirmaciones y episodios falsos o solo parcialmente verídicos, e incluso desfigurados. En ambos supuestos, no se trata de emociones o sentimientos ya existentes en el medio social, sino a los auspiciados (inducidos, alegados, motivados) desde el mismo instrumento textual de la Constitución.

Sabido es que la distinción entre “emociones” y “sentimientos” no es pacífica entre los especialistas en psicología social. Ambos conceptos aluden a experiencias vivenciales, pero al parecer las emociones son más intensas, agudas y temporales (al estilo del miedo, ira, tristeza, alegría asco, sorpresa), mientras que los sentimientos incluyen dosis de razonamiento y componentes mentales cognitivos, aparte de resultar más prolongados (amor, odio, culpa, vergüenza, fe, esperanza, felicidad, etc.). En paralelo, se sostiene que la emoción precede al sentimiento, puede ser fácilmente observada por otros y se la vincula con la supervivencia del sujeto, en

4 La palabra manipular, en idioma español, y según el diccionario de la Real Academia, alude (entre otras acepciones) al uso o instrumentación de algo, tanto en un sentido bueno como malo. Usualmente se la emplea en el segundo, esto es, con referencia a un actuar artero o injusto, pero también puede existir una manipulación adecuada o positiva. Entre las versiones posibles de “manipular”, en sentido axiológicamente neutro, figuran, en tal sentido, las de operar o manejar. Ver Sainz de Robles, Federico Carlos, *Diccionario español de sinónimos y antónimos*, 8ª ed., 9ª reimpresión, Madrid, 1980, Aguilar, p. 711.

tanto que el sentimiento, casi siempre posterior a la emoción, puede resultar facial o gestualmente más disimulado, menos perceptible por los terceros, psíquicamente más elaborado y fundamentalmente al servicio del desarrollo de la persona en cuestión.⁵ Todo esto, sin embargo, es opinable. Pero lo cierto es que tanto las emociones como los sentimientos impactan, a menudo, en el comportamiento grupal, y estimulan (en algunos supuestos, fuertemente) conductas políticas. En el tema que nos ocupa, se trata de episodios de adhesión o de rechazo a una constitución.

En esta temática, como anticipé, he circunscripto su análisis a la primera constitución latinoamericana (es decir, repetimos, afro-latino-americana), propia de un Estado independiente, y con vigencia real, aunque breve, cual fue la imperial de Haití del 20 de mayo de 1805, que comentamos a continuación.

2. La constitución de Haití del 20 de mayo de 1805. El contexto político

En rigor de verdad, el documento sigue en parte a textos constitucionales franceses preexistentes, y a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Tal es su perfil “latino” (franco-latino), retratado por ejemplo en sus art. 4º, cuando afirma que la ley es una para todos (deriva, v. gr., de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano incluida en la Constitución francesa de 1791), art. 8º, cuando declara suspendida la ciudadanía a quienes hubieran incurrido en bancarrotas (texto derivado de la constitución francesa de 1795, título II, art. 13), art. 21, al declarar a la persona del Emperador “sagrada e inviolable” (al estilo de la constitución de Francia de 1791, capítulo II, art. 2º); art. 51, respecto de la libertad de cultos (sigue también a la Constitución francesa de 1791, título I, art. 3º); art. 11 de sus “Disposiciones generales”, oportunidad en la que enuncia al matrimonio como acto puramente civil (se inspira en el título II, art. 7º, de la constitución de Francia de 1791); art. 9 de las “Disposiciones generales”, al enunciar como deber de todo haitiano el ser buen padre, buen hijo, buen hermano, o buen esposo (adopta el

5 Sobre emociones y sentimientos, ver por ejemplo *adiciones. Blog de las emociones a los sentimientos*, <https://clikis.salud.net/adiciones2/blog/blog-de-las-emociones-a-los-sentimientos/> Fecha de consulta 4/5/22. También, Muñoz Polit, Myriam, *Emociones, sentimientos y necesidades. Una aproximación humanista*, México 2013, 3ª. reimpresión, pp. 7, 20 y ss.; López Rosetti, Daniel, “¿Cuál es la diferencia entre emociones y sentimientos?” en *Infobae*, Buenos Aires, 18/4/22.

modelo de la constitución de Francia de 1795, "Deberes", art. 4^o); art. 27 de las referidas "Disposiciones generales", cuando prevé la celebración de fiestas nacionales (como lo hizo el Título I, art. 13, de la Constitución francesa de 1791), etc.⁶

Pero el texto haitiano de 1805 asume en otros segmentos un indudable perfil local propio. Su marco cultural es complejo. Pertenece al mundo afro-latinoamericano, inmerso en un país con una escasa población de origen francés (en torno, a la época, aproximadamente de un 10%), y el resto de ella generalmente esclava, proveniente de África, más otro grupo, numérica, económica y culturalmente importante, mestizo de tipo mulato, con mayor proporción de hombres libres. La estratificación social y económica, según el sistema local de castas, resultaba entonces muy complejo (se subdividía, v. gr., en "grandes blancos", "blancos-blancos", "pequeños blancos", "blancos negros", "blancos soldados", entre otros). Haití contaba entonces con cerca de tres millones de esclavos, una cantidad impresionante si se tiene en cuenta lo reducido de su territorio. La explotación laboral del siervo era brutal, y su período de vida promedio no superaba los quince años⁷.

A poco de producirse la revolución francesa y de divulgarse sus ideas de libertad, igualdad y fraternidad, comienzan naturalmente en Haití los conflictos entre negros (en su mayor parte, esclavos) y mulatos contra blancos, sumado a la intervención de cuerpos militares ingleses y españoles. En 1794 la población de color negra logra que dos delegados de la República Francesa, Sonthonax y Polverel, reconozcan la extinción de la esclavitud. Reimplantada esta por Napoleón, una impresionante fuerza de tareas suya integrada por treinta mil soldados y cerca de cuarenta buques de guerra penetra en Haití. La dirige el cuñado de Napoleón, Charles Leclerc. La represión francesa es intensa y cruel, pero de todos modos negros y mulatos resultan finalmente victoriosos en la decisiva batalla de

6 Cfr. Tripier, Louis, *Constitutions qui ont régi la France*, París, 1872, ed. Bulletin de la Législation Française, pp. 13, 26, 163; Madiou fils, Thomas, *Histoire d'Haiti*, Puerto Príncipe, 1848, tomo III, p. 469.

7 Sobre el tema, cfr. Buck-Morris, Susan, *Hegel-Haití y la historia universal*, trad. por Juan Manuel Espinoza, México DF, 2013, Fondo de cultura Económica, pp. 63, 69 y ss., y bibliografía allí citada.

Vertières (1803). Miles de blancos abandonan la isla. Su emigración ya se había iniciado diez años antes, apenas iniciados los disturbios⁸.

Durante los meses de febrero a abril de 1804 una cantidad imprecisa de blancos (de tres mil a cinco mil), nativos franceses o criollos, es asesinada en lo que después se llamó el genocidio blanco, único en su tipo en América. Quien comanda el operativo es un ex esclavo, el general Jean Jacques Dessalines, Gobernador General de Haití, que ese mismo año es proclamado por sus oficiales Emperador, y coronado el 8 de octubre en El Cabo⁹.

Haití es el segundo país de América que se independiza, después de haberlo hecho Estados Unidos en 1776. Proclama su soberanía, en efecto, el 1º de enero de 1804. La constitución que comentamos, promulgada por el ya emperador Jacques Iº Dessalines el 20 de mayo de 1805, es igualmente la segunda de un país americano independiente, resultando la primera la estadounidense de 1787.

3. La estructura del poder

La Constitución haitiana que mencionamos diagrama un Imperio “único e indivisible”, compuesto por “divisiones militares”, (art. 15) cada una comandada por un general de división (art. 16). El gobierno del imperio se confía a un Emperador, simultáneamente Jefe Supremo del Ejército (art. 19), cargo para el cual el pueblo reconoce a Jacques Dessalines (art. 20), cuya persona es “sagrada e inviolable” (art. 21). La corona no es hereditaria, sino electiva, por el Emperador precedente (arts. 23 y 26).

El Emperador tiene poderes cuasi omnímodos: hace, promulga y revoca a las leyes, nombra a los altos funcionarios (incluyendo los generales) y

8 Girard, Philippe, *The Slaves Who Defeated Napoleon. Toussaint Louverture and the Haitian War of Independence 1801/1804*, Tuscalona, Alabama, 2011, University of Alabama Press.

9 Cfr. Madiou fils, Thomas, *Histoire d’Haïti*, ob. cit., t. III p. 171 y ss. La coronación de Jacques I fue calificada en Europa como una “ridícula arlequinada”: Mesa y Leompart, José, *Compendio de la historia de América*, París, 1870, Librería de Rosa y Bouret, t. II p. 82. Con relación a la masacre antiblanca de 1804, los panegiristas de Dessalines disminuyen la cifra de víctimas a cuatro centenas de personas, y lo justifican en el contexto histórico vivido. Ver Anrel Claudy Bastieny, www.anrel.org/2020/10/18/haiti-por-que-se-borra-la-memoria-del-libertador-jean-jacques-dessalines-en-la-historia-de-latinoamerica-y-el-mundo. Fecha de consulta 15/5/22.

los jueces. Fija los gastos del Estado, declara la guerra y paz, provee a la seguridad interior y defensa del Estado, absuelve o conmuta las penas a los culpables (arts. 30 a 37). No hay un poder legislativo autónomo (es decir, lo desempeña el Emperador), ni "poder judicial" (aunque los arts. 45 a 49 se ocupan "de los tribunales", sin mencionar control de constitucionalidad alguno). No obstante, existen algunos pocos topes a la autoridad imperial: no podrá contar con una guardia de honor (art. 28), ni emprender guerra de conquista o perturbar la paz y el régimen interior de las colonias extranjeras (art. 36).

Como organismos estatales específicos la constitución enuncia al Consejo de Estado, formado por los generales de división y de brigada como miembros natos (art. 38), y el ministerio, integrado por dos ministros y un secretario de estado (art. 39). El Consejo podrá reformar la constitución, después del deceso del Emperador Jacques I (art. 2º de las "Disposiciones generales" que van a continuación del cuerpo principal de la Constitución).

Las mismas disposiciones generales enuncian algunos derechos personales básicos, conectados con el debido proceso, la propiedad, el domicilio, el matrimonio civil y el divorcio. Existe libertad de cultos.

4. Emociones y sentimientos que anidan en la presentación de la Constitución: ira, dignidad, justicia, libertad y logro

El texto constitucional está precedido por una breve introducción que realiza una comisión que invoca ser representativa del pueblo haitiano, e intérprete de su voluntad. La conforman, como *mandatarios*, Henry Christophe, Clervaux, Vernet, Gabart, Pétion, Geffrard, Toussaint Brave, Raphaël, Lalondrie, Romain, Capois, Magny, Cangé, Daut, Magloire Ambroise, Yayou, Jean-Luis François, Gérin, Moreau, Férou, Bazalais y Martial Besse. La comisión vuelve a reiterar que el documento es la expresión libre, espontánea e invariable de los corazones de quienes la suscriben, y de la voluntad general de quienes así los constituyeron. La tácita invocación a Rousseau, por esta explícita mención a la *volonté générale*, es innegable.

La introducción estimula en parte emociones de *ira y justa cólera*: el texto constitucional es presentado "frente a la naturaleza entera donde nosotros hemos estado muy injustamente y durante mucho tiempo considerados como hijos réprobos", por obvia causa de negritud y esclavismo. Como contrapartida, invoca un sentimiento de *dignidad y justicia*: el proyecto

constitucional se formula “en presencia del Ser Supremo, delante del cual los mortales son iguales, y que ha esparcido tantas especies de criaturas diferentes sobre la faz del globo, a fin de manifestar su gloria y su poder, por la diversidad de sus obras”. El recurso ideológico defensista de las personas de color es aquí sublimado y transportado a escala teológica: que algunos seres humanos sean negros, rojos o amarillos no significa que sean inferiores a los blancos, sino que, todo lo contrario, ello es una muestra del enorme poder divino y de la providencia (o cuidado amoroso de Dios sobre las criaturas) de realizar conscientemente cosas y seres distintos.

Otro segmento importante del despacho de la comisión, a su final, es cuando vuelve a invocar a la “bondad divina” y a sus “decretos inmortales” que le han permitido a Haití romper sus cadenas y aspirar a “constituir un pueblo libre, civilizado e independiente”. Llama la atención el deseo expreso de conformar un país “civilizado” (sic), tal como lo eran, o pretendían serlo, las demás naciones occidentales de la época. La experiencia, por cierto, era novedosa: una nación mayormente compuesta hacía meses atrás por esclavos, se erguía como un Estado imperial en el nuevo mundo. Entran a jugar aquí dos sentimientos importantes: los de *libertad y logro* (*afirmación o realización*).

Rescatamos, en definitiva, las cinco emociones y sentimientos latentes en el informe de la comisión de los titulados mandatarios de la voluntad general: *ira, dignidad, justicia, libertad y logro*.

A poco de presentado el proyecto constitucional, fue sancionado y promulgado por el emperador Jacques I en la fecha indicada (20 de mayo de 1805).

5. Emociones y sentimientos en el texto constitucional. Liberación, alegría, miedo, odio, agresividad y venganza

Las cláusulas de la Constitución, por su parte, retratan diversas vivencias colectivas.

- a) *Liberación*. El art. 1º proclama que el pueblo habitante de la isla de Santo Domingo conviene en formar un estado libre, soberano e independiente de toda otra potencia del universo.

- b) *Alegría*. El art. 2º declara abolida, para siempre, la esclavitud. Ello se reafirma con la declaración de la igualdad ante la ley (art. 3º) que es “una para todos” (art. 4).
- c) *Miedo*. Algunas normas constitucionales amedrentan a sus infractores. Por ejemplo, el art. 7º determina que la calidad de ciudadano de Haití se pierde por la emigración y por la naturalización en país extranjero. Ambas se castigan con la pena de muerte y la confiscación de bienes. La cláusula tiene nombre y apellido: la mayoría blanca que emigró de Haití ante los primeros conflictos y el posterior triunfo de negros y mulatos en la guerra civil e internacional.
- d) *Odio, agresividad y venganza*. Determinadas reglas constitucionales diseñan explícitamente a un Estado racista (pero de color) que retribuye duramente a la antigua clase blanca colonial y a la fuerza invasiva napoleónica los sufrimientos inferidos durante siglos a la población esclava negra. El espíritu vindicativo impregna gran parte del documento constitucional.

Así, el art. 12 establece que ningún blanco, cualquiera que sea su nacionalidad, podrá pisar tierra haitiana a título de jefe o de propietario y añade que no podrá en el futuro adquirir alguna propiedad. La constitución prevé un par de excepciones: primero, los polacos y alemanes naturalizados por el gobierno haitiano. Este privilegio se justificó en favor de soldados de esas nacionalidades que, integrando la fuerza de ocupación francesa, se pasaron de bando y lucharon a favor de los haitianos de color. Y también, las mujeres blancas que sean naturalizadas como haitianas por el gobierno Completando el círculo antipatrimonial blanco, el art. 12 de las “Disposiciones generales” de la Constitución aclara que toda propiedad que haya pertenecido a un blanco, será confiscada en beneficio del Estado.

El art. 14 de la constitución agrega una disposición antiblanca *sui generis*, única en el derecho comparado: oficialmente, todos los haitianos serán conocidos como “negros” (“*Noirs*”). Esto importa que cualquiera que haya sido la tonalidad epitelial de un ciudadano del país, su calificación constitucional fue la de negro¹⁰.

10 La norma constitucional de referencia es actualmente justificada por algunos autores, en virtud de las circunstancias históricas que explican el carácter vindicativo de la revolución negra haitiana. Ver Grüner, Eduardo. *La oscuridad y las luces. Capitalismo, cultura y revolución*. Buenos Aires, 2010, Edhasa, p. 387 y ss.

El art. 20, por su parte, proclama al emperador Jacques I “vengador y libertador de sus ciudadanos” (*vengueur et libérateur*). De hecho, esto importa tanto un homenaje al héroe militar de la lucha independentista, como legitimar al genocidio antiblanco que encabezó en 1804.

Sintetizamos, entonces, estas emociones y sentimientos promovidos por la Constitución: *liberación, gozo, miedo, odio, agresividad y venganza*.

6. Evaluación. El destino de la constitución imperial

La Constitución haitiana de 1805 es, fundamentalmente, una Constitución *retratista*. Es decir, fotografía una realidad, y de allí el mérito que tiene, que es el de su sinceridad. Al revés de otros textos utopistas y por ello de algún modo fraudulentos, no endulza ni distorsiona elementos claves respecto del ejercicio del poder.

Dibuja un Estado embrionario, por cierto simple y con “poder pesado”. No pretende disimular un régimen prácticamente despótico, diría Montesquieu, sin división de poderes, con bases racistas, perseguidor de minorías, racistas ellas también, que antes encarnaron, durante siglos, un poder oligárquico e inhumanamente opresor. Políticamente, esboza una caricatura de imperio, mala copia de otro “imperio” (el francés) erigido en aquellos momentos por un general plebeyo pomposamente coronado en *Notre Dame* de París por un Papa, como príncipe soberano y rey de reyes.

Como dijimos, la referida Constitución haitiana, si sumamos su presentación y su texto propiamente dicho, va a expresar sinceramente, casi sin frenos inhibitorios, emociones y sentimientos muy motivantes: *ira, dignidad, justicia, libertad, logro, liberación, alegría, miedo, odio, agresividad y venganza*. Son diez motores del comportamiento político eficaces y además, con buena respuesta en aquel medio social. Es decir, fácticamente exitosos. Además, desde el punto de vista histórico, resultaron bastante ciertos y explicables, por supuesto que en el sangriento contexto donde fueron vertidos. La constitución, en este punto, es una buena muestra de realismo social.

Pero la Constitución de 1805 dejaba una asignatura pendiente: partía del supuesto de que se había resuelto el problema de la emancipación de Haití, en el sentido que los blancos habían sido derrotados, lo que era cierto. Los vencedores fueron los negros y mulatos. El segundo drama, sin embargo, era definir cuál de estos dos grupos prevalecería.

El 17 de octubre de 1806, el Emperador Jaques I Dessalines, racialmente negro (algunas biografías indican que habría nacido en África; otras, en cambio, en Haití), fue muerto en una emboscada, cerca de Puerto Príncipe, en el sur del país. Su cuerpo, deshecho a sablazos, terminó exhibido y apostrofado frente al palacio imperial de Puerto Príncipe.¹¹A poco, la nación se dividió en dos Estados, uno en el norte, que terminó reino, bajo Henry Christophe como monarca; y el sur, república, presidido por Pétion. Ambos personajes, involucrados en la conspiración y vinculados al sector mulato, habían presentado a Jacques Dessalines el proyecto de constitución que este promulgó en 1805, y que concluyó rápidamente su periplo con la artera ejecución del emperador “sagrado e inviolable”.

Bibliografía

- Buck-Morris, Susan, *Hegel-Haití y la historia universal*, trad. por Juan Manuel Espinoza, México DF, 2013, Fondo de cultura Económica.
- Girard, Philippe, *The Slaves Who Defeated Napoleon. Toussaint Louverture and the Haitian War of Independence 1801/1804*, Tuscalona, Alabama, 2011, University of Alabama Press.
- Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 4ª. ed., Buenos Aires 1973, ed. Depalma.
- Grüner, Eduardo. *La oscuridad y las luces. Capitalismo, cultura y revolución*. Buenos Aires, 2010, Edhasa.
- Haïti, *Constitution du 20 mai 1805*, <https://mjp.univ-perp.fr/constit/ht1805.htm> Fecha de consulta: 15/5/22.
- López Rosetti, Daniel, “¿Cuál es la diferencia entre emociones y sentimientos?” en *Infobae*, Buenos Aires, 18/4/22.
- Madiou fils, Thomas, *Histoire d’Haïti*, Puerto Príncipe, 1848, Imp. Courtois.
- Mesa y Leompart, José, *Compendio de la historia de América*, París, 1870, Librería de Rosa y Bouret.
- Muñoz Polit, Myriam, *Emociones, sentimientos y necesidades. Una aproximación humanista*, México 2013, 3ª. reimpresión.
- Sajó, Andrés, *Constitutional Sentiments*, New Haven, 2011, Yale University Press.
- Sajó, Andrés, “Emotions in Constitutional Design” en *I.Con* (2019), vol. 8, N° 3.
- Tripier, Louis, *Constitutions qui ont régi la France*, París, 1872, ed. Bulletin de la Législation Française.

11 Madiou fils, Thomas, *Histoire d’Haïti*, ob. cit., t. III p. 324.

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA

*Ricardo Alonso García**

Sumario: 1. Breve introducción; 2. La Constitución, muda de discurso europeo; 3. La Constitución debiera visibilizar y esclarecer su vocación europeísta; 4. La Constitución habla por boca del Tribunal Constitucional; 5. La Constitución y los límites a la primacía del Derecho de la Unión; 6. La primacía del Derecho de la Unión frente a los límites de la Constitución; 7. La elusión del conflicto constitucional entre ambos ordenamientos, nacional y europeo; 8. La superación del conflicto constitucional constatado.

1. Breve introducción

A modo de breve introducción, señalaré que ninguna Constitución de Estado miembro alguno de la Unión Europea se puede entender a día de hoy si no es en el contexto de dicha Unión. Pero también a la inversa, la propia Unión no se puede entender sin las Constituciones de sus Estados miembros.

En efecto, baste con resaltar que, al margen del Preámbulo, en los seis primeros artículos del TUE encontramos varias alusiones a las Constituciones nacionales en cuanto fundamento de la Constitución (en términos materiales) europea; concretamente, en cuanto a los valores sobre los que se

* Decano de la Facultad de Derecho (Universidad Complutense de Madrid).

fundamenta la Unión (dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, y respeto de los derechos humanos, incluidos los de las personas pertenecientes a minorías; valores todos ellos comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres –artículo 2), los límites de la acción integradora (respeto de la identidad nacional de los Estados miembros inherente a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales –artículo 4.2), y la conformación de los principios generales del Derecho de la Unión (inspirados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros –artículo 6.3).

2. La Constitución, muda de discurso europeo

Sentado lo anterior, ¿qué cabría decir, en concreto, acerca de la Constitución española en el contexto de la Unión Europea? Que estamos ante una Constitución muda en términos europeos. Así, la expresión “Europa” o “europeo/a” no aparece mencionada ni una sola vez ni en el Preámbulo ni en el articulado del texto constitucional. Omisión, pues, de cualquier referencia no ya a las entonces –en el momento de redactarse la Constitución– Comunidades Europeas, hoy Unión Europea¹, sino, lo que resulta más llamativo, al Consejo de Europa y a su norma paradigmática, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (más llamativo por cuanto la adhesión a aquél y la firma de éste se produjeron el 24 de noviembre de 1977, esto es, más de un año antes de la promulgación de la Constitución²).

1 Aclaremos que la Unión Europea, nacida en 1992 con el Tratado de Maastricht, convivió con las Comunidades Europeas hasta el Tratado de Lisboa, en virtud del cual la Unión “sustituyó” y “sucedió” a la Comunidad Europea (cfr. artículo 1 *in fine* TUE). La Comunidad Europea del Carbón y del Acero, nacida para un período de 50 años (frente al período de tiempo ilimitado de las Comunidades nacidas de los Tratados de Roma), expiró el 23 de julio de 2002. La Comunidad Europea de la Energía Atómica, por su parte, no se fusionó, a diferencia de la Comunidad Europea, con la Unión Europea, y conserva, pues, una personalidad jurídica distinta, al tiempo que, al margen formal de la Unión, comparte con ella las mismas instituciones.

2 Ese 24 de noviembre España se convertiría en el décimo noveno miembro del Consejo de Europa, primero en ser admitido sin Constitución nacional. Marcelino Oreja, a la sazón Ministro de Asuntos Exteriores, depositaría en la mañana ante la Secretaría General del Consejo de Europa el instrumento de nuestra adhesión autorizado apenas dos días antes por Las Cortes, y firmaría por la tarde el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Lo poco que en términos no ya expresos, sino implícitos, cabría deducir de nuestra pertenencia al club europeo, se encuentra en dos preceptos, los artículos 93 (cláusula de integración) y 10.2 (valor hermenéutico de los tratados sobre derechos humanos) de la Constitución, a los que en términos muy técnicos y específicos ha venido a sumarse de manera acentuada en tiempos recientes, como veremos, el artículo 24 (tutela judicial efectiva).

Ello nos sitúa en un escenario en el que, en espera de una posible reforma constitucional en la dirección que apuntaremos a continuación, el Tribunal Constitucional debería intensificar su natural protagonismo en la lectura suprema del texto constitucional, a los efectos de “visibilizar”, esclarecer y en su caso reforzar nuestro vínculo con Europa en general, y la Unión en particular.

3. La Constitución debiera visibilizar y esclarecer su vocación europeísta

Una hipotética reforma constitucional, si ésta llegara a producirse, debería inexorablemente expresar nuestra vocación europeísta y también, dicho sea de paso y colateralmente, americana, habida cuenta no sólo de nuestra historia, sino de nuestro presente y nuestro futuro, imposibles de explicar y entender en toda su dimensión al margen de nuestros vínculos con Hispanoamérica.

Y sería el Preámbulo, parece, la parte de la Constitución más adecuada para dejar constancia de ese doble compromiso de cooperación, tanto europeo como con las demás naciones de nuestra comunidad histórica (los países que tienen el castellano como patrimonio común y vehículo de una cultura), a partir del cual interpretar el resto del articulado de la Constitución al amparo de una dirección política de Estado compartida.

Por otro lado, a pesar de que nuestra Constitución no presenta a día de hoy contradicciones con el Derecho de la Unión, también sería conveniente, siempre en circunstancias oportunas, proceder a una reforma en la línea de incorporar una cláusula específicamente europea (el artículo 93 fue la vía utilizada no sólo para autorizar nuestro ingreso en las entonces Comunidades Europeas, sino también para ratificar todos y cada uno de los Tratados europeos de reforma, incluidos los de adhesión de nuevos Estados miembros), adecuada a los tiempos y reforzada en su legitimidad democrática.

Dicha reforma bien podría ir en la línea apuntada por el *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional* (2006)³, con el siguiente contenido: “1. España participa en el proceso de integración europea y, con este fin, el Estado español, sin mengua de los principios consagrados en [este] Título Preliminar, coopera con los demás Estados miembros a través de instituciones comunes en la formación de una unión comprometida con el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales. 2. La prestación del consentimiento para la ratificación de los tratados a través de los que se lleva a cabo la participación de España en la integración europea requerirá la previa autorización de las Cortes Generales por mayoría absoluta de ambas Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, el Congreso, por mayoría de tres quintos, podrá autorizar la celebración de dichos tratados. 3. Dentro del marco establecido en el apartado 1, los tratados de la Unión Europea y las normas emanadas de sus instituciones en el ejercicio de sus competencias serán aplicables en España en los términos definidos por el propio Derecho de la Unión”.

Convendría, no obstante, reubicar la nueva cláusula como último artículo del Título Preliminar, a los efectos de reflejar mejor la proyección general y transversal que tiene la integración europea en el resto del articulado, y, sobre todo, de identificar en dicho Título los límites a la integración, en cuanto concreción de la identidad nacional, sobre la que volveremos, cuyo respeto vendría por lo demás impuesto, como adelanté, por el propio Derecho originario de la Unión (artículo 4.2 TUE).

Lo cual, en fin, no obstaría para prever en otro precepto, este sí ubicado en el Capítulo dedicado a los “tratados internacionales”, la posibilidad de autorizar la celebración de tratados por los que se ceda soberanía, bien, como en la actualidad, mediando ley orgánica (así se hizo en relación con la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, autorizada por L.O. 6/2000, de 4 de octubre), bien, si se quisiera reforzar democráticamente el hecho mismo de la cesión de soberanía, recurriendo, por remisión, al procedimiento establecido en particular para la integración europea.

3 El texto del Informe, así como de las ponencias y los debates que rodearon su elaboración, fue co-editado ese mismo año por el propio Consejo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

4. La Constitución habla por boca del Tribunal Constitucional

Ha sido el artículo 93 el principal precepto de la Constitución a través del cual el Tribunal Constitucional ha ido construyendo el contexto de nuestra pertenencia al club europeo.

En un primer momento, que alcanzaría su punto álgido con la DTC 1/1992⁴ (pronunciada con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht), la aproximación del Tribunal Constitucional al artículo 93 estuvo marcada por una reducción de su alcance a un nivel puramente orgánico-procedimental⁵.

Ello con la doble finalidad, por un lado, de abstraerse el propio Tribunal de todo aquello que tuviera que ver con el manejo, por su parte, del Derecho comunitario⁶; y, por otro lado, descartar la utilización del precepto como soporte para alterar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas diseñada constitucional y estatutariamente⁷.

4 De 1 de julio.

5 STC 28/1991, de 14 de febrero: "El precepto constitucional, de índole orgánico procedimental, se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales".

6 Según la STC 28/1991, el hecho de que "a partir de la fecha de su adhesión, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado... no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 C.E". De ahí que, según la STC 64/1991, de 22 de marzo: "No corresponda al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al derecho comunitario europeo. Este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del recurso por incumplimiento. La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales".

7 Cfr. STC 252/1988, de 20 de diciembre. Más explícitamente aún, la STC 236/1991, de 12 de diciembre, sostendría que "los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas... no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias".

La DTC 1/1992, como señalaba, vino a culminar esta percepción del artículo 93 como cláusula meramente orgánico-procedimental, reforzando, además, la idea de que en ningún caso cabría interpretarla como habilitadora para una suerte de auto-ruptura constitucional: “el art. 93 de la Constitución [no] se prestaría a ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma fundamental, pues, ni tal precepto es cauce legítimo para la «reforma implícita o tácita» constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias [que no de su titularidad], en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del Tratado, de los imperativos constitucionales”. De hecho, la DTC provocaría la primera de las reformas de nuestra norma suprema, a los efectos de posibilitar la ratificación del Tratado de Maastricht, al ser considerado éste inconstitucional (sobre ello volveremos en el último apartado).

Pese a la insistencia del Tribunal Constitucional, apoyada en su referida lectura del artículo 93 en términos estrictamente orgánico-procedimentales, de distanciarse del Derecho comunitario al considerar los problemas suscitados por su aplicación como de mera “legalidad ordinaria”, lo cierto es que ya las SSTC 28/1991 y 64/1991⁸ abrieron las puertas al reconocimiento de un cierto rol constitucional del ordenamiento jurídico comunitario, al admitir la posibilidad de su utilización, en el terreno de los derechos fundamentales, como canon hermenéutico *ex* artículo 10.2 de la Constitución (dejando claro, eso sí, que ello no implicaba convertir dicho ordenamiento en “medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional”).

Un paso más en la dirección de reconocer cierta trascendencia constitucional al ordenamiento comunitario vendría de la mano de la STC 13/1998⁹, la cual afirmó que “prestar atención a cómo se ha configurado una institución por la Directiva comunitaria puede ser no sólo útil, sino incluso obligado para aplicar correctamente sobre ella el esquema interno de distribución competencial, máxime cuando la institución o las técnicas sobre las que

8 Citadas *supra* nota 6.

9 De 22 de enero.

versa la disputa carecen de antecedentes en el propio Derecho interno, como ocurre con el procedimiento de evaluación de impacto ambiental que, al margen de algunos precedentes impropios, constituye un instrumento de nuevo cuño, asimilado entre nosotros desde el Derecho comunitario”.

Recurso, pues, al Derecho Comunitario como canon hermenéutico –y aún integrador– constitucional, que podría “no sólo ser útil, sino incluso obligado”, en otros ámbitos, tal y como admitiría poco después la STC 120/1998¹⁰ en relación con la determinación del alcance del principio de reserva de ley¹¹; o como admitiría asimismo, más de una década después, la STC 1/2012¹² en relación con la existencia de “extraordinaria y urgente necesidad” para adoptar Decreto-leyes en el radio de acción del Derecho de la Unión¹³; o, en fin, la STC 20/2014¹⁴ en relación, en general, con los imperativos constitucionales exigibles a las normas destinadas a trasponer directivas europeas¹⁵.

10 De 15 de junio.

11 “Una norma del Derecho comunitario, originaria o derivada, en atención a su primacía en el orden interno, es susceptible de integrar el supuesto de hecho de una norma penal, incluso si ésta exige para su complemento que tenga rango legal”.

12 De 13 de enero.

13 “Las exigencias derivadas del Derecho de la Unión no pueden ser irrelevantes a la hora de establecer los márgenes constitucionalmente admisibles de libertad de apreciación política de que gozan los órganos constitucionales”; matizó el Tribunal, no obstante, que “el recurso al decreto-ley como cauce de incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la Unión Europea por la mera razón de que hubiera transcurrido el plazo de transposición, sin mayores precisiones, no se adecuaría al presupuesto habilitante de la urgente y extraordinaria necesidad, por lo que constituiría un uso abusivo de una facultad excepcional conforme a la Constitución española como es la legislación de urgencia y conduce a un reforzamiento de la posición institucional del poder ejecutivo en detrimento de la del legislativo”.

14 De 10 de febrero.

15 Matizando aquí también el Tribunal, trayendo a colación la STC 1/2012, que “en la incorporación de las directivas al ordenamiento interno como, en general, en la ejecución del Derecho de la Unión por los poderes públicos españoles, se deben conciliar, en la mayor medida de lo posible, el orden interno de distribución de poderes [incluido el pleno respeto de la estructura territorial del Estado], por un lado, y el cumplimiento pleno y tempestivo de las obligaciones del Estado en el seno de la Unión, por otro”. De ahí que sea necesario, como recalcaría la STC 1/2018, de 11 de enero, que la normal nacional “apure” el margen de apreciación otorgado por la norma europea.

Pero sería la DTC 1/2004¹⁶, pronunciada con ocasión de la ratificación del non-nato Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, la pionera en reconocer abiertamente en el artículo 93 “una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar”; concretamente, a los efectos de reconocer explícitamente en el mismo el vehículo a través del cual se produciría la incorporación de la “primacía de las normas del ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos”, así como –afirmará después la STC 215/2014¹⁷– del “principio de cooperación leal entre la Unión Europea y los Estados miembros” (llegando el Tribunal Constitucional a calificar metafóricamente el artículo 93 como cláusula “bisagra, mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias”).

El referido reconocimiento, si bien no va a llegar hasta el extremo de alterar su discurso en el sentido de excluir el artículo 93 como parámetro indirecto de constitucionalidad del Derecho derivado de la Unión¹⁸, sí que va a conducir, sin embargo, a un importante incremento en la utilización por el Tribunal Constitucional del Derecho de la Unión (incluida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia) a la hora de ejercitar su control de constitucionalidad sobre las normas internas.

5. La Constitución y los límites a la primacía del Derecho de la Unión

La misma DTC 1/2004 va introducir dos importantes puntualizaciones en relación con el principio de primacía interiorizado en virtud del artículo 93.

La primera, concerniente a los límites inherentes a la cesión que dicho artículo contempla, y que hoy conectarían con el concepto de “identidad nacional” que el TUE llama a respetar por la propia Unión (en su artículo 4.2): “La cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites

16 De 13 de diciembre.

17 De 18 de diciembre.

18 Alteración que, de haberse producido, habría por lo demás situado a nuestro sistema jurídico en una difícil situación de compatibilidad con la *doctrina Simmenthal* del Tribunal de Justicia europeo, que impone al juez ordinario la inaplicación por su propia autoridad de las leyes internas contrarias al Derecho de la Unión, salvadas las exigencias, *ex* artículo 267 TFUE, propias de la cuestión prejudicial (cfr. STJCE de 9 de marzo de 1978, 106/77).

materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia”.

La segunda, relativa a la operatividad del principio de primacía en términos de pura y estricta “aplicación preferente o prevalente” sobre las normas internas: a diferencia de la supremacía de la Constitución, que “se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla”, la primacía del Derecho de la Unión, “no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones” (discurso éste, dicho sea de paso, que no ha sido asumido a día de hoy por nuestra jurisdicción contencioso-administrativa en el contexto de su control sobre normas reglamentaria contrarias a las europeas, ejercitado con normalidad en términos de validez¹⁹).

19 Cfr. por ejemplo la STS de 1 de julio de 2010, anulatoria de diversos preceptos del Real Decreto 240/2007, regulador de la entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión, por ser excesivamente restrictivos en relación con la Directiva 2004/38. En cuanto a la depuración de leyes por contrarias al Derecho de la Unión, conviene recordar cómo el *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español* (2008) propuso atribuir al Tribunal Constitucional la competencia para anular leyes por contrarias al hoy Derecho de la Unión, a través de una reforma de su Ley Orgánica previendo una suerte de “cuestión de anti-europeidad” que, salvando las debidas distancias, recordaría a la “cuestión de ilegalidad” prevista en relación con los reglamentos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (aludiéndose al “planteamiento obligatorio si por sentencia firme se inaplicase una norma legal por contraria a Derecho comunitario”, “pero sin que tuviese incidencia alguna sobre la sentencia origen de la cuestión, dada su firmeza, una hipotética resolución del Tribunal Constitucional en sentido contrario, esto es, favorable a la validez de la norma con fuerza de ley”).

6. La primacía del Derecho de la Unión frente a los límites de la Constitución

La lectura por el Tribunal Constitucional del principio de primacía en clave interna, en términos de pura y estricta “aplicación preferente o prevalente” del Derecho de la Unión, no plantea duda alguna de compatibilidad con la doctrina del Tribunal de Justicia²⁰.

Sí resulta necesario, en cambio, hacer una serie de aclaraciones en relación con los límites materiales a la primacía apuntados en la DTC 1/2004, no tanto por una cuestión de discrepancia respecto de su sustancia misma, cuanto de divergencia acerca de la operatividad de su fundamento formal, atributivo de la competencia judicial última para determinar el exacto alcance, caso por caso, de tales límites.

En efecto, recordemos que ya en Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* (1970)²¹, siguiendo la estela de la pionera Sentencia *Flaminio Costa* (1964)²², el Tribunal de Justicia sostuvo que “al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma”; puntualizó, además, que “la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no

20 Según declaró el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 22 de octubre 1998, *IN.CO. GE* (C-10 a 22/97), “de la sentencia *Simmenthal* no puede deducirse que la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una norma de Derecho nacional posterior produzca el efecto de determinar la inexistencia de ésta”, de modo que, “ante semejante situación, el juez nacional está obligado, en cambio, a descartar la aplicación de esa norma, en la inteligencia de que esta obligación no limita la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para aplicar, entre los distintos procedimientos del ordenamiento jurídico interno, aquellos que sean apropiados para salvaguardar los derechos individuales reconocidos por el Derecho comunitario”. Lo cual, sin embargo, no debe hacer olvidar que en virtud del principio europeo de seguridad jurídica, los Estados miembros están obligados a expulsar formalmente de su ordenamiento las normas internas incompatibles con el Derecho de la Unión: cfr. STJCE de 4 de abril de 1974, *Comisión v. Francia* (167/73).

21 STJCE de 17 de diciembre de 1970 (11/70).

22 STJCE de 15 de julio de 1964 (6/64).

puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado”²³.

Cuando en 1992 el recién nacido Tratado de la Unión Europea enunció expresamente, por vez primera, el principio de respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, bien pudo verse en ello una victoria en clave nacional, marcando las líneas rojas a la expansión de la integración europea que derivaba de Maastricht²⁴. De hecho, parece que el precepto en cuestión, el entonces artículo F.1 TUE²⁵, fue fruto de una iniciativa del Reino Unido²⁶, país, como es bien sabido, tradicionalmente reacio a avanzar y profundizar en términos integradores.

Lo cierto, sin embargo, es que al incorporar el concepto de “identidad nacional” al Tratado de la Unión, éste se convirtió, a los efectos del artículo 4.2, en un concepto propio del Derecho de la Unión (y en cuanto tal, autónomo de los Derechos nacionales que estarían en su origen), atribuyendo así al Tribunal de Justicia, intérprete supremo del ordenamiento jurídico de la

23 Ya en *Flaminio Costa* el Tribunal de Justicia había adelantado que “al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original, una norma interna cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad”.

24 Cfr. por ejemplo P. Bon, *La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica*, Revista Española de Derecho Constitucional, 2014, n. 100, p. 181 (“Tiene también su lógica que la noción [de identidad nacional] se haya incorporado al Derecho comunitario primario a partir del Tratado de Maastricht. Este tratado implicaba, como sabemos, un progreso importante de la construcción europea. Ante el temor de perder una parte importante de su sustancia, algunos Estados quisieron adoptar una especie de cláusula de salvaguardia. Tal es la función de lo que era entonces el artículo F, apartado 1, del TUE”).

25 Redactado en los siguientes términos: “La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos”. Posteriormente, el Tratado de Ámsterdam (1997) eliminaría del apartado 3 del artículo 6 TUE la referencia a los principios democráticos sobre los que se basan los sistemas de gobierno, simplemente porque dichos principios, junto con los principios de libertad, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y del Estado de Derecho, serían erigidos por el apartado 1 del mismo artículo 6 en principios fundadores de la Unión, además de ser calificados como principios comunes a los Estados miembros.

26 Cfr. Y. Doutriaux, *Le Traité sur l'Union Européenne*, Ed. Armand Colin, Paris, 1992, p. 96.

Unión, una poderosa herramienta para reconducir en clave europea un discurso hasta entonces manejado en clave puramente nacional.

De hecho, tal habría sido hasta el momento la aproximación al artículo 4.2 TUE operada por el Tribunal de Justicia, sometiendo a escrutinio las invocaciones de los Estados miembros a su respectiva identidad nacional como límite o excepción al quehacer de la Unión.

Puede así traerse a colación el *asunto Sayn-Wittgenstein* (2010)²⁷, primera oportunidad que tuvo el Tribunal de Justicia para manejar el artículo 4.2 TUE en el siguiente contexto: Ilona Havel, de nacionalidad austríaca, es adoptada por un Sr. de nacionalidad alemana, adquiriendo, sin perder su nacionalidad, el apellido de éste, a saber, Fürst (Fürstin en el caso de Ilona) von Sayn-Wittgenstein. Residente y ejerciente de una actividad profesional (venta de castillos y casas solariegas) en Alemania, pero también fuera de Alemania, se encontró con que su partida de nacimiento fue corregida en Austria en 2007, suprimiéndose el «Fürstin von» en aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional austríaco en 2003, declarando que la Ley de 1919 de abolición de la nobleza, de rango constitucional, impedía a un ciudadano austríaco adquirir un apellido que incluyese un antiguo título nobiliario. Impugnada tal modificación registral ante los tribunales, el asunto terminó vía prejudicial en manos del Tribunal de Justicia, planteándose la compatibilidad de la legislación austríaca con la libre circulación de personas en la Unión.

El Tribunal de Justicia, que ya en los *asuntos García Avello* (2003)²⁸ y *Grunkin y Paul* (2008)²⁹ había proclamado que los Estados miembros infringen la citada libertad cuando impiden a un ciudadano de la Unión inscribir el nombre al que tiene derecho con arreglo a su ley personal, consideró que en el caso de Ilona, en cambio, no había lugar a declarar una infracción del Tratado.

Pero lo hizo, y aquí estría la clave, no sobre la base de que la ley de rango constitucional sobre la abolición de la nobleza constituiría, sin más, una expresión de la identidad nacional austríaca, sino con fundamento en el más cuidadoso y sutil argumento de que dicha abolición, llevada hasta

27 STJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-208/09).

28 STJCE de 2 de octubre de 2003 (C-148/02).

29 STJCE de 14 de octubre de 2008 (C-353/06).

sus últimas consecuencias, no dejaba de ser una manifestación concreta del principio general de igualdad (objetivo tradicional de la Unión, consagrado ahora, además, en el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales), íntimamente relacionado con la forma de Estado, republicana en el caso de Austria, susceptible de ser englobada, simultáneamente, en el concepto autónomo de identidad nacional recogido en el artículo 4.2 TUE y en el concepto asimismo autónomo de orden público justificativo de una excepción a una libertad fundamental, recordando el Tribunal, en relación con este último, su “reiterada doctrina” (en el marco de las libertades vinculadas al mercado interior, ahora exportada a las libertades de circulación y residencia vinculadas a la ciudadanía) acerca de la obligación de interpretarlo “en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Unión Europea”.

Y no sólo eso: una vez reconocido que la legislación austríaca era susceptible de ser englobada en los autónomos conceptos europeos de identidad nacional y orden público, y que superaba, además, el test de la proporcionalidad, el Tribunal recondujo en el fallo su discurso al terreno exclusivo de este último, declarando que “el artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que las autoridades de un Estado miembro, en circunstancias como las del litigio principal, puedan negarse a reconocer en todos sus elementos el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como ha sido determinado en un segundo Estado miembro, en el que reside el citado nacional, en el momento de su adopción en edad adulta por un nacional de ese segundo Estado miembro, porque dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido en el primer Estado miembro con arreglo a su Derecho constitucional, siempre que las medidas adoptadas por dichas autoridades en este contexto estén justificadas por *motivos de orden público*, es decir, que sean necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido”³⁰.

Tal aproximación del Tribunal de Justicia, a su vez y sin embargo, no ha restado ánimos a los Tribunales Constitucionales de Alemania e Italia, tradicionalmente más reivindicativos del respeto de sus respectivos textos

30 Cfr. en la misma línea, con la Constitución alemana como protagonista, la posterior STJUE en el asunto *Bogendorff von Wolfersdorff* (C-438/14), de 2 de junio de 2016.

constitucionales, a la hora de esgrimir sus propias lecturas de la identidad nacional como límite infranqueable por la Unión.

Así, puede traerse a colación, en el caso alemán, el Auto del Tribunal Constitucional Federal alemán de 14 de enero de 2014, por el que entabló por vez primera el diálogo, vía prejudicial, con el Tribunal de Justicia.

En dicho Auto, el Tribunal Constitucional Federal planteó la validez de una Decisión del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo de 6 de septiembre de 2012, relativa a determinadas características técnicas de las operaciones de compraventa simple del Eurosistema en los mercados secundarios de deuda soberana³¹, ofreciendo el *Bundesverfassungsgericht*, como alternativa a la declaración de invalidez, su propia interpretación de la referida Decisión conforme con los Tratados.

Pues bien, al margen del tono contundente (por no decir amenazante) del Auto de planteamiento, interesa aquí resaltar cómo el *Bundesverfassungsgericht* se reservó expresamente la última palabra, en función de la respuesta de Luxemburgo, sobre si la Decisión del BCE y su implementación podrían también suponer una violación de la “identidad constitucional” alemana (concretamente, de la consideración del Parlamento alemán como “dueño de las finanzas públicas alemanas”); reserva que el Alto Tribunal alemán mantuvo para el futuro en su Sentencia de 21 de junio de 2016, dictada tras la respuesta del Tribunal de Justicia³².

En parecidos términos se pronunció el *Bundesverfassungsgericht* en otra Sentencia dictada entre medias, el 15 de diciembre de 2015, vinculando la identidad nacional a la protección de los derechos fundamentales, como después reiteraría en su Sentencia de 17 de diciembre de 2017; terreno este específico de los derechos fundamentales, por lo demás, bien abonado para el debate tras las decisiones del Tribunal de Justicia, emitidas el mismo día en el año 2013, en los *asuntos Melloni*³³ (en respuesta, como es sabido, a las preguntas planteadas vía prejudicial, por vez primera y hasta el momento única por nuestro Tribunal Constitucional³⁴) y *Akerberg*

31 OMT Decision, en sus siglas en inglés – Outright Monetary Transactions.

32 En su Sentencia de 16 de junio de 2015, *Gauwailer e.a.* (C-62/14).

33 STJUE de 26 de febrero de 2013 (C-399/11).

34 El contexto de las cuestiones suscitadas, en síntesis, fue el siguiente: se trataba de dilucidar, en esencia, si la doctrina del propio Tribunal Constitucional en torno al artículo 24 de la Constitución, consistente en condicionar la ejecución de una orden

*Fransson*³⁵, cuya doctrina podría sintetizarse en los siguientes términos: 1) en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión en que los Estados miembros actúan *sin* margen alguno de maniobra, su único parámetro de referencia *iusfundamental* sería la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión; 2) en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión en que los Estados miembros actúan *con* margen de maniobra, la Carta constituiría el umbral mínimo de protección, desplazable por estándares nacionales de protección superior, siempre y cuando –y el matiz no resulta ni mucho menos menor– “no afecten” a “a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”.

Abonado de esta manera el terreno para el debate, sería el Tribunal Constitucional italiano el primero en participar intensamente en el mismo vía prejudicial, poniendo en tela de juicio, ni más ni menos, la doctrina sentada por el propio Tribunal de Justicia en el *asunto Taricco e.a.* (2015)³⁶, en el que desvinculó la institución de la prescripción en materia penal del principio de legalidad sobre la base del modesto argumento de que aquella tendría una naturaleza puramente formal y no material (caso de las normas relativas a la definición de las infracciones y la determinación de las penas, estas sí sometidas al principio de legalidad de los delitos y las penas).

Dicha participación en el debate se produjo, además y como señalaba, *ex* artículo 267 TFUE, activado por la *Corte Costituzionale* en el marco, a su vez, de una cuestión de inconstitucionalidad planteada ante la propia *Corte* por la jurisdicción ordinaria italiana.

Entablado así el diálogo formal en clave prejudicial mediante Auto de 23 de noviembre de 2016, la *Corte* puso sobre la mesa la posibilidad de declarar inconstitucional la ley italiana de ratificación del Tratado de Lisboa en lo concerniente al artículo 325 TFUE (relativo a la lucha contra el fraude y la protección de los recursos financieros de la Unión), de reafirmar

europea de detención y entrega a la posibilidad de una revisión de la condena si el sujeto afectado no compareció en el juicio, resultaba o no compatible con la normativa reguladora de la citada euro-orden, que impedía que la autoridad judicial denegara su ejecución cuando el sujeto afectado fue juzgado en ausencia, pero tuvo conocimiento de la celebración del juicio y dio mandato a un letrado para que le defendiera, y fue efectivamente por él defendido.

35 STJUE de 26 de febrero de 2013 (C-617/10).

36 STJUE de 8 de septiembre de 2015 (C-105/14).

el Tribunal de Justicia su interpretación del mencionado precepto en unos términos idénticos a los formulados en *Taricco e.a.* (términos según los cuales el juez italiano estaría obligado a inaplicar *in pejus*, con carácter retroactivo, la normativa nacional sobre la prescripción en materia penal, siempre que dicha normativa nacional impidiera imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea).

Eso sí, lejos de oponer sin más al Tribunal de Justicia una visión constitucional propia y singular del principio de legalidad, según la cual éste abarcaría las reglas concernientes a la prescripción (que chocaría con la visión constitucional europea del mismo principio, limitada, según acabamos de ver, a las reglas de carácter estrictamente sustantivo a la luz, según Luxemburgo, no sólo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, sino también del Convenio Europeo de Derechos Humanos), la *Corte Costituzionale*, con una enérgica pero al mismo tiempo metódica y medida reacción que obtendría sus frutos en Luxemburgo³⁷: 1) intentó presentar la visión italiana del referido principio no en términos de “singularidad”, sino de visión compartida por otros Estados miembros³⁸; 2) intentó enriquecer la visión de Luxemburgo del principio convencional de legalidad no sólo precisando la doctrina de Estrasburgo manejada en *Taricco e.a.*, sino aportando doctrina complementaria; 3) intentó ofrecer una lectura sistemática del principio de primacía, a la luz del principio de cooperación leal mutua (artículo 4.3 TUE), de la divisa europea “unidos en la diversidad” propia de un ordenamiento caracterizado por el pluralismo (artículo 2 TUE), y del respeto de la identidad nacional (artículo 4.2); 4) intentó marcar distancias contextuales con el *asunto Melloni*³⁹; 5) llamó la atención sobre cómo en *Taricco e.a.* el Tribunal de Justicia se pronunció exclusivamente sobre la irretroactividad en materia penal, sin llegar a examinar otra vertiente del principio de legalidad, como “la necesidad de que la norma relativa al régimen punitivo esté suficientemente determinada”; y 6) todo ello, en fin, aderezado con un reconocimiento del incumplimiento por el Estado italiano de las obligaciones que le incumbían a los efectos de sancionar

37 Cfr. STJUE de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.* (C-42/17).

38 Trayendo expresamente a colación, por cierto, la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de marzo.

39 En el sentido de que en el contexto de *Taricco e.a.*, los Estados miembros gozarían de margen de maniobra a la hora de implementar el mandato del artículo 325 TFUE.

adecuadamente los comportamientos fraudulentos contrarios a los intereses financieros de la Unión.

7. La elusión del conflicto constitucional entre ambos ordenamientos, nacional y europeo

Llegamos así a un punto en el que creo posible afirmar lo siguiente: para eludir el choque de trenes -nacional y europeo- de primera clase (i.e., en un nivel constitucional), es necesario ubicarse, de antemano, en un escenario, tanto procesal como sustantivo, proclive a favorecer tal elusión.

Por lo que respecta al *escenario procesal*, el sistema de la Unión cuenta con un mecanismo privilegiado de cooperación como la cuestión prejudicial⁴⁰. Todo lo que implique reforzar la operatividad de tal mecanismo debería redundar, por tanto y en principio, en una mayor fluidez del diálogo judicial con vistas a un mejor entendimiento a los efectos de evitar el conflicto último, en el escalón constitucional, entre ambos ordenamientos, nacional europeo.

Pues bien, desde la perspectiva propiamente europea, dicha operatividad se ha visto en los últimos años reforzada al facilitar el Tribunal de Justicia las acciones internas de responsabilidad ejercitadas para obtener reparación de los daños y perjuicios ocasionados por las infracciones del artículo 267 TFUE⁴¹, a lo que ha venido a sumarse, el 4 de octubre de 2018, la Sentencia dictada contra Francia en el asunto C-416/17, en la que el Tribunal declaró “por vez primera, en el marco de un recurso por incumplimiento,

40 Según palabras del propio Tribunal de Justicia, se trata de un “mecanismo fundamental del Derecho de la Unión Europea”, que “se basa en una estrecha colaboración entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros” (cfr. sus *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales*, DOUE 2016/C 439/01).

41 Acciones a las que específicamente se refirió el Tribunal de Justicia por vez primera en su Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Köbler* (C-224/01), y en relación con las cuales el Tribunal declararía, en su Sentencia de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva e.a.* (C-160/14), que “el Derecho de la Unión y, en especial, los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares en virtud de la vulneración del Derecho de la Unión cometida por un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que exige como requisito previo la revocación de la resolución lesiva dictada por ese órgano jurisdiccional, cuando en la práctica dicha revocación no es posible”.

el incumplimiento de la obligación de remisión prejudicial impuesta a un órgano jurisdiccional cuyas resoluciones no son susceptibles de ulterior recurso”⁴² (en el caso, del *Conseil d’État*).

Y desde la perspectiva puramente interna, y por lo que al Derecho español se refiere, el Tribunal Constitucional no sólo se decidió finalmente, como ya adelanté, a sumarse él mismo al diálogo prejudicial con Luxemburgo en el año 2011 (*asunto Melloni*), sino que, también con el paso del tiempo, ha ido modificando su visión del artículo 24 de la Constitución en relación con el incumplimiento por nuestros tribunales ordinarios de la obligación de activar el artículo 267 TFUE⁴³.

Efectivamente, y de manera similar a su evolución ya referida respecto del artículo 93, el Tribunal Constitucional ha pasado de considerar la tutela judicial efectiva como un remedio absolutamente excepcional, casi anecdótico, frente a dicho incumplimiento, a construir en los últimos años una compleja y elaborada doctrina que podría sintetizarse en los términos que expongo a continuación.

Se producirá una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1) si el no planteamiento de la cuestión prejudicial tiene lugar en un contexto de falta de motivación (equiparándose a la misma la motivación arbitraria, manifiestamente irrazonable o producto de un error patente) o de una resolución no fundada en derecho, pudiendo resultar ésta de: 1) la aplicación de una norma interna con toda evidencia inaplicable por haber sido declarada incompatible con el Derecho de la Unión por el propio Tribunal de Justicia, directamente en el marco de un

42 Cfr. Conclusiones del Abogado General Melchior Wathelet.

43 Desde una perspectiva diferente a la del artículo 24 de la Constitución, el Tribunal Constitucional también ha venido a reforzar el diálogo prejudicial del juez ordinario con Luxemburgo al priorizar éste sobre el diálogo del juez ordinario con el propio Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, según la doctrina sentada por el Pleno en sus Autos de 4 de octubre y 13 de diciembre de 2016 (168/2016 y 204/2016), habría que descartar tanto la posibilidad de anteponer la cuestión de inconstitucionalidad como la de siquiera simultanearla con la cuestión prejudicial, habida cuenta, según el Tribunal Constitucional, de que un juicio negativo de compatibilidad de la ley española con el Derecho de la Unión, emitido en el contexto de la cuestión prejudicial, sería causa de inaplicabilidad de tal ley “y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad” (la cual debe referirse siempre, según exigen los artículos 163 CE y 35.1 LOTC, a una norma legal “aplicable al caso”).

recurso por incumplimiento *ex* artículos 268-269 TFUE⁴⁴, o indirectamente vía prejudicial⁴⁵, sin proceder a cuestionar prejudicialmente al TJUE acerca de alguna cuestión dudosa concerniente a tal declaración, para volver sobre ella a la luz de nuevos argumentos o incluso, simplemente, para intentar una reconsideración de la postura del Tribunal de Justicia⁴⁶; 2) la no aplicación de una ley interna por supuestamente contraria al Derecho de la Unión sin previo planteamiento, cuando éste resulte obligatorio en los términos de *CILFIT*⁴⁷, de la cuestión prejudicial⁴⁸; 3) la no aplicación del Derecho derivado de la Unión por considerarlo inválido sin previo

44 Cfr. STC 145/2012, de 2 de julio.

45 Cfr. SSTC 232/2015, de 5 de noviembre, y 75/2017, de 19 de junio.

46 Pues como recuerda el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 17 de julio de 2014, *Torresi* (C-58 y 59/13), “aun cuando haya una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que resuelva la cuestión de Derecho discutida, los órganos jurisdiccionales nacionales conservan, en cualquier caso, plena libertad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si lo consideran oportuno (véase la sentencia *Cilfit*), sin que el hecho de que las disposiciones cuya interpretación se solicita hayan sido ya interpretadas por el Tribunal de Justicia se oponga a que éste se pronuncie de nuevo (véase, en ese sentido, la sentencia *Boxus* y otros)”. Adviértase al respecto, ello no obstante, que según prevé el artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, “cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado”.

47 STJCE de 6 de octubre de 1982 (283/81).

48 STC 58/2004, de 19 de abril. “Sin embargo”, aclaró STC 232/2015, antes citada, “dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE”. La importante STC 37/2019, de 26 de marzo, avalada por el Pleno, apunta hacia una intensificación de esta variante de control del juez constitucional sobre el juez ordinario en los siguientes términos: ante un supuesto de inaplicación de una norma interna por contraria al Derecho de la Unión (esto es, y aquí estaría la primera corrección de su doctrina precedente –salvo que ello se considerara un significativo desliza a la hora de, según sus propias palabras, “expresarse de manera sintética”–, no sólo de leyes, sino también de normas reglamentarias), el Tribunal Constitucional parece dispuesto en adelante, rondando por la frontera de la legalidad ordinaria, a someter a *riguroso* escrutinio las motivaciones del juez ordinario relativas al descarte del artículo 267 TFUE (en las cursivas estaría la segunda corrección, o aguda evolución si se prefiere, de su jurisprudencia anterior), a la luz de los conceptos del acto claro y del acto aclarado consagrados en la *doctrina CILFIT*.

planteamiento de la cuestión prejudicial, tal y como exige la *doctrina Foto-Frost*⁴⁹ (supuesto este aún no abordado expresamente por el Tribunal Constitucional⁵⁰, al que sería plenamente extrapolable, creo, su doctrina acerca de las inaplicaciones de leyes postconstitucionales consideradas por la jurisdicción ordinaria, motu proprio, inconstitucionales⁵¹).

En cuanto a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (24.2), tendría lugar, junto con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1), en los supuestos recién mencionados de no aplicación de una ley interna por supuestamente contraria al Derecho de la Unión y de no aplicación del Derecho derivado de la Unión por considerarlo inválido, en ambos casos sin mediar cuestión prejudicial siendo ésta obligatoria⁵².

Pasando ya a la cimentación de un *escenario sustantivo* proclive a evitar el conflicto último, en el escalón constitucional, entre los ordenamientos nacional y europeo, cabría comenzar por advertir, por lo que a la Constitución española se refiere, que junto con el artículo 93, también

49 Sentencia de 22 de octubre de 1987 (314/85), en la que el Tribunal de Justicia sentó su monopolio respecto de los juicios negativos de validez del Derecho europeo: "Dado que el artículo 173 [actual 263 TFUE]", señaló, "atribuye competencia exclusiva al Tribunal de Justicia para anular un acto de una institución comunitaria, la coherencia del sistema exige que la facultad de declarar la invalidez del mismo acto, si se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional, esté reservada asimismo al Tribunal de Justicia". En su Sentencia de 6 de diciembre de 2005, *Gaston Schul* (C-461/03), el Tribunal reafirmaría tal monopolio, manteniéndolo aun cuando ya hubiere declarado previamente inválidas "disposiciones equivalentes de [otra norma europea] comparable".

50 Aunque sí implícitamente y *a sensu contrario*, al descartar en su Sentencia 27/2013, de 11 de febrero, la vulneración alegada del artículo 24.1 al no haber entrado el Tribunal Supremo "a realizar un juicio de validez de la norma europea aplicada".

51 Cfr. STC 23/1988, de 22 de febrero.

52 Estaríamos, pues, ante supuestos de vulneración simultánea de dos derechos fundamentales distintos, correspondientes a los artículos 24.1 y 24.2 (cfr. el fallo de la STC 58/2004, citada). La cuestión no resulta baladí, habida cuenta de que, según doctrina del TC, las personas jurídico-públicas sólo son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva en toda su extensión (esto es, incluido tanto el 24.1 como el 24.2) cuando su situación procesal es análoga a la de los particulares. En caso contrario (lo que por ejemplo sucede cuando la Administración acude al proceso contencioso-administrativo en defensa de un acto dictado en el ejercicio de alguna potestad que como poder público ostenta), sólo gozaría, en lo que aquí interesa, del derecho a un proceso con todas las garantías *ex* artículo 24.2.

ha ido ganando con el paso del tiempo un debatido protagonismo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vinculada con el Derecho de la Unión, el artículo 10.2, sobre todo una vez producido, a partir de 2009, el fortalecimiento jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales adoptada en el año 2000 y dotada de efectos vinculantes con el Tratado de Lisboa.

En efecto, siendo discutible el empleo del artículo 10.2 como vía de penetración en nuestro ordenamiento de los derechos fundamentales de la Unión en aquellos ámbitos cubiertos precisamente por el radio de acción de la Unión, donde, cabría sostener, su grado de penetración debería ser el mismo, *ex* artículo 93, que el de cualquier otra norma europea⁵³, lo cierto es que resulta igualmente discutible aceptar una rebaja en el nivel de protección dispensado por nuestro propio catálogo constitucional de derechos fundamentales por mor del mismo artículo 93, habida cuenta de que éste difícilmente podría considerarse apto para amparar cesiones de competencias no ya no derivadas de la Constitución, sino constitucionalmente prohibidas (y como tal cesión podría considerarse el permiso a las autoridades públicas europeas y nacionales –éstas en cuanto brazo ejecutor de aquéllas– para desconocer los derechos y libertades constitucionalmente consagrados).

Por ello, ante la discutible respuesta ya referida de Luxemburgo en el *asunto Melloni*, imponiendo el desplazamiento del nivel de protección del catálogo interno sobre la base de un nivel de protección *inferior* otorgado por la Carta, la STC 26/2014⁵⁴, receptora de la respuesta prejudicial, optó por fundamentar tal desplazamiento en una reinterpretación, sobre la base del artículo 10.2, del nivel hasta ese momento dispensado por nuestra Constitución; concretamente, en una reinterpretación a la baja de su propia doctrina en relación con el derecho fundamental en juego (tutela judicial efectiva ante las condenas *in absentia*), en la línea marcada, de manera coincidente, por el Tribunal de Justicia y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el mismo derecho (tutela judicial efectiva) recogido en la Carta (artículo 47) y en el Convenio (artículo 6).

53 Cfr. en esta línea los votos particulares concurrentes que las Magistradas Adela Asúa y Encarnación Roca formularon a la STC 26/2014 (asunto Melloni), a la que me referiré a continuación en el texto.

54 De 26 de febrero.

Iniciada en todo caso la senda de la permeabilidad de la Constitución por el Derecho de la Unión, que en última instancia debe traducirse en lecturas empáticas⁵⁵ o tolerantes⁵⁶ del texto constitucional hacia el fenómeno de la integración europea, conviene advertir, ello no obstante, que siguen plenamente vigentes los límites a dicha integración apuntados por la DTC 1/2004, ya citada, que volvemos a enunciar y que vendrían a ser el reflejo constitucional interno de los límites a la integración previstos en el plano constitucional europeo, concretamente en el también ya analizado respeto a la identidad nacional: “La cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia”.

Pues bien, aun aceptando por un lado como indiscutible que con la previsión, en el plano europeo, del respeto de la “identidad nacional”, se otorgó al Tribunal de Justicia la última palabra, en cuanto intérprete supremo del Derecho de la Unión (incluido el artículo 4.2 TUE), para decidir en qué medida la identidad nacional esgrimida *ad casum* por cada Estado miembro encajaría o no en el concepto europeo de identidad nacional en cuanto límite a la integración, conviene no olvidar, por otro lado, que también el propio texto constitucional europeo (junto con el artículo 4.2, los artículos 2 y 6.3 del mismo TUE referidos al comienzo de esta exposición) impone lecturas del mismo por el Tribunal de Justicia empáticas o tolerantes hacia las bases constitucionales de los Estados miembros.

Se trataría, en consecuencia, de asumir como esencial herramienta hermenéutica de trabajo, tanto por parte del Tribunal Constitucional como del Tribunal de Justicia, una suerte de principio recíproco de interpretación

55 Tomo la expresión de L. Arroyo Jiménez, *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución Española*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2016.

56 Tomo la expresión de J. Weiler en su contrarréplica a R. Stith en *Dos visiones norteamericanas de la jurisdicción de la Unión Europea*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2000.

conforme, ajeno a jerarquización alguna entre las normas objeto de la misma, conducente a una lectura de la Constitución española empática o tolerante hacia el Derecho de la Unión, y del Derecho de la Unión empática o tolerante hacia la Constitución española.

Recapitulando, el escenario sustantivo al que me vengo refiriendo debería cimentarse sobre una empatía –o cuando menos tolerancia– constitucional mutua, auspiciada –cuando no impuesta– por los artículos 93 y 10.2 de la Constitución, y 2, 4.2 y 6.3 TUE. Y en cuanto al escenario procesal, brillaría con luz propia el diálogo prejudicial que tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal Constitucional han venido a reforzar en los últimos tiempos: el Tribunal de Justicia, al intensificar, como apunté, la presión sobre los órganos jurisdiccionales nacionales por la doble vía de la responsabilidad frente a la propia Unión (a través de las acciones institucionales de incumplimiento ejercitadas como regla general por la Comisión europea ante el Tribunal de Justicia) y frente a los particulares (a través de las acciones de indemnización ejercitadas por éstos ante los tribunales internos); y el Tribunal Constitucional, como también vimos, al participar él mismo de dicho diálogo y potenciar la efectividad del artículo 24 de la Constitución para corregir determinadas desviaciones del juez ordinario respecto de la obligación de activar el artículo 267 TFUE siguiendo las pautas marcadas por Luxemburgo.

8. La superación del conflicto constitucional constatado

Solventadas así, en el doble escenario procesal y sustantivo expuesto, colisiones constitucionales que en un principio podrían haber parecido insalvables, no se debería dramatizar en relación con aquellas otras finalmente insuperables.

Ello por la sencilla razón de que ambos ordenamientos, el español y el europeo, prevén mecanismos de reforma para, llegado el caso, superar el conflicto en cuestión.

En el caso español, cabría recurrir al Título X de la Constitución. Así se hizo en 1992, como consecuencia del control de constitucionalidad del Tratado de Maastricht, ejercitado *ex ante* por el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/1992; concretamente, a los efectos de permitir a los ciudadanos de la Unión ejercitar el derecho de sufragio pasivo en las

elecciones municipales (hasta entonces, el artículo 13.2 de la Constitución sólo reconocía a los extranjeros el derecho de sufragio activo).

Nada obstaría, por lo demás, a un control *ex post*, forzado en su caso por una declaración de incompatibilidad de la Constitución con el Derecho de la Unión, procedente bien del propio Tribunal Constitucional, bien del Tribunal de Justicia (en este caso, bien vía directa de un recurso por incumplimiento, bien vía indirecta de una cuestión prejudicial, como por ejemplo sucedió en Alemania con la reforma del artículo 12a de la Ley Fundamental en el año 2000, a resultas de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el *asunto Kreil*⁵⁷, que declaró que la exclusión de manera generalizada por la legislación alemana –con cobertura constitucional– de las mujeres de los empleos militares que implicaran el uso de armas y que sólo autorizaran su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar, resultaba contraria a la normativa europea relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación).

Menos probable, aunque no imposible, sería el recurso, desde la perspectiva europea, a los procedimientos de revisión de los Tratados (regulados en el artículo 48 TUE) con el fin de adecuar los mismos a las exigencias constitucionales de un determinado Estado miembro.

Cierto es que, como decía, parece políticamente improbable un acuerdo entre todos los Estados miembros para satisfacer las exigencias constitucionales de uno de ellos. Pero no lo es menos que habría que estar a las circunstancias concretas del caso, que en determinados supuestos podrían propiciar una posición de fuerza del Estado afectado por la incompatibilidad.

Piénsese, por ejemplo, en circunstancias vinculadas con la posible paralización de una reforma de envergadura en curso a escala europea. Así sucedió con la aprobación del actual Protocolo 35 anejo a los Tratados, que excluye lacónicamente cualquier afectación por el Derecho de la Unión del artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa, el cual preveía, antes de su reforma de 18 de septiembre de 2018, el derecho a la vida del *nasciturus* en términos de igualdad con el derecho a la vida de la madre. Ello, traducido en la prohibición no sólo de prácticas abortivas, sino también de prestar información sobre dichas prácticas legalmente prestadas en otros Estados

57 STJCE de 11 de enero de 2000 (C-285/98).

miembros, llegó a plantear dudas de compatibilidad con la libre prestación de servicios consagrada en el nivel constitucional europeo; dudas que, no del todo resueltas por la Sentencia del Tribunal de Justicia en el *asunto Grogan e.a.*⁵⁸, dictada el 4 de octubre de 1991 (esto es, prácticamente finalizadas las negociaciones de Maastricht), llevaron a Irlanda a forzar la adopción del mencionado Protocolo, con el que evitar futuribles controversias entre su Constitución y una de las libertades básicas del mercado interior.

En fin, para el caso de no llegar a buen puerto reforma alguna, ni en el nivel europeo ni el nivel interno, a los efectos de superar satisfactoriamente un conflicto constitucional constatado entre ambos niveles, existiría la vía no deseable, pero no por ello descartable, de una salida del club, prevista por vez primera en el sistema europeo de integración –artículo 50 TUE⁵⁹– con el Tratado de Lisboa y cuya extraordinaria complejidad ha venido poniendo de manifiesto, y continúa haciéndolo, la experiencia británica.

58 C-159/90.

59 Artículo 50 que “es, en realidad, una muestra relevante del respeto a la identidad nacional de los Estados, a los que reconoce su derecho de retirarse de la Unión, de conformidad con sus normas constitucionales. Del mismo modo que un Estado miembro puede, en un momento concreto, considerar que su identidad nacional es incompatible con la pertenencia a la Unión, nada obsta a que vincule esa misma identidad (que no ha de ser comprendida como una noción inmutable, petrificada) con su integración en la Unión” (Conclusiones del Abogado General Manuel Campos en el *asunto Wightman e.a.*, C-621/18, resuelto por STJUE de 10 de diciembre de 2018).

VALORACIÓN DEL 25° ANIVERSARIO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL URUGUAYA DE 1997*

*Ruben Correa Freitas***

Sumario: 1.- Introducción; 2.- Principales caracteres de la Constitución uruguaya de 1967; 3.- El contexto político en que se gestó la Reforma Constitucional de 1997; 4.- Las opiniones de especialistas sobre la necesidad de la reforma constitucional; 5.- El proceso reformista de 1996; 6.- Las principales reformas constitucionales de 1997; 7.- El ballottage en la elección presidencial; 8.- Conclusiones.

* Artículo escrito en homenaje al Profesor Principal del Departamento de Derecho Público de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, Dr. José F. PALOMINO MANCHEGO.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, UDELAR. Magister en Educación, Facultad de Educación, UDE. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Instituto de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UDELAR. Consejero (s) de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Académico de Número Fundador de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas, UDE. Profesor de Derecho de la Función Pública, Maestría en Derecho Administrativo Económico, Universidad de Montevideo, U.M. Profesor de Derecho Constitucional Comparado, Maestría en Relaciones Internacionales y de la Integración, Facultad de Ciencias Jurídicas, UDE.

1.- Introducción

Constituye para mi un gran honor escribir este artículo en homenaje al destacado Catedrático de Derecho Constitucional peruano, Dr. José F. PALOMINO MANCHEGO, quien se ha destacado a lo largo de su trayectoria académica como un estudioso y un investigador de primer nivel.

Corresponde destacar especialmente su condición de Profesor Principal del Departamento de Derecho Público de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, así como su labor incansable como Secretario Ejecutivo Adjunto del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, colaborando con uno de los más brillantes constitucionalistas de América Latina como es el Profesor Dr. Domingo GARCÍA BELAUNDE, quien representa una de las principales corrientes del pensamiento jurídico en materia de Derecho Procesal Constitucional.

El Profesor PALOMINO MANCHEGO tuvo una activa participación en la publicación que llevó adelante el Profesor Domingo GARCÍA BELAUNDE, sobre el pensamiento de Hans KELSEN acerca de la Jurisdicción Constitucional, con dos trabajos del Fundador de la Escuela de Viena, uno publicado en 1928, primero en alemán y después en francés, titulado “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)”; y otro, un análisis comparado de las Constituciones austríaca y norteamericana, publicado en 1942. El libro cuyo título es “HANS KELSEN - Sobre la Jurisdicción Constitucional”, publicado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, al cuidado de Domingo GARCÍA BELAUNDE, (Lima, Perú, 2017), tiene un artículo muy importante del Profesor PALOMINO MANCHEGO sobre el Tribunal Constitucional de Austria.

Sobre la importancia de esta publicación realizada sobre KELSEN, me parece oportuno señalar muy especialmente estas reflexiones del Profesor PALOMINO MANCHEGO, en la que relata la forma cómo se llevó a cabo esta formidable tarea de investigación:

“En efecto, fue a propósito de un viaje que los dos realizamos, entre otras ciudades europeas (Amsterdan, Praga, Budapest, Bologna, Roma ...), a la Viena imperial, meca de la Filosofía del siglo XX, donde finiquitamos la publicación de la obra, de gran envergadura, que lleva por título Sobre la Jurisdicción Constitucional, libro que recoge y ajusta diversos trabajos de Kelsen redactados entre 1928 y 1941 -al calor del período del Derecho Constitucional de entreguerras- y que constituyen los fundamentos teóricos de lo que posteriormente desembocará en una disciplina

jurídica que ya tomó cuerpo en las mallas curriculares universitarias, denominada Derecho Procesal Constitucional”¹.

Por lo tanto, me parece un justo y merecido homenaje el que recibe el Profesor peruano José F. PALOMINO MANCHEGO, como reconocimiento de la comunidad académica internacional, en especial por parte de los constitucionalistas de América Latina, a las enseñanzas realizadas a lo largo de tantos años, a los libros y escritos publicados, así como a los trabajos de investigación que demuestran su dedicación y esfuerzo permanente por el desarrollo de una disciplina tan importante como es el Derecho Constitucional en la consolidación del Estado de Derecho.

2.- Principales caracteres de la Constitución uruguaya de 1967

Corresponde precisar, en primer lugar, que la Constitución vigente en la República Oriental del Uruguay, es la Constitución de 1967. Esta Constitución de 1967 ha tenido cuatro reformas parciales en 1989, 1994, 1997 y 2004. Las dos primeras reformas parciales de 1989 y 1994, se refirieron exclusivamente a la seguridad social, específicamente en lo relacionado con los aumentos anuales de las prestaciones de jubilación y pensión, habiendo sido promovidas ambas reformas por iniciativa popular de las asociaciones de jubilados y pensionistas (Constitución, art. 67 y Disposición Transitoria y Especial Letra V’). La reforma parcial de 2004, también de iniciativa popular impulsada por el gremio de los funcionarios de la empresa estatal responsable del suministro de agua potable y del saneamiento, que se llama OSE (Administración Nacional de las Obras Sanitarias del Estado), por la que se declaró que estos servicios públicos sólo pueden ser prestados por el Estado o por una entidad estatal (Constitución, art. 47).

La Constitución uruguaya de 1967 es una Constitución escrita, codificada y rígida en cuanto al procedimiento de reforma, que consagra un sistema de gobierno presidencial atenuado. En tal sentido, corresponde señalar que se prevé la existencia de los tres Poderes del Estado, es decir el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Corresponde señalar especialmente que la Constitución uruguaya prevé un sistema de declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos de los

1 PALOMINO MANCHEGO, José F., “*El Tribunal Constitucional de Austria*”, en KELSEN, Hans, “*Sobre la Jurisdicción Constitucional*”, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Cuadernos del Rectorado, Lima, Perú, 2017, págs. 248-249

gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción, competencia que está asignada en forma exclusiva a la Suprema Corte de Justicia. Por esta razón, la Constitución uruguaya es también una Constitución rígida propiamente dicha.

El Poder Legislativo es bicameral, con una Cámara de Senadores y una Cámara de Representantes, que en reunión forman la Asamblea General. La Cámara de Representantes se integra con noventa y nueve miembros y la Cámara de Senadores se integra con treinta miembros, más el Vicepresidente de la República, que la preside (Constitución, arts. 88 y 94). Asimismo, se prevé el funcionamiento de la Comisión Permanente, que se integra con once miembros, siete Representantes y cuatro Senadores, siendo presidida por un Senador de la mayoría (Constitución, 127). La Comisión Permanente funciona durante los períodos de receso parlamentario, que en el Uruguay se extiende desde el 15 de diciembre hasta el 1º de marzo, excepto cuando hay elecciones nacionales cada cinco años, en que el receso en el año electoral comienza el 15 de setiembre y se extiende hasta el 15 de febrero del año siguiente, cuando asumen los legisladores electos y luego el 1º de marzo el Presidente y Vicepresidente de la República (Constitución, arts. 83, 84 y 104). Cabe señalar, que el Vicepresidente de la República es quien preside la Cámara de Senadores y la Asamblea General (Constitución, art. 94).

El Poder Ejecutivo en la Constitución uruguaya está confiado al Presidente de la República con un Consejo de Ministros, que puede actuar de dos formas: una primera, en el Acuerdo entre el Presidente de la República con uno o varios Ministros; una segunda, el Presidente de la República con el Consejo de Ministros (Constitución, arts. 149, 160 y 168). Quiere decir, pues, que en el Uruguay el Poder Ejecutivo no está asignado al Presidente de la República, el Poder Ejecutivo no es un órgano unipersonal, sino que es un órgano pluripersonal, integrado por el Presidente de la República con un Consejo de Ministros.

Con respecto a la elección del Presidente de la República, habré de referirme a la misma cuando analice la Reforma Constitucional de 1997. No obstante, corresponde aclarar que entre 1967 y 1997 (con el interregno de la dictadura militar entre 1973 y 1984), el Presidente de la República era elegido directamente por la ciudadanía por mayoría simple, pudiendo cada partido político, que en nuestra legislación electoral se denominan "Lemas", presentar varios candidatos. Esto llevaba a que la Corte Electoral

debía, en primer lugar, determinar cuál era el Lema más votado; luego, en segundo lugar, debía proclamar quién era la fórmula para Presidente y Vicepresidente de la República más votada dentro del Lema más votado.

En el sistema constitucional uruguayo, el Presidente de la República es a la vez Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. Como Jefe de Estado, tiene competencias asignadas que las ejerce por sí solo, sin el requisito de la firma o el refrendo ministerial, como por ejemplo la representación del Estado en el interior y en el exterior, la designación y cese de los Ministros de Estado; la designación del Secretario y Prosecretario de la Presidencia de la República; la designación del Director de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto; requerir de la Asamblea General el voto de confianza para el Consejo de Ministros; la observación del voto de censura a los Ministros de Estado por parte de la Asamblea General; aprobar el decreto por el que se mantiene a los Ministros censurados, se disuelve la Asamblea General y se convoca a nuevas elecciones parlamentarias (Constitución, arts. 148-152).

El Presidente de la República, como Jefe de Gobierno es quien imprime la orientación política del gobierno. En tal sentido, es quien convoca y preside el Consejo de Ministros, teniendo claramente la legitimación política que le otorga la elección directa por parte de la ciudadanía, a diferencia de los Ministros de Estado que son designados por el Presidente de la República y que pueden ser cesados en cualquier momento.

La Constitución prevé que el Consejo de Ministros tiene competencias privativas, que son aquellas que plantea el Presidente de la República sobre cualquier asunto o materia; y las que planteen los Ministros de Estado en temas de sus respectivas carteras (Constitución, art. 160). Pero la Constitución también le atribuye al Consejo de Ministros algunas competencias en forma exclusiva u originaria, como es el caso de la iniciativa en las leyes con declaratoria de urgente consideración, la ruptura de relaciones con otros Estados y la declaración de guerra, las leyes de Presupuesto y de Rendición de Cuentas, la delegación de atribuciones, la redistribución de las atribuciones y competencias de los Ministerios, la designación de los miembros de los Directorios de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados (Constitución, art. 160, 174 y 187).

El Poder Judicial en la Constitución uruguaya, está atribuido a la Suprema Corte de Justicia, a los Tribunales de Apelaciones, a los Juzgados Letrados y a los Juzgados de Paz (Constitución, art. 233). La Suprema

Corte de Justicia se integra con cinco miembros, que son designados por dos tercios de la Asamblea General, la que tiene un plazo de noventa días para designarlos una vez producida la vacante. Si la Asamblea General no se pronuncia dentro del plazo de noventa días, automáticamente que designado el miembro más antiguo de los Tribunales de Apelaciones (Constitución, art. 236).

3.- El contexto político en el que se gestó la Reforma Constitucional de 1997

El Uruguay se caracterizó a lo largo de su historia, por ser una de las democracias más sólidas y firmes en América Latina. Nos enorgullecíamos porque en los años 50' del siglo XX, éramos la Suiza de América. Tan es así, que en el año 1952 entró en vigencia una nueva Constitución, que consagraba un Poder Ejecutivo colegiado, con un Consejo Nacional de Gobierno integrado por nueve miembros, seis de la mayoría y tres de la minoría. La Presidencia del Consejo Nacional de Gobierno era rotativa en forma anual, entre los cuatro primeros Consejeros de la mayoría.

Una de las claves de la fuerte conciencia cívica que había en el Uruguay, fue el sistema electoral que surgió luego de las sangrientas guerras civiles de la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX. La Constitución uruguaya de 1918 estableció las bases fundamentales sobre las que se asienta el sistema electoral: a) la inscripción cívica obligatoria de todos los ciudadanos en el Registro Cívico Nacional; b) el voto secreto; c) la representación proporcional.

A su vez, se sancionaron leyes electorales entre 1924 y 1925, que le dieron la denominación de "Lemas" a los partidos políticos. La particularidad que se dio en el sistema electoral uruguayo, fue que por disposiciones contenidas en las Constituciones de la República de 1918, 1934, 1942, 1952 y 1967, el Presidente de la República y el Consejo Nacional de Gobierno, la elección se hacía mediante el "sistema de doble voto simultáneo", mediante el cual el ciudadano votaba al Lema y a la lista de candidatos correspondientes.

¿Cuál era la consecuencia práctica desde el punto de vista político? Que los Lemas o partidos políticos tenían varios candidatos a la Presidencia de la República, los que acumulaban entre sí los votos obtenidos. De allí es que para saber quién había sido electo Presidente de la República,

primero había que saber cuál había sido el Lema más votado. Después que se verificaba cuál era el Lema más votado, había que precisar cuál era el candidato a Presidente de la República más votado dentro del Lema o Partido Político correspondiente.

En la práctica, ello llevó a que muchos Presidentes de la República fueron electos en el Uruguay, con un porcentaje muy bajo de votos, como por ejemplo un 25%. Se dio la circunstancia en varias ocasiones que el candidato de un Lema individualmente tuvo más votos que el Presidente de la República electo. Ese fenómeno se acentuó aún más cuando surgió el Frente Amplio en el año 1971, que es una coalición de partidos de izquierda, que llevaba un solo candidato a la Presidencia de la República.

Los ciudadanos se quejaban después de cada elección nacional, porque afirmaban que ellos no habían votado por el Presidente que había sido electo, pese a que habían votado por el Partido Político que había triunfado en las elecciones. En otros términos, la ciudadanía no entendía o no comprendía este mecanismo electoral del llamado “doble voto simultáneo”, que en la jerga política uruguaya se llamaba “la ley de lemas”, por el cual se votaba a la vez por un partido político y por una lista de candidatos, y que esa lista de candidatos a su vez acumulaba con otras listas de candidatos.

Se llegó a afirmar, jocosamente, que el voto en el Uruguay era tan secreto, que el ciudadano no sabía a quién votaba.

Restablecida la democracia en el Uruguay en el año 1985, se mantuvo el régimen electoral, pero poco a poco se empezó a percibir que desde el punto de vista político, el país estaba dividido entre tercios. En otros términos para comprender la situación política, debe tenerse en cuenta que en las elecciones del año 1994, casi hubo un empate entre tres partidos políticos, el Partido Colorado, el Partido Nacional y el Frente Amplio, con una diferencia de apenas diez mil votos entre cada uno de ellos.

Allí se planteó el problema de la gobernabilidad, de las dificultades del Presidente de la República que fuera electo para conformar gobierno, así como de la necesidad de encontrar soluciones políticas y electorales, que le dieran mayor solidez al sistema político uruguayo.

Se llegó a sostener que en realidad lo que se buscaba era impedir el triunfo del Frente Amplio, mediante el mecanismo de la reforma constitucional. La realidad demostró que ello no fue así, porque el Frente Amplio

triunfó ampliamente entre tres elecciones nacionales seguidas. Primero en las elecciones de 2004, con mayoría absoluta en ambas Cámaras; luego también ganó las elecciones nacionales de 2009 y de 2014, obteniendo también la mayoría absoluta de legisladores en las dos Cámaras del Poder Legislativo.

4.- Las opiniones de especialistas sobre la necesidad de la reforma constitucional

A partir de 1990, diversos especialistas como politólogos, sociólogos, periodistas especializados, realizaron diversos análisis que contribuyeron a comprender el problema político electoral que estaba viviendo el Uruguay en esos momentos.

Debo destacar un estudio realizado por el sociólogo César Aguiar, quien expuso en un seminario organizado por el “Observatorio del Sur” y la organización italiana “Arel” el 9 de noviembre de 1990, en el que afirmó que el sistema político bipartidista tendía a la erosión y los partidos se encaminaban hacia un punto de máximo fraccionamiento².

Para comprender estas reflexiones, debe tenerse en cuenta que el Uruguay desde su nacimiento a la vida independiente en 1830 hasta 1971, fue básicamente un régimen de dos grandes partidos políticos, el Partido Colorado y el Partido Nacional, si bien siempre existieron varios partidos políticos con menor apoyo electoral, como la Unión Cívica, el Partido Socialista, el Partido Comunista, la Democracia Cristiana, entre otros. En el año 1971 fue fundado el Frente Amplio, que en esa elección obtuvo un 20% del electorado y luego del renacimiento democrático en 1985, en forma paulatina pero constante el Frente Amplio fue creciendo en su base electoral y los partidos tradicionales o fundacionales fueron perdiendo apoyo electoral en la ciudadanía.

El periodista Tomás Linn, entonces columnista del Semanario “Búsqueda”, publicó en 1994 un libro titulado “Los Temas sobre la Mesa”, en donde entre otras consideraciones expresó lo siguiente: *“Un excelente trabajo del sociólogo Francisco Vernazza muestra con precisión cómo el nexo personal entre el votante y el elegido se diluye en esta maraña de cooperativas electorales y queda en su lugar una compleja trama de mediaciones que sólo hace*

2 CORREA FREITAS, Ruben y VÁSQUEZ, Cristina, “La Reforma Constitucional de 1997”, F.C.U., Mdeo., 1997, pág. 15.

*más difusa y débil la relación entre el ciudadano, su representante y el sistema democrático y ensombrece la presunta perfección del sistema proporcional.”*³

El politólogo Oscar Botinelli, en un editorial publicado en el diario “El Observador Económico” del 17 de diciembre de 1994, bajo el título “Hacia la reforma política”, afirmaba: “La experiencia de los dos últimos quinquenios debe ser aleccionante: la reforma política, constitucional o electoral no puede ser resuelta en cualquier momento. Cuando más lejos se esté de las elecciones siguientes, más propicio es el clima para una discusión profunda, serena, desapasionada y con horizontes abiertos. Cuanto más cerca se esté de las elecciones, mayor peso tendrán en la adopción de posiciones los beneficios y perjuicios que una reforma cause a cada agente político, ya fuere en el plano electoral, ya en el de su posicionamiento en el gobierno sucesivo.”⁴

Finalmente, también dio su opinión otro destacado analista político, Juan Carlos Doyenart, en el diario “El Observador Económico” de fecha 19 de diciembre de 1994, expresando: “El sistema debe reformarse porque sus mecanismos ya no responden a las fuertes exigencias de un Estado moderno. Nuestro sistema político es ineficaz, y está bloqueado. No es un problema de representatividad o simplemente de estilos políticos caducos, es un sistema inoperante ante una realidad multipartidaria. El problema que debe enfrentar el presidente electo es el de negociar apoyos para ‘su’ gobierno pidiéndole a los partidos o fracciones opositoras que dejen de jugar el rol que el propio sistema les asigna.”⁵

Como se aprecia claramente con estas opiniones transcritas, la opinión generalizada es que la reforma constitucional era imprescindible, porque el sistema electoral de la Constitución de la República de 1967, no se adaptaba a la realidad. Nos encontrábamos ante un escenario político totalmente diferente del que había sido tradicional en el Uruguay, con un sistema bipartidista que ya no existía más. A lo que se agregaba el hecho de que el Presidente de la República era electo por el sistema del “doble voto simultáneo”, en el que cada partido político llevaba varios candidatos y que quien resultaba electo como Presidente de la República, carecía de las mayorías necesarias en el Parlamento para poder gobernar, porque normalmente era electo con un porcentaje muy bajo del electorado.

3 CORREA FREITAS, Ruben y VÁSQUEZ, Cristina, Ob. cit., pág. 16.

4 CORREA FREITAS, Ruben y VAZQUEZ, Cristina, Ob. cit., pág. 17.

5 CORREA FREITAS, Ruben y VAZQUEZ, Cristina, Ob. cit., pág. 18.

5.- El proceso reformista de 1996

En ese clima político que se ha descrito precedentemente, cuando el día 1º de marzo de 1995 asumió el Presidente electo por el Partido Colorado, el Dr. Julio María Sanguinetti, en su discurso ante la Asamblea General manifestó la necesidad de reformar la Constitución de la República. Citando a Karl Popper que enseña que *“Vivir es encontrar soluciones”*, expresó el Dr. Sanguinetti al asumir por segunda vez la Presidencia de la República:

“De eso se trata: de lograr entendimientos y acuerdo para poder hallar soluciones.

Este clima político no nos puede hacer ignorar, sin embargo, que el país precisa también de reformas constitucionales, de reformas legales en su sistema de instituciones. El Poder Ejecutivo necesita mejores capacidades de gobernabilidad, más allá de las personas que puedan estas circunstancialmente a su cargo. El Poder Legislativo, en tanto, precisa mayor agilidad y celeridad en su acción; el sistema electoral, reclama una mayor claridad en lo que respecta al voto de los ciudadanos y una máxima flexibilidad en sus articulaciones; los partidos necesitan de mayor coherencia y disciplina interna.”

Fue así como de inmediato el Presidente de la República convocó a los líderes de todos los partidos políticos, a una reunión en la vieja Casa de Gobierno, “Palacio Estévez”, el día 30 de marzo de 1995, donde les planteó la necesidad de abocarse a una reforma política que modificara aspectos sustanciales de nuestro sistema constitucional.

Se llevaron a cabo numerosas reuniones, actuando como Secretario el Dr. Miguel Semino, quien había sido Profesor Adjunto de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (1965-1973), Secretario de la Presidencia de la República (1985 - 1989), y Embajador en Perú (1989 - 1994).

El 28 de diciembre de 1995, los líderes políticos llegaron a algunos consensos sobre los siguientes temas:

Primero: un Poder Ejecutivo dotado de la mayor representatividad política, mediante una elección a doble vuelta, si ningún candidato obtuviera el 50% de la votación.

Segundo: una elección presidencial en que cada partido debía ser representado por un solo candidato.

Tercero: la eliminación de la acumulación de votos por sublemas para las elecciones parlamentarias.

Cuarto: el otorgamiento al Presidente de la República de la facultad de modificar, en caso de crisis política, no sólo el Gabinete, sino también los Directorios de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados, a fin de facilitar la configuración de una nueva mayoría.

Quinto: la reducción de las candidaturas municipales por partido político.

Hubo amplia coincidencia entre los líderes políticos, pero el Frente Amplio aún no había definido su posición, hecho que en el mes de febrero de 1996 llevara a la renuncia de su Presidente el Gral.(R) Líber Seregni, quien estaba a favor de la reforma constitucional.

El procedimiento que se eligió para llevar adelante la reforma constitucional, fue el previsto en el art. 331 literal D) de la Constitución, es decir por una ley constitucional, que requiere para su aprobación los dos tercios del total de componentes de cada Cámara y el plebiscito de ratificación por parte de la ciudadanía.

Fue así como el día 1º de marzo de 1995, se presentó ante la Cámara de Senadores un Proyecto de Ley Constitucional, con la firma del Vicepresidente Hugo Batalla, y de los Senadores Américo Ricaldoni del Partido Colorado; Walter Santoro del Partido Nacional; y Rafael Michelini del Nuevo Espacio.

El Proyecto de Reforma Constitucional fue aprobado por la Cámara de Senadores el 27 de agosto de 1996 y por la Cámara de Representantes el 15 de octubre de 1996. Fue sometido al plebiscito de ratificación el día 8 de diciembre de 1996, habiendo sido ratificado por la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos. Según la Resolución de la Corte Electoral de fecha 7 de enero de 1997, el total de votos válidos fueron 2:013.451; la papeleta por el "SI" a la reforma constitucional, obtuvo un total de 1:015.828 sufragios.

6.- Las principales reformas constitucionales de 1997

Lo primero que corresponde señalar, es que la Reforma Constitucional de 1997 no trajo consigo una nueva Constitución de la República en el Uruguay, sino que fue una reforma parcial, que tuvo como eje central el

sistema electoral uruguayo, sin perjuicio de otras reformas que introdujo como por ejemplo en materia de partidos políticos; de medio ambiente; sobre la descentralización en los Gobiernos Departamentales y en los municipios; así como en lo referente al contencioso reparatorio patrimonial.

¿Cuáles fueron las novedades que trajo la Reforma Constitucional de 1997?

En primer lugar, corresponde señalar que la Reforma consagró la obligatoriedad de los Partidos políticos de realizar elecciones internas, para elegir sus autoridades y los candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República (Constitución, art. 78 numeral 12).

En segundo lugar, los Partidos políticos elegirán a sus candidatos a Intendentes de los Gobiernos Departamentales, mediante elecciones internas que reglamentará la ley sancionada por el voto de los dos tercios de componentes de cada Cámara (Constitución, art. 271). Se limitó la cantidad de candidatos a Intendente de cada partido político, que según reglamentación de la Corte Electoral pueden ser hasta tres.

En tercer lugar, se estableció la candidatura única por Partido político a la Presidencia y Vicepresidencia de la República (Constitución, arts. 78 numeral 12 y 151).

En cuarto lugar, la Reforma de 1997 prescribió que el Presidente y Vicepresidente de la República serán elegidos directamente por la ciudadanía, por mayoría absoluta de votantes (Constitución, art. 151).

En quinto lugar, en caso de que ninguna de las candidaturas obtuviese la mayoría absoluta en la primera vuelta (que se celebran el último domingo de octubre cada cinco años), entonces se debe celebrar una segunda elección el último domingo de noviembre del mismo año, entre las dos candidaturas más votadas (Constitución, art. 151). Esto es lo que se conoce como el "ballotage", que se introdujo en Francia y se ha difundido en el Derecho Comparado europeo y latinoamericano.

En sexto lugar, se estableció la separación en el tiempo entre las elecciones nacionales y las elecciones departamentales y municipales. Así es como el art. 77 ord. 9º inciso primero de la Constitución de la República dispone que la elección de los miembros de ambas Cámaras del Poder Legislativo y del Presidente y Vicepresidente de la República, se realizará el último domingo del mes de octubre cada cinco años. Por su parte, en el

art. 77 ord. 9º inciso tercero de la Constitución se prevé que la elección de los Intendentes, de los miembros de las Juntas Departamentales y de las demás autoridades locales electivas, se realizará el segundo domingo del mes de mayo del año siguiente al de las elecciones nacionales.

En séptimo lugar, se prohibió la acumulación de votos por sublema y por identidad de listas, para la elección de los candidatos a la Cámara de Representantes (Constitución, art. 88 inciso segundo). Esta prohibición de acumulación por sublemas y por identidad de listas no rige para la elección de los miembros de la Cámara de Senadores.

En octavo lugar, se le confirió al Presidente de la República, como Jefe de Estado, la facultad para solicitar a la Asamblea General (que es la reunión de las dos Cámaras) el voto de confianza para el Consejo de Ministros (Constitución, art. 174 inciso cuarto).

En noveno lugar, se le asignó como competencia al Presidente de la República, la potestad de declarar que el Consejo de Ministros carece de respaldo parlamentario, lo que le da la posibilidad no sólo de remover a los Ministros de Estado, sino también para que el Poder Ejecutivo pueda cesar a los miembros de los Directorios de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados (Constitución, art. 175).

En décimo lugar, en materia de Gobiernos Departamentales, se cometió a la ley establecer la materia departamental de la municipal, de manera de delimitar los cometidos respectivos de las autoridades departamentales y locales, así como los poderes jurídicos de sus órganos (Constitución, art. 262 inciso tercero).

En undécimo lugar, se modificó el art. 312 de la Constitución uruguaya de 1967, por el que se exigía obtener primero una sentencia anulatoria por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de un acto administrativo dictado por un órgano de la Administración, para poder entablar posteriormente ante el Poder Judicial el contencioso reparatorio patrimonial. En cambio, a partir de la Reforma Constitucional de 1997, el art. 312 de la Constitución permite que el interesado que se vea lesionado por un acto administrativo ilegítimo dictado por cualquier órgano de la Administración, pueda elegir libremente entre promover la acción de nulidad del acto administrativo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o, en su defecto, la acción de reparación de los daños y perjuicios ante la jurisdicción que la ley determine, que actualmente son los

Juzgados y Tribunales de Apelaciones del Poder Judicial. Pero si se opta por promover la acción reparatoria, no puede después pedirse la nulidad del acto administrativo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En duodécimo lugar, la Reforma Constitucional de 1997 introdujo una disposición muy importante en el art. 47 de la Constitución, estableciendo que *“La protección del medio ambiente es de interés general.”* Agrega que: *“Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.”* Como ya se aclaró con anterioridad, en el año 2004 se introdujo una modificación importante mediante una reforma constitucional parcial, por la que se declaró que el servicio de suministro de agua potable y de saneamiento es un derecho humano fundamental, que es un servicio público que solamente puede prestarse por el Estado o por una entidad estatal, por lo que no puede ser objeto de concesión a particulares.

7.- El *ballotage* en la elección presidencial

Un tema que dio lugar a intensos debates, primero en la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley Constitucional y luego en campaña reformista para la ratificación plebiscitaria por parte de la ciudadanía, fue el del *“ballotage”* o segunda vuelta para la elección de Presidente de la República, como ya se había difundido en varios países de América Latina, como es el caso de Brasil con la Constitución de 1988 y Argentina en la reforma constitucional de 1994.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Constitucional presentado ante la Cámara de Senadores el 15 de marzo de 1995, se expresa:

*“Coronando estas radicales reformas de nuestro sistema electoral se instituye el procedimiento llamado de la segunda vuelta o **ballotage** apelando a un vocablo propio del país que más ha utilizado y difundido dicho procedimiento. La exigencia de una mayoría calificada y no la simple actualmente vigente para acceder a la Presidencia de la República está aconsejada por las realidades político electorales que se dan en nuestro país. En épocas de un bipartidismo dominante, que finalizaron hace más de veinte años, lo que no es conveniente habida cuenta de la relevancia constitucional que tiene entre nosotros la Presidencia de la República.*

Para darle entonces una mayor representatividad política y por consiguiente facilitarle la imprescindible tarea de lograr acuerdos y apoyos políticos extra-partidarios para gobernar de manera estable, es que se consagra la exigencia de una segunda vuelta electoral para el caso de que ningún candidato haya obtenido en la primera una votación superior al 50% del total emitido (art. 151).

La solución que se propone es de una impecable alcurnia democrática. ¿Quién y con qué argumentos podría oponerse a que el Presidente de la República sea electo por la mayoría de la ciudadanía? ¿Quién a que en la segunda vuelta se de preferencia a las grandes opciones políticas más que a las parcializadas visiones sectoriales?

Resta señalar que para mantener la práctica tradicional de que los comicios se realicen en el mes de noviembre, se postula que la primera vuelta tenga lugar en el mes de octubre.”⁶

El tema de la segunda vuelta o ballottage en la elección de Presidente de la República, generó desconfianza y rechazo por parte del Frente Amplio, que es una coalición de partidos de izquierda, porque consideraba que los partidos tradicionales, el Partido Colorado y el Partido Nacional, procuraban impedir que el candidato a la Presidencia del Frente Amplio pudiera ser electo.

En tal sentido, el Informe en minoría de la Comisión Especial de la Cámara de Senadores de fecha 17 de julio de 1996, suscrito por los Senadores Danilo Astori (con las salvedades que expondrá en Sala), José Korzeniak y Helios Sarthou, afirma lo siguiente:

“Las modificaciones del proyecto al sistema electoral no son suficientes y por esa razón el proyecto no ha merecido, tal como está, la aceptación del Frente Amplio, del Encuentro Progresista, y naturalmente de los firmantes que los hemos representado en la Comisión especial.

A) *Luego de las elecciones nacionales el Partido Colorado convocó a los cuatro lemas a recomenzar las conversaciones sobre la reforma constitucional que había fracasado ya por falta de votos en el Parlamento cuando la llamada Maxi-reforma y por rechazo contundente de la ciudadanía en el plebiscito en oportunidad de la denominada Mini-reforma.*

6 CORREA FREITAS, Ruben, “La elección del Presidente de la República”, en AAVV, “Reflexiones sobre la Reforma Constitucional de 1996”, F.C.U., Mdeo., 1998, págs. 31-32.

En la oportunidad actual, comienzos de 1995, la propuesta del Partido Colorado y luego también del Partido Nacional contiene como novedad la segunda vuelta electoral para la elección del Presidente de la República si en la primera vuelta ninguno de los candidatos obtuviese más del 50% del total de votantes (ballotage).

Luego de varias reuniones pluripartidarias quedó claro que los partidos tradicionales condicionaban la candidatura única por lema a la circunstancia de que el Encuentro Progresista y el Nuevo Espacio aceptasen el citado ballotage.

Es históricamente objetivo que este condicionamiento fue planteado por el Partido Colorado y el Partido Nacional luego de conocidos los resultados de las elecciones de 1994, ya que durante todo el proceso de la llamada Maxi-reforma dichos partidos aceptaban las candidaturas únicas por lema para cargos ejecutivos sin el condicionamiento de la segunda vuelta para la acción presidencial.

El Frente Amplio y el Encuentro Progresista, luego de varias instancias internas culminadas en tres plenarios nacionales, condicionaron la aceptación del sistema del ballotage a la introducción de varias soluciones así como el mantenimiento de algunas de las vigentes.

- B) *En la materia estrictamente electoral, entre esas condiciones están las candidaturas únicas por lema a la Presidencia y Vicepresidencia, a las Intendencias, el carácter electivo de las juntas locales de importancias y la separación real en el tiempo de las elecciones nacionales respecto de las municipales.*

Incluso el Frente Amplio y el Encuentro Progresista flexibilizaron algunas de estas condiciones al punto de aceptar que los lemas pudiesen presentar dos candidaturas a las Intendencias y no una, de aceptar también otros procedimientos para la denominación de los miembros de las Juntas Locales, siempre que por lo menor el Partido Colorado y el Partido Nacional aceptaran establecer las condiciones antes enumeradas, aunque fuese a partir de las elecciones del año 2004, obviamente estableciendo esto en el texto constitucional.

- C) *El proyecto a consideración del Senado no contempla los aspectos recién reseñados, aun cuando las exigencias hayan quedado circunscriptas a cuestiones puramente electorales.”⁷*

7 CORREA FREITAS, Ruben, “La elección del Presidente de la República”, págs. 32-33.

Después de aprobada la Reforma Constitucional de 1997, la segunda vuelta o “ballotage” en el Uruguay se aplicó en las elecciones nacionales de 1999, 2009, 2014 y 2019. En las elecciones nacionales de 2004, no fue necesario porque la candidatura presidencial del Dr. Tabaré Vázquez por el Frente Amplio, obtuvo la mayoría absoluta en la primera vuelta.

En las elecciones de 1999, fue electo en la segunda vuelta el Dr. Jorge Batlle, candidato a la Presidencia de la República por el Partido Colorado. En las elecciones nacionales de 2009, triunfó en la segunda vuelta el señor José Mujica del Frente Amplio; en 2014, volvió a triunfar el Dr. Tabaré Vázquez del Frente Amplio en la segunda vuelta; finalmente, en el año 2019, el candidato de la Coalición Republicana (Partido Colorado, Partido Nacional, Partido Independiente y Cabildo Abierto) el Dr. Luis Alberto Lacalle Pou del Partido Nacional, triunfó en el ballotage.

8.- Conclusiones

El análisis de la Reforma Constitucional de 1997 en el Uruguay, demuestra que claramente lo que había en ese momento era un problema en el sistema electoral uruguayo, más complejo que el problema de la segunda vuelta o ballotage. La realidad era que el ciudadano no sabía a quién votaba en las elecciones nacionales y departamentales, porque con el sistema de la acumulación de votos por lemas, sublemas y listas de candidatos, resultaba que un ciudadano votaba por una lista de candidatos a Diputados de un partido político, pero quien era electo era otro candidato u otra candidata, que por el mecanismo de los acuerdos celebrados para acumular votos el elector recién se enteraba cuando la Corte Electoral proclamaba a los legisladores electos por cada partido político.

Con respecto a la elección del Presidente de la República, la verdad era que en el Uruguay se venía dando el fenómeno de ciudadanos electos para este cargo con un porcentaje muy bajo en la ciudadanía, con apenas un 20 o 25%, lo que indudablemente conspiraba contra la gobernabilidad. Más aún cuando era difícil para la ciudadanía comprender cómo un candidato a la Presidencia de un partido político, tenía más votos que el Presidente de la República que había sido electo. Ello se daba por la sencilla razón de que el Presidente de la República era electo por simple mayoría de votos.

Además, por el mecanismo del doble voto simultáneo, primero se debía tener en cuenta cuál era el Lema o partido político más votado;

segundo, luego se debía determinar cuál era el candidato a la Presidencia de la República más votado, dentro del partido político más votado. Como cada partido político podía llevar varios candidatos a la Presidencia de la República, podía resultar electo, y así sucedió reiteradamente, que el ciudadano electo como Presidente de la República tenía un apoyo escaso en la ciudadanía, que se traducía por supuesto en escaso respaldo parlamentario, porque no siempre los demás sectores del partido político por el que había sido electo lo apoyaban luego en el Parlamento.

La realidad política demostró a lo largo de estos veinticinco años, que el nuevo sistema electoral uruguayo, permitió la rotación de los partidos políticos en el poder. Debe tenerse especialmente en cuenta, que el Frente Amplio que tuvo enorme desconfianza del sistema de la doble vuelta en la elección presidencial, sin embargo, ganó en primera vuelta en el año 2004, y ganó en segunda vuelta en 2009 y en 2014, es decir en tres elecciones seguidas. En las tres elecciones obtuvo mayoría absoluta en ambas Cámaras del Poder Legislativo, lo que dio las mayorías necesarias para poder gobernar y llevar adelante su proyecto político.

En el año 2019, este sistema electoral del ballottage presidencial, llevó a un reagrupamiento de los partidos políticos uruguayos en dos grandes bloques: la coalición de partidos políticos de izquierda con el Frente Amplio; y la colación de los partidos tradicionales o fundacionales, como el Partido Colorado y el Partido Nacional, a los que se sumaron el Partido Independiente que es un partido político de izquierda, y Cabildo Abierto, que se concretó en la segunda vuelta con la llamada Coalición Republicana.

La verdad es que el Uruguay es un país pequeño, pero con una gran estabilidad política que se le dan, a mi juicio, los partidos políticos. Fundamentalmente por la formación de estos dos grandes bloques políticos, que le hace mucho bien al sistema político, a la credibilidad de la ciudadanía en los partidos políticos y en las instituciones democráticas.

Montevideo, 17 de abril de 2022.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV., *"Reflexiones sobre la Reforma Constitucional de 1996"*, F.C.U., Mdeo., 1998.
- CAETANO, Gerardo y RILLA, José, *"Historia Contemporánea del Uruguay"*, CLAEH, Ed. Fin de Siglo, Mdeo., 2006.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *"Sobre Derecho Administrativo"*, F.C.U., Mdeo., 2012, Tomo II.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *"Derecho Público"*, F.C.U., Mdeo., 2009.
- CORREA FREITAS, Ruben, *"Derecho Constitucional Comparado"*, F.C.U., Mdeo., 2019.
- CORREA FREITAS, Ruben y VÁZQUEZ, Cristina, *"La Reforma Constitucional de 1997"*, F.C.U., Mdeo., 1997.
- GROS ESPIELL, Héctor, *"Estudios Constitucionales"*, Ed. Ingranusi Ltda., Mdeo., 1998.
- GROS ESPIELL, Héctor, *"Evolución constitucional del Uruguay"*, F.C.U., Mdeo., 2003.
- KELSEN, Hans, *"Sobre la Jurisdicción Constitucional"*, al cuidado de Domingo GARCÍA BELAUNDE, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Perú, 2017.
- KORZENIAK, José, *"Primer Curso de Derecho Público – Derecho Constitucional"*, F.C.U., Mdeo., 2006.
- SANGUINETTI, Julio María y PACHECO SERÉ, Álvaro, *"La nueva Constitución"*, Ed. Alfa, Mdeo., 1971.
- SEMINO, Miguel Angel, *"Práctica Constitucional"*, F.C.U., Mdeo., 1993.

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO CONCRETIZACIÓN A TRAVÉS DE LA METÓDICA ESTRUCTURANTE DE DERECHO

*Sergio Díaz Ricci**

Sumario: 1. La Constitución como conjunto de reglas y principios (y de normas cerradas y abiertas); 2. La fuerza normativa de la Constitución; 3. Constitución e interpretación constitucional problemática; 4. La interpretación constitucional como concretización; 5. Un ejemplo de interpretación constitucional a través de la metodología estructurante del derecho; 6. Conclusión.

El mejor homenaje a un profesor como en este caso al Dr. José Palomino Manchego es dedicarle un libro con trabajos de derecho constitucional como testimonio de identidad y perdurabilidad de su obra

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Doctor en Derecho Univ. Complutense de Madrid. Autor de libros como Teoría de la Reforma, Digesto ambiental argentino, del Código Procesal Constitucional de Tucumán (ley 6499/1999) y de artículos en libros y revistas especializadas en Argentina, Perú, España, Portugal, México, Italia, Colombia, Chile, Bolivia. Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba y de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires.

y sus desvelos. Con Palomino Manchego, profesor de la Universidad San Marcos de Lima, decana de América, compartimos, desde hace más de un cuarto de siglo, comunes afanes y desvelos constitucionales. Activo participante de cursos, congresos, jornadas y de cuanta iniciativa en temáticas constitucionales a ambos lados del Atlántico. Un embajador de Latinoamérica, inquieto e incansable. Un bibliófilo irredento y apasionado. Seguramente su biblioteca debe ser lo más parecido al paraíso de los constitucionalistas, en metáfora borgeana.

Para estar a tono a su infinita curiosidad científica decidí homenajear al querido amigo con un trabajo sobre uno de los temas más arduos y provocativos del derecho constitucional: la interpretación constitucional, porque la Constitución es mucho más que un compilado de disposiciones y la interpretación constitucional es algo más que la aplicación de una norma por un tribunal. La enseñanza de Hesse sobre interpretación constitucional como concretización sumada a la teoría estructurante del derecho propuesta por Friedrich Müller, ofrece herramientas hermenéuticas sumamente novedosas y valiosas. Con este trabajo sólo aspiramos a atraer la atención hacia una dogmática jurídico-constitucional poco conocida y, quizás, a motivar el interés por mejores y más profundos estudios con, seguramente, mejor fortuna.

1. La Constitución como conjunto de reglas y principios (y de normas cerradas y abiertas)

Para poder abordar de la cuestión de la interpretación constitucional debemos, previamente, definir lo que entendemos por Constitución sin esto no podremos comprender la interpretación de las normas constitucionales.

Si bien, por un lado, no podemos sobrevaluar la potencia operativa de la Constitución como lo hizo el positivismo jurídico, tampoco podemos, por otro lado, caer en una exagerada crítica antiformalista que llega al extremo de desconocer la función normativa de la Constitución, devaluada por el decisionismo, la jurisprudencia de intereses, la jurisprudencia de valoración, el método tópico puro, la argumentación jurídico racional.

En suma, la búsqueda del procedimiento de interpretación, o sea, aquél dirigido a aplicar la Constitución, nos conduce a la siempre ardua relación entre Ciencia Política y Derecho, entre realidad y norma, delimitación que, en palabras de Hesse, "...se reconduce en último término al hecho

de que el 'problema nuclear de la Teoría de la Constitución', el 'problema fundamental de toda sociología del Derecho y del Estado', concretamente la relación entre 'normalidad' y 'normatividad' en el Derecho Constitucional no se halla resuelto por entero"¹.

Vamos a seguir en este asunto en líneas generales el pensamiento desarrollado por el profesor de Friburgo para quien "El problema central de la teoría y de la política constitucional del presente y del inmediato futuro es el de cómo debe comprenderse y desarrollarse la Constitución bajo las condiciones del mundo técnico moderno, a fin de cumplir su función en la vida de la comunidad"². Entonces, del concepto de Constitución interesan aquellos aspectos que tengan relevancia para la interpretación constitucional. Si la "la Constitución es el orden jurídico fundamental de la Comunidad"³, en consecuencia, la constitución se compone de normas⁴ por lo tanto hemos de aceptar su naturaleza normativa.

Pero erraríamos suponer que tal noción es tan sólo un concepto abstracto vacío de contenido histórico. En esta materia de poco sirve hacer una Teoría de la Constitución porque en la realidad sólo existe una "Constitución actual, individual y concreta" de un determinado Estado, o sea, aquella propia de cada país. La Constitución particular que constituye la normatividad de un orden estatal histórico concreto. El Derecho Constitucional sirve para encauzar la resolución de los problemas constitucionales prácticos planteados aquí y ahora, por tanto se debe comprender que su objeto es la Constitución actual, individual y concreta, razón por la cual no tiene mucho sentido buscar un concepto abstracto de Constitución propio de la Teoría General de la Constitución.

1 Cf. HESSE, Konrad: *GRUNDZÜGE DES VERFASSUNGSRECHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1967 (1ª ed.). Dos capítulos de esta obra han sido traducidos en 1983 por Pedro Cruz Villalón, y publicados por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid en *ESCRITOS DE DERECHOS CONSTITUCIONAL*, Madrid, 19

2 Cf. PRÓLOGO 4ª edición, citado por traductor en Introducción, nota 14, p. XI.

3 Cf. Hesse, *ESCRITOS...*, ob.cit., p. 16. Se advierte la clara semejanza con el concepto expuesto por el autor suizo Werner KÄGI (*DIE VERFASSUNG ALS RECHTLICHE GRUNDORDNUNG DES STAATES*, Zurich, 1941, hay traducción de S. Díaz Ricci-J.J. Reyven: *LA CONSTITUCIÓN COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO FUNDAMENTAL DEL ESTADO*, Madrid, Ed. Dykinson, 2005).

4 Cf. Hesse, *ESCRITOS...*, ob. cit., p. 26.

Desde esta nueva perspectiva que concibe la norma como “modelo de ordenación acuñado por su objeto (*sachgeprägtes Ordnungsmodell*), como proyecto vinculante de un orden parcial de la comunidad jurídica, que modela la norma, en la que lo regulador y lo regulado van necesariamente unidos complementándose indeclinablemente el uno al otro y fundamentándose mutuamente en la praxis de la realización del Derecho”⁵, nos proporciona un elemento para desarrollar una epistémica del derecho constitucional. Aquí emerge con toda su virtualidad la gran contribución postpositivista de Müller sobre la estructura de la norma jurídica⁶.

Los cometidos de una Constitución en la realidad de la vida histórica concreta son: conseguir la unidad política del Estado fundada sobre el respeto de los derechos humanos y constituirse en el orden jurídico del mismo. El primero, legitima la actuación del Estado contemporáneo en la comunidad política actual de cada país donde la Constitución cumple la función de regulación y resolución de los “conflictos” inherentes a dicha sociedad. El segundo, alude al cometido constitucional de establecer un Orden Jurídico, es decir, atribuir a la Constitución la misión de organizar la cooperación humana en un marco de realización de derechos humanos y la función de constituir, organizar y regular los poderes del Estado a efectos de lograr su permanencia. La función normativa de la Constitución comporta, como exigencia, la necesidad de su “actualización” para ser Derecho existente, como única garantía del proceso de unidad del Estado.

El reconocimiento de la existencia de conflictos en la sociedad nos revela una visión dinámica del fenómeno. En tal sentido, para Hesse, la resolución de cualquier conflicto, encauzada por la Constitución, genera nuevas formas sin las cuales “el cambio histórico no se produciría”. La admisión de la historicidad del objeto propio de la Teoría del Estado y del

5 Cita expresa de Hesse en nota 44 (ESCRITOS..., ob. cit., p. 29) tomada de MÜLLER, F.: *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 1968, p. 9.

6 Una valiosísima contribución postpositivista de Müller sobre la estructura de la norma jurídica Cf. MÜLLER, F.: *NORMBEREICHE VON EINZELGRUNDRECHTEN IN DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGREICHTS*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968. Para profundizar vid. MÜLLER, Friedrich y VILLACORTA MANCEBO, Luís-Quintín: *POSTPOSITIVISMO*, Santander (España), Editorial Tratamiento Gráfico Documento, 2009 (en esta obra hay dos trabajos de Müller traducidos por Villacorta: “Positivismo” y “Unidad del ordenamiento jurídico” contenidos en *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, ed. de Norbert Achterberg, Darmstadt, Neuwied, 1986).

Derecho es un avance frente a la visión estática de la Constitución propia de una visión formal-positivista del derecho.

Esta perspectiva nos revela, como dato sustancial, que la Constitución se integra, a la vez, con componentes no abiertas y con elementos abiertos que permiten a las diferentes posiciones políticas dotar de sustento constitucional a sus opciones. El proceso de realización de la Constitución exige ajustarse a ambos tipos de normas sean de estructura “cerrada” o “abierta”. Por una parte, la Constitución afija lo que no debe quedar abierto, es decir, lo que debe estar “cerrado”, sustraído del debate de los grupos y tendencias, éstos son: las bases del orden político de la comunidad (derechos fundamentales), la estructura del poder (órganos y competencias) y el procedimiento mediante el cual han de decidirse las cuestiones dejadas abiertas (reglas del proceso político). Y, por otra parte, es un sistema abierto constituido por normas incompletas en razón que debe regir la vida histórica sometida a cambios históricos. “La Constitución –advierte Hesse– debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en tanto, sometida a cambios históricos... Si la Constitución quiere hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes su contenido habrá de permanecer necesariamente *abierta al tiempo*”⁷. En este escenario la interpretación constitucional cumple una función de adaptación de la Constitución a los requerimientos del tiempo social.

2. La fuerza normativa de la Constitución

La función del Derecho Constitucional en la Comunidad es lograr la realización de la Constitución, es decir, su vigencia efectiva operante sobre la realidad concreta. La finalidad de la Constitución es ser concretizada y sólo alcanza “realidad” a través de la actuación humana que la convierte en “un orden vivido, formador y conformador de realidad-histórica”. Que la Constitución efectivamente motive y determine la conducta humana y así consiga estar vigente, “es más bien una cuestión de *fuerza normativa*, de su capacidad de operar en la realidad de la vida histórica en forma determinante y reguladora”⁸, es decir, la posibilidad de realización de los contenidos de la Constitución depende de la aptitud de sus preceptos de

7 Cf. Hesse, ESCRITOS..., ob. cit., p. 19. Lo remarcado es del autor.

8 Cf. Hesse, ESCRITOS..., ob. cit., p. 27. Lo remarcado es del autor.

conectar con las circunstancias de la situación histórica, con las fuerzas espontáneas y tendencias vivas de la época, procurando conservar y desarrollar lo que se halla esbozado en la disposición individual del presente (Heller) donde los preceptos pueden desplegar su fuerza normativa.

La función normativa de la Constitución necesita ser complementada por una consistente “política constitucional” dirigida a mantener o posibilitar esta concordancia, a crear los presupuestos de una realización genuina de la constitución o, de lo contrario, reformar la Constitución⁹ para no caer en el dominio de lo inconstitucional. Junto a esta aptitud de realización remarca Hesse la necesidad de una auténtica la “voluntad de constitución” (*Wille zur Verfassung*)¹⁰ como pilares vivificantes de su fuerza normativa.

Desde otra perspectiva podemos visualizar una Constitución como un conjunto de reglas y principios¹¹. En muchos casos, como veremos, la norma constitucional resulta de una mixtura de ambas. Esta opera como mandato singular o requerimiento dirigido a la conducta humana, “realizados” por actuación humana que, en conjunto, deviene un orden vívido y conformador de la realidad histórica concreta. No debemos llegar al extremo de suponer que las normas constitucionales tienen una fuerza demiúrgica inmanente o automática sobre la realidad, como imagina el positivismo jurídico, porque es una formulación normativa que se aplica sobre un objeto que no existe aún en la realidad.

En un Estado Constitucional y Democrático de derecho sustentado en una cultura constitucional arraigada, las normas constitucionales son cumplidas voluntaria y naturalmente por sus destinatarios, ciudadanos y autoridades, sin embargo, como en cualquier esfera jurídico-normativa, emergen situaciones donde los comportamientos no se adecuan a los mandatos constitucionales.

9 Cf. Hesse, ESCRITOS..., ob. cit., p. 31.

10 Lo que LUCAS VERDÚ denomina “sentimiento constitucional” (*Verfassungsgefühl*) en EL SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL (APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL SENTIR CONSTITUCIONAL COMO MODO DE INTEGRACIÓN POLÍTICA), Madrid, REUS, 1985. En esta misma línea el iusculturalismo de Häberle (HÄBERLE, Peter, EL ESTADO CONSTITUCIONAL, trad. de H. Fix-Fierro, México, Inst. de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003.

11 Vid. DWORKIN, Ronald: LOS DERECHOS EN SERIO, Barcelona, Ariel, 1995.

La actividad de concretización o de “actualización” de la Constitución se logra a través de un proceso interpretativo. Pero la interpretación constitucional admite un sentido amplio y otro estricto. La primera alude a la actuación o realización de normas constitucionales concretas, detalladas, terminantes como actos de acto de ejecución voluntaria, sin conflictivo. Sin embargo, la que aquí interesa es la interpretación constitucional problemática, propiamente dicha en sentido estricto, que se presenta ante normas constitucionales abiertas o amplias de la no resulta un mandato directo, claro y preciso.

Sobre este trasfondo conceptual se desenvuelve la interpretación constitucional. En efecto, no interesa una idea abstracta de Constitución sino aquel concepto “constitucionalmente adecuado”, porque el cometido institucional es la realización constitucional, o sea, su “actualización” en sentido amplio. Hesse hace un acertada distinción de tres situaciones posibles en relación a la realización de una norma constitucional: a) ejecución: “cuando se cumple el contenido de las normas constitucionales, sin que, posiblemente, exista conciencia del acto de ejecución: cuando se funda una asociación, cuando se elige el Parlamento, cuando se dictan leyes, actos administrativos o resoluciones judiciales en ejercicio todo ello de competencias constitucionalmente delimitadas”¹²; b) comprensión: “Igualmente tampoco resulta necesario interpretar cuando las disposiciones constitucionales son terminantes, por mas que aquí también se asista a un acto --estructuralmente simple-- de ‘comprensión’”¹³; y, finalmente, c) Interpretación propiamente dicha: cuando la constitución no permite resolver en forma concluyente una cuestión constitucional problemática¹⁴.

En suma, allí donde hay dudas (*in tenebris*) habrá controversias y abre la intervención de la interpretación constitucional para resolver el problema como una actividad jurídica de búsqueda de la norma constitucional aplicable a un caso problemático, donde la sentencia será, finalmente, la expresión del contenido de la Constitución ajustada a la resolución de una

12 Cf. Hesse, ESCRITOS..., ob. cit., p. 36.

13 Cf. Hesse, ESCRITOS..., ob.cit., p. 36.

14 Pocas veces la jurisprudencia llega a hacer esta distinción, *vid.* Cam. Nac. Electoral, Causa “Alianza Frente por un Nuevo País s/ solicita cumplimiento del art. 54 CN-Elecciones 14 de Octubre de 2001” (Fallo 2984/01, del 28/12/2001).

causa concreta. La interpretación concebida como una función normativa que resuelve una controversia.

3. Constitución e interpretación constitucional problemática

La respuesta conceptual de lo que entiende por “interpretación” debe ser abordada desde el llamado “pensamiento problemático” (*Problemmatische Denken*). Precisamente, es en este escenario constitucional donde la interpretación adquiere relevancia fundamental derivada del carácter abierto y amplio de la Constitución, particularmente, en países donde existe una jurisdicción constitucional por asignarse a un órgano la función de expresar, a través de su interpretación, el contenido de la Constitución.

La preocupación central de la interpretación constitucional es llegar al resultado constitucionalmente correcto ante el problema constitucional planteado a través de un procedimiento adecuado: esto es, **racional y controlable** que nos dé certeza y previsibilidad jurídicas. Esta perspectiva brinda una respuesta superadora de la inseguridad creada por los métodos propuestos por los críticos del positivismo (jurisprudencia de intereses, de valoración, etc.) pero también de la postura de aquéllos que reaccionaron proponiendo la vuelta a las tradicionales reglas de interpretación propias de la ley. La interpretación debe ser vinculada al objeto y al problema por ello la interpretación constitucional es concretización (*Konkretisierung*).

Por cierto, el análisis de la estructura de la norma jurídica es un asunto previo e insoslayable en que deberíamos detenernos en profundidad, sin embargo, esto nos alejaría mucho del propósito de este trabajo¹⁵. Lo que aquí nos interesa es hallar el contenido de la norma (incompleta) a través de la actividad interpretativa, reconociendo así una actividad del intérprete conformadora de la norma constitucional. Precisamente –explica Hesse – “lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo

15 Para quien quisiera profundizar sobre la estructura de las normas jurídicas remitimos los insuperables estudios de Friedrich MÜLLER: *NORMSTRUKTUR UND NORMATIVITÄT. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation* (1966); idem en *JURISTISCHE METHODIK*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 1971 (1ª ed.), IDEM *JURISTISCHE METHODIK, GRUNDLEGUNG FÜR DIE ARBEITSMETHODEN DER RECHTSPRAXIS*, 2009 (10ª ed. con Ralph Christensen).

que debe ser determinado mediante la incorporación de la ‘realidad’ de cuya ordenación se trata”¹⁶.

La “metódica estructurante del derecho” de Müller nos proporciona herramientas hermenéuticas muy valiosas para entrever el proceso de generación del derecho¹⁷. Esta es una cuestión capital para la interpretación constitucional concebida como proceso de concretización. La interpretación constitucional es un proceso creativo donde el contenido de la norma interpretada se completa a través de su interpretación.

Demarcado, entonces, el espacio donde tiene lugar la interpretación constitucional propiamente dicha, corresponde tener muy presente la recomendación de Hesse que “el cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente ‘correcto’ a través de un procedimiento

16 Cf. Hesse, ESCRITOS..., ob. cit., p. 43.

17 Para ampliar sobre la Teoría Estructurante del Derecho de Friedrich MÜLLER: *RECHTSSTAATLICHE FORM - DEMOKRATISCHE POLITIK: BEITRÄGE ZUM ÖFFENTLICHEN RECHT, METHODIK, RECHTS UND STAATSTHEORIE*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977; *RICHTERRECHT. ELEMENTE EINER VERFASSUNGSTHEORIE IV*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986. Para el lector en español puede consultarse VILLACORTA CAÑO-VEGA, Antonio: “¿Interpretación jurídica o comprensión jurídica?; al menos: comprender para interpretar” en *REVISTA DE LAS CORTES GENERALES*, Nº 84 (Tercer Cuatrimestre); 2011, pp. 299-334. <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/517> <https://doi.org/10.33426/rcg/2011/84> “El modo de proceder en la aplicación jurídica a partir de los planteamientos de la Teoría estructurante del Derecho propuesta por Friedrich Müller” en *REVISTA JUS NAVIGANDI*, ISSN 1518-4862, Teresina, año 16, n. 3006, 24 set. 2011. <https://jus.com.br/artigos/20070>

[El modo de proceder en la aplicación jurídica desde los planteamientos de la Teoría estructurante del Derecho de Müller - Jus.com.br | Jus Navigandi](#); VILLACORTA MANCERO, Luis-Quintín: “El giro hermenéutico aceptado desde la teoría estructurante del derecho” en *REVISTA DE LAS CORTES GENERALES*, Nº 80 (Segundo Cuatrimestre), 2010, pp.7-57; <https://doi.org/10.33426/rcg/2010/80/272>; <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/272>; “Los puntos doctrinales de arranque de la teoría estructurante del Derecho de Friedrich Müller” en *REVISTA JUS NAVIGANDI*, ISSN 1518-4862, Teresina, año 16, n. 2826, 28 mar. 2011 <https://jus.com.br/artigos/18749>; “El proceso estructurante de producción normativa propuesto por Friedrich Müller” en *REVISTA JUS NAVIGANDI*, ISSN 1518-4862, Teresina, año 16, n. 2823, 25 mar. 2011 <https://jus.com.br/954276-luis-quintin-villacorta-mancebo/publicacoes>; “Alguns aspectos específicos do método normativo-estruturante de Friedrich Müller” en *REVISTA JUS*, Artigo 19/11/2013; [Alguns aspectos específicos do método normativo-estruturante de Friedrich Müller - Jus.com.br | Jus Navigandi](#); WÜRTENBERGER, Thomas: “Interpretación del derecho constitucional (desde una perspectiva realista)” en *ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL*; Nº 6 (Enero-Diciembre 2002, Madrid, CEC, pp. 601-620.

racional y controlable, el fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas¹⁸. A este efecto, la metódica estructurante del derecho realiza una invalorable contribución analítica.

4. La interpretación constitucional como concretización

Dado que el propósito de la interpretación constitucional es de garantizar un control racional de la decisión, se debe poner especial atención en el proceso interpretativo, es decir, en la operación de concretización que realiza el intérprete.

Para arribar a un resultado racional y controlable, hemos de focalizar la mirada en el proceso en que discurre el intérprete constitucional en su camino hacia la concretización. Vamos a recurrir a la metódica estructurante del Derecho formulada por Müller¹⁹ para describir y analizar este itinerario que concluye en aplicación de la norma al problema concreto presentado.

Esta perspectiva nos permite desprendernos de la concepción positivista --que presupone un mandato preexistente-- porque el contenido de norma constitucional se determina por su inserción en la realidad de cuya ordenación se trata. En otros términos, la concretización del contenido y la realización de una norma constitucional se realiza a través de la incorporación de las circunstancias de la realidad que esa norma está llamada a regular. En suma, una interpretación vinculada al objeto y al problema.

18 Cf. Hesse, *ESCRITOS...*, ob. cit., p. 37.

19 La Teoría estructurante del Derecho fue formulada por el prof. Friedrich Müller, quien, "es, en expresión feliz de Dieter Shur, la 'conciencia metodológica contemporánea'" (vid. MÜLLER, Friedrich: *"Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas"* (trad. por Luis-Quintín Villacorta Mancebo) en *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, N° 27 (Año 9, Set.-Dic.), 1989, pp. 111-126 del original *"Thesen zur Struktur von rechtsnormen"*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n° LVI (1970). En especial MÜLLER, Friedrich: *MÉTODOS DE TRABAJO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL (FUNDAMENTACIÓN GENERAL DE UNA CONCEPCIÓN DE LOS MÉTODOS EN EL TRABAJO JURÍDICO)* (Introducción, traducción y glosario de Salvador Gómez de Arteche y Catalina), Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006. La Teoría estructurante del Derecho de Müller como Teoría postpositivista de la metodología jurídica, según Sanz Pérez "busca una ética que obligue al compromiso con el Estado social y democrático, y que obligue también a encontrar una solución justa cotidiana" (SANZ PEREZ, Angel: *Recensión a la obra POSTPOSITIVISMO*, p. 345, vid. infra nota 23) https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/630/R.23._Angel_Luis_Sanz_Perez.pdf?sequence=1

La exposición sistemática de la interpretación desde esta perspectiva nos revela que la dinámica interpretativa del proceso de concretización tiene lugar cuatro momentos que, si bien en la realidad constituyen un único proceso, pueden discernirse racionalmente, estos son precomprensión, comprensión, concretización y resolución.

I.- ETAPA DE PRECOMPRESION Y DE COMPRESIÓN DE LA NORMA Y DEL PROBLEMA: Para llegar a la concretización de la norma incompleta (o abierta) en la resolución del caso planteado, el intérprete transita, previamente, por un momento de “precomprensión” y de “comprensión” tanto del contenido de la norma a concretizar como del problema a resolver. Ambos polos del proceso interpretativo --la norma y el problema-- se hallan en tensión por tanto el intérprete se encuentra frente a una relación dialógica entre norma y problema. No puede desconocerse que el intérprete aborda la cuestión desde una previa pre comprensión y una comprensión de la norma y del problema, porque él mismo es un ciudadano inmerso en una convivencia constitucional histórica. Pasemos a desentrañar cómo se desenvuelven estos dos momentos de pre-comprensión y comprensión que se desarrollan entrelazada y simultáneamente.

A. Lo primero, o sea, a la **captación del contenido de LA NORMA** (en su significado conceptual) tiene como antesala la pre-comprensión del intérprete. No podemos desconocer, como punto de partida, una **etapa de pre-comprensión del intérprete**²⁰. Inevitablemente, frente al problema se presenta un pre-judicio del intérprete (subjetivo) y del contexto histórico (objetivo) en que se encuentra sumergido porque el intérprete no se halla en el vacío existencial.

Es en esta **etapa de pre-comprensión de la norma** que el intérprete perfila un primer y provisorio proyecto de selección normativa (anticipaciones de pre-comprensión) que debe ser comprobado, reexaminado o corregido. No puede ignorarse la situación del intérprete porque el sujeto capta el contenido de la norma “...únicamente desde la concreta situación

20 Aquí son muy valiosas las aportaciones de GADAMER sobre el proceso de precomprensión y comprensión del intérprete (GADAMER, Hans-Georg: VERDAD Y MÉTODO. FUNDAMENTOS DE UNA HERMENÉUTICA FILOSÓFICA (trad. Ana Apud Aparicio y Rafael de Agapito), Salamanca, Ediciones Sígueme, 1993 (del original *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, J.C.H. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975).

histórica en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus pre-juicios”²¹. El intérprete se acerca a la norma teniendo ya una “pre-comprensión” de la misma que le permite obtener una idea de conjunto y perfilar un primer proyecto que se va revisando continuamente a través de la progresiva aproximación a la cosa hasta que la unidad de sentido quede claramente fijada. Esta comprensión del contenido de la norma por el intérprete abrega de una doctrina constitucional que suministra ciertos marcos conceptuales que permiten abordar la norma con nociones pre-formadas, pre-adquiridas.

Un segundo momento es la **etapa de comprensión de la norma** cuando el proyecto normativo se pone en contacto directo con el problema, es decir, cuando se relaciona la norma con el problema concreto. La concretización de la norma al problema presupone una comprensión del intérprete. La determinación del contenido correcto y la identificación de la norma (no es preexistente) al caso concreto es un proceso único aunque pero es posible hacer este discernimiento metodológico ya que nos permite entender el camino de la interpretación.

B. Al igual que la comprensión la norma, el intérprete debe acceder a **la captación del PROBLEMA**. Tampoco podemos desconocer que el intérprete discurre por un proceso análogo de **precomprensión y comprensión del problema** que debe encontrar una explicación de su relevancia teórico-constitucional.

Una labor de precomprensión se debe hacer necesariamente con respecto al problema concreto a resolver. El intérprete para poder determinar el contenido correcto aquí y ahora de la norma que pretende entender debe ponerla en relación con el problema real que motiva la interpretación²². Por otra parte, el problema, a su vez, también debe ser comprendido y para ello el intérprete se aproxima comprensión guiado por conceptos teórico-constitucionales de forman parte de su formación técnico-jurídica.

El intérprete es un experto en derecho que aborda el conflicto desde una pre-comprensión de las normas relativas al caso cuya identificación le proporciona su experticia jurídica. La norma relacionada con el caso puede

21 Cf. Hesse, *ESCRITOS...*, ob. cit., p. 44.

22 Insiste Hesse que “No existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos”, en *ESCRITOS...*, ob. cit., p. 45.

ser el resultado de la combinación de un conjunto de varias normativas, un precipitado de reglas, principios generales, disposiciones legales, etc. que el intérprete en una primera aproximación ha escogido porque a su entender se hallan vinculadas con el problema, por tanto, descarta otras que considera ajenas a la cuestión. Seguidamente, su conocimiento y experiencia le habilita al paso siguiente: la comprensión del significado de las normas identificadas como pertinentes. En paralelo, el intérprete también tiene una pre-comprensión del problema, aunque sea una cuestión extraña a su experiencia vital, tiene un abordaje contextual y personal del asunto en conflicto. Precisamente, las normas seleccionadas, por su parte, contribuyen a aclarar y ajustar en su sentido jurídico del problema, de este modo arriba a una comprensión ajustada al conflicto a resolver.

En suma, la interpretación constitucional exige del intérprete una comprensión de la norma y de problema, que, a su vez, se halla condicionada por la pre-comprensión del intérprete respecto de la norma y del problema concreto a resolver. En este itinerario la teoría de la constitución va iluminando estos primeros pasos.

La etapa de "comprensión" del contenido de la norma en función del problema, ha conseguido determinar la o las normas que se hallan relacionadas al caso concreto. Ahora, pues, se debe proceder a "interpretarla" en el sentido de "concretizar" el contenido de la norma conforme al problema a resolver. Se ingresa a la siguiente etapa, el **Proceso de CONCRETIZACIÓN**.

II.- ETAPA DE CONCRETIZACION: Explica Hesse que "El proceso de concretización debe venir determinado por el objeto de la interpretación --la Constitución-- y por el problema en cuestión"²³. Entonces, pues, con el bagaje comprensivo anterior, el proceso estructurante de producción normativa descrito por Friedrich Müller nos permite visualizar cómo opera el pasaje hacia la concretización. Müller detecta que el proceso de concretización transcurre a través de tres instancias o momentos de aproximación denominados, primero, ámbito material, luego, el programa normativo y, finalmente, el ámbito normativo. Pasemos a describir cada paso:

(a.) El **AMBITO MATERIAL** (*Sachbereich*) es la parcela de la realidad donde impacta el derecho, o sea, los hechos del mundo social que son

23 Cf. Hesse, ESCRITOS..., ob. cit., p. 45.

regulados por disposiciones normativas seleccionadas. En otros términos, el “ámbito del caso” (*Fallbereich*) sobre el que la norma proyecta su influjo; el perímetro existencial vinculado a la normatividad.

(b.) Con el trasfondo de ese ámbito material, el intérprete procede a formular --por sucesiva aproximación, como veremos mas adelante-- un **PROGRAMA NORMATIVO** (*Normprogramm*); es decir, evalúa y calibra la prescripción legal específica que proyecta su mandato normativo sobre el ámbito material. Inmerso en su realidad, el intérprete escoge los textos normativos vigentes (hipotéticos) formando un *corpus* normativo del que se sirve como marco provisorio adecuado al caso.

El “programa normativo” es la comprensión “correcta” del mandato entendido como aquel “mensaje” contenido en el texto de la norma que se ajusta al problema planteado, o sea, lo que resulta de elegir, del conjunto normativo, aquellos contenidos que tengan una significación vinculante para la solución del problema. No es ya el simple texto de una norma sino lo que ésta nos dice en relación al problema planteado. El contenido del programa normativo se obtiene a partir de la “proyección” de la norma sobre el problema. Para encontrar o hallar dichos elementos de concretización el intérprete echa mano a los métodos tradicionales de interpretación: la interpretación literal, histórica, original, sistemática, voluntarista, teleológica²⁴, evolutiva, etc. Puede recurrirse, además, a las decisiones previas de casos similares (jurisprudencia, precedentes, etc.) y a la dogmática del Derecho Constitucional. De este modo procura determinar un sentido posible y aceptado sobre el espacio, delimitado por el texto normativo, vinculado al problema en cuestión.

Inmediatamente nos surge la pregunta sobre cuáles son los criterios de preferencia que aplica el intérprete para adoptar uno de esos métodos y descartar otros, para la formulación del Programa Normativo ajustado al problema. La explicación proviene del procedimiento tópico que el intérprete aplica para la elección del método de interpretación preferido. Sobre la tópica, nos ocuparemos mas abajo. Aquí interesa resaltar que el Programa Normativo sólo se consigue --he aquí una de las aportaciones

24 Hesse critica el uso exclusivo del método teleológico en cuanto el sentido y finalidad del precepto sólo puede lograrse indubitablemente cuando resulta confirmado por otros elementos

de Müller-- en relación dialógica con un propio "ámbito normativo". En suma, el "programa normativo" no es la suma de disposiciones normativas preexistentes sino la fórmula normativa *ad hoc* elaborada por el intérprete con un sentido práctico para resolver el caso problemático, obtenida en función del ámbito normativo, a fin tomar una decisión resolutoria.

La norma jurídica entendida como modelo de ordenamiento marcado por su materia nos conduce hacia otra dimensión con la que halla en relación dialógica: el ámbito normativo.

(c.) El **ÁMBITO NORMATIVO** (*Normbereich*) es el sector concreto de la realidad, demarcado por la norma sobre el que el "programa normativo" va a incidir, lo que permite llegar a una concretización más precisa del texto constitucional que conduce a resolver el asunto conforme a derecho. El ámbito normativo es aquel segmento de la realidad sobre el que el programa normativo proyecta la prescripción jurídica enunciada, delimitándola y enmarcándola. Está constituido por las singularidades de las situaciones vitales sobre la que el programa normativo pretende incidir para decidir la cuestión problemática planteada. Los elementos materiales sólo se integran en el ámbito normativo cuando concretan la norma para un caso determinado.

El "ámbito normativo", según Müller, se presenta en su estructura básica, no como suma de meros hechos, sino únicamente desde la perspectiva del planteamiento determinado por el "programa de la norma", esto es, por la ordenación o prescripción jurídica. Compuesto por los elementos materiales que tienen sus raíces en lo real, sólo forman parte del ámbito normativo en la medida en que se pueda demostrar, al concretar la norma para un caso concreto, que se trata de componentes imprescindibles o estructurales de la normatividad concreta. El ámbito de la norma es el sector de la realidad social que para sí ha escogido (y, en parte, ha creado) el Programa Normativo. Es la conexión o precipitado de elementos estructurales (realmente posible) extraídos de la realidad social a partir de la perspectiva selectiva y valorativa del Programa Normativo.

La jurisprudencia constitucional permite descubrir el valor que los elementos del ámbito normativo pueden adquirir relevancia tanto para el conocimiento concreto como para el desarrollo de una dogmática jurídico-constitucional. Apuntemos que la jurisprudencia constitucional tiene, en este sentido, un valor cognoscitivo ejemplar para los requisitos esenciales

de la hermenéutica jurídico-constitucional que, quizás, en otras áreas del Derecho es de menor relevancia. Las normas constitucionales persiguen la ordenación de la realidad en situaciones vitales concretas.

Una vez expuesta la relación dialógica entre, por una parte, el “programa normativo” limitado por el problema y los elementos de concretización suministrados por el texto normativo y el ámbito de la norma, y, por la otra, el “ámbito normativo”, a su vez, delimitado por el problema y por el programa normativo, surge inmediatamente el interrogante sobre el modo en que el intérprete configura el “programa normativo”, es decir, cómo selecciona o descarta las diferentes normas que le proporciona el sistema constitucional

Si el proceso de concretización debe venir determinado por el objeto de la interpretación --la Constitución-- y por el problema en cuestión²⁵, entonces nos hallamos en un punto donde tenemos, de un lado, una norma que necesita ser aplicada y, del otro, un problema concreto que precisa ser resuelto. ¿Cómo encontrar la solución correcta y adecuada?. Para Hesse esto se logra “A través de una actuación ‘tópica’ orientada y limitada por la norma (lo que es tanto como decir vinculada por la norma) habrán de encontrarse y probarse puntos de vista que, procurados por vía de la *inventio*, sean sometidos al juego de las opiniones en favor y en contra y fundamentar la decisión de la manera mas clarificadora y convincente posible (*topoi*)”²⁶.

El pensamiento tópico sirve para aproximar la norma a la realidad, pero limitando los *topoi* en función de la norma. De este modo se evita las objeciones que recibió la tónica pura de Viehweg²⁷, para acercarse más a Aristóteles y a los retóricos, en especial a Cicerón. Para éstos la Tónica es un procedimiento especial de discusión de problemas, que se caracteriza por el empleo de ciertos puntos de vista, planteamientos y argumentos generales aceptados como estables: los llamados “τόπος”. Sostiene Viehweg que los “*Topoi* son, por tanto, para Aristóteles, puntos de vista polifacéticos utilizables y aceptables en todas partes, que se emplean a favor y en contra

25 Cf. Hesse, ESCRITOS..., ob.cit., p. 45.

26 Cf. Hesse, ESCRITOS..., ob.cit., p. 46.

27 Según lo sostenido por VIEHWEG, Theodor: *TOPIK UND JURISPRUDENZ*, München, C.B. Beck'scheVerlagsbuchhandlung, 1953, hay traducción de Luis Díez-Picazo: *TOPICA Y JURISPRUDENCIA*, Madrid, Ed. Taurus, 1964).

de lo opinable y que parecen conducir a la verdad”²⁸. Aclara Larenz que los *topoi* “se emplean para poner en marcha la discusión de un problema y, en cierto modo, abordarlo desde aspectos diferentes, como también descubrir la conexión comprensiva, ya dada, en la que está situado el problema”²⁹. Se revela así una característica esencial del pensamiento tópico –a diferencia del pensamiento lógico-deductivo-- que “no abandona el recinto señalado por el problema mismo: se instala continuamente en el problema y retorna a él”³⁰. Eso tiene la ventaja que no conduce a un sistema global pues tiene su punto central siempre en el problema particular, “su sentido lo recibe siempre del problema que está destinado a esclarecer, y tiene que ser comprendidos como posibilidades de orientación o hilos conductores del pensamiento”³¹.

Para evitar la crítica que ha recibido esta metodología, y no dejar librado al intérprete una elección arbitraria y descontrolada del *topoi* que le mas parezca adecuado, se yergue la norma como orientación y límite del proceso de actuación tópica en un esfuerzo por recuperar la normatividad perdida por el método tópico. El intérprete encuentra dos límites a la discrecionalidad de elección de los *topoi*: 1º) de un lado, el problema concreto: sólo puede emplearse puntos de vista que se encuentren vinculados con el problema, excluyendo los *topoi* extraños a la cuestión, 2º) del otro, los “elementos concretizadores” que son proporcionados por la misma norma constitucional y, además, las directivas que la Constitución contiene, destinadas a la aplicación, coordinación y valoración de los elementos de concretización en el curso de la interpretación. Admitámoslo, finalmente, que resulta insuficiente e inseguro, recurrir a principios constitucionales como límite y orientación de la actividad tópica --porque son elementos interpretativos de carácter suprapositivos-- como, asimismo, poner al texto constitucional como el límite infranqueable a la actividad interpretativa

28 Cf. VIEHWEG, ob.cit., p. 38. Para Viehweh, según Larenz, existen *topoi* específicamente jurídicos que son “argumentos a los que se recurre para la solución de problemas jurídicos y que pueden contar al respecto con la aceptación general: *consensus omnium*” (en LARENZ, Kart: *METODOLOGIA DE LA CIENCIA DEL DERECHO*, Barcelona, ed. Ariel, 1980, p. 153).

29 Cf. LARENZ, Kart: *METODOLOGIA DE LA CIENCIA DEL DERECHO*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 153.

30 Cf. LARENZ, K., ob. cit., p. 153.

31 Cf. LARENZ, K., ob.cit., p. 153 quien acierta en criticar al método tópico en pag. 154-156.

porque, precisamente, el proceso interpretativo nace de la dificultad de comprensión del texto, en consecuencia éste tampoco es un valladar seguro de posibles desviaciones.

Esta perspectiva nos permite explicar la razón del porque el intérprete constitucional elige un determinado método clásico de interpretación en lugar de otro, es decir, podemos entender el motivo por el que opta por uno y descarta otros. De este modo justifica la preeminencia al significado de una norma obtenido por uno de los métodos y rechaza o desplaza el que proviene de alguno de los otros. Ciertamente, a poco que repasemos cualquier jurisprudencia constitucional vemos casos donde se atribuye mayor valor a la interpretación histórica y se descarta la evolutiva, o prevalece la interpretación literal sobre la sistémica. Claramente, a primera vista el panorama es desconcertante. Sin embargo, la elección del intérprete constitucional tiene una explicación racional y controlable (cometido último de la interpretación constitucional).

Empecemos por recordar que Savigny cuando formuló los cuatro métodos tradicionales de interpretación: literal, histórico, sistemático, lógico, lo hizo en función de la interpretación de la ley (no pensó en la interpretación constitucional, que es diferente en razón de la peculiaridad de su objeto). La teoría de la interpretación de entonces, por influencia de la Pandectística del siglo XIX, se sustenta sobre el “dogma de la voluntad” (supuesta o ficticia). De allí que se concibe la interpretación como mera ejecución de una voluntad preexistente. La función del intérprete se concibe, entonces, como circunscrita a una subsunción silogística de un contenido ya predeterminado a un supuesto vital. La tarea del intérprete consiste en extraer ese contenido de una voluntad objetiva (de la norma) o subjetiva (del legislador). La larga experiencia de jurisprudencia constitucional nos permite admitir que no puede trasladarse sin más la interpretación legal a la constitucional.

Ante todo debemos señalar que la primera regla (*regula aurea*) es la interpretación literal, o sea, la primera fuente es la letra (v.g. cuatro años de mandato). Sin embargo, el brocardo *In claris non fit interpretatio* (*Interpretatio cessant in claris; Clara non sunt interpretata*) tiene un valor relativo, porque el primer contacto con la *litera legis* es superficial y provisional. En efecto, a poco que se mire bien aparece una primera dificultad: ¿el texto (*ad literam*) debe tomarse en el sentido directo de las palabras (con la disyuntiva: si según el lenguaje común o entendimiento corriente o si en su sentido propio

o técnico legal)? o según su exégesis gramatical o la estructura sintáctica de la frase (con independencia de la opinión del legislador).

Los métodos de interpretación legal suelen agruparse en tres tipos: literal, voluntarista y evolutivo. El primero, se corresponde con los métodos tradicionales: a) Gramatical: común o propio; b) Lógico: principios de congruencia, aplicación lógica de principios jurídico-funcional o jurídico-material; c) Histórico: proceso de creación, antecedentes, sucesos previos; d) Sistemático: inserción en el conjunto, conexión material.

En realidad, el intérprete también suele echar mano a correctivos para apartarse de las palabras de la ley. A tal efecto acude a los métodos voluntaristas y evolutivos. Como señalamos mas arriba los métodos voluntaristas se apoyan sobre los mitos de una voluntad pre existente y del legislador perfecto: (a.) Voluntad Objetiva de la Ley (*mens legis*): a) *Ratio legis*: la “recta exégesis”; o b) Teleológica (*telos*): finalidad; o la (b.) Voluntad Subjetiva del Legislador (*voluntas legislatoris*): a) la finalidad de la ley: a) intención del legislador (el espíritu de la ley, el “verdadero sentido y alcance”); b) voluntad histórica de legislador (antecedentes parlamentarios, debates, exposición de motivos). En este marco aparecen ciertos axiomas canonizados como la “presunción de previsión y de coherencia del legislador”; “el legislador no utiliza términos superfluos o redundantes”; “no se evalúa el mérito y conveniencia determinados por el legislador”. Todas estas herramientas heurísticas son de uso habitual por el intérprete. Otra importante palanca correctiva para apartarse de las palabras de la ley es la interpretación evolutiva que, en el fondo, es el medio que emplea el intérprete para incorporar la realidad actual en el contenido normativo.

Como vemos todas estas son instrumentos hermenéuticos válidos y legítimos que el intérprete, a través de una actuación tópica, va a emplear para ir progresivamente para lograr configurar el “programa normativo” guiado por el “ámbito normativo”.

Sobre estos andariveles se produce esa progresiva aproximación entre la *norma* y el *problema* a resolver en la búsqueda de la solución adecuada. Puede aquí apreciarse en toda su dimensión la verosimilitud de la formulación de Müller sobre la estructura de la norma constitucional³², para

32 Vid. MÜLLER, Friedrich.: *NORMSTRUKTUR UND NORMATIVITÄT. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der*

quien la norma constitucional se integra por igual, en una relación de mutua influencia, por el “programa normativo” (*Normprogramm*) y por el “ámbito normativo” (*Normbereich*), los que a su vez deben ser sometidos a una labor de concretización. La delimitación del programa normativo y del ámbito normativo contribuye a dar una mayor racionalidad y control de la actuación tópica en la búsqueda de la solución adecuada.

En resumen, el programa normativo que elabora el intérprete para el resolver el caso se formula por medio de una actividad tópica que posibilita hallar la significación vinculante para la solución del problema. La interpretación de una norma constitucional no es ejecución de algo preexistente, sino la atribución de sentido a un texto para alcanzar una comprensión correcta. Como señalamos mas arriba el procedimiento de concretización está determinado por el objeto de la interpretación: una Constitución abierta a partir a la cual se va elaborando el programa normativo vinculado al problema concreto a resolver, siempre guiado y orientado por la norma que se yergue como límite a la interpretación³³.

El intérprete está limitado a emplear puntos de vista (*topoi*) relacionados con el problema para incorporar --en su programa normativo y en su ámbito normativo-- los elementos de concretización que proporciona la norma constitucional y las directrices que la Constitución contiene en orden a la aplicación, coordinación y valoración de dichos elementos en el curso de la solución del problema. De este modo se arrima a la proposición de una norma de decisión que se fundamenta de manera clara, convincente y que aporta criterios verificables dirigidos a la solución del problema.

Sin embargo, Hesse termina admitiendo que el proceso de relación, coordinación y valoración de tales proposiciones se halla orientado y encauzado por ciertos principios o directrices de interpretación constitucional:

Verfassungsinterpretation (1966); idem en *JURISTISCHE METHODIK* (1971) (1990, 4ª ed.). También “Thesen zur Struktur von rechtsnormen”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n° LVI (1970), este artículo se encuentra traducido por L. Villacorta: “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 27 (Año 9, Set.-Dic.), 1989, pp. 111-126.

33 Entre los autores existe una justificada preocupación por fijar límites a la actuación tópica, al cual en primer término está constreñida a la norma escrita por la prevalencia del texto. En segundo lugar, Hesse enumera siete principios de interpretación constitucional para orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista dirigidos a la solución del problema.

1. El principio de la *Unidad de la Constitución*: que obliga a evitar interpretaciones en contradicción con otras normas constitucionales, de modo que la solución elaborada debe encontrarse en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución.
2. El principio de la *concordancia práctica*: los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal manera que todos conserven su entidad. Aquí aparece el principio de proporcionalidad para fijar los límites entre ellos para que todos alcancen una efectividad óptima.
3. El principio de *corrección funcional*: exige que los órganos creados, particularmente el órgano de interpretación, se mantenga en el marco de las funciones respectivamente encomendadas.
4. El principio de la *eficacia integradora*: que permite valorar la relevancia de los puntos de vista elaborados en cuanto debe otorgarse preferencia a aquellas consideraciones que promuevan y mantengan la unidad política, cometido primordial de la Constitución.
5. El principio de la *fuerza normativa de la constitución*: según este postulado se debe lograr la máxima eficacia de las normas constitucionales ya que la Constitución exige ser realizada, actualizada.
6. El principio de la *interpretación conforme* a la Constitución (*konforme auslegung*) alude a una dimensión jurídico material: hay que interpretar la ley de la manera que esté mas conforme a la Constitución, y a una dimensión jurídico funcional: corresponde en primer término al Legislador la tarea de concretizar la Constitución y a la Justicia ordinaria interpretar las leyes ordinarias³⁴. A estos hay que agregar, finalmente, un principio central,
7. El principio *in dubio pro libertate* desde una perspectiva jurídica, o al principio *pro homine* verdadera norma fundamental sobre la que se apoya toda la estructura jurídico-constitucional. La norma hipotética que imaginaba Kelsen en su afán de hallar un fundamento puro (*reine*) el sistema jurídico, sin contaminaciones sociales o políticas, no es hipotética, es un principio positivo basilar: la dignidad de la persona

34 Cf. Hesse, ESCRITOS..., ob. cit., pp. 48-51.

como auténtica *Grundnorm* del todo ordenamiento jurídico-constitucional³⁵. La Constitución alemana lo estampa en su art. 1: La dignidad humana es intangible (*Die Würde des Menschen ist unantastbar*)..

Una vez que el intérprete ha formulado el “programa normativo” específico a través de la actividad tópica guiado por el “ámbito de la norma”, se halla en condiciones aplicarlo a la resolución del problema constitucional concreto, es decir, se pasa a la etapa de resolución del conflicto.

III.- ETAPA de RESOLUCIÓN: Esta es la etapa final en la cual el intérprete concluye con el proceso de concretización que le permite arribar a la norma constitucional que brinda solución al problema concreto. Es la operación final de aplicar la norma de decisión para dar solución al caso.

El intérprete a esta altura del proceso interpretativo ya ha estructurado un programa normativo ajustado al problema, o sea, ha logrado la **norma de decisión** que regula el caso de manera “aplicativa”. Esta representa el grado de condensación en el que se encuentra, en cada caso, la norma jurídica. Se produjo el paso desde una norma general y abstracta a una norma individual y concreta que resuelve de manera final el problema. En este punto el intérprete constitucional en uso de su *imperium* hace aplicación de esa norma decisión al caso. Se arriba a la resolución a través de un proceso de proposición tópico de relación, coordinación y valoración.

De esta manera logra la finalidad que persigue toda interpretación constitucional: obtener resultados racionalmente explicables y controlables, de modo de alcanzar certeza y previsibilidad jurídicas. Se consigue una resolución que ofrece una racionalidad posible y una corrección relativa, en cuanto es un resultado explicable, controlable, convincente, previsible y de alto grado de seguridad jurídica, donde siempre se yergue como límite infranqueable el texto constitucional³⁶

La decisión jurídica final tiene valor de *vere-dictus*, decir la verdad, entendida --desde la visión habermasiana-- como consenso alcanzado y duradero obtenido en la situación ideal de una comunicación no limitada y libre de dominio.

35 Vid. SANTIAGO, Alfonso: *LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA. FUNDAMENTO DEL ORDEN JURIDICO NACIONAL E INTERNACIONAL*, Bs. As, Abaco, 2022.

36 Donde no tiene cabida la denominada doctrina del “uso alternativo del derecho”.

Este proceso interpretativo, que nos aportado la metódica estructurante del derecho, nos suministra herramientas hermenéuticas auxiliares para la racionalización, fundamentación y exposición, necesarias y minuciosas, sumamente valiosas para el análisis práctico de cualquier jurisprudencia constitucional.

5. Un ejemplo de interpretación constitucional a través de la metodología estructurante del derecho

Ahora corresponde analizar si todo este desarrollo tan abstracto sobre el proceso de interpretación constitucional se verifica en una sentencia constitucional, o sea, si opera realmente en la práctica constitucional. Para ello tomaremos un caso de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. La causa “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (Fallos 342:411/2019)³⁷, donde la CSJN declaró la inconstitucionalidad de una disposición legal relativa a un impuesto que gravaba los haberes jubilatorios de una anciana.

Vamos a aplicar en el desarrollo de este caso la secuencia de pasos arriba indicados. Veamos:

I.- ETAPA DE PRECOMPRESION Y COMPRESION DE LA NORMA Y DEL PROBLEMA: 1º.- **Precomprensión de la norma y del problema:**

- (a) la norma en cuestión es una disposición legal de un impuesto directo cuyo art. 79 incluye en su inciso “c” establece como objeto imponible los ingresos provenientes “*de las jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal*” (Ley 20.628/73).
- (b) el problema es el detrimento patrimonial que representa sobre el monto de la jubilación que percibe la demandante, una mujer de 82 años de edad.

El intérprete se halla inmerso en un clima de cuestionamientos públicos por el fuerte impacto sobre salarios de sectores de ingresos fijos y jubilaciones medias-bajas, como consecuencia que la reducción el piso mínimo no imponible por efecto de la inflación.

37 <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscar.html>

- 2°.- Comprensión de la norma y del problema:** a) la norma fiscal dictada por el Parlamento --en ejercicio de sus atribuciones con observancia del principio de legalidad fiscal (art. 4, 17 y 75 CA)-- concibe como “ganancias” los ingresos provenientes de jubilaciones y pensiones..
- b) el problema versa sobre la validez constitucional de las disposiciones de la ley que gravan como ganancias las rentas provenientes de las jubilaciones. Un escenario que afecta a personas valetudinarias que sufren una reducción significativa de sus ingresos por obligaciones fiscales.

En suma, la cuestión litigiosa involucra, por un lado, la legítima atribución estatal de crear tributos y, por el otro, el goce de derechos de la seguridad social en condiciones de igualdad entre los beneficiarios contribuyentes (§ 6). En este contexto llega a conocimiento y decisión del intérprete un cuestionamiento sobre la validez constitucional del efecto que la aplicación concreta de una norma fiscal por la cuantiosa reducción de los ingresos que perciben el colectivo de jubilados.

- II.- ETAPA DE CONCRETIZACION: **Ámbito material:** el conjunto de jubilados quienes en razón de su elevada edad se hallan en incapacidad laboral y, naturalmente, necesitados de contar con mayores recursos para sostenimiento de su existencia y/o calidad de vida y para el ejercicio de sus derechos fundamentales (§ 13). En el caso la demandante tenía 83 años con problemas de salud y con un detrimento del 30 % sobre sus ingresos jubilatorios (§ 19).

Programa normativo: Por una parte, el mandato de la norma tributaria es contundente: todas las jubilaciones forman parte de una categoría de ganancias. Por otra parte, se yerguen cuatro expresos principios constitucionales: (a) el principio de igualdad y equidad fiscal concebido como igualdad en igualdad de circunstancias (art. 4 y 16 CA), que aplicado a la materia impositiva, según la CSJA, “no sólo exige la creación de categorías tributarias razonables sino que también prohíbe la posibilidad de unificar las consecuencias tributarias para situaciones que en la realidad son distintas (§ 10); (b) el beneficio de seguridad social debe ser integral e irrenunciable (art. 14 bis), cuyo fundamento es procurar a los trabajadores los medios para atender a sus necesidades cuando en razón de su avanzada edad evidencien una disminución de su capacidad de ganancia (§ 11); (c) el mandato al legislador de “promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real... de trato... en particular respecto de... los

ancianos" (art. 75 inc. 23 CA); y, finalmente, (d) la prevalencia normativa de dos convenciones interamericanas con jerarquía suprallegal (art. 75 inc. 22 CA) sobre la tutela especial a los beneficios de la seguridad social a las personas ancianas: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 9 Protocolo de San Salvador, Ley 24.658/96), y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores del 201 (arts. 3.1, 4 incs. c y d, y 17; ley 27.360/17)³⁸.

El intérprete recurre al método teleológico que impone al legislador el deber de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, complementado por el método sistemático porque este imperativo constitucional es transversal a todo el ordenamiento jurídico que se proyecta sobre la materia tributaria, porque el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico (§ 15)

A partir de este plexo normativo, el intérprete procede a formular un "programa normativo" estrechamente vinculado al "ámbito normativo", sobre dos ejes: el reconocimiento de los derechos de la ancianidad (§ 11) y el principio de igualdad sustancial que exige la tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, a través de "medidas de acción positiva" ("discriminaciones inversas", "cuotas benignas") (§ 12).

Ámbito normativo: La norma legal proyecta su mandato vinculante sobre personas jubiladas por razones de edad o incapacidad laboral. El propio mandato normativo admite la diferente de naturaleza de la renta originada en el salario de un trabajador activo y en la prestación previsional, estableciendo categorías distintas, más gravosa para el primero y menores para la segunda (§ 7).

No obstante, la categoría de los beneficiarios de prestaciones de la seguridad social (jubilaciones y pensiones) no conforman un colectivo uniforme ni homogéneo, por tanto no se encuentran en las mismas circunstancias. En consecuencia, el tratamiento fiscal no puede ser igualitario porque existen condiciones especiales derivadas de situaciones particulares de

38 Cita otros documentos internacionales: Primera y Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, ONU; 1982 Viena y 2002 Madrid; Grupo de Trabajo de composición abierta sobre Envejecimiento, (Resolución ONU 65/182 del 2010); Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia para Personas en Condición de Vulnerabilidad (adhesión por Acordada 5/2009); y la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Envejecimiento.

vulnerabilidad (producto de la avanzada edad u otras situaciones particulares como la discapacidad) (§ 8) por cuanto el envejecimiento es causa predisponente o determinante de vulnerabilidad.

El programa normativo dirige su atención hacia las circunstancias particulares que deben ser contempladas para asegurar el principio de igualdad real de trato, como asimismo, hacia la especial situación de vulnerabilidad de muchos jubilados valetudinarios para garantizar el derecho a la seguridad social integral e irrenunciable. La norma fiscal hace caso omiso a estas realidades, creando una categoría uniforme que ignora estas circunstancias particulares. Desde la perspectiva constitucional, el principio de igualdad impositiva implica que es tan injusto gravar en distinta forma a quienes tienen iguales medios como imponer la misma contribución a quienes están en desigual situación (§ 10).

En este escenario se dibuja como “programa normativo” que la norma fiscal debe contemplar una subclasificación o subcategorización de los jubilados (§ 19) que incorpore elementos relevantes de la vulnerabilidad a la capacidad económica inicial. En términos negativos, la regulación de una única categoría de “jubilados” sin un necesario discernimiento (ausente en la ley) no cumple razonablemente con los principios constitucionales de igualdad y vulnera derechos fundamentales de personas ancianas (§ 20), porque la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital de este colectivo, al extremo que lleva a igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera sobre el presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, generando esta pauta de diferenciación tributaria una situación de notoria e injusta desventaja (§ 17). Una misma capacidad económica –convertida por el legislador en capacidad contributiva- está destinada a rendir de manera diferente, desiguando en la realidad a un colectivo que se presenta heterogéneo (§ 18).

III.- ETAPA DE RESOLUCION: **Norma de Decisión:** La norma fiscal debe adoptar un tratamiento diferenciado que contemple la situación de los jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad (Resolutivo II). La norma de decisión expresa que los jubilados son personas en situación de vulnerabilidad que la disposición fiscal debe contemplar para preservar el principio de igualdad real y el derecho a

la seguridad social integral. En consecuencia, declara la inconstitucionalidad la norma legal (inciso c del art. 79) (Resolutivo I)

La norma fiscal debió contemplar que los jubilados no se encuentran en igualdad de condiciones, en consecuencia, la omisión de disponer un tratamiento diferenciado para aquellos beneficiarios en situación de mayor vulnerabilidad que se encuentran afectados por el tributo (en especial los más ancianos, enfermos y discapacitados), agravia la Constitución (§ 23).

La situación de extrema vulnerabilidad vital de este colectivo conduce al intérprete constitucional a concluir que el modo en que la obligación fiscal se aplica (*as applied*) contraviene principios constitucionales. Consecuentemente, para el caso, ordena reintegrar a la actora --desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago-- los montos que se hubieran retenido por aplicación de las normas descalificadas y ordena que no podrá descontarse suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias de la prestación previsional

(Resolutivo II).

6. CONCLUSIÓN

Para la finalidad de la interpretación constitucional de conseguir resultados racionalmente explicables y controlables, la metódica estructurante nos proporciona un aceptable camino para arribar, a través del procedimiento tópico vinculado al problema concreto siempre guiado y orientado por la norma, a una solución convincente y verificable.

Todo el itinerario de la interpretación constitucional encuentra en el texto constitucional su límite. "La interpretación --recalca Hesse-- se halla vinculada a algo establecido... Para una interpretación constitucional que parte de la primacía del texto, este último constituye el límite infranqueable de su actuación. Las posibilidades de comprensión del texto delimitan el campo de las posibilidades tópicas"³⁹. El texto de la Constitución cumple con la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que admite cierta adaptación constitucional por medio de la interpretación

39 Cf. Hesse, ESCRITOS..., ob.cit., pp. 51-52.

(*Verfassungswandlung*)⁴⁰ pero excluye cualquier quebrantamiento o reforma constitucional por vía de la interpretación.

El proceso de concretización por medio de la metódica estructurante guiada por la actuación tópica ofrece las máximas posibilidades de llegar a resultados sólidos, racionalmente explicables y controlables, en suma, la certeza y previsibilidad jurídica que se busca alcanzar. Por cierto, sólo hay que esperar una racionalidad “posible” (pues la decisión jurídica, muy especialmente las de derecho constitucional, nunca pueden ser totalmente racionalizadas) y una corrección “relativa” (que implica reconocer el carácter limitado de este objetivo), si bien, como acierta Hesse, dentro de dicha limitación, que resulta explicable, convincente y hasta cierto punto previsible, se consigue un *quantum* de honestidad jurídica y de limitada seguridad jurídica⁴¹.

De este modo entendemos que, también, se rectifica el rumbo antiformalista provocado por la exagerada crítica al positivismo. No podemos desconocer la función normativa de la Constitución, devaluada por el decisionismo, porque sólo podemos calificar como “real” aquel Derecho Constitucional que está “actualizado” en la vida histórica concreta, porque toda Constitución es un programa de convivencia política en democracia que se aplica sobre un objeto que no existe aún en la realidad, que está llamado a concretizarse permanentemente.

Esta propuesta metodológica para la interpretación constitucional tiene el mérito de superar e integrar los métodos clásicos de interpretación –derivados de la codificación del derecho privado del Siglo XIX -- y, además, destacar la función normativa de la Constitución procurando superar la dualidad entre el ser y el deber ser que, de algún modo, guardan parentesco con la relación dialéctica programa normativo-ámbito normativo y, sobre esta base, desarrollar un método interpretativo superador,

40 Muy interesante el capítulo dedicado a los Límites de las Mutaciones Constitucionales (Hesse: *Escritos...*, ob.cit., pp. 87-112). Para profundizar la cuestión de las Mutaciones Constitucionales puede verse mis trabajos: DIAZ RICCI, Sergio: “Introducción a las mutaciones constitucionales” en *Revista Jurídica* de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán, N° 28, Tomo III, Tucumán-Argentina, UNT, 1993. También en *Estado & Direito* (Revista semestral luso-espanhola de direito público), N° 21-26 (1998-2000), pp. 93-125. También en mi obra *TEORIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL*, Bs. As., Ed. Ediar, 2004, pp. 47-82.

41 Cf. Hesse, *ESCRITOS...*, ob. cit., pp. 51.

verificable y comprobable racionalmente. Una explicación que se puede compartir y verificar razonablemente.

Introducir la teoría estructurante del derecho como método de concretización operada por la interpretación constitucional representa una novedad para ser profundizada y ampliada por la ciencia constitucional de estas latitudes.

III.
TESTIMONIOS

UN EJERCICIO AUTO ETNOGRÁFICO SOBRE EL TRABAJO COMO ASESOR DE TESIS DEL DR. JOSÉ PALOMINO MANCHEGO EN LA TESIS DE LICENCIATURA “CUOTA EFECTIVA DE MUJERES EN CONSEJOS REGIONALES”

*Carlos Infante Palomino**

Introducción

Recibí con sorpresa la invitación de Dante Paiva para elaborar este escrito a propósito del libro homenaje al Dr. José Félix Palomino Manchego (en adelante el Dr. Palomino). Y tras varios días de discusiones internas sobre cómo realizar un escrito en torno a la experiencia de ser asesorado del Dr. Palomino, concluí que la mejor forma de aproximarme a mis memorias como fuente de información es a través de la fenomenología como estrategia y la auto etnografía como técnica.

* Carlos Infante Palomino (33) es licenciado en Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cuenta con estudios concluidos de maestría en Buen Gobierno y Sistema Electoral por la Universidad de Piura, el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y la Escuela Electoral y de Gobernabilidad del Jurado Nacional de Elecciones. Actualmente cursa estudios en la maestría en Sociología en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesionalmente se desempeña como Jefe de Relaciones Institucionales y Comunitarias de la empresa Desarrollos Terrestres Perú S.A. dedicada a la construcción de torres de telecomunicaciones.

Las partes en las que se divide el documento resultan a solicitud de la organización y trataré de ceñirme al planteamiento. Resumiré mi tesis de licenciatura, expondré sus conclusiones; pero la cuestión principal se encuentra en el “balance de la experiencia de investigación bajo la asesoría del Dr. José F. Palomino Manchego”. Es aquí en donde aplicaré la auto etnografía para ordenar mis memorias; lo que conllevará a la construcción de un sentido basado en la experiencia desde una perspectiva fenomenológica.

Cumplo con advertir que me atrevo a romper con los cánones de quienes participan en el libro al escribir el contenido del presente documento en primera persona, pues facilita la labor auto etnográfica en el ejercicio de construir la memoria de lo que significó mi experiencia de ser asesorado por el Dr. Palomino. Seguramente traerá algunos cuestionamientos, pues la auto etnografía no corresponde a los cánones de investigación dominante en las ciencias en su afán por el objetivismo y la excesiva rigurosidad. De hecho, “La escritura científica social, al igual que todas las demás formas de escritura, es una construcción socio-histórica y, por lo tanto, mutable.” (Richardson 2019)

Tesis de Licenciatura y Conclusiones

La tesis “Cuota Efectiva de Mujeres en los Consejos Regionales” hace un análisis desde el sistema electoral, entendido como el conjunto de reglas que convierten votos en escaños, sobre la “cuota efectiva” de mujeres; es decir, el número escaños ocupados finalmente por mujeres. Se realizó un análisis en cinco regiones durante los procesos electorales 2002, 2006 y 2010. Concluyendo que las regiones que cuentan con mayor cantidad de circunscripciones uninominales y con alta concentración y efectividad tienen a favorecer a la cuota efectiva de mujeres. De las 5 regiones, 4 fueron escogidas para solventar dicha afirmación (máxima semejanza) y 1 para corroborarla (máxima diferencia).

Dicho planteamiento se contextualiza en una cuota de género del 30% aplicable a las listas de candidaturas como requisito para su inscripción; sin embargo, sus efectos se diluían de manera difusa por las particularidades de nuestro sistema electoral regional. Actualmente se aplica la alternancia y la paridad; sin embargo, se advierte en la tesis que “El mandato de posición o alternancia no es una alternativa para el sistema electoral regional vigente, ya que carece de todo sentido en circunscripciones mayoritariamente uninominales.” Dicho planteamiento debería ser corroborado o negado.

Mientras realizaba la investigación, tuve la oportunidad de presentar un avance de ésta en el Concurso de Ensayos por el aniversario del Jurado Nacional de Elecciones, cuyo jurado estuvo conformado por personalidades como Romeo Grompone. El ensayo resultó ganador en su categoría y por ello obtuve una beca en el Máster en Gobernabilidad y Procesos electorales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y la Escuela Electoral y de Gobernabilidad del Jurado Nacional de Elecciones.

Finalmente, la tesis fue defendida en las aulas de la Facultad de Ciencias Contables de la UNMSM en enero de 2014¹, cuyo jurado calificador aprobó el trabajo de manera unánime con la nota aprobatoria de diecinueve (19).

Balance de la experiencia de investigación bajo la asesoría del Dr. José F. Palomino Manchego

La auto etnografía es considerada como “un acto político, socialmente justo y socialmente consciente.” (Ellis et. al 2019). Es un ejercicio de memoria selectiva en la búsqueda de una epifanía, de un momento clave que construye sentido a la experiencia. Conocí al Dr. Palomino en diversas facetas dentro de la vida académica: en sus intervenciones como expositor en eventos académicos de la Facultad de Derecho y Ciencia Política (FDCP), como profesor en el curso de Gobiernos Regionales y Municipales, como miembro del Consejo de Facultad (FDCP), como asesor de tesis y lo conocí como amigo.

Cuando fui integrante del Consejo de Facultad en calidad de representante estudiantil, tuve la oportunidad de interactuar con el Dr. Palomino a quien sólo conocía a través de los eventos académicos que organizaba como los Congresos Iberoamericanos de Derecho Constitucional y que siempre mantuvo la apertura con los alumnos sanmarquinos, tanto de Derecho como de Ciencia Política. Las veces que he visitado el despacho de la Escuela de Derecho del Dr. Palomino han sido para exponer los intereses estudiantiles y buscar consenso entre los miembros del Consejo en beneficio de los estudiantes. Es ahí en donde el Doctor siempre tuvo la generosidad de regalar libros de su producción, algunos del Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (UIGV).

1 Por aquellos meses, el edificio de la Facultad de Derecho y Ciencia Política se encontraba en proceso de reforzamiento. Por lo que los grados se realizaban en otras facultades.

Era el 2012 y coincidentemente con el esfuerzo de otros profesores sanmarquinos como Virgilio Hurtado y de instituciones como el Jurado Nacional de Elecciones, involucramos a través de la representación estudiantil y el apoyo del Dr. Juan Morales Godo (+), el profesor Juan Antonio Bazán Chávez y el Dr. Palomino a la participación de la UNMSM como organizadora el I Congreso Internacional de Estudios Electorales, que tenía la presencia de dos importantes académicos: los maestros Leonardo Morlino y Dieter Nohlen. Es en esa coyuntura que la relación con el Dr. Palomino es constante y se afianza.

Pacté una cita con el Dr. Palomino para alcanzarle información detallada de lo que sería este evento y de la participación del profesor Dieter Nohlen. Visto que el Dr. Palomino había participado directamente haciendo un estudio preliminar en uno de los más importantes textos académicos del profesor Nohlen titulado “La Democracia. Instituciones, conceptos y contexto”, publicado en sus distintas versiones en las que destaca la editorial española Marcial Pons; pero que, por la generosidad del Dr. Palomino, yo contaba con la versión física del Fondo Editorial de la UIGV. Es ahí en donde me pide que lo visite en su despacho profesional.

El despacho del Dr. Palomino, se encuentra ubicado al lado del Palacio de Justicia, no es un despacho pomposo; al contrario, es bastante modesto. Cuando ingresé por primera vez, me llamó la atención la cantidad de libros y una insignia de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. El Dr. Palomino me atendió con mucha cordialidad siempre con su mirada suspendida sobre el marco de sus lentes de lectura.

El Dr. Palomino manifestó pleno interés en apoyar la iniciativa estudiantil de otorgar el grado de Doctor Honoris Causa al profesor alemán Dieter Nohlen, uno de los más grandes académicos en la Ciencia Política por sus aportes en el estudio de los sistemas electorales desde un enfoque propio conocido como el institucionalismo contextualizado. Sería el Dr. Palomino quien dentro de los protocolos pronuncie el *Laudatio* para la investidura como doctor Honoris Causa del profesor Nohlen dando muestra de sus amplios conocimientos no sólo del Derecho, sino también de la Ciencia Política.

Es el Dr. Palomino quien me abre las puertas al mundo académico internacional, quien dentro de su generosidad me hizo compartir momentos gratos con el prof. Nohlen y experimentar la importancia de contar con

todo el apoyo de la comunidad universitaria en la promoción académica de sus alumnos. “La virgencita se presenta una sola vez”, pronunció cuando le comenté mi interés en dedicarme al estudio de los sistemas electorales.

Por aquellas experiencias, sin duda elegí la asesoría del Dr. Palomino para mi tesis que siempre mostró su interés y apoyo en el desarrollo de ésta, ponencias en congresos y ensayos. Nuestra relación fue tan grata que tuvo el gesto de asistir a una reunión por mi cumpleaños y conocer a mis padres. Sin duda, toda la experiencia en general fue como la de un tutor en su real dimensión.

Fue tal la promoción de mi carrera, que gracias al Dr. Palomino, tuve la oportunidad de apoyar en la traducción del español al alemán del profesor Nohlen de uno de sus últimos artículos publicados.

¿Cuál es el sentido de la relación asesor-tesista? La de un crítico, sí y es la fundamental; pero la de un promotor y tutor es el mayor de los sentidos que puede resumirse mi experiencia con el Dr. Palomino cuando fui su asesorado.

Referencias

- Carolyn Ellis, Tony E. Adams y Arthur P. Bochner. “Autoetnografía: Un Panorama”. En *Autoetnografía. Una Metodología Cualitativa*. Editado/coordinado por Bénard Calva, Silvia M. (Selección de textos). 14-41. 2019. Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2019.
- Infante, Carlos. “Cuota efectiva de mujeres en los consejos regionales: regionales”. Tesis de Licenciatura, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2014.
<https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/3548>
- Laurel Richardson y Elizabeth Adams St. Pierre. “La escritura. Un método de indagación.” En *Autoetnografía. Una Metodología Cualitativa*. Editado/coordinado por Bénard Calva, Silvia M. (Selección de textos). 45-81. 2019. Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2019.
- Nohlen, Dieter. *La Democracia. Instituciones, conceptos y contexto*. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilazo de la Vega, 2009.
- Nohlen, Dieter. “La política del camino especial. Sistemas electorales en Alemania como cuestión jurídica.” *Pensamiento Constitucional*. 20 (2015): 217-250.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/14891>

JOSÉ PALOMINO MANCHEGO ¡EL MENTOR!

*Dante Paiva Goyburu**

¡P or sus frutos los conoceréis! sentencia el evangelio de Mateo acerca de las amenazas que representan los falsos profetas y cómo poder identificarlos. En el mundo jurídico, donde abundan muchos prejuicios, resulta indispensable desempeñarse con el mayor celo, observando siempre un código de valores y un incasable compromiso con la justicia. La búsqueda de la paz y el respeto a nuestro prójimo debe ser nuestro permanente propósito, y para ello se requiere una formación académica con excelencia, pero sobre todo del ejemplo de quienes ejercen la carrera y enseñan en las aulas universitarias.

Ingresar a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos realmente me cambió la vida, por muchas razones largas de enumerar, pero este hito me permitió llegar también a otro aspecto trascendental para mi desarrollo: Conocer al Dr. José Palomino Manchego. Alma máter y profesores albergan e instruyen a los estudiantes, pero sus especiales esfuerzos, métodos y trabajo definen el carácter y cualidades que finalmente estos mostrarán en el desempeño de su día a día

* Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Secretario de Redacción de la Revista Peruana de Derecho Público. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Sección peruana. Docente ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Investigador CONCYTEC.

Estas memorias son un recuento de ciertas experiencias cruciales que hemos vivido. A lo largo de nuestra particular existencia nos encontramos con muchos episodios que van sumando al repertorio de recuerdos e inciden en nuestro ser, y en este sentido es propicio plasmar dichas vivencias para recordarlas tal como ocurrieron, y que mejor que compartirlas con quienes pueden afrontar situaciones similares, para que conozcan como se hizo la historia particular de cada uno.

Presentamos a continuación el relato de una sociedad académica que se formó desde las aulas de la Universidad más antigua de América, una fábula donde las metas comunes, la humildad y el buen corazón forjan amistades, lealtades y permiten alcanzar magníficos propósitos.

Conociendo al profesor José Palomino Manchego

En el año 2004 inicié mis estudios en la Facultad de Derecho y Ciencia Política. Ese primer año, aunque extenuante, fue sumamente provechoso, y gran parte del éxito de éste se lo debo al Dr. Eleazar Armando Flores Medina, abogado y docente sanmarquino, de enorme desprendimiento y una genuina vocación educadora. Gracias a sus valiosos consejos es que pude tener algunas referencias de los docentes que había en la Facultad (no contaba con nadie más en mi entorno que supiera lo que es ser parte de la Facultad de Derecho). Ese primer año, aunque algo remoto en el tiempo, pero los recuerdos aún se mantienen cercanos, permitió también hacer equipo con mi extraordinario amigo Pablo Huapaya Garriazo, dedicado estudiante, brillante colega y hoy el mejor especialista en Derecho Tributario de su generación.

En el segundo año de Derecho correspondía cursar las asignaturas de especialidad, tanto en las materias de Civil, Penal, Comercial y por supuesto ¡Derecho Constitucional! Alentados por los buenos resultados en los Estudios Generales, buscamos nuevamente los consejos del profesor Flores Medina, y también visitar la Facultad de Derecho en los meses de vacaciones, donde se llevaban a cabo algunas conferencias y cursos cortos, para conocer un poco más sobre los profesores que correspondía elegir en adelante. Dentro de estos, pude escuchar brevemente una presentación que realizaba el Dr. José Palomino Manchego sobre Derecho Constitucional, y sumado a otras recomendaciones me matriculé con él en el curso de Derecho Constitucional I - Teoría del Estado.

De los primeros aspectos que tomé nota atención sobre las clases del Dr. Palomino Manchego fue su preocupación por brindar a los estudiantes materiales de lectura selectos, y que estos estuvieran a disposición de los mismos desde el inicio de las clases. Fue allí que tuve la oportunidad de conocer a Richard Cuadros Soldevilla, quien como asistente del Dr. Palomino Manchego sumaba a resolver cualquier inquietud o requerimiento de los estudiantes, procurando dejar en claro la forma en la cual se llevarían a cabo tanto las sesiones de clase como tareas complementarias y evaluaciones. Asimismo, el Dr. Palomino procuraba acercar a los estudiantes con académicos y estudiosos del Derecho de toda Iberoamérica, siendo sus clases el espacio para súbitas conferencias que concitaban la atención de propios y extraños, ¡ni que decir de jornadas y congresos que organizaba con mucha voluntad y dedicación! Poniendo siempre a San Marcos como el referente de la ciencia jurídica y política del país.

Por entonces, y ya con una clara inclinación hacia el Derecho Constitucional, no me perdía ninguna clase del Dr. Palomino, incluso procuraba sentarme lo más cerca de la pizarra para poder atender las lecciones con el mayor cuidado (los matriculados éramos casi 100 estudiantes). Éste era el único curso en el cual hacía preguntas en cada clase, mi interés era alto y por fortuna el profesor se daba el tiempo para responder a las mismas.

En este año ocurrió una anécdota peculiar. Para el curso de Pensamiento Político Peruano debía leer *La Realidad Nacional* de Víctor Andrés Belaunde; hasta entonces no conocía nada del autor (que hoy es mi predilecto en torno a la comprensión del Perú), así que acudí a la biblioteca de la Facultad, que afortunadamente contaba con el volumen y procedí a sacarle una copia completa. Revisando el ejemplar encontré en la carátula una nota: “Libro donado por José Palomino Manchego”.

Advirtiendo el detalle del donante, en la clase respectiva le enseñé mi hallazgo al Dr. Palomino y le agradecí, porque su libro me estaba librando de un apuro para cumplir con mi tarea. El profesor tomó el texto, lo presentó en la clase y aprovechó en hacer un comentario sobre el libro, el cual conocía a profundidad. Pocos días después, motivado por el suceso, compartió ejemplares de su ensayo *Valor actual de “La realidad nacional”*, publicado en 1994, y que demostraba cuan influyente resultaba la obra en el pensamiento peruanista.

Entre exámenes, trabajos monográficos, exposiciones y otras tareas aprobé el curso de Derecho Constitucional I con mucha satisfacción, y con ganas de cursar ya Derecho Constitucional II – Derecho Constitucional del Perú.

El curso de Derecho Constitucional II culminaba la formación teórica en la especialidad, se llevaba en el tercer año de estudios y me correspondió la matrícula en el año 2006 (la mitad de la carrera). Me matriculé en el curso con muchas expectativas y éstas no fueron defraudadas. La metodología de trabajo era similar y como siempre Richard Cuadros apoyaba en el desarrollo de las clases, solo que nos enfocábamos en el estudio de la génesis, evolución y manifestaciones del constitucionalismo peruano.

Tal como acostumbrábamos desde el año anterior, siempre estábamos cerca de la pizarra en todas las clases. El Dr. Palomino ya notaba nuestra presencia y comenzó a pedirme en cada clase mi cuaderno a fin de cotejar lo avanzado en las sesiones previas. Procuraba tomar nota de cada palabra y también registrar algunas ideas que expresaba sobre la coyuntura del momento, así como de las problemáticas que se advertían en constitucionalismo peruano, sabía yo que en cualquier momento todo eso me iba a ser de amplia utilidad, hasta que llegó el día...

Invitación para ser asistente.

Fue a mediados de septiembre de 2006, bajo el acostumbrado rito de enseñarle mi cuaderno al Dr. Palomino, que escuché las palabras que definirían mi trayectoria académica a partir de entonces: ¡Quiero que me ayudes!

Debo reconocer que ser asistente del Dr. Palomino Manchego era un deseo que anhelaba desde hacía tiempo atrás. Era usual que algunos profesores se valieran de estudiantes como apoyo para el desarrollo de sus clases, sobre todo en lo que se conocía como “clases prácticas”, y en el caso del profesor era Richard Cuadros quien cooperaba en esos menesteres.

Sin embargo, cabe mencionar que no era el Dr. Palomino el primer profesor de San Marcos con el cual colaboraba. En el año 2005 el Dr. José Antonio Silva Vallejo, con quien cursé Historia General del Derecho en primer año, me pidió apoyarlo en sus investigaciones, redactando en la computadora; así, cada domingo iba a su casa a ayudarlo a escribir las nuevas ediciones de sus libros hasta los meses finales de 2007.

Compartir con el Dr. Silva Vallejo fue una experiencia sumamente enriquecedora, no solo me abrió las puertas de su casa, sino que me permitió conocer de cerca la práctica y prédica de un hombre que había dedicado gran parte de su vida a la ciencia jurídica en todos los niveles: Abogado, juez y docente universitario. Las clases que llevaba con él en las aulas finalmente se prolongaban en la redacción de sus escritos, donde reforzaba las lecciones aprendidas siendo un verdadero desafío el escribir en italiano y alemán, que correspondían a las citas de sus autores predilectos que el traducía para incorporarlas en sus textos. También atestigüé de la admiración que profesaba a su padre, don Nicanor Silva Salgado, quien llegó a integrar el Tribunal de Garantías Constitucional y a quien aprendí a honrar y respetar, a pesar de nunca haberlo conocido.

El Dr. Silva Vallejo es un verdadero baluarte del Derecho peruano, convencido enemigo de la mediocridad y la ignorancia que tanto daño hacen a la academia y al Perú mismo, un hombre bueno y desprendido que preparaba cada una de sus clases, para pregrado y posgrado, con la mayor entrega y dedicación, con una especial exigencia y rigurosidad académica y es que esperaba siempre lo mejor de sus estudiantes, por eso brinda lo más selecto de su repertorio. Estoy seguro de que su leyenda seguirá creciendo, como un jurista referente en el Derecho peruano.

Coordinando con Richard Cuadros, quien me dio algunas recomendaciones y pautas sobre cómo realizar la labor, y le dio buenas referencias al Dr. Palomino sobre mi desempeño, estaba más familiarizado con el estilo de asistente que se requería para el curso, y en el año 2008 se dio la primera oportunidad de encargarme de una clase como asistente, en el curso de Derecho Constitucional I, que por un súbito caso lo habían programado en horas de la tarde, donde no había otro apoyo disponible.

Concluimos el curso con muy buenos resultados, y para el año 2009, producto de una reforma curricular, se incluyó para el primer año el curso de Historia de la Cultura, materia que por coincidencia era de las predilectas del Dr. Palomino, por lo que estuvo bastante motivado en conseguir los mejores materiales y recursos didácticos (documentales traídos de Europa, libros muy gráficos que escaneé para su proyección), correspondiéndome organizar todo para la clase. Tuvimos un excelente grupo y en los años siguientes la mayoría de estudiantes se matriculaban en la sección del Dr. Palomino, motivados por las recomendaciones brindadas por quienes lo habían llevado.

Y así, progresivamente, fui colaborando con el Dr. Palomino en Historia de la Cultura, Derecho Constitucional I, Derecho Procesal Constitucional y Filosofía del Derecho. Tuve también la fortuna de que el Doctor aceptara algunas recomendaciones que le hacía en la gestión con los estudiantes, como fue el uso del correo electrónico, los entonces funcionales grupos de Hotmail, la programación de fechas de controles y exámenes desde la primera clase y dinámicas distintas adecuadas a los cursos. Recogiendo las positivas experiencias de esa labor es que también adaptamos mecanismos para cuando nos tocó asumir la docencia en San Marcos, en el año 2014.

Sin perjuicio de la oportunidad que me brindó el Dr. Palomino de ser su asistente personal en las clases, esta labor se oficializó durante dos años en la Facultad mediante el concurso de ayudantes de cátedra, el cual estaba dirigido para estudiantes de quinto y sexto año de carrera. Gané consecutivamente en los años correspondientes, siendo designado en los cursos de Derecho Constitucional I en la primera oportunidad y Derecho Procesal Constitucional al año siguiente. La labor me permitió acceder a un pago de parte de la Universidad, el cual ahorré para solventar los trámites para mi grado de bachiller ni bien egresara.

He acompañado en sus clases de pregrado al Dr. Palomino hasta el año 2019, que fue el último año antes de la pandemia, la cual obligó a realizar clases virtuales. Se han ido sumando otros asistentes de esmerada labor, como es el caso de Paolo Bustamante Falcón, y ha sido mi trabajo orientarlos para que contribuyan en los distintos cursos, y así sigo vinculado a estos menesteres desde otros espacios; incluso, nos ha tocado también asistir al Doctor en sus clases de posgrado, pero eso ya es materia de otras memorias en el futuro.

La tesis de abogado

Estando en quinto año de Derecho vi un aviso en la Universidad, ¡financiamiento para estudiantes que pensaban graduarse con tesis! Se trataba de un concurso en el cual debíamos presentar el proyecto de tesis, que sería calificado por la Facultad y finalmente el Rectorado validaría un monto de hasta S/. 2,000.00 para los ganadores.

Indagando sobre lo que representaba la elaboración de una tesis, me animé para presentar mi proyecto. Conversé sobre ello con el Dr. Palomino, quien amablemente accedió a ser mi asesor para la tesis.

Procedí entonces a preparar mi expediente y para los primeros meses de 2009 salieron los resultados, dentro de los que mi proyecto se encontraba dentro de los ganadores.

El proyecto surgió a partir de una lectura en el curso de Derecho Constitucional del Perú, la cual tenía constantemente en la cabeza: “Bases para la historia constitucional del Perú” de Domingo García Belaunde (por entonces ni imaginaba que llegaría a conocerlo y menos aún que trabajaría a su lado). Este particular hecho lo comento siempre en clases, porque demuestra que la revisión constante de diversas lecturas permite alumbrar ideas, sobre todo respecto identificando problemáticas, las mismas que constituyen el germen para establecer un proyecto de tesis.

La lectura de García Belaunde me inspiraría para hacer una tesis teniendo en cuenta el problema que él advertía en el texto: La insuficiente investigación sobre la historia constitucional peruana. La situación descrita me hizo pensar que valía la pena sumar esfuerzos sobre el estudio de las constituciones peruanas, y formular algún aporte a la materia.

Como veía semanalmente al Dr. Palomino en las clases donde lo ayudaba, dialogar en torno a la tesis era bastante viable. Gracias a sus lecciones de Derecho Constitucional, y de las infaltables lecturas adicionales, pude definir el problema central de la tesis ¿por qué la efímera vigencia, pero la gran trascendencia de las constituciones de 1828 y 1979? Esta pregunta sería el título de la tesis propiamente.

Teniendo ya un respaldo de la Universidad para poder elaborar mi tesis, había que poner manos a la obra. Durante el sexto año de carrera (el último, 2009) me enfoqué principalmente en la búsqueda de bibliografía, dándome espacio entre las clases, el trabajo, la ayudantía de cátedra al Dr. Palomino y otras responsabilidades. Luego de egresar, me dediqué durante todo el año 2010 a la redacción de la tesis.

Iniciar la redacción de una tesis puede resultar intimidante, sobre todo por el “horror a la página en blanco” que suele padecerse. Al respecto, creo que la determinación necesaria para superar esos desafíos se forja leyendo otras tesis y trabajos, los cuales reflejan la experiencia de quienes apostaron por la investigación para titularse.

Recuerdo claramente que fue una noche de marzo de 2011, en la computadora de la casa de mis padres, en la cual exclamé ¡Terminé la

tesis! Correspondía ahora la revisión del Dr. Palomino quien, luego de leer cada página, me entregó el borrador con sus anotaciones cuidadosamente redactadas. Cumplido con subsanar lo observado, procedí a hacer los trámites ante la Facultad para la sustentación respectiva, programándose la misma para el martes 26 de abril de 2011 al mediodía, con un jurado presidido por el Dr. José Antonio Silva Vallejo.

Llegado el día, y manejando los nervios propios del acontecimiento, se llevó a cabo la sustentación ante el jurado conformado por los doctores Silva Vallejo, José Antonio Ñique de la Puente, Raúl Chanamé Orbe y Carlos Pérez Ríos, así como el Dr. Palomino Manchego en su calidad de asesor. El acto duró casi noventa minutos, y con un resultado satisfactorio procedimos a jurar que desempeñaríamos con integridad nuestra profesión, respetando la Constitución y defendiendo el Estado de Derecho. Luego de la foto de rigor con los jurados, en especial con nuestro asesor, se cerró el capítulo de la tesis de abogado, para centrarnos de inmediato en otro proyecto: Los estudios de maestría.

La tesis de maestría

Semanas antes de sustentar mi tesis de abogado había iniciado ya mis estudios de maestría en Derecho, mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos ¡Volvía a ser estudiante sanmarquino! esta vez en el posgrado.

Si bien había escuchado sobre las maestrías por diversos comentarios, fue gracias al Dr. Palomino y sus orientaciones sobre las ventajas del posgrado, así como lo pertinente que era tener el grado de magíster si quería llegar a ser profesor universitario, que decidí cursar la misma, mejor todavía que fuera en la especialidad de Constitucional, la cual me permitiría alcanzar mayores credenciales académicas.

Debo reconocer que una ventaja personal cuando estudié la maestría era que ingresé a la misma ya teniendo claro lo que quería estudiar: El derecho a la educación. En este sentido, enfoqué mis esfuerzos en definir un problema sobre la temática y, luego de revisar distintas opciones, me centré en el tratamiento constitucional de la gratuidad de la educación en las universidades públicas.

Estando familiarizado con la redacción de tesis iba avanzando con la misma en paralelo con los estudios de la maestría, el trabajo, la ayudantía

en la universidad y otras oportunidades que fueron surgiendo. La planificación del tiempo fue fundamental en este aspecto, y es que solo organizándonos debidamente podíamos cumplir con todas las metas que habíamos establecido, entre estos, culminar los estudios sin exceder los cuatro ciclos respectivos, lo cual se concretó en diciembre de 2012.

La forma de trabajo con el Dr. Palomino para esta tesis, quien una vez más era mi asesor, fue similar a lo acontecido con la tesis de abogado; no obstante, era más riguroso en torno a la originalidad del aporte y la bibliografía que empleaba, destacando él que era necesario esforzarse aún más en la investigación a nivel de posgrado. Concluido el borrador de mi tesis procedió a su lectura detallada, y luego de algunos intercambios de opiniones y la subsanación de lo observado, nuestro producto estaba listo para seguir con los demás requisitos del procedimiento (entre ellos la acreditación del conocimiento de un idioma extranjero).

En el caso de las tesis de posgrado en San Marcos, antes de la sustentación ésta debe tener un dictamen aprobatorio de dos jurados informantes que revisan el borrador y dan su conformidad para la exposición respectiva. En algún momento este paso puede prolongarse por mucho tiempo, y es importante allí el trabajo del asesor, como fue en mi caso el Dr. Palomino, quien coordina y aboga por la tesis, teniendo en cuenta que la ha respaldado, y solo así se puede asegurar superar con éxito esta etapa.

Con relación al idioma, ésta fue una evaluación ardua por parte de la misma Universidad, pero la superamos sin mayor contratiempo teniendo en cuenta que ya teníamos práctica en el inglés. Cumplidos todos los requisitos llegó el momento de la sustentación, el jueves 12 de setiembre de 2013 a las 4:00pm.

El jurado para la ocasión era integrado por los doctores José Ñique de la Puente, Jaime Zelada Bartra, Medardo Nizama Valladolid y presidido por el Dr. Rubén Gonzales Espinoza; intervenía también el Dr. Palomino en su calidad de asesor. La exposición tuvo momentos álgidos por cuanto el tema no era pacífico, y es que si bien nosotros discrepábamos con la redacción del artículo 17° de la Constitución, también se dio espacio para analizar otros aspectos sobre la educación en la universidades públicas, dentro de las cuales se presentaban diversas dificultades con los estudiantes, sobre todo con aquellos que no cumplían debidamente con las exigencias respectivas, pero que muchas veces, valiéndose de reclamos y protestas,

pretendían mantenerse en las aulas, a pesar de que no eran dignos de ellas. Finalmente, fuimos aprobados por unanimidad.

Mi primer contrato como docente de la Facultad

Con el grado de magíster bajo el brazo era el momento de contribuir a mi alma mater desde la trinchera docente. Mi lema en este aspecto ha sido y es darles una educación comprometida a los estudiantes, depurando aquellas prácticas que a mi no me gustaba que tuvieran los profesores. En los años 2012 y 2013 tuve experiencias como profesor en universidades privadas, lo que me permitió familiarizarme con el manejo de grupos, las cuestiones administrativas y otros procedimientos propios de tal función.

Era costumbre en la Facultad de Derecho convocar a ciertas plazas docentes a concurso, para desempeñarse de forma anual. Conversé con el Dr. Palomino y me recomendó que me presentara. Así, en el verano de 2014 estuve atento a la convocatoria y dentro de todas las asignaturas disponibles la que se adecuaba a mi perfil era la de Seminario de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, curso electivo para estudiantes del último año de la carrera.

Con este propósito, una vez más había que someternos a un jurado de profesores, quienes evaluando nuestra hoja de vida y luego de escuchar la clase modelo aprobaron nuestra postulación ¡por primera vez era docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos! 5 años después de haber culminado mis estudios en ésta.

Me tocó un horario nocturno y un grupo magnífico, todas las noches de los jueves, justo terminando mis labores de ayudantía, desarrollábamos los temas del silabo. El curso se estructuró en tres unidades: Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y temas de actualidad. Sumado a los clásicos controles de lectura y exámenes parciales, añadimos dos dinámicas que fueron bien recibidas por los estudiantes las cuales eran la exposición de un libro que ellos hubieran leído en la carrera y consideraban recomendar a sus compañeros, y la simulación del examen de grado, mediante la exposición de un proyecto de tesis o de una sentencia del Tribunal Constitucional.

Nuestra experiencia como profesor contratado prosiguió desde entonces, pero el Dr. Palomino siempre me decía que debía concursar para ser nombrado, que ello me permitiría consolidar mi labor y vocación docente,

así como afianzar otros proyectos académicos que veníamos concibiendo, pero para contar con mayor solidez académica me recomendó también que obtuviera el grado de Doctor en Derecho.

La tesis de Doctor

Inmediatamente culminada la maestría, estaba decidido a continuar el posgrado; así que en el mes de abril de 2013 comencé mis estudios en el Doctorado de Derecho y Ciencia Política de San Marcos.

Lo primero que llamó mi atención en el doctorado era la exigencia en lecturas de temas filosóficos, sobre todo en el curso de Epistemología del Derecho, así como para otras materias sobre investigación. Naturalmente me habían advertido que el doctorado no sería fácil, y aunque se llevaban tres cursos por ciclo, todos ellos realmente desbordaban en muchas ocasiones.

Para entonces ya me desempeñaba como docente en universidades privadas, continuaba con mi trabajo, la ayudantía de cátedra, entre otras actividades, pero aun así nos dimos espacio para concluir satisfactoriamente los cuatro ciclos del programa y para diciembre de 2014 había cerrado esta importante etapa.

En lo que respecta a la tesis para el grado de Doctor, una idea venía rondando mi mente desde tiempo atrás, y fue precisamente en una de las clases en las que ayudaba al Dr. Palomino. Fue una noche en la que él explicaba sobre la tradición francesa, italiana y española del Derecho Constitucional, uno de los primeros temas que se ven en Derecho Constitucional I, comentando también sobre las contribuciones peruanas ¡Fue aquí!

Terminando la clase y bajando por las escaleras de la Facultad le pregunté al Dr. Palomino si podríamos considerar que en el Perú se habría formado una Escuela de Derecho Constitucional. Ante el comentario me respondió rápidamente ¡Lee a Domingo García Belaunde! La cita correspondía a un trabajo que había publicado un buen tiempo atrás “Sobre el Movimiento Constitucional Peruano”, y en buena cuenta la inquietud del problema surgía en definir si estamos ante un movimiento aun o ya se podría hablar de una Escuela.

Quería hacer una tesis sobre la Ciencia Constitucional peruana teniendo en cuenta desde entonces lo que sería el Bicentenario de la Independencia.

Afinando las ideas y tratando de definir un título este apareció en mi mente; de inmediato le escribí por Whatsapp al Dr. Palomino y le dije: ¿Qué le parece “Del Movimiento Constitucional Peruano a la Escuela Peruana de Derecho Constitucional”? ¡Perfecto! me respondió él.

Hacer la tesis no fue una tarea fácil, de hecho, ésta es la que más tiempo me ha tomado en elaborar, en parte debido a factores familiares que surgieron y que correspondía atenderlos con prioridad. Realmente no estaba apurado en redactar la tesis, pero consideré que lo mejor era esperar el momento para priorizarla y concluirla en esa oportunidad.

Sería a mediados de 2016 que comencé a redactar con fuerza la tesis, retomando los modestos avances de tiempo atrás, además que ya había acumulado lecturas, citas y referencias que me serían de mucha utilidad. Con la disciplina necesaria para el propósito, a inicios de 2017 culminé la redacción de la tesis. Durante ese periodo de redacción el Dr. Palomino constantemente me recordaba la importancia de culminar las tesis, no concebía que me dedicara a otras cosas si es que no cerraba ese pendiente; por eso, cuando le comuniqué que el borrador estaba listo lo revisó de inmediato, tomándose el tiempo necesario e incluso comentando con otros colegas, y es que él sabía que éste sería el aporte más significativo de nuestra sociedad académica, de este vínculo de maestro y discípulo, de mentor y protegido que habíamos forjado por tanto tiempo.

De acuerdo a ley, para obtener el grado de Doctor debe acreditarse el conocimiento de dos idiomas extranjeros. En lo personal, siempre me resultó complicado el tema de los idiomas, sobre todo porque no tenía espacios para practicarlos. Conocía el inglés desde el colegio, y seguí llevando cursos mientras estudiaba en la Universidad, pero también tuve la oportunidad años atrás de estudiar el italiano, lengua que me pareció accesible, además que tuve un profesor muy didáctico en los primeros años de Derecho, pero desde entonces no había vuelto a emplearlo.

Tenía ya la certificación de inglés, pero faltaba la de italiano. Me dediqué a escuchar música en italiano, a leer periódicos y páginas web, así como repasar mis viejos manuales para poder rendir la evaluación de suficiencia, la cual cotejaba las habilidades de comprensión, redacción, habla y escucha ¡Menudo desafío! Con mucho nerviosismo rendí la evaluación y algo desalentado esperaba el resultado; llamé a la Escuela de Lingüística para saber cómo me fue y escuché lo que tanto esperaba ¡Aprobó! En mi

interior sentí el campanazo para subir al ring y dar pelea una vez más; el día, martes 4 de julio de 2017, hora, 5:00 pm.

Una vez más me encontraba ante un jurado, con togas en esta ocasión. Presidió la mesa el Dr. José Antonio Ñique de la Puente, y formaban parte los doctores Domingo García Belaunde, Raúl Chanamé Orbe, Víctor Zelada Bartra y el Dr. Palomino como asesor. La exposición fue extensa, marcada por muchas intervenciones del jurado, así como reconocimiento por el trabajo hecho, sobre el cual mostraron un positivo aprecio y alentaron a que se siga produciendo académicamente. El veredicto fue aprobarnos por unanimidad ¡habíamos alcanzado el grado académico más alto en la carrera, y en la Universidad más antigua de América! En adelante el Dr. Palomino me presentaría ante los colegas como el doctor más joven de San Marcos, percibía satisfacción y orgullo en su expresión, y es que había obtenido el grado a los 32 años de edad.

La amistad con Domingo García Belaunde.

Fue en el viaje a México en febrero de 2017, con ocasión del XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional que el Dr. Palomino me presentaría a Domingo García Belaunde. Tenía por fin el honor y gusto de estrechar la mano del jurista a quien conocía más de una década atrás por las lecturas de sus múltiples artículos y libros, y que tantas ideas había inspirado.

El Dr. Domingo García Belaunde es un genuino maestro, muy desprendido, generoso, sincero y directo. Congeniamos casi de inmediato, indudablemente por las referencias que el Dr. Palomino le había dado sobre mí. En el viaje estuvimos conversando sobre el Derecho Constitucional, pero también sobre literatura, música, danza y otros temas en los que teníamos afinidad. Fue un viaje realmente memorable, la delegación peruana tuvo una buena representación el Congreso y retornamos a Lima muy motivados.

A los pocos meses el Dr. Domingo me ofreció apoyarlo como Secretario de Redacción de la Revista Peruana de Derecho Público, que él impulsaba y dirigía desde el año 2000. Coincidencias de la vida, el Dr. Palomino había sido secretario desde su fundación hasta el 2005, y ahora me tocaba la oportunidad de seguir los pasos de mi maestro y aportar a esta magnífica publicación.

Si bien sigo apoyando con el mayor entusiasmo la publicación de la Revista, ha sido muy satisfactorio también recibir el aliento e impulso del Dr. Domingo para otras actividades sobre el mundo constitucional, como es participar en congresos nacionales e internacionales, escribir artículos, ensayos y reseñas entre otras labores con el fin de seguir mejorando en el estilo y la prédica constitucional. Ni que decir de las lecciones por teléfono que sabe brindarme permanentemente, tanto en lo académico como en lo personal, una sabiduría de la cual recibo enseñanzas íntegras, que me permiten mejorar y crecer como persona.

Sería gracias al Dr. Domingo, junto al Dr. Palomino, que pude concretar la publicación de mi primer libro, el cual era una versión condensada y actualizada de la tesis de Doctor. Su aliento, aportes y plena convicción en mi fueron decisivos para poner todo el empeño y lograr así la publicación de nuestra primera obra. Más aún, me concedieron el honor de prologarla y coordinar la edición para que ésta fuera la mejor posible. Ni que decir del gran gesto que tuvieron y atesoro enormemente, de respaldar mi incorporación a la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, en la cual también venimos trabajando por el cultivo y aporte de nuestra disciplina.

Ha resultado muy gratificante también las incursiones en la biblioteca del Dr. Domingo, de las cuales en varias ocasiones he recibido generosos obsequios de volúmenes que han pasado a formar parte de mi biblioteca, y que empleo en investigaciones, así como en la preparación de las clases a nuestro cargo. Gran lección del Dr. Domingo y que también pregona el Dr. Palomino ¡Nunca dejar de leer a los clásicos! de ellos parte todo y es indispensable e impostergable conocerlos.

Aun faltan muchas vivencias en nuestro haber, y estoy seguro de que los años venideros traerán más oportunidades para seguir afianzando nuestra amistad, aprecio y respeto común, lo que valoro superlativamente, porque aprendo mucho de estos queridos doctores, y su presencia en mi vida, honestamente, es una de las gracias más sublimes que ha podido darme Dios.

El nombramiento como docente

Luego de alcanzar todos los grados académicos en mi especialidad, así como ser contratado continuamente por los concursos anuales en los cuales

participaba, el Dr. Palomino estaba convencido de que mi momento para ser nombrado llegaría, pero como siempre me orientaba, debía tener paciencia.

La pandemia de la COVID-19 nos confinó a un nuevo entorno, de clases virtuales para no perder la progresión en la carrera, evitando así que los estudiantes se perjudiquen y se retrasen en el proyecto de su concluir sus estudios en el tiempo previsto. Hasta el 2019 veníamos dictando el curso de Seminario de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, en el cual tuve grandes satisfacciones, pero en medio del caos de la pandemia surgiría una oportunidad, la Facultad convocó a un concurso para las asignaturas de Derecho Constitucional I, así como Derecho Procesal Constitucional.

Postulé para las plazas antes señaladas, y luego de arduo proceso fui declarado ganador. Por vez primera iba a dictar en San Marcos estas materias que tanto me interesaban. Compartí la noticia con los queridos doctores García Belaunde y Palomino Manchego, quienes a pesar de que también tenían sus actividades alteradas por el confinamiento se alegraron mucho por la oportunidad obtenida y me brindaron sus valiosos consejos.

Rápidamente nos adaptamos al entorno virtual, ya teníamos práctica en estas áreas por otras experiencias docentes, así como el natural gusto por la computadora y las mismas actividades laborales. El Dr. Palomino también pudo sacar adelante todos sus cursos, que ahora los dictaba vía pantalla, pero con ese entusiasmo, claridad y erudición que tanto lo caracterizan. Cumpliendo con lo previsto y con valiosas experiencias de la novedad, culminamos ese complicado año 2020 con buenos resultados, aunque con cierta incertidumbre de lo que depararía el siguiente año.

Como todavía no existían las condiciones para un seguro retorno a la presencialidad, las clases del año 2021 serían virtuales como el anterior, así que fuimos preparando todo y como ya era costumbre, concursar para la plaza respectiva, siendo esta vez para dos secciones del curso Derecho Procesal Constitucional.

Aparentemente todo se centraría en esta materia, con lo cual las actividades serían más precisas teniendo en cuenta la experiencia del año previo; sin embargo, recibí al poco tiempo un llamado de un grupo de estudiantes, quienes me pidieron asumir el curso de Derecho Constitucional Comparado, el cual no tenía docente, pero para no perjudicar a los matriculados necesitaban que alguien lo dictara ad honorem, porque ya no

había posibilidad de realizar más concursos. Acepté con mucho gusto y sin dudar, así que se sumó a nuestro repertorio esta magnífica materia.

Proseguían las clases con normalidad, hasta que nos llegó el anuncio: Un proceso extraordinario de nombramiento docente en el marco de la Ley N° 31349. Inmediatamente le comenté al Dr. Palomino quien me dijo que priorizara ello; sintiendo tal vez que ésta era la oportunidad decisiva (ya lo había intentado dos veces antes, pero aun estábamos dispuestos a conseguirlo) preparé mi expediente y realicé la respectiva clase modelo sin comentarlo con nadie de mi familia para no generarles expectativas que pudieran luego ser defraudadas, y consideré que era mejor así, para concentrarnos mejor, esperando se concretara lo que tanto buscábamos.

Para el miércoles 23 de diciembre los resultados se oficializaron, nuestro nombramiento como docente ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencia Política fue aprobado. Al enterarme de este logro, que en verdad quería gritarlo como nunca antes había celebrado algo, solo atiné a expresar mi alegría con una frase en nuestro muro: ¡Lo logramos!

La publicación de nuestra frase recibió varias reacciones; aunque no se sabía de lo que se trataba, los buenos deseos de la familia y amistades me motivaron enormemente, pero preferí reservar la noticia hasta que se lo dijera a mi familia personalmente.

Los maestros celebran como padres los logros de sus discípulos, ha sido así, es y siempre lo será, porque el especial lazo que se forma en la comunidad académica no conoce de celos, envidias u otros negativos sentimientos, por el contrario, es saber que todo tu esfuerzo, aporte y trabajo está rindiendo frutos y has sido capaz de inspirar esa vocación docente en nuevas generaciones, comprometidas con hacer bien las cosas y seguir mejorando lo que se tiene en todo nivel, con la fe de que retribuirán lo recibido cuando les toque alentar a los nuevos pupilos. Movidio por este sentimiento es que el 31 de diciembre de 2021, culminando el año con la mejor noticia posible, compartí nuevamente en mi muro las líneas que a continuación reproduzco:

“Habiendo recibido la resolución rectoral correspondiente que oficializa mi nombramiento como profesor de mi alma mater, la Universidad más antigua de América, comparto esta inmensa alegría con la cual cierro un gran año, concreto un sueño que acariciaba desde muy joven e inicio una nueva etapa en mi vida. Dedicó este logro a

mi esposa e hijo, a mis padres y mi hermano. Y agradezco de todo corazón a mis maestros, a quienes debo la vocación de ser profesor como el Dr. Domingo García Belaunde, profesor por una década en la UNMSM, como una reivindicación a su legado, y en especial a mi mentor, el Dr. José Palomino Manchego, un auténtico y genuino guía con el cual vengo sumando inmensos logros académicos y vamos por más; de nuevo, querido Dr. José Palomino ¡LO LOGRAMOS!”

Éste es el testimonio de nuestra gratitud a mi mentor, quien ha apoyado tanto y a tantos, desinteresadamente, sin esperar nada a cambio, procurando retribuir lo que la vida le dio y le sigue dando, con el credo y convicción de que en San Marcos está la esperanza del país y los profesores tienen el deber de fomentar las vocaciones incasablemente, remando junto a las nuevas generaciones, compartiendo su conocimiento sin recelo, con humildad y aprecio. Creo que es un hecho inédito para un profesor en nuestra facultad haber visto el progreso de un estudiante a quien alentó para obtener cada uno de los grados académicos posibles, y tenerlo ahora como compañero en la labor docente. Estoy convencido que esto se logra cuando hay genuina vocación de maestro, al cual le merecen los todos los honores por su integridad, honestidad y decidido aliento a formar a todo estudiante con el mayor esmero para que pueda dar todo de sí.

Quedan algunas vivencias junto al Dr. Palomino pendientes de compartir, como es nuestra incorporación al Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional – Sección Peruana, la acreditación ante CONCYTEC, las labores en el Postgrado de Derecho de la UNMSM, en los Consejos Consultivos de Congreso de la República y del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, las participaciones en los Congresos Nacionales e Iberoamericanos de Derecho Constitucional y todo lo que falta por venir todavía; lo cual queda para un próximo relato, porque la historia sigue su curso ¡Que nuestra vocación sincera continúe siendo el faro que guíe nuestro destino! ¡Larga vida, maestro Palomino Manchego!

**LA FUNCIÓN SOCIAL
DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA PROMOCIÓN
DE SECTORES VULNERABLES.
EN AGRADECIMIENTO
AL PROFESOR JOSÉ P. MANCHEGO**

*Erick Cuba Meneses**

En el presente homenaje a la carrera y trayectoria del profesor Dr. José F. Palomino Manchego, se me otorgó el placer de exponer mi experiencia como asesorado en la elaboración de la tesis titulada *“El principio de subsidiariedad económica en la función social del Estado. Caso: intervención del sector público y privado en la atención del grupo social de adultos mayores en el periodo 2015-2020”*.

A continuación, haré un breve recorrido por una parte del contenido de la tesis en aras de dar al lector un panorama sobre la misma, para luego exponer la importante e invaluable influencia del Dr. Palomino Manchego en ella.

* Abogado y Magíster en Derecho con mención en Derecho de la Empresa por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios del Master Level Degree (DSU) en Derecho Administrativo en la Universidad Paris Panthéon Assas (Francia) y de la de Maestría en Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructuras en la Universidad del Pacífico. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad Tecnológica del Perú. Árbitro y Consultor en Derecho Administrativo, Contratación Pública, Gestión Pública, Regulación y Arbitraje.

I. Temática principal de la tesis elaborada

La tesis aborda la problemática de la subsidiariedad del Estado y las consecuencias que implica en un contexto en que se confunde el principio con un absoluto desapego respecto de la promoción de los fines sociales del Estado Constitucional. Un desapego que se explica desde la toma de decisiones públicas en relación a las minorías y los sectores menos favorecidos de la sociedad. Así, pues, se busca conciliar el privilegio del mercado (como mecanismo para la generación del bienestar social y la distribución de recursos en la sociedad para la consecución de un estado de equidad social practicable) y el aspecto social de los poderes públicos, en especial, de aquel que interactúa más frecuente y profundamente con la población: la Administración Pública.

En términos concretos, se indaga en el concepto de la “función social de la Administración”, el cual agrupa una serie de ideas, planteamientos, sistematizaciones e interpretaciones relativas a los deberes y obligaciones de la Administración Pública en relación a los fines sociales del Estado: la promoción del empleo, la promoción de sectores sociales desfavorecidos, la creación oportunidades, el acceso universal a los servicios públicos, entre otros.

Para ello, se inicia indagando en las bases históricas y teóricas que resultan en la elaboración del contenido de la ‘función social de la Administración’. La historia de la función social es la del Estado liberal en su evolución hacia el Estado Social de Derecho y luego adopta el matiz de los derechos humanos de la segunda mitad del siglo XX.

I.1. Antecedentes históricos

Es menester tener presente que la historia de la ‘función social de la Administración’, es la historia del paso del Estado liberal burgués (o el Estado de Derecho como su paradigma filosófico político), al Estado Social de Derecho (o su expresión en ciencias sociales, el Estado de Bienestar) al actual Estado Constitucional. Este transcurso histórico constituye, a los fines de la tesis del autor, una simplificación de los modelos de organización del Estado que surgieron en Occidente durante los siglos XIX y XX.

Paralelamente, esta historia cuenta también la de las distintas concepciones sobre el servicio público, la actividad Administrativa, la relación entre el Estado y la sociedad y de los derechos humanos.

El lector será asiduo a la idea de que los fundamentos ideológicos de la Administración y su Derecho como los entendemos y conocemos actualmente tienen su origen en la Ilustración, estableciéndose como paradigma organizativo con la Revolución francesa. Sin que ello deje de ser cierto, el Antiguo Régimen heredó a los revolucionarios la organización territorial de la Administración decimonónica¹.

Más aún, ya desde el Feudalismo se podía encontrar una lista de actividades y de *facilities* al que la comunidad debía de acceder para desempeñar sus distintas labores; que, por tanto, interesan al común de los miembros de la comunidad; y cuya provisión estaba a cargo del señor feudal o bien de un privado. Incluso, se ha llegado a rastrear precedentes de técnica normativa en el derecho romano².

Con la caída del Absolutismo (a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX) y la instauración de los revolucionarios franceses en el poder, aparece una nueva forma de organizar el Estado, que se vio respaldada por los ideales políticos de la Ilustración. De la misma manera, aparece una nueva clase social: la burguesía, y un nuevo paradigma de las relaciones entre el Estado y la economía.

Este paradigma obedece a la premisa del liberalismo económico según la cual el mercado por sí solo puede alcanzar condiciones óptimas de equilibrio. No obstante, hacia finales del siglo XIX se hizo evidente que el mercado no puede trasladar ciertas exigencias axiológicas y de equidad. La respuesta de los grupos menos favorecidos de trabajadores fue una serie de movimientos sociales, sobre todo por parte de organizaciones sindicales, que colocaron como destinatario de aquellas exigencias al Estado.

Es así que, al finalizar el siglo XIX y a comienzos del siglo XX, algunos Estados europeos, principalmente Reino Unido y Alemania, implementan políticas calificadas como 'sociales', como lo es la implementación de

1 Zegarra Valdivia, Diego. "Del Servicio Público a Los Servicios De Interés General: La Evolución Del Service Public En El Sistema Jurídico". *Revista De Derecho Administrativo*, nº 12 (diciembre, 2012).

2 Meilán Gil, José Luis. "El proceso de definición del derecho administrativo". Madrid, Escuela Nacional de Administración Públicas, 1967.

los sistemas de seguro social, aunque ya preexistía una serie de políticas represivas de la mendicidad y la obligatoriedad del trabajo³.

Las exigencias y el pensamiento resultante de los movimientos sociales resultaron entres sucesos que marcaron la evolución del pensamiento social. Por un lado, las revoluciones rusa y mexicana promovidas por las ideologías marxistas y anarquistas. Por el otro, las protestas con las que el derrotado Estado alemán tuvo que lidiar luego de la Primera Guerra Mundial, vino acompañado del ascenso del partido socialdemócrata al poder. En este contexto, aparecen las llamadas *Constituciones sociales*, forjando el constitucionalismo social. Veamos una a una.

La pionera Constitución de Querétaro de 1917, resultado de las revoluciones que estallaron en México en contra del Porfiriato, al decir de Garrido del Toral (2015), aportó no tanto el reconocimiento de derechos sociales, sino aún más el de *garantías sociales*. Los primeros ya venían siendo reconocidos de manera dispersa en algunos ordenamientos europeos, las segundas implicaron un gran cambio. Las garantías constituyen “instrumentos jurídicos que tienen como objeto reivindicar y tutelar los derechos de los más necesitados, como era el caso de obreros y campesinos”⁴.

Un año después, en Rusia se promulgaba la Constitución de 1918, reconoce algunos derechos sociales como la socialización de la tierra, los medios de producción en general, los cuales pasaron a ser de los “obreros trabajadores y explotados”, como o expresa el preámbulo de la Constitución. Esta Norma Fundamental se irguió para acabar con la explotación del trabajo de un hombre por otro (art. 9) y, como es obvio, extingue la propiedad individual; reconoce al proletariado el derecho a la educación integral y gratuita y prescribe la obligatoriedad para todos los individuos.

Todo ello, sin abandonar el reconocimiento de derechos civiles y de libertad, no sin imputar una obligación del gobierno central de poner “a la disposición de la clase obrera y del proletariado de los campos todos los

3 Lesa Kerstenezky, C. “El Estado de bienestar social en la edad de la razón” (Edición electrónica). Ciudad de México DF, Fondo de Cultura Económica, 2016.

4 Garrido del Toral, A. “Constitución de Querétaro”. En En J. G. Ramírez Álvarez, & A. Garrido del Toral, “Querétaro de la Constitución. Constitución de Querétaro”. Colección INEHRM, 157-186, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2015. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4471-queretaro-de-la-constitucion-constitucion-de-queretaro-coleccion-inehrm>.

locales con mobiliario, alumbrado y calefacción, propios para la organización de reuniones populares” (art. 15) y la igualdad ante la ley (art. 22).

Finalmente, el contexto en el que se promulgó la Constitución de Weimar de 1919 fue el de levantamientos de colectivos de trabajadores respaldados por grupos militares que “arrebataron al Estado el control de algunas poblaciones...El gobierno transicional fue asumido por el Partido Socialdemócrata en cabeza de Friedrich Ebert”⁵.

Mas, luego, el conservadurismo retomó el poder, aunque, bajo la consciencia de que era necesario adoptar políticas destinadas a compensar a las clases menos favorecidas que acababan de ser derrotadas, el 11 de agosto de 1919 se promulga la Constitución de Weimar que se presenta como una conciliación de las clases en pugna, instituyendo un Estado Social. Esta Norma Fundamental es, en palabras de Bobbio y de Schmitt⁶, una constitución mixta, pues reúne en sí principios conservadores y sociales revolucionarios.

La Constitución de Weimar de 1919 contiene, de hecho, dos elementos normativos de gran relevancia. Por un lado, mandatos de protección y promoción de la familia, el arte, la ciencia, la educación pública y gratuita y de la justa organización de la economía. Por el otro, derechos fundamentales con matices asistenciales y culturales.

Con ello, se empiezan a sentar las bases de lo que luego vendría a llamarse *Estado Social de Derecho* o del *Estado de Bienestar*. El Estado de Derecho o liberal se basa en la idea de origen lockiana de que la sociedad, agregado de individuos portadores de derechos (naturales), es anterior al Estado, por lo tanto, sociedad y Estado son distintos.

En consecuencia, el Estado debe abstenerse (resultado que se logra mediante la positivización de derechos naturales) frente a la sociedad. El Estado es gendarme de libertades. En el Estado Social de Derecho

5 Restrepo Zapata, J. D. “La Constitución de Weimar (1919) ¿en medio de la crisis? Un análisis histórico a sus aspectos interventores, modernizadores y derechos sociales”. *Estudios Internacionales*, no 190, (2018): 88-89.

6 Ídem.

esta dualidad se mantiene, pero no se entiende en clave de conflicto sino de consenso^{7,8,9}

Desde 1945 a 1970, el Estado de Bienestar se esparció por occidente a partir del *New Deal*, de la Carta de Naciones y la Declaración de Derechos Humanos, luego de la Segunda Guerra Mundial. Este modelo implicó la conformación de Estados fuertemente interventores en la economía, cada vez más grandes que asumieron roles importantes en el control, planificación e intervención de los mercados¹⁰.

El rol de promoción del empleo, gestión de la seguridad social y prestación de otros servicios sociales, en general, y el control y planificación e intervención de la economía, se replicó en varios estados occidentales al modelo del Estado de Bienestar. En Europa la mayor parte de la reconstrucción se debió, entre otras, a la ejecución del Plan Marshall, un crecimiento de la burocracia de las administraciones públicas (que llegaron a copar entre un cuarto y la tercera parte de la actividad en la economía), la inversión en la alfabetización y, en consecuencia, el aumento y mejoramiento del capital humano, etc.¹¹

No obstante, con la caída del Muro de Berlín y la posterior desintegración de la URSS terminaron por confirmar el fracaso de las economías centralmente planificadas y extremadamente reguladas y lo sofocante y peligroso que son para la vivencia de las libertades.

Luego, a finales de la década de 1970, la crisis del petróleo dejó ver la inestabilidad de la economía inspirada en los postulados del Estado de Bienestar. Aunque ya a inicios de la década de 1970, el Reino Unido, de la

7 Santofimio Gamboa, J. "Cuatro ideas en torno a la función social de la Administración Pública". En J. Rodríguez-Arana, C. Delpiazzo Rodríguez, W. Zambrano Cetina, R. Martín-Retortillo, & M. d. Carmen (Edits.), *"Función Social de la Administración"*, 107-136, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

8 Heller, H. „Rechtsstaat oder Diktatur?“ *Economía y Sociedad*, 16(1), 2006 [1934], 127-142. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.1080/03085148700000010>.

9 Heller, H. *"Teoría del Estado"* (Kindle ed.). Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2010. Obtenido de <http://libgen.lc/ads.php?md5=E1A28E3E0861D852240515DA809C2DE0>.

10 Cameron, R., & Neal, L. *"Historia Económica mundial. Desde el paleolítico hasta el presente"* (Cuarta ed.), Madrid: Alianza Editorial, 2014.

11 Ídem.

mano de Thatcher había emprendido una política de reducción del Estado mediante privatizaciones y la disminución de la política fiscal.

Cruzando el océano, América Latina era protagonista del fracaso del modelo de desarrollo cepalino, promotor de medidas proteccionistas. Esta situación, sumada –y de alguna manera ocasionada por– la crisis del petróleo, la crisis mexicana de 1982 y la apreciación del dólar americano, trajeron como consecuencia que los países latinoamericanos no pudieran hacer frente a la deuda externa y los graves procesos de inflación.

Ante ello, surgen una serie de medidas destinadas a la remodelación del Estado y su relación con la economía. Esta serie de medidas se condensan en los principios del Consenso de Washington de 1989, cuyos principios apuntaban al libre mercado acompañado de una seria disciplina macroeconómica¹².

Este es el contexto en que se fue formando aquel conjunto de principios institucionales que conforman el actual Estado Constitucional, al menos en una cantidad representativa de países occidentales. Éste no solo hereda el principio de supremacía constitucional, sino también los principios liberales de legalidad y seguridad jurídica, así como orientación a fines sociales. Este Estado no procura ni separarse absolutamente, ni identificarse con la Sociedad (si seguimos la retórica de la clásica distinción liberal), sino mantener relaciones de solidaridad, cumpliendo un rol tanto de gendarme de las libertades (económicas) como de promotor del bienestar social.

I.2. Las bases teóricas de la función social de la Administración

Por su parte, la trayectoria de las bases teóricas inicia con el asentamiento de las ideas ilustradas en las bases del Estado revolucionario francés, continúa con la Escuela del Servicio Público y los trabajos de León Duguit, pasa por el florecimiento del pensamiento de Hermann Heller (a quien se le atribuye usualmente la creación de la expresión del Estado Social), los trabajos de Ernst Forsthoff y la Doctrina Social de la Iglesia.

12 Kuczynski, Pedro Pablo & Williamson, John (eds.), *“Después del Consenso de Washington. Relanzando el crecimiento y las reformas en América Latina”*, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2003.

1. León Duguit

A raíz de sus planteamientos, la concepción del Derecho Administrativo se replantea y se funda en el servicio público.

El profesor Santofimio Gamboa, sostiene que la base de la tesis de Duguit es una visión objetivista, relista, imbuida de análisis social y de elementos psicológicos; pues, consideraba que “el derecho contenía la fuerza virtual de ser el gran constructor de la vida social, encausando, en consecuencia, su pensamiento, en lo que se dio a llamar como la doctrina relista, objetiva y positiva del derecho”¹³.

El gran aporte del autor es el haber construido el derecho del Estado en base a la ética social Santofimio Gamboa¹⁴, renunciando a la metafísica del poder y al individualismo. Con lo cual, se erige una teoría en que el poder y el gobierno se sustentan en el servicio a la comunidad y no en un contrato ficticio entre sus miembros.

2. Hermann Heller

A este autor alemán de principios del siglo XX, se le atribuye la creación del concepto de ‘Estado Social de Derecho’ dotándolo de los planteamientos de la socialdemocracia alemana. Este concepto aparece por vez primera en el artículo de 1929 titulado “¿Estado de Derecho o dictadura?”, el cual es publicado en el contexto de la República de Weimar, del ascenso al poder del fascismo alemán y de la crisis de la década de 1930.

Según Heller, aquellos estados de su tiempo que se denominaron ‘sociales’, no resultaron en la implementación de una democracia real, sino todo lo contrario, implementaron regímenes totalitarios. En ese entendido, el autor entiende que la verdadera falla del Estado de Derecho es la exacerbación de la legalidad y la seguridad jurídica por encima de la igualdad y la justicia en la producción jurídica. Ante ello, el Estado Social de Derecho se presenta como un modelo que procura hacer efectivos los originales fines que perseguía el Estado de Derecho tal y como fue concebido antes de la captura del poder por parte de la burguesía.

13 Santofimio Gamboa, J. “Cuatro ideas en torno a la función social ...”. Op. cit.: 110-117.

14 *Ibidem*: 114.

Incluso, Heller desarrolla el concepto de 'función social del Estado'. Ello partiendo de que el Estado es producto de la cooperación social-territorial y que, por tanto, cumple una "función social, su acción social objetiva"¹⁵.

3. Ernst Forsthoff

El aporte de este pensador alemán de finales del siglo XX es la definición del rol de la Administración en la nueva sociedad industrial.

La tesis de Forsthoff, a diferencia de la de Heller, no es una reformulación del Estado en clave social. A lo que Forsthoff apunta es a "reducir la característica social a la esfera de la Administración y concebir la Constitución en términos de [Estado de Derecho] en su sentido técnico-jurídico formal"¹⁶. Según este autor alemán, existe una contradicción en la expresión 'Estado Social de Derecho', que solo puede ser absuelta si se acepta que el *Estado Social* es un mandato constitucional únicamente dirigido a la Administración Pública, pero que el estado en su integridad se define como 'de Derecho'.

Esta tesis responde a la constatación fáctica de que la industrialización implicó una serie de cambios demográficos y afectó parcelas de existencia del ser humano hasta el punto en que este, desprovisto ahora de las herramientas para satisfacer sus necesidades más básicas con suficiencia, acude al Estado. Más específicamente a la Administración, puesto que solo ella es quien puede cumplir el rol social que se le ha asignado constitucionalmente.

4. Doctrina Social de la Iglesia (DSI)

La DSI contribuyó de manera importante a la construcción de categorías de "justicia social" o el "bien común" o la "dignidad humana", e incluso con la formulación del principio de subsidiariedad con los matices dados contemporáneamente y como está recogido en la Constitución de 1993.

La DSI nace como respuesta de la Iglesia Católica a la realidad que trajo consigo la Revolución industrial: una profunda y palpable desigualdad

15 Heller, H. "Teoría del Estado". Op. cit.: 184.

16 Meil Landwerlin, G. "El Estado Social de Derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas". *Revista de Estudios Políticos*, no 42, 1984: 211-225.

entre *clases sociales*, extrema pobreza, condiciones laborales infrahumanas, etc. La DSI puede definirse como:

“el conjunto de enseñanzas de la Iglesia Católica acerca de las realidades y de los problemas sociales, económicos, culturales y políticos, que afectan históricamente al hombre y a la comunidad humana a nivel nacional e internacional. Su fundamento se encuentra en la ley natural, en la revelación contenida en la sagrada Escritura, en la reflexión y en la praxis teológica y pastoral; junto con el aporte de los métodos y de las ciencias sociales”¹⁷.

La DSI fue plasmada en varios documentos relevantes a lo largo del siglo XX, entre ellos, las encíclicas *Rerum Novarum* de 1891 y la *Quadragesimo anno* de 1930, para luego ser compilada en el Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia.

I.3. La función social de la Administración en la Constitución Política del Perú de 1993

Como ya lo habrá percibido el lector, la función social de la Administración no es un concepto unívoco, sino que hace referencia a una determinada manera en que la Administración debe ejercer sus potestades y sus actividades en relación con la sociedad. O, mejor dicho, refiere a ese cúmulo de exigencias de índole social que el Estado debe satisfacer a través de la Administración Pública, sin con ello dejar de prestar atención a que buena parte del bienestar social es conseguido mediante mecanismos de mercado. Por tanto, la función social de la Administración toma en cuenta los principios de legalidad, seguridad jurídica, libre competencia y libertad de empresa, de subsidiariedad, entre otros.

La función social de la Administración se ve reflejada –y articulada– en la Constitución a través de distintas categorías como el principio del Estado Social, los principios y libertades económicos, la institución de la economía social de mercado, usualmente recogidos en la sección del régimen económico de la Norma Fundamental y que hacen parte de la Constitución Económica peruana.

17 Escobar Delgado, R. “La Doctrina Social de la Iglesia: Fuentes y Principios de los Derechos Humanos. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Vol. XV, no 30, 99-117, 2012. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/876/87625443006.pdf>.

Es importante mencionar en cuanto al principio de Estado Social, que este puede desprenderse de diversos artículos de la Constitución:

- El artículo 1 que hace de la persona y de su dignidad el fin del Estado.
- El artículo 43 que reconoce que el Estado peruano es “democrático, social”, siguiendo la formulación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.
- El artículo 44 imputa al Estado como deber suyo “la plena vigencia de los derechos humanos...” y la promoción del “bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.
- El artículo 58 según el cual “el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.
- El artículo 59 que establece el rol del Estado en la economía, el cual es el de regular y “orientar” a los particulares en su acción en el mercado, estimular la creación de la riqueza y la equidad y las condiciones de mínimo bienestar.
- El artículo 60 que establece el rol subsidiario del Estado, consustancial al principio de Estado Social de una Economía Social de Mercado.
- El artículo 77 que establece como una de las directrices de la elaboración del presupuesto público a las “necesidades sociales”.

El principio de Estado Social presupone ciertas premisas, en los términos de los autores Kresalja y Ochoa¹⁸ el Estado social se condensa en las siguientes premisas: “(i) la convicción de que la carencia de ciertos bienes fundamentales es incompatible con la dignidad humana; (ii) el hecho de que el destinatario de las nuevas expectativas de los ciudadanos sea el Estado; y (iii) las nuevas expectativas de los ciudadanos, que aspiran a expresarse en forma de derecho”.

Además, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional peruano (STC No 0048-2004-PI, F.J. 16), el calificativo de “social” que la Constitución vincula al Estado tiene tres dimensiones:

18 Kresalja, B., & Ochoa, C. “El régimen económico de la Constitución de 1993”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

- Se refiere a un conjunto de “mecanismo[s dirigidos a]...establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados”;
- Confía al Estado el despliegue de mecanismos para corregir fallas de mercado y satisfacer exigencias de equidad y justicia; y,
- Estatuye una “fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”.

En este contexto entra a tallar la relación con la economía social de mercado estatuida por el artículo 58 constitucional. En los términos del Tribunal Constitucional peruano, en la STC No 0008-2003-AI, las siguientes son las características básicas de este modelo económico (F.J. 13, a):

- “a) **Bienestar social**; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- b) **Mercado libre**; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate [al abuso de] los oligopolios y monopolios.
- c) **Un Estado subsidiario y solidario**, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.” (resaltado y subrayado agregado).

Así, pues, el Estado peruano, por mandato constitucional, se yergue como un gendarme del libre mercado –en tanto mecanismo predilecto para la distribución de la riqueza y la asignación de bienes dentro de márgenes practicables-, pero al mismo tiempo en un promotor de la equidad y la justicia, sea que deba hacer esas efectivas contra sí mismo o contra los agentes sociales. El Estado, entonces, es subsidiario, aunque debe actuar principalmente en sectores como la promoción del empleo, la educación, la salud.

Como se aprecia, la Constitución contiene dentro de sí las distintas categorías y formulaciones de principio que fueron formándose desde el pensamiento político del siglo XVIII hasta la actualidad, informándose por los planteamientos del pensamiento social del siglo XX.

II. Perspectiva aplicativa

El marco teórico antes expuesto fue finalmente enfocado en la situación de un grupo de adultos mayores atendidos por el Programa Pensión 65 y la denominada Red Amachay, la cual tiene por finalidad mitigar los efectos de la pandemia por Covid-19 en poblaciones vulnerables, específicamente, adultos mayores y personas con discapacidad, a través de actividades de prevención, detección, consejería y apoyo.

Tanto Pensión 65 como la Red Amachay son excelentes ejemplos de cómo la función social de la Administración es puesta en marcha para la satisfacción de exigencias sociales postergadas, cuya atención es prioridad del Estado por mandato constitucional. Ello sin necesidad de interferir o quebrantar la maraña de principios constitucionales que protegen el libre mercado y las libertades y derechos fundamentales.

Ambos también ejemplo de cómo el Estado y su Administración se estructuran en función de su rol social. En específico, a los fines del presente texto, ello se ve reflejado en la atención que Pensión 65 y la Red Amachay dispensan a los adultos mayores de 65 años en situación de pobreza y de pobreza extrema, así como a personas con discapacidad. No obstante, es menester comentar que la desatención de estos sectores por parte del Estado peruano desembocó en la fragilidad de los aquellos frente a situaciones como la pandemia por COVID-19

En ese contexto, ha saltado a la vista que el Estado peruano, no ha realizado de la mejor manera su rol en la economía, hasta el punto en que el principio de subsidiariedad se ha convertido en sinónimo *de laissez faire, laissez passer*, de tal forma que, si bien se han reducido brechas en las últimas 3 décadas, hay otras que han crecido como es el caso de las brechas digitales en perjuicio de los y las adultos/as mayores. Sin embargo, la tesis concluye que esa inacción no obedece a un problema en la Constitución –la cual contempla todos los mecanismos ya descritos en la sección del marco teórico–, sino a los procesos de decisión política y a los actores que desempeñan puestos de gobierno.

III. Un agradecimiento especial a un maestro

Quisiera detenerme en este punto para manifestar la indispensabilidad de la colaboración del Dr. Palomino Manchego y su constante aporte a esta investigación, no solo brindando consejo para la formulación (y a veces,

reformulación) de ciertos aspectos de la tesis, sino también en el aporte de bibliografía de difícil o desconocido acceso, especialmente en materia constitucional, materia en que el profesor Palomino Manchego ha demostrado su ciencia tanto en su trayectoria profesional, como académica.

La elaboración de una tesis no es un camino fácil de recorrer, más aún cuando tienes una pandemia en contra. Pero, con la compañía de un buen maestro se aprende mucho en el trayecto.

IV. Bibliografía

- Cameron, R., & Neal, L. *“Historia Económica mundial. Desde el paleolítico hasta el presente”* (Cuarta ed.), Madrid: Alianza Editorial, 2014.
- Escobar Delgado, R. “La Doctrina Social de la Iglesia: Fuentes y Principios de los Derechos Humanos. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Vol. XV, no 30, 99-117, 2012. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/876/87625443006.pdf>.
- Garrido del Toral, A. “Constitución de Querétaro”. En En J. G. Ramírez Álvarez, & A. Garrido del Toral, *“Querétaro de la Constitución. Constitución de Querétaro”*. Colección INEHRM, 157-186, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4471-queretaro-de-la-constitucion-constitucion-de-queretaro-coleccion-inehrm>.
- Heller, H. *“Teoría del Estado”* (Kindle ed.). Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2010. Obtenido de <http://libgen.lc/ads.php?md5=E1A28E3E0861D852240515DA809C2DE0>.
- Heller, H. „Rechtsstaat oder Diktatur?“ *Economía y Sociedad*, Vol. 16, no 1, 2006 [1934], 127-142. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.1080/03085148700000010>.
- Kresalja, B., & Ochoa, C. *“El régimen económico de la Constitución de 1993”*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.
- Kuczynski, Pedro Pablo & Williamson, John (eds.), *“Después del Consenso de Washington. Relanzando el crecimiento y las reformas en América Latina”*, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2003.
- Lesá Kerstenezky, C. *“El Estado de bienestar social en la edad de la razón”* (Edición electrónica). Ciudad de México DF, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- Meil Landwerlin, G. “El Estado Social de Derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas”. *Revista de Estudios Políticos*, no 42, 1984: 211-225.
- Meilán Gil, José Luis. *“El proceso de definición del derecho administrativo”*. Madrid, Escuela Nacional de Administración Públicas, 1967.
- Restrepo Zapata, J. D. “La Constitución de Weimar (1919) ¿en medio de la crisis? Un análisis histórico a sus aspectos interventores, modernizadores y derechos sociales”. *Estudios Internacionales*, no 190, (2018), 85-106.
- Santofimio Gamboa, J. “Cuatro ideas en torno a la función social de la Administración Pública”. En J. Rodríguez-Arana, C. Delpiazzo Rodríguez, W. Zambrano Cetina, R.

Martín-Retortillo, & M. d. Carmen (Edits.), *“Función Social de la Administración”*, 107-136, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

Sentencia del Tribunal Constitucional, No 0008-2003-AI, 11 de noviembre de 2003.

Zegarra Valdivia, Diego. “Del Servicio Público a Los Servicios De Interés General: La Evolución Del Service Public En El Sistema Jurídico”. *Revista De Derecho Administrativo*, nº 12 (diciembre, 2012), 13-43. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13487>

LA SOCIEDAD DEL RIESGO Y LA NECESIDAD DE SER INCLUIDA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

*Paolo Jesús Bustamante Falcón**

I. Introducción

Nuestra sociedad presenta continuamente múltiples cambios que cada vez se vuelven más dinámicos y complejos. Estos, desde luego, responden a un mundo globalizado donde la interacción no solo es en lo social, sino también la relación que existe entre el hombre y la naturaleza¹, como bien se describe desde las ciencias ambientales que toman mayor relevancia con el pasar del tiempo. Esta última interacción puede verse reflejada en la aparición y expansión de los efectos generados por la pandemia del COVID-19², que produjo impactos tanto positivos como negativos en diferentes escalas que trascienden ámbitos geográficos desde lo local hasta lo internacional, significando un conjunto de fenómenos que se presentan como retos constantes que la sociedad se encuentra

* MSc. Governance of Risk and Resources - Universität Heidelberg. Email: paolojbf@gmail.com.

1 Edgar Morin, *Introducción al Pensamiento Complejo* (Barcelona: Gedisa Editorial, 1990), p. 13.

2 Charles Manga & Gantsi Tazo, “Cameroon’s response to the covid-19 pandemic: Combating a deadly pandemic within a weak rule of law framework” en *Covid-19 and Constitutional Law* (Ciudad de Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020), p. 5.

acostumbrada a enfrentar pero nunca está preparada para hacerlo, como un infinito bucle del cual no somos ni seremos capaces de escapar.

Este y muchos otros ejemplos, han despertado una línea importante de investigación dentro de las ciencias sociales, que decanta en el análisis obligatorio del concepto de “riesgo” el cual se ha posicionado preferentemente en los actuales estudios científicos, técnicos y sociales. Por ende, desde una perspectiva histórica, debemos estar conscientes que la herencia del siglo pasado nos ha constituido como el resultado de grandes avances tecnológicos y comodidades, pero a su vez, todos los pasivos que conllevan esta “modernidad”.

Frente a estas grandes evidencias surge una teoría, tan vigente como cuando se publicó en Alemania en el año de 1986, denominada *Risikogesellschaft* – La sociedad del riesgo – obra del sociólogo Ulrich Beck, quien define al riesgo como: “una fase de desarrollo de la sociedad moderna donde los riesgos sociales, políticos, económicos e industriales tienden cada vez más a escapar de las instituciones de control y protección de la sociedad industrial”³. Es en ese escenario donde el derecho y su enseñanza en las universidades tienen el deber de preparar a los futuros abogados para asumir las riendas de una correcta evaluación ex ante de las regulaciones y de los impactos que esta pueda afectar tanto positiva como negativamente en dimensiones como: económico, financiero, social, cultural, ambiental, institucional, legal y político⁴.

Asimismo, es menester desarrollar esta temática debido que es uno de los diversos temas que el profesor José Félix Palomino Manchego transmite a sus alumnos en los claustros universitarios que tiene a bien impartir enseñanza, demostrando un desprendimiento académico y una excelente práctica el desarrollar líneas del pensamiento novedosas, que inviten a la reflexión y que, a su vez, demuestren que el derecho necesita ser, hoy más que nunca, multi y transdisciplinario.

3 Ulrich Beck & Jesús Rey, *La sociedad del riesgo global* (Madrid: Siglo Veintiuno, 2002), p. 20.

4 OCDE: *La evaluación de las leyes y regulaciones. Resumen Ejecutivo* (OECD Publishing, 2012), p. 5.

II. La Sociedad del Riesgo de Ulrich Beck

La sociedad del riesgo del sociólogo Ulrich Beck (Śłupsk, Pomerania, 15 de mayo de 1944-Múnich, Baviera, 1 de enero de 2015) se ha convertido en una de las obras de cabecera para múltiples aristas del conocimiento, el que nos deja una advertencia: “somos una sociedad cada vez más preocupada por el futuro, lo que genera la noción de riesgo⁵”. En ese sentido, el mensaje es muy claro, vivimos cegados frente a grandes e interesantes descubrimientos los que crecen a una progresión geométrica, que implican no solamente una producción social de riquezas a costas de diversos commodities sino también una producción social de riesgo⁶, los que causan daños sistémicos que en su mayoría son irreversibles.

En ese sentido, Beck tiene una delicadeza académica de no solo enfascarse en una crítica o un apoyo al capitalismo, sino que hace un balance de sus consecuencias e intenta plantear cómo reestructurar las instituciones, lo que nos empuja a reflexionar sobre la autodestrucción que nos hemos causado, incluyendo los riesgos asociados a la explotación de los recursos naturales y a las innovaciones técnicas. Estas premisas son escritas en un lenguaje sencillo y por medio de una práctica de la teoría dirigida a un público más amplio dado que la reacción de textos académicos complejos -que solo sus colegas puedan entender- ya no resulta suficiente, siguiendo muy de cerca la premisa que señala que el reparto e incremento de los riesgos sigue un proceso de desigualdad social y la ciudadanía en general son las mayores afectadas y, por lo tanto, deberán ser las más interesadas en ejercer una participación activa al asumir y enfrentar diversos riesgos.

Regresando al contenido de la sociedad del riesgo, esta nos brinda grandes luces respecto que debemos entrar en una modernidad mucho más reflexiva, capaz de no seguir invisibilizando el riesgo y reconocer que este existe a través de la democratización del conocimiento. Este último punto es realmente importante dado que Beck nos menciona que mientras más conocimiento tengamos más riesgos existirán: “Los riesgos surgen en el saber, y

5 Anthony Giddens & Christopher Pierson, *Conversations with Anthony Giddens, Making Sense of Modernity*, (California: Stanford University Press, 1998), p. 209.

6 Si bien es cierto que uno de los principales autores que desarrolla el concepto de riesgo desde la sociología es Ulrich Beck, también se debe tomar en cuenta los trabajos de Niklas Luhmann y a Robert Castel, autores que complementan y ahondan en el desarrollo del concepto de riesgo y todas sus implicancias desde diferentes posturas, pero llegando a conclusiones muy parecidas.

*por tanto en el saber pueden ser reducidos, engrandecidos o simplemente eliminados de la consciencia. Lo que para el hambre es la alimentación lo es para la consciencia del riesgo la eliminación de los riesgos o su interpretación como si no existieran*⁷”.

Por otro lado, Beck nos menciona lo siguiente: “*La sociedad del riesgo obliga a una visión general y a una labor conjunta por encima de todos los límites cuidadosamente fijados y atendidos. Es por ello que el riesgo se opone a la distinción entre teoría y praxis, se opone a los límites de especialidad y disciplina*⁸”, es por tanto que la gobernanza del riesgo debe coadyuvar a suavizar el conocimiento imperante y reivindicar nuevos paradigmas necesarios para enfrentar los problemas actuales y que puedan trascender a las esferas de la enseñanza del derecho.

Ulrich Beck nos presenta en su obra “*La sociedad del riesgo*” una perspectiva de cómo en los tiempos modernos se ha venido generando dos posturas muy arraigadas en nuestra sociedad; la primera de ellas está relacionada al reparto de las riquezas de la sociedad industrial; y la segunda postura, enfocada en la distribución de los riesgos en la sociedad moderna. Esto desde luego nos invita a diferenciar entre los conceptos de peligro y riesgo, entendiendo el primero como el menoscabo del ser humano respecto a una ocurrencia ajena a nosotros y que por ninguna manera podríamos evitar; mientras que el riesgo responde a la exposición voluntaria y premeditada a un posible daño, generalmente relacionada a la recepción u obtención de un producto o beneficio, siendo este último concepto la columna vertebral de la tesis de Ulrich Beck.

En tal sentido, debemos considerar que desde el siglo XX se ha originado un evidente proceso de modernización, el cual ha servido como caldo de cultivo para considerables descubrimientos científicos que han decantado en el avance de las fuerzas productivas las cuales, a su vez, generan nocividad tanto en el agua, aire y alimentos, los que Beck interpreta como evidencias de riesgos presentes en nuestra sociedad. Ello sin olvidar la premisa que los riesgos sociales tienen la característica de ser reflexibles y mantienen una pugna con el capitalismo, el cual busca la protección de un mercado con potencial infinito, donde muchas veces los problemas de la sociedad se convierten en oportunidades de negocio para este.

7 Ulrich Beck, *Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne* (Frankfort del Meno: Suhrkamp, 1986), p. 73.

8 Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo* (Barcelona: Editorial Paidós, 1998), p. 78.

Ello nos abre la posibilidad de distinguir y afirmar que, en la sociedad del riesgo, los problemas o efectos negativos producidos por los avances científicos de la modernidad trascienden las clases sociales, y en un contexto de globalización, todos nos vemos afectados de una manera u otra, ergo nos deja acentuado que los riesgos producidos por los avances científicos solo pueden ser solucionados por estos mismos (tecnología y ciencia). Sin embargo, debe considerarse que esta situación podría adecuarse a una relación perpetua entre las acciones de innovación tecnológica, dejando en claro la posibilidad de generar nuevos riesgos.

Asimismo, se debe considerar que la falta de información y prescindir de contextos que incluya a los diversos elementos de la sociedad son condiciones para una construcción social del riesgo, esto definido desde una consideración antropológica la cual se genera por creencias y visiones con características dominantes, es ahí donde claramente se puede considerar a la construcción del riesgo como una percepción de múltiples actores y nunca de una manera individual. Así también se debe mencionar el concepto de producción social de riesgos, el cual se ciñe con el avance de la modernidad y la generación de riquezas por parte de la sociedad⁹, contrastando así con el avance de la tecno-ciencia.

En este contexto, la sociedad del riesgo debe abstraerse en una postura ex-ante, esto quiere decir que la prevención debe interiorizarse ante los avances tecnológicos, frente a la generación del riesgo. Se debe superar la visión parcializada de lo económico, y trascender a una visión o postura de conservación y sostenibilidad de nuestra naturaleza y sus recursos.

Algo que también llama la atención de sobremanera, es el ámbito de la sub política, desde donde el autor menciona la importancia de la protección de los derechos fundamentales que, en la República Federal Alemana- el cual es el contexto en el que vive y desarrollo en extenso su análisis- cautelan la integridad del ciudadano desde un ámbito constitucional, pero esto fácilmente se puede extrapolar a otras realidades y tiempos donde es necesario tutelar derechos como la vida, integridad, salud, gozar de medio ambiente adecuado, entre otros, engarzándolo con el desarrollo político y toma de decisión. Estas herramientas pueden propiciar que los

9 Silvia Montenegro, *La sociología de la sociedad del riesgo: Ulrich Beck y sus críticos* (Pampa: Revista Interuniversitaria de Estudios Territoriales, 2005), p. 121.

asuntos tecno-científicos sean rebatidos en un entorno democrático con intervención adecuadamente informada por parte de la sociedad.

III. La importancia de la sociedad del riesgo en la enseñanza del Derecho

De lo descrito en el apartado anterior, queda claro que como sociedad vivimos enfrentados a distintos y cada vez más peligrosos riesgos originados por nosotros mismo, diferente a los que antiguamente solo eran originados por la propia naturaleza. Es ahí donde los marcos jurídicos y regulatorios deben estar preparados para asimilar los impactos negativos y positivos de los riesgos existentes, sino también deben encontrar mecanismos para estar prevenidos para los riesgos que vendrán.

Otro punto importante donde la sociedad del riesgo cobra relevancia para el derecho es el grado de responsabilidad que debemos tener. Siendo ello muy diferente a lo que en la praxis se pueda manifestar, dado que mientras avanzan las tecnologías, estas originan cambios en el medio ambiente, sus componentes y todos los que vivimos en ella. Un ejemplo claro son las cada vez más numerosas demandas a nivel internacional contra grandes corporaciones que en el desarrollo de su actividad contribuyen al cambio climático, lo que tiene una relación directa con la desglaciación, aumento de la temperatura en la tierra, afectación a la propiedad producto de la elevación de los mares, migración forzosa, afectación a las comunidades indígenas y originarias, modificación de las zonas agrícolas, aparición de enfermedades, entre otros. Es común que, en diversas conferencias de partes, se debata a un nivel político, como van a reaccionar algunos países frente a la afectación de múltiples derechos frente a los efectos productivos por nuestros “avances científicos”.

Asimismo, existe una paradoja que nos revela la sociedad del riesgo, al saber que el Derecho tiene como uno de sus objetivos el brindarnos una sensación subjetiva de seguridad dentro de una sociedad organizada, sin embargo, nada más falso que ello, dado que cada día se crean nuevos riesgos unos más complejos que otros los que amenazan a los individuos y sobrepasan las exigencias de la seguridad jurídica. Es cuando las demandas de los individuos hacia el Estado comienzan a escalar apareciendo los conflictos sociales, lo que involucra una considerable pérdida del grado de legitimidad, piedra angular de cualquier sistema jurídico moderno.

Lo señalado empuja a la necesidad de crear nuevos ámbitos de actuación jurídica que involucran necesariamente reformas constitucionales y/o interpretativas, así como celebración de tratados o convenios entre países, los que al final van a decantar en la elaboración y aprobación de leyes y dispositivos reglamentarios¹⁰. De esta manera podemos comprobar que desde una teoría creada hace más de treinta años, se ha ido incorporando silenciosamente en el territorio del derecho, llegando solo para quedarse. Es por ello que cada uno de los puntos establecidos en la sociedad del riesgo deben ser considerados por los estudiantes de derecho quienes tienen el deber profesional de estar preparados para ya no ejercer un derecho estático, sino uno cada vez más dinámico, siendo ello un reto constante que como humanidad estamos obligados a asumir.

Es ahí que resulta preciso señalar el enorme y valioso esfuerzo que realiza el Doctor José Félix Palomino Manchego al compartir en sus diversas clases, ya sea en pre grado como en post grado, nuevas tendencias en el pensamiento jurídico, que incentiven la reflexión y la crítica a nuestros actuales modelos a través de nuevas líneas del pensamiento sin dejar de considerar los antecedentes de los clásicos en la doctrina del derecho. Es por ello que resulta idóneo mencionar una frase que constantemente repetía en los claustros san marquinos y que guarda una relación directa con la sociedad del riesgo:

*“Es bien sabido que el Derecho, in globo, avanza a ritmo vertiginoso, y hay que estar a la zaga de los cambios que ofrece. Mejor todavía, es preciso acen-
tuarlo, en pleno siglo XXI expresado en diversos contextos, producto de la
globalización y de la sociedad del conocimiento y de la sociedad del riesgo.
Todo ello tomando como norte la protección procesal y la promoción de los
derechos humanos, al igual que velar por la defensa de la constitucional-
dad. Parece razonable pensar que, con estos rasgos característicos, el Derecho
Constitucional por el conducto de la Constitución reafirma su valor indiscu-
tible y su puesta en marcha en un Estado Social y Democrático de Derecho^{11”}.*

10 Juan Ortega, *El derecho en la sociedad del riesgo* (Ciudad de México: Misión Jurídica, 2011), p. 82.

11 Domingo García Belaunde, *Cómo estudiar Derecho Constitucional* (Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2021), p. 12.

IV. CONCLUSIONES

En primer lugar, a modo de conclusión se debe mencionar que el profesor Ulrich Beck señala que la ciencia cumple un rol paradójico en la medida que produce nuevos riesgos y a la vez es la única que puede reconocerlos, convirtiendo la identificación de los riesgos en una cuestión política:

“Mientras que los ingresos, la educación, etc. son para el individuo bienes consumibles, experimentables, la existencia y el reparto de peligros y riesgos siempre están mediadas argumentativamente. A menudo, lo que perjudica a la salud y destruye la naturaleza no lo puede conocer la propia sensación, los propios ojos, e incluso allí donde aparentemente está a la luz del día la construcción social le hace necesitar para su constatación «objetiva» del juicio del experto. Muchos de los nuevos riesgos (...) se sustraen por completo a la percepción humana inmediata. Al centro pasan cada vez más los peligros que a menudo para los afectados no son visibles ni perceptibles, peligros que en ciertos casos no se activan durante la vida

de los afectados, sino en la de sus descendientes; se trata en todo caso de peligros que precisan de los «órganos perceptivos» de la ciencia (teorías, experimentos, instrumentos de medición) para placerse «visibles», interpretables, como peligros¹²”

Ciertos argumentos de este autor, a pesar de que “La sociedad del riesgo” haya sido escrita hace más de tres décadas, aún tienen vigencia y son el claro reflejo de los riesgos que la sociedad ha ido produciendo, los cuales han sido manejados por el capitalismo mediante el avance de la ciencia. Sin embargo hay argumentos que debo discrepar, hasta el punto de afirmar que podría considerarse de cierta manera errónea y peligrosa, como el enunciar que el riesgo presente sea el precio a pagar por el progreso obtenido por la humanidad¹³. Dado que, si bien es cierto el afirmar que el riesgo en el presente debe considerarse medida inevitable, puesto que propugnar eliminar o hasta mitigar riesgos, el sistema social está habituado a generar o aumentar otros tipos de riesgos que en gran parte son aceptados en nuestro sistema social. Esto invita a repensar el anterior argumento

12 Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo* (Barcelona: Editorial Paidós, 1998), p. 33.

13 Maximiliano Korstanje, *Reseña de “La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad” de Beck, Ulrich*. (Toluca: Economía, Sociedad y Territorio, 2010), p. 278.

como si fuese una afirmación lapidaria y de resignación, puesto que al ser la sociedad la que ha incidido en el avance tecnológico y científico, es la misma sociedad -ya no en el sentido netamente descriptivo- la única que podría encontrar soluciones distintas, mediante la participación de los actores sociales para tomas de decisión mucho más interiorizadas por todos los niveles sociales, sea en el ámbito político y jurídico.

En tal sentido, se critica la afirmación que no habría otras medidas y solo debemos resignarnos a implementar riesgos en base a nuestras necesidades o creer que eso deba ser así. Desde luego se puede señalar que eso no es del todo cierto y dependerá mucho de cómo se actúe buscando alternativas y repensando las metodologías para implementar soluciones a nuestros dilemas sin que involucre nuevos problemas. La participación ciudadana y la una visión multi-disciplinaria con involucramientos políticos y normativos (bases de los argumentos finales de la sociedad del riesgo) podrán brindar un nuevo horizonte respecto de reconocer y asumir la existencia de los riesgos.

Todo lo anterior debe ser incorporado en la reflexión constante que la academia deberá promover en las diferentes casas de estudio, siendo esencial seguir ahondando con un desarrollo actual a nivel de interpretación sobre la sociedad del riesgo, donde las facultades de derecho impartan en cátedras que van desde Introducción al derecho, que se imparten normalmente en el primer año de carrera, hasta cursos más complejos y especializados como lo es el de Filosofía del Derecho, curso de último año, desde donde asuman la posta de poder tallar el derecho y adecuarlo lo más posible a nuestra realidad.

Bibliografía

- Beck, Ulrich. *Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt del Meno: Suhrkamp, 1986.
- Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Editorial Paidós, 1998.
- Beck, Ulrich & Rey, Jesús. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.
- García Belaunde, Domingo. *Cómo estudiar Derecho Constitucional*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2021.
- Giddens, Anthony & Pierson, Christopher. *Conversations with Anthony Giddens, Making Sense of Modernity*. California: Stanford University Press, 1998.
- Korstanje Maximiliano, Reseña de "La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad" de Beck, Ulrich. Toluca: Economía, Sociedad y Territorio, 2010. 275-281.

Manga, Charles & Tazo, Gantsi. *“Cameroon’s response to the covid-19 pandemic: Combating a deadly pandemic within a weak rule of law framework” en Covid-19 and Constitutional Law.* Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

Montenegro, Silvia. *La sociología de la sociedad del riesgo: Ulrich Beck y sus críticos.* Pampa: Revista Interuniversitaria de Estudios Territoriales, 2005. 117-130.

Morin, Edgar. *Introducción al Pensamiento Complejo.* Barcelona: Gedisa Editorial, 1990.

OCDE. *La evaluación de las leyes y regulaciones. Resumen Ejecutivo.* OECD Publishing, 2012.

Ortega, Juan. *El derecho en la sociedad del riesgo.* Ciudad de México: Misión Jurídica, 2011.75-84.

EL CRITERIO DE PLURALIDAD Y EL PROCESO DE SELECCIÓN DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Raúl Gutiérrez Canales**

La iniciativa de impulsar un libro en homenaje al profesor José F. Palomino Manchego es una idónea oportunidad para revalorar su incansable trayectoria académica en el ámbito del Derecho Constitucional peruano y de Iberoamérica. Su permanente presencia como docente emblemático de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos nos expresa la importancia de su trabajo, que se ha visto reflejado a través de una robusta producción bibliográfica y una vocación docente que se ha plasmado en las calidades profesionales de varias generaciones de abogados que dan cuenta de sus aportes.

* Doctor en Derecho y Ciencia Política, y magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Derecho Parlamentario por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), San Ignacio de Loyola (USIL) y César Vallejo (UCV). Becario en el Máster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Bolonia, Italia.

Recientemente, tuve la ocasión de compartir la actividad académica con el profesor Palomino Manchego desde una relación más directa, pues fue designado como mi asesor de tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Precisamente, el tema que desarrollé abordó un asunto de constante preocupación en el país, como es el sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional. Aquí, tuve la ocasión no solo de hacer una descripción pormenorizada de la experiencia peruana y una mirada a lo que ocurre en otros países, sino que, además, puede plantear una propuesta que, en su oportunidad, fue considerada por la respectiva modificación a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Introducción

En efecto, la investigación anotada pudo aterrizar en válidas y útiles conclusiones, como el hecho de que la jurisdicción constitucional tiene incidencia en el cambio de paradigma del principio de separación de poderes y que su influencia reside en el fortalecimiento del sistema democrático y la vigencia de los derechos fundamentales. Por ello, la legitimidad de origen del Tribunal Constitucional se encuentra en el texto constitucional, que lo reconoce en la cúspide de su defensa. La trascendencia de sus decisiones hace necesaria la garantía de su legitimidad de ejercicio, la que integra el principio de imparcialidad y el respeto irrestricto al cumplimiento de sus sentencias.

La interpretación constitucional, que tiene fundamento en la naturaleza abierta de las normas constitucionales y la repercusión del principio de supremacía constitucional, es una tarea permanente del Tribunal Constitucional para el cumplimiento cabal de los fines encomendados por la carta política fundamental. En esta lógica, el reconocimiento del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución se expresa en el valor definitivo de sus sentencias y en la ejecutoriedad indiscutible de las mismas. En el Perú no se han dejado de presentar casos de falta de observancia de esta condición por parte de entidades públicas, lo que resulta negativo para el fortalecimiento del régimen democrático y el Estado de derecho.

Dicha situación evidencia la necesidad de revisar el sistema en el que desenvuelve el Tribunal Constitucional y si existen las condiciones adecuadas para asegurar su alta legitimidad. En ese sentido, el modelo de elección y composición de sus magistrados reviste capital importancia. La

intervención del Parlamento en la elección de magistrados constitucionales tiene razonable justificación en la ubicación del citado órgano en el sistema de separación de poderes. El problema se presenta cuando la elección no reúne las garantías de imparcialidad y objetividad para asegurar la designación de jueces idóneos.

El modelo peruano de elección de magistrados constitucionales se ha desarrollado en el marco de un estatuto general que permitió una amplia discrecionalidad por parte del Parlamento, lo que ha generado una constante práctica de protagonismo de intereses políticos y una alta dosis de subjetividad, que se reflejan en elecciones retrasadas, poco transparentes y sin previsibilidad a partir de un método de calificación técnico. En todo supuesto, los cuestionamientos a una elección política de magistrados constitucionales no es un asunto exclusivo del Perú, se presentan en colegiados con reconocido prestigio, como el caso alemán y la Suprema Corte de los Estados Unidos, y en tribunales de apreciable desarrollo en América Latina, como Colombia y Chile. Pese a ello, existen algunos elementos que se pueden tomar en cuenta para mejorar el sistema nacional, como los mecanismos de transparencia y participación ciudadana, previsión de estatutos más específicos y la pluralidad en los órganos que intervienen en el proceso.

1. La necesidad de pluralizar el proceso de selección de magistrados del Tribunal Constitucional

Precisamente, uno de los puntos centrales de la discusión sobre la reforma en el modelo de elección es el que corresponde a la competencia del órgano encargado de la selección de candidatos y elección de magistrados del Tribunal Constitucional. En el caso peruano, bajo la vigencia de la Constitución de 1993, el Parlamento posee el monopolio de tales funciones, no existiendo un criterio plural en ninguna etapa del proceso; situación que es claramente una realidad desfasada si se observa el entorno mundial en el campo de la selección de altas cortes constitucionales.

De acuerdo con el desarrollo del total de procesos de elección de miembros del Tribunal Constitucional peruano, se aprecia una permanente injerencia política, cuyas razones se encuentran en la insuficiencia regulatoria del estatuto procedimental que se aplicó, en la falta de idoneidad de los miembros de la comisión especial del Congreso, en la poca transparencia e incentivos para el control ciudadano, en la informalidad con que

actúa el Pleno del Parlamento y en la nula pluralidad de intervención de otros órganos estatales y la sociedad civil. El modelo normativo de elección parlamentaria no genera estímulos para la presentación de los juristas con mayor prestigio en materia constitucional, existiendo casos de maltratos y acciones contrarias a la buena fe de los candidatos. El privilegio de intereses partidarios sobre la alta competencia de los candidatos, genera una afectación directa a la institucionalidad y legitimidad del Tribunal Constitucional.

Desde su instalación en 1996, el Tribunal Constitucional ha tenido indudables complicaciones al momento de operar la elección o renovación de sus miembros, tanto es así que los respectivos procesos han estado revestidos de cuestionamientos fundados. Se ha presentado renuncias a candidaturas, nulidades de las decisiones del Pleno, pedidos judiciales de incorporación, denuncias de falta de transparencia y objetividad, y una serie de irregularidades adicionales, que, incluso, culminaron con una disolución del Parlamento, a propósito del planteamiento de una cuestión de confianza sobre un proyecto de ley que buscó modificar las reglas de la elección de magistrados constitucionales. El problema es que la afectación a la jurisdicción constitucional no se acaba con la elección, sino que empieza con esta, al extremo que una designación con preponderancia política partidaria, tendrá cabida a lo largo del mandato.

Los constantes problemas que se han producido y se producen con los procesos de selección parlamentaria parece ser que no cambiarán. Basta ver que se amplió el plazo de anuncio para el inicio del proceso y, sin embargo, los retrasos son la regla. Se han modificado en varias oportunidades los tipos de elección (de convocatoria pública a invitación y viceversa) y los inconvenientes continúan. Se ha establecido un procedimiento detallado con etapas, puntajes, criterios y deber de motivación y, no obstante, hasta hoy la meritocracia no es un principio garantizado. Es decir, el problema no está en la norma, está en su aplicación, la que recae de modo exclusivo en el Congreso. Así las cosas, es pertinente revisar la necesidad de realizar una reforma constitucional para permitir una elección con competencia plural sin retirar la intervención del Congreso. Para estos fines, no solo basta con mirar la práctica histórica peruana de la elección parlamentaria exclusiva (la que es probadamente negativa), es también indispensable revisar cómo se distribuyen las competencias en materia de selección de magistrados en diversas partes del mundo.

2. La tendencia hacia un procedimiento de selección plural

Repasando los diferentes países que cuentan con un Tribunal Constitucional, advertimos que existen diversas modalidades en lo que atañe a los órganos encargados de la selección de sus magistrados. No obstante, el factor recurrente es que, en todos, el Congreso tiene una participación significativa.

Así, existen algunos sistemas donde el Parlamento tiene competencia exclusiva en la elección. En Croacia la elección de magistrados constitucionales depende solamente del Parlamento (artículo 122 de la Constitución de Croacia). En Polonia los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por la Cámara de Diputados por mayoría absoluta (artículo 194 de la Constitución).

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*), está integrado por dieciséis miembros. Tiene un estatuto especial, Ley de la Corte Constitucional Federal (otorgada conforme al artículo 94 de la Ley Fundamental), que regula, entre otros aspectos, el procedimiento de la elección de los magistrados. Estos últimos son elegidos por mitades por el *Bundestag* (Parlamento de la República Federal) y por el *Bundesrat* (Cámara de los Estados federados). Lo regular es que el procedimiento de selección empieza con la elaboración de unas listas por parte del Ministerio Federal de Justicia, donde se incluyen los nombres de los candidatos que cumplen con los requisitos legales. Una lista contiene a los jueces federales y la otra a los postulantes propuestos por un grupo parlamentario del *Bundestag*, por el Gobierno Federal o por un Gobierno regional. Estas listas, según el artículo 8 de la Ley de la Corte Constitucional Federal, se ponen a disposición de los presidentes de las cámaras con al menos una semana de anticipación a la fecha de la elección. Debe puntualizarse que las listas no vinculan a las cámaras, habiendo existido varios casos en los que estas se apartaron de los nombres propuestos, lo que convierte a las listas en un requisito de orden procedimental¹.

También existen ordenamientos jurídicos, donde el Parlamento debe dar su consentimiento para que el nombramiento sea eficaz, similar a lo que ocurre con la Suprema Corte de los Estados Unidos. Los jueces del Tribunal Constitucional de la República Checa son nombrados por el

1 HERNANDO MASDEUA, Javier. *La selección de magistrados del Tribunal Constitucional*. Tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 216.

presidente de la República con el consentimiento del Senado (artículo 84 de la Constitución de la República Checa). Parecido es el caso de Rusia, cuya Corte Constitucional se compone de 19 jueces nombrados por el Consejo de la Federación (Senado) a propuesta del presidente de la Federación Rusa (artículo 128 de su Constitución).

Hay casos donde la competencia del Parlamento en la elección de magistrados es compartida con otros poderes públicos. Conforme al artículo 147 de la Constitución austriaca, su Tribunal Constitucional tiene catorce miembros y seis suplentes. Todos son nombrados en base a propuestas formuladas por el Gobierno Federal (Presidente, Vicepresidente, seis miembros, tres miembros suplentes), el Consejo Nacional (tres miembros, dos miembros suplentes) y el Consejo Federal (tres miembros, un miembro suplente). La Corte Constitucional de Italia está conformada por quince jueces nombrados en un tercio por el presidente de la República, en otro tercio por el Parlamento y un tercio final por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas (artículo 135 de la Constitución italiana). El Consejo Constitucional de Francia², que ejerce control *a priori* y *a posteriori*³ de las leyes, está integrado por nueve miembros: tres de la Asamblea Nacional, tres del Senado y tres del presidente de la República (artículo 56 de la Constitución francesa). En Guatemala son designados multisectorialmente. Un magistrado por la Corte Suprema, otro por el Congreso, otro por el presidente de la República, otro por una universidad y otro por el Colegio de Abogados (artículo 269 de la Constitución de Guatemala). El Tribunal Constitucional de Chile tiene diez magistrados. Tres designados por el presidente de la República; cuatro por el Senado (dos por libre elección y dos a propuesta de la Cámara de Diputados, con votación favorable de dos tercios en ambos casos) y; tres por la Corte Suprema.

En dicho grupo de colegiados debe ser considerado también el Tribunal Constitucional de República Dominicana. Si bien el artículo 179 de su

2 La competencia jurisdiccional del Consejo Constitucional se divide en dos ámbitos: 1. Contencioso normativo (actúa como juez de la constitucionalidad de las leyes) y 2. Contencioso electoral y referendario. También tiene competencia consultiva respecto del Gobierno. Es decir, a diferencia de otros colegiados tiene algunas particularidades que lo distinguen notoriamente.

3 A partir del 1 de marzo de 2010, el Consejo Constitucional, por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, tiene competencia para controlar si una disposición legislativa vigente violenta los derechos y libertades reconocidas en la Constitución.

Constitución señala que el Consejo Nacional de la Magistratura designa a los jueces del Tribunal Constitucional, es preciso conocer quiénes integran dicho órgano. El artículo 178 constitucional, precisa que el consejo está compuesto por el presidente de la República, el presidente del Senado, un senador, el presidente de la Cámara de Diputados, un diputado, el presidente de la Suprema Corte de Justicia, un magistrado de la misma corte y el procurador general de la República. Es decir, si bien no existen cuotas precisas sobre el número de magistrados a elegir, que corresponda a cada representante de las entidades descritas, lo cierto es que todas participan con criterio de consenso.

La Corte Constitucional de Colombia es una institución judicial con autonomía que cumple la función de resguardar la plenitud y supremacía de la Constitución. Sus miembros son elegidos por el Senado de la República a partir de tres ternas presentadas cada una por el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

En otras realidades, el Parlamento realiza la elección, pero se requiere el nombramiento posterior del Gobierno. En Bélgica, la Corte Constitucional está conformada por jueces nombrados de por vida por el Rey de una lista de candidatos, nominados alternativamente por la Cámara de Representantes y el Senado (artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Bélgica). En Eslovaquia, el presidente de la República nombra a los jueces de la Corte Constitucional a petición del Consejo Nacional (Parlamento), órgano que presenta el doble de número de postulantes que serán nombrados (artículo 134 de la Constitución eslovaca).

Existe la experiencia, donde, además del Parlamento, el propio Tribunal Constitucional tiene una cuota en la designación. De conformidad con el artículo 222 de la Constitución de Portugal, el Tribunal Constitucional está compuesto por trece jueces, siendo diez designados por la Asamblea de la República y tres cooptados por estos. Es decir, el mismo tribunal tiene competencia para elegir tres miembros.

Además, existe el caso en el que el monarca nombra sobre la base de una elección compartida entre los poderes del Estado. En España los tres poderes públicos participan en la elección de jueces constitucionales. Según el artículo 159 de la Constitución española, los doce magistrados son nombrados por el Rey a propuesta del Congreso (4); del Senado (4), que elige entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas

de las Comunidades Autónomas; del Gobierno (2) y del Consejo General del Poder Judicial (2).

También se presenta el supuesto en el que se conforma una comisión multisectorial de representación de los poderes estatales para realizar un concurso público. En Ecuador la designación de magistrados de la Corte Constitucional está a cargo de una comisión calificadora integrada por dos personas nombradas por las tres funciones: el Legislativo, Ejecutivo, y Transparencia y Control Social (artículo 434 de la Constitución de Ecuador). Se precisa que la selección se realiza mediante concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana.

De otro lado, podemos identificar un modelo de elección popular, pero con el filtro previo de candidatos seleccionados por el Parlamento. Según el artículo 199 de la Constitución de Bolivia, los magistrados de su tribunal son elegidos por sufragio universal. Sin embargo, el artículo 19 de la Ley 027, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, precisa que las postulaciones se hacen ante la Asamblea Legislativa Plurinacional, la que, por voto de dos tercios de sus miembros presentes, definirá una preselección de candidatos, cuya lista se remite al Órgano Electoral Plurinacional.

Finalmente, en aquellos países que no tienen formalmente un Tribunal Constitucional, pero sus máximos colegiados del Poder Judicial cumplen una función equivalente, también el Parlamento ejerce la atribución de participar en la elección de sus respectivos magistrados. Ciertamente, en Argentina los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son nombrados por el presidente de la Nación, con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública (artículo 99, inciso 4, de la Constitución Nacional). Para nombrar a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de México, el presidente de la República somete una terna a consideración del Senado, el que, previa comparecencia de los candidatos, hace la designación con el voto a favor de dos tercios de sus integrantes presentes (artículo 96 de la Constitución mexicana). En Brasil compete al presidente de la República nombrar, después de la aprobación del Senado Federal, a los ministros del Supremo Tribunal Federal (artículo 84 de la Constitución de Brasil). De acuerdo con el artículo 236 de la Constitución de Uruguay, los cinco miembros de la Suprema Corte de Justicia son designados por la Asamblea General por dos tercios de votos del total de sus integrantes.

3. La presencia del Parlamento en la elección de magistrados

En todos los sistemas de elección de miembros del Tribunal Constitucional el Poder Legislativo cumple un rol central. Esto responde, sin duda alguna, a la alta legitimidad que requiere el citado colegiado para cumplir su función ordenadora en el régimen democrático y de órgano de cierre en el ámbito de la jurisdicción constitucional. No obstante, también hay que decir que la intervención parlamentaria y cómo no, la de cualquier órgano político, es pasible de generar toda clase de cuestionamientos, claro está, en unas realidades con más intensidad que en otras, dependiendo, seguramente, del grado de consolidación institucional lograda.

Los casos de Estados Unidos y Alemania, aun cuando resultan modelos emblemáticos, tampoco están exentos de estos cuestionamientos, sin embargo, la institucionalidad alcanzada por sus sistemas jurídicos y políticos hace que, de algún modo, los cuestionamientos no incidan en la legitimidad de sus decisiones futuras ni en su consecuente ejecución. Creemos que los problemas de institucionalidad en América Latina, si bien no son iguales en todos los países, existen, y estos se agravan cuando tienen incidencia en los órganos que conforman el sistema de administración de justicia. En el caso de los tribunales constitucionales, el asunto cobra mayor importancia por las funciones que este cumple, por tanto, las políticas y la regulación para su fortalecimiento no deberían subestimar el modelo de elección de sus magistrados.

Debe recordarse que la democracia en la realidad contemporánea convive necesariamente con la presencia esencial de los partidos en el Parlamento, pero ello, de ningún modo, debe obstaculizar el debate congresal respecto de la priorización del perfil deseable de los candidatos a miembros del Tribunal Constitucional. En todo supuesto, la representación integral parlamentaria no debería ser violentada por convenio negociado y oculto que privilegie cualquier rédito de grupo antes que la idoneidad del próximo magistrado.

La intervención del Parlamento en el proceso de elección de los jueces constitucionales no es mala *per se*, pero también es una realidad que, en tanto poder político, no se encuentra descontaminado de intereses partidarios que pueden ser contrarios al objetivo de una designación deseable. En este último aspecto cobra indispensable necesidad la consolidación de un proceso no solo transparente, sino también caracterizado,

ya sea por exigencia legal o por institucionalización cultural, por el requerimiento decisivo de un perfil de magistrado con altas cualidades profesionales, académicas y de valores sólidos democráticos, reflejados en su alto reconocimiento social, todo ello, en el marco de un examen probadamente imparcial.

A modo de conclusión

La reforma del sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional debe atender a un criterio integral que comprenda varios aspectos, como la garantía de los principios de meritocracia y transparencia. Sin embargo, un asunto central, y que implicaría una reforma constitucional, es permitir la participación de otros órganos públicos e, incluso, representantes de instituciones de la sociedad civil. La tendencia en el mundo es que la competencia para estos fines no recaiga únicamente en el Parlamento, sino que se busque criterios de pluralidad que contribuyen a fortalecer la legitimidad de ejercicio del tribunal. En este sentido, es importante tener en cuenta que la selección de nuevos magistrados es un proceso y, como tal, puede convocar en algunas de sus etapas a otras instituciones sin dejar de lado la presencia del Parlamento. Se podría pensar, por ejemplo, en que la comisión especial seleccionadora de los candidatos que votará el Pleno, en tanto es una comisión que actúa como filtro técnico, pueda tener una conformación multisectorial, atendiendo a que participen representantes de entidades vinculadas con el fortalecimiento del régimen democrático y los derechos humanos.

DERECHO Y DOCENCIA COMO VOCACIÓN
Libro homenaje a José F. Palomino Manchego

Se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de:

Joshua V&E S.A.C.

Calle San José N° 311 of. 314
Cercado - Arequipa

en el mes de septiembre del 2022



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE
SAN MARCOS
(Universidad del Perú, Decana de América)

Dra. Jeri Ramón Ruffner
Rectora

Dr. Carlos Cabrera Carranza
Vicerrector Académico de Pregrado

Dr. José Niño Montero
Vicerrector de Investigación y Posgrado

Dr. José F. Palomino Manchego
Responsable de la "Cátedra de Historia de la
Universidad Nacional Mayor de San Marcos"
Resolución Rectoral N° 011760-2021-R/UNMSM

ISBN: 978-612-4369-34-6



9 786124 369346