

BIBLIOTECA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

EDGAR CARPIO MARCOS

(DIRECTORES)

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES

SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI

(COORDINADORES GENERALES)

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Profesor Principal
Pontificia Universidad Católica del Perú

ENSAYOS DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y PROCESAL
CONSTITUCIONAL



Ediciones
Olejnik

ENSAYOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

© DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

© Ediciones Olejnik

Huérfanos 611, Santiago-Chile

E-mail: contacto@edicionesolejnik.com

Web site: <http://www.edicionesolejnik.com>

1a edición

ISBN: 978-956-7799-68-8

Diseño de Carátula: Ena Zuñiga

Diagramación: Enrique Tello Paravecino

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

Impreso en Argentina

2018

Printed in Argentina

ÍNDICE

Presentación.....	11
-------------------	----

CAPÍTULO I EL ESTADO SOCIAL RE-VISITADO

1. En los inicios.....	13
2. Navegando en una nueva dirección.....	15
3. El problema del nombre.....	17
4. El Estado social en los documentos internacionales de derechos humanos.....	19
5. Exigencia de derechos: entre política y jurisdicción.....	22
6. La crisis del Estado social.....	23
7. La soberanía en jaque.....	25
8. Perspectivas: Un Estado post-social o globalizado.....	26

CAPÍTULO II GARANTISMO, DERECHOS Y PROTECCIÓN PROCESAL

1. ¿Un problema reciente?.....	31
2. Una mirada retrospectiva.....	33
3. ¿Garantías constitucionales?.....	34
4. ¿Qué garantiza una garantía?.....	36
5. Repaso bibliográfico.....	36
6. Cambio de rumbo.....	41
7. El proceso como sucedáneo de la “garantía”.....	42
8. Garantismo en sentido débil.....	43
9. El garantismo como “filosofía jurídica”.....	44
10. ¿Presencia del “garantismo”?.....	45
11. Las travesuras del legislador.....	47
12. Palabras finales.....	47

ÍNDICE

CAPÍTULO III LA CONSTITUCIÓN Y SUS JUSTICIAS	49
---------------------------------------------------------------	-----------

CAPÍTULO IV **EL CAMBIO CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA** **(UN FENÓMENO RECURRENTE DE LAS ÚLTIMAS DÉCADAS)**

1. Preliminar	61
2. Algunos casos singulares.....	64
3. Más sobre lo mismo.....	66
4. Precisiones necesarias	67
5. Cambios “menores” en el texto constitucional.....	67
6. La mutación y sus alcances	68
7. Consideraciones finales.....	69

CAPÍTULO V LOS VAIVENES DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS	71
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

CAPÍTULO VI NOTA SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO	93
-----------------------------------------------------------------------------	-----------

CAPÍTULO VII LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN SU LABERINTO	
1. Liminar	103
2. Supuestos a considerar.....	105
3. Una mirada hacia atrás	107
4. Un caso concreto de interpretaciones diversas.....	110
5. La teoría de la argumentación estándar	111
6. “Criterios” específicos de la interpretación constitucional: el planteo de Konrad Hesse.....	115
7. Rasgos diferenciadores de la interpretación constitucional ...	117
8. Lo que realmente hacen los jueces: el planteo de Posner.....	119
9. Lo que queda después de haber eliminado todo, o casi	122
10. A manera de conclusión	124

ÍNDICE

CAPÍTULO VIII

NOTA ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

1. Consideraciones preliminares.....	127
2. Delimitaciones.....	129
3. Los conceptos y su uso.....	131
4. La interpretación en movimiento	132
5. Quienes interpretan.....	134
6. Nuevo tipo de sentencias.....	136
7. La legislación procesal constitucional.....	139
8. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y su labor de intérprete	140
9. El control de la reforma constitucional.....	142
10. Las sentencias interpretativas y el precedente	143
11. La cosa juzgada constitucional	146
12. El futuro de la interpretación constitucional	147

CAPÍTULO IX

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL: EXTENSIÓN Y LÍMITES

1. El precedente como concepto.....	151
2. Las familias jurídicas	152
3. El <i>common law</i>	154
4. El <i>common law</i> en los Estados Unidos	156
5. Su irradiación en el resto de nuestra América.....	158
6. Súpula vinculante en el Brasil	163
7. ¿Creación del Derecho?	164
8. La creación de precedentes.....	167
9. Precedente constitucional y creación del derecho	168
10. Un desliz semántico: la “autonomía procesal” en la experien- cia peruana.....	169
11. Algunas consideraciones finales.....	173
12. Bibliografía.....	174

ÍNDICE

CAPÍTULO X

UN LARGO VIAJE EN BUSCA DE UNA NUEVA DISCIPLINA. O CÓMO APARECIÓ EL “DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL” EN AMÉRICA LATINA

1. Liminar	179
2. Las primeras indagaciones	181
3. Los efectos de la Guerra Civil española.....	183
4. La producción procesal de Alcalá-Zamora y Castillo (1933-1938)	184
5. La producción argentina de Alcalá-Zamora y Castillo (1942-1946)	186
6. El significado y los alcances del nuevo concepto: “derecho procesal constitucional”	189
7. Sigue: los alcances del nuevo concepto	190
8. Lo que pasó en México (1946-1956).....	192
9. De 1956 en adelante: enfrentando una realidad.....	194
10. ¿Convergencia, divergencia o vidas paralelas? Europa y América Latina	197

CAPÍTULO XI

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA 201

CAPÍTULO XII

LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA

1. Antecedentes	219
2. Los primeros pasos en el siglo XIX.....	219
3. Antecedentes del modelo concentrado.....	221
4. Los primeros tribunales constitucionales.....	223
5. Acercamientos	226
6. Jurisdicción internacional	227
7. Conclusiones.....	228
8. Bibliografía.....	229

PRESENTACIÓN

Los libros surgen de muchas maneras, consciente o inconscientemente. O a veces como frutos del azar. Lo que ahora presento comparte ambas características, pues me fue solicitado cuando no tenía una idea clara de lo que iba a ser el producto final. Debo este detalle al doctor Carlos Antonio Agurto Gonzáles, quien en nombre de Ediciones Olejnik, así me lo pidió para una proyectada Biblioteca de Derecho Constitucional a ser publicada por esa casa editora y en Santiago de Chile. Lo primero que se me ocurrió es que debían ser temas de interés general y no localizados en algún país determinado, ya que pretendía llegar a un público más amplio. Y con esa idea en mente me puse a buscar entre mis textos recientes a aquellos que podrían tener alguna utilidad en el campo constitucional y de paso, en el procesal constitucional. Y fruto de esta labor paciente, y en veces ingrata, es el resultado que ahora tenemos entre manos.

La obra está distribuida en doce capítulos, con los temas que ahí se indican y tienen diferentes orígenes. Uno fue escrito directamente para una revista estudiantil, otros han sido presentados a diversos eventos académicos al pie de los cuales se señala la fecha y el lugar del evento y otros están listos pero aún no tienen destino definido, por lo menos por ahora. En todo caso, el grueso de ellos ha sido publicado en revistas especializadas, en memorias de congresos o en libros colectivos y como tales permanecen, si bien han sido nuevamente revisados en esta ocasión. Ninguno de ellos –con la salvedad que más adelante señalo– ha sido recogido en ningún libro mío, sino que se han mantenido dispersos. Hago la excepción únicamente del capítulo XII, que ha aparecido anteriormente en mi libro “El derecho procesal constitucional en expansión” originalmente publicado en México por la prestigiosa Editorial Porrúa (2008) y en una segunda edición revisada y muy ampliada en Lima en 2009 y con reimpressiones en República Dominicana (2011) y en Costa Rica (2012). En principio no soy partidario de repetir textos de un libro en otro y esa ha sido una constante en mi labor de publicista. Pero en el caso de este capítulo ha habido una circunstancia que me ha decidido a ello: y es

que la obra en la cual está originalmente publicado, tiene fecha y materia definida y no pienso rehacerla. Y además ahí desarrollo temas que siguen en el debate y ha sido revisado y ampliado con nuevos datos y reflexiones que era necesario destacar por su utilidad. Por esta razón, este capítulo debe ser considerado parte de este libro y no del anterior, que eliminaré de existir una nueva edición.

Lo que más me agrada de este libro no solo es que salga publicado en Chile y en una novel y pujante editorial, sino que incorpore en su título el concepto de “derecho procesal constitucional” que es quizá la gran aportación de nuestra América a la defensa de la Constitución. Nombre que me parece mucho más ajustado que el de “justicia constitucional” que se sigue usando todavía en forma mimética y que considero como de carácter pre-científico (pues es lo mismo que hablar de justicia civil o justicia penal) y más técnico que el de “jurisdicción constitucional”, que por lo menos es más ajustado y se entiende perfectamente.

Mi reconocimiento reiterado al doctor Agurto Gonzáles por sus acertadas sugerencias para el armado de este libro y a Ediciones Olejnik por haberlo incorporado dentro de su catálogo de publicaciones.

Lima, noviembre de 2016
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

CAPÍTULO I

EL ESTADO SOCIAL RE-VISITADO^(*)

SUMARIO: 1. En los inicios. 2. Navegando en una nueva dirección. 3. El problema del nombre. 4. El Estado social en los documentos internacionales de derechos humanos. 5. Exigencia de derechos: entre política y jurisdicción. 6. La crisis del Estado social. 7. La soberanía en jaque. 8. Perspectivas: un Estado post-social o globalizado.

1. EN LOS INICIOS

Durante el siglo XIX se desarrolló una forma de Estado que se presentaba en términos más o menos pacíficos y sin mayores cuestionamientos. Se hablaba o se entendía como algo natural de una realidad como “Estado de Derecho” o “Estado Liberal” o “Estado Liberal de Derecho”. De manera algo exagerada el pensador marxista Gramsci quiso tipificar este modelo con el membrete, bastante gráfico, de “Estado gendarme”. Otros antes que él lo habían calificado de “guardián nocturno”, pues precisamente esta idea de la existencia de un límite es lo que potenció el nacimiento de este tipo de Estado como producto de las revoluciones de fines del siglo XVIII, de las que la Revolución Francesa es signo emblemático. Y que se extendió notablemente en el siglo XIX.

Lo cierto es que con el tiempo el viejo Estado Liberal o Estado de Derecho decimonónico, fue perdiendo paulatinamente su vigor hasta que dejó de tenerlo. Esto ocurrió en una fecha clave: el fin de la Primera Guerra Mundial, conocida entonces como la Gran Guerra y que finaliza en 1918.

La Gran Guerra significó muchas cosas. La primera es que representó el fin de toda una época, dorada para algunos, que quedó con-

^(*) Ponencia presentada a la mesa redonda sobre “El Estado Social” en la serie sobre “Formación y perspectivas del Estado en México y en América Latina” (El Colegio Nacional, México, D.F., 15-18 de noviembre de 2010).

sagrada en la literatura del período como la “belle époque”, pues fue seguida por algo totalmente distinto y en cierto sentido negador de lo que la había precedido. Cabe anotar que esta guerra dejó algunos saldos significativos a nivel político-constitucional, que señalamos enunciativamente:

- a) Liquidación de los grandes imperios tradicionales, tales como el Impero Austro-húngaro, el Imperio Otomano, el Imperio Ruso, y en parte el Imperio alemán.
- b) Aparición de nuevos países en cantidad sorprendente, lo que traería diversos problemas en el siglo XX, algunos creados artificialmente, pues no respondían a una realidad histórica y geográfica, como son los casos de Checoslovaquia y de Yugoslavia, que ya no existen, pues se han dividido en varias unidades políticas independientes.
- c) Expansión dinámica de una forma de Gobierno que será la República, que al final logrará imponerse en el resto de Europa, con muy pocos supérstites en la actualidad, pues los reinos que existen (Inglaterra, España, etc.) han entregado el poder efectivo al Jefe de Gobierno o Primer Ministro, quedando los reyes o reinas como algo más que figuras decorativas.
- d) Difusión del sistema parlamentario de gobierno, que fue y sigue siendo el preferido de las naciones europeas. Con posterioridad, lo único relativamente nuevo que ha surgido a nivel de formas o sistemas de gobierno es el llamado “semi-presidencialismo”, que es una variante del parlamentarismo y que funciona prácticamente solo en Francia, aun cuando muchos han querido ver similitudes en otros países o modelos.
- e) Afianzamiento del constitucionalismo como forma civilizada de gobernar y de dirigir un pueblo, dentro de una concepción más amplia de gobierno de leyes y no de gobierno de hombres (si bien la realidad política irá a contrapelo de esta aspiración, sobre todo en el periodo de entre-guerras).
- f) Aparición de Estados con fines, métodos y estructuración que rompen todos los esquemas existentes, pues dan prevalencia al aparato del partido político, al que supuestamente se le asigna velar por la seguridad y bienestar de sus súbditos. Y que desembocará en dictaduras de larga duración (todo ello precedido por la llamada revolución de octubre de 1917, que llevó a los bolche-

viques al poder y de tanta influencia en el mundo durante casi todo el siglo XX).

- g) Aparición, tímida al inicio y luego con rápida expansión, de los valores democráticos. Y dentro de estos últimos, los derechos humanos cuya constitucionalización se expande vigorosamente a partir de 1945.

Todos estos hechos explican, y en gran parte justifican lo que vendrá después.

2. NAVEGANDO EN UNA NUEVA DIRECCIÓN

El nuevo estado de cosas apareció, como antes señalé, con motivo de la primera posguerra, esto es, tan pronto finalizó la Gran Guerra o Primera Guerra Mundial. Esto llevó a una nueva realidad, que en parte está signada por el replanteamiento del rol de un tipo de Estado que se había consolidado en el siglo XIX, concomitante con la aparición de nuevos problemas políticos. Y quizá lo determinante: el aumento de la población, el auge de la industrialización, el descubrimiento de nuevos inventos tecnológicos, la frecuencia de los viajes por el acortamiento de las distancias, etc. Todo esto relacionado con la aparición de grandes masas que se hacen presentes en el entorno social y que darán motivo a lo que Ortega y Gasset en 1930 y de manera perspicaz denominó como “la revolución de las masas”. Lo que constataba Ortega, desde su especial mirador, era que en Europa y en menos de un siglo la población había aumentado varias veces más de lo que había aumentado en todos los siglos anteriores, y en consecuencia las sociedades modernas tendrían que hacer frente a la presencia de una mayor cantidad de personas con sus respectivas exigencias. Esto traía nuevos y serios problemas a los gobiernos que tenían que buscar sitio, ocupación y demás coberturas para una gran cantidad de poblaciones que se caracterizaban, entre otros aspectos, por desigualdades reales.

Lo anterior implicaba que el viejo Estado no se podía limitar ahora a una vigilancia de las calles y de las carreteras, a una policía civil, a una seguridad para el exterior, sino también a un mínimo de políticas que cubriesen aspectos básicos como la ocupación laboral, la sanidad –que no costase o que costase muy poco– la educación, –por lo menos en sus segmentos iniciales– y algunas garantías para el paro, cuando esto sucedía. Y la vejez asegurada. Esto fue introdu-

ciéndose poco a poco, y su desarrollo fue lento y sujeto a una serie de limitaciones.

Ahora bien, esta preocupación por el “otro”, esto es, por las demás personas de nuestro entorno, no estuvo ausente del pensamiento liberal que inspiró las viejas revoluciones del siglo XVIII. Recordemos que la Revolución Francesa no solo apeló a la libertad y la igualdad, sino también a la “fraternidad”, como muchos de los discursos de la época lo dejan entrever claramente (entre otros, las intervenciones de Robespierre, que tan mal final tuvo).

Y en todo el siglo XIX hay algo de esto, si bien en forma por demás mínima. Interesante es la postura de Louis Blanc en 1848. Destaca luego el caso de la Alemania de Bismarck (1880) en donde por primera vez un Estado europeo introdujo políticas proteccionistas en favor de la clase trabajadora, si bien se discute cuáles eran las reales intenciones del Canciller de Hierro: si alimentar bien a sus futuras huestes o alejar a las masas de los cantos de sirena del socialismo, entonces en plena expansión.

Estos problemas demoran en llegar a nivel constitucional, y aparecen por vez primera en la Constitución mexicana de 1917, aun vigente con numerosas enmiendas. Y en Europa con la Constitución de Weimar de 1919. Le siguen las constituciones española (1931) italiana (1947) y alemana (1949). En la América Latina esto se refleja en algunas constituciones (la peruana de 1920, la brasileña de 1934, la reforma colombiana de 1936 y la cubana de 1940) pero sobre todo en determinadas políticas (establecimiento de la jornada de las ocho horas, enseñanza primaria obligatoria y gratuita, luego extendida a la superior y universitaria; protección a la madre trabajadora, seguros sociales de desocupación, vejez e invalidez, etc. que dan origen, en el derecho interno, a una nueva disciplina: el “derecho social” (del que Alfredo L. Palacios fue un tenaz abanderado).

El problema da un nuevo giro a raíz de la recesión que atraviesa los Estados Unidos, con motivo del desplome de la bolsa de Nueva York en 1929, y que dará lugar a la política del “new deal”, que implementa el presidente Roosevelt y que tendrá una decisiva influencia en el resto de nuestros países.

Aspecto importante en la segunda posguerra es la pujante presencia de los movimientos comunistas en todos nuestros países y los apoyos, explícitos e implícitos, que les brindaba la Unión de Repú-

blicas Socialistas Soviéticas, de relativa corta vida, pues colapsó por implosión en 1991. Y más adelante algunos experimentos curiosos como el yugoslavo.

Podría decirse que este nuevo modelo de Estado proteccionista actúa sin contratiempos, por lo menos teóricos, hasta principio de los años de 1970.

3. EL PROBLEMA DEL NOMBRE

Desde que el Estado se formaliza en el mundo moderno y más en concreto con las revoluciones de fines del siglo XVIII, se tiende a fijar o a suponer que existe una especie de pacto social entre gobernantes y gobernados, en el cual se consagran los principios fundamentales de la convivencia humana. Influencia decisiva para este modelo fue la Revolución Francesa, pues ella no solo se impuso en ese país sino que se extendió al resto de Europa, precisamente por el avance de las conquistas napoleónicas. Pero no se puede dejar de mencionar los logros alcanzados por la Revolución Norteamericana, que fueron muy conocidos en los años inmediatamente posteriores a ella, pero que no tuvieron, por diversos motivos, la clara influencia francesa, que en todo caso servía de puente para aquélla.

Pues bien, el sujetarse a una Constitución, que a su vez era la clave de bóveda del ordenamiento jurídico, significaba siguiendo el viejo pensamiento aristotélico, un gobierno de leyes y no de hombres, que fue siempre el ideal del pensamiento político clásico. Y de ahí surgió la idea, concretada en von Mohl, del "Estado de Derecho" que todavía se sigue usando hasta ahora y que como tal es un término cómodo. El problema que presenta es que es una fórmula neutra que a la larga puede ser usada por cualquiera, pues sabemos perfectamente que el Derecho puede encerrar en su seno opciones teóricas e ideológicas contradictorias y no coincidentes entre sí, por lo que el término, si bien grato, no llegaba a ser del todo satisfactorio.

La doctrina acuñó así para el Estado propio del siglo XIX, el nombre de "Estado Liberal de Derecho" o como quieren algunos el de "Estado liberal-burgués de Derecho" (así, Schmitt).

Con posterioridad a la Gran Guerra y como quiera que aparecieron otras inquietudes que traerán cambios en la estructura y fines del Estado, se acuña la expresión de "Estado social" (H. Heller) que en otros será "Estado social de Derecho", para dar a entender que

no solo se preocupa por el respeto a un orden determinado, sino por el cometido de lo social, o sea, por garantizar mínimos de ingresos, vivienda, salud y educación, lo cual conlleva al cumplimiento de diversos fines que eran prácticamente ajenos al Estado decimonónico.

No obstante, en algunos textos doctrinarios que surgen a mediados de los años sesenta del siglo pasado, se habla de “Estado social y democrático de Derecho” en donde lo “democrático” da a entender que lo que se pretende son valores democráticos –si bien no se dice que democracia es la que se busca– pero en otros esta frase se entiende como un intento de dar un matiz socializante a la política social del Estado (así, Lucas Verdú). Pero este rótulo, no aceptado pacíficamente y no muy extendido, es sobre todo una formulación escrita que no necesariamente se compadece con la realidad. Lo único real es la exigencia de nuevas prestaciones o nuevas estructuras de apoyo a una gestión social, por lo que se tendría en este extremo un “Estado prestacional” o eventualmente un “Estado socialista” en todas sus modalidades (pues el socialismo, mientras estuvo esa ideología con vigencia política efectiva, se entendía de muchas maneras).

Y cuando estos planteos se consagran a nivel constitucional, entonces se habla de “constitucionalismo social” en contraposición con el “constitucionalismo liberal”. Pero esto podía o no existir en la normativa suprema, pues a la larga lo que contaba era la aceptación y puesta en práctica de determinadas políticas públicas que se concretaban en una legislación específica, que no siempre quedaba consagrada en los textos constitucionales.

Finalmente, como dato adicional, hay que tener presente el concepto de “welfare state”, que traducido fielmente puede ser denominado como “Estado de bienestar” y que es la versión sajona del Estado social. Y que tiene un desarrollo posterior, con matices diferenciales, pero no por ello menos interesante.

Problema final consiste en saber qué hacemos con esta variedad de términos, los primeros partiendo del concepto de “Estado social”, con todas sus variantes y añadidos. Y el segundo centrado en el concepto casi único de “Estado de bienestar”. O “Estado providencia” en su versión francesa.

Indudablemente que detrás de todos ellos se encuentra la consideración de que el Estado no solo se preocupa del ámbito externo o de orden público, sino también del componente humano que lo

habita, en el sentido de protección y de apoyo en el logro de su realización humana. Pero al interior de ellas se dan muchas diferencias, aun cuando en lo sustancial busquen los mismos o parecidos objetivos. Pero convencionalmente y por comodidad nos inclinamos por aceptar dos conceptos únicamente: por un lado el de "Estado social" y por otro el de "Estado de bienestar".

No hay que olvidar, finalmente, que ambos conceptos admiten una variedad muy grande y al interior de ellos se dan varios grados y modalidades, desde los esfuerzos más conservadores hasta los más audaces e innovadores, dependiendo esto de los sustentos teóricos que los alimentan. Y que han tenido desarrollos distintos a través del tiempo. Pero para efectos prácticos podemos usarlos indistintamente, vista la casi coincidencia de sus fines y objetivos sociales.

4. EL ESTADO SOCIAL EN LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El Estado social y su complemento que son los derechos sociales, han llegado al constitucionalismo, pero algo tarde. Llegaron relativamente temprano en algunos textos constitucionales de la primera posguerra, como ya lo hemos señalado (Constitución mexicana de 1917, Constitución soviética de 1918, Constitución alemana de 1919, etc) pero no se han extendido mucho a ese nivel. Más bien lo que se ha extendido enormemente es, más que los textos constitucionales, las políticas públicas de apoyo social, primero en la Europa de la primera posguerra, luego en los Estados Unidos del "new deal" y por la misma época en diversos países de la América Latina. Y en forma más generalizada a partir de la década del cuarenta (del que hay que mencionar el Informe Beveridge de 1942, que impulsó decisivamente los programas sociales en el Reino Unido).

Pero a nivel de derechos humanos en su dimensión internacional, su incorporación ha sido más bien tardía. La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada en París en 1948 –cuando no existía el local oficial de las Naciones Unidas en Nueva York– consagra en sus aspectos generales los derechos tradicionales de libertad, que sin lugar a dudas eran los más importantes. Y fue tan solo en 1966 que se sancionan los Pactos de Derechos Humanos, el primero de derechos civiles y políticos y el segundo, con distinta estructura, de los derechos económicos, sociales y culturales. Y solo en 2008 se ha

aprobado sin que aun esté en vigor, el Protocolo facultativo de este último.

A nivel interamericano, el llamado Pacto de San José firmado en 1969, solo entra en vigencia en 1978. Un país como México que fue pionero en estos temas, solo ratificó el Pacto en 1982 y solo más tarde lo hizo la Argentina (1984). Chile lo hará recién en 1990. Pero este Pacto, bastante detallado y con la incorporación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como de la Comisión –tomada en parte de la experiencia europea– no tenía referencia a los llamados genéricamente como “derechos sociales”. Esto solo fue posible mediante el llamado Protocolo de San Salvador de 1988, en el cual se hicieron las adecuadas referencias a este problema.

Cabe con todo advertir que a nivel de la doctrina se ha distinguido entre derechos de primera generación y derechos de segunda generación. Hay autores incluso que hablan de tercera, cuarta y quinta generaciones. La primera sería la clásica, mientras que la segunda, sería la moderna. Y recentísimas las que les siguen. No obstante esto, diferentes pronunciamientos de organismos internacionales han declarado que los derechos son todos iguales, sin importar en que generación se les ubiquen. Y por otro lado, algunos sectores de doctrina han señalado que la diferencia entre generaciones de derechos es artificiosa y que responde a planteos ideológicos que hay que superar.

Pero más allá de estas interesantes disquisiciones, lo cierto del caso es que la división de los derechos humanos en generaciones no obedece a un criterio de primacía, sino simplemente a su aparición en el orden del tiempo. Es decir, se trata de un criterio cronológico, que no es bueno ni malo sino simplemente es un hecho incontestable que tiene que ver con el devenir histórico. No es, pues, que se quiera disminuir o quitar fuerza a un planteo o propuesta, sino simplemente señalar que son datos o fechas que existen y que hay que tomarlos en cuenta. Más aun, si consideramos, como generalmente se acepta, que todos los derechos son iguales y que entre ellos no existen diferencias cualitativas. Aún más, la vieja tesis de los “derechos económico-sociales” como derechos meramente programáticos, está prácticamente superada.

Pero hay otra realidad y es la siguiente: el cumplimiento de los derechos de la primera generación es algo relativamente sencillo, porque solo pide la disposición de parte del Estado de dejar hacer,

de permitir o de no impedir algo. Y si bien esto parece fácil, ha sido en el fondo una larga conquista histórica y solo plenamente consolidado en las democracias maduras. Pero los derechos de la segunda generación o derechos sociales, implican algo distinto y adicional a lo que son sus propios gastos operativos. Y es que el Estado esté en condiciones de dar determinados bienes y servicios, sea con fondos del mismo Estado o con el concurso de los particulares. Más en concreto, de la economía del sector privado.

Y aquí viene el gran problema, pues los derechos sociales suponen eso generalmente. Así, hay derechos sociales que son “incondicionados” y son fáciles de llevar a cabo, como por ejemplo la huelga, la libre sindicación o las condiciones de trabajo (como puede ser la jornada de las ocho horas). Pero hay derechos sociales que requieren no solo de una regulación legal, que puede sancionarse fácilmente, sino de recursos económicos que los hagan posibles. Son derechos “condicionados”. Y esto varía según los Estados.

Los países con un alto índice de bienestar, han tenido relativamente éxito en este objetivo. Es decir, ha sido posible dar salud, educación y trabajo a los sectores menos favorecidos de la población. Y es así cuando existe dinero en las arcas fiscales, porque la economía anda bien y el sector productivo –el privado– rinde impuestos que permiten todo esto.

El asunto se complica en épocas de crisis como las que suceden de vez en cuando. Y esto a su vez tiene varias modalidades: cuál es la sociedad en la que estas demandas existen. Si lo son en las altamente desarrolladas –Europa, Estados Unidos, Australia, Japón, etc– son fácilmente abordables. Si se dan en países medianamente desarrollados, las dificultades afloran. Y esto sucede en la América Latina: no son lo mismo México o el Brasil que Bolivia y Ecuador. Y aun así, al interior de éstos últimos hay grandes diferencias al interior de sus poblaciones.

Por tanto, por más que los textos nacionales e internacionales proclamen solemnemente este punto y estas exigencias, nada o poco podrán hacer si no existen los fondos necesarios. En efecto, existen derechos sociales que con muy poco esfuerzo se llevan a la práctica. Pero en otros la situación se complica grandemente, como es el caso, por ejemplo, de la vivienda, la salud, la educación o los sistemas de salubridad (agua potable, etc.)

Los derechos necesitan, casi siempre, montos de dinero para sus gastos operativos (cuerpos policiales, maquinaria administrativa, aparato judicial, etc.) pero los de carácter económico - social precisan además –si bien no en todos los casos– fondos especialmente dirigidos a brindar las prestaciones que se consideran indispensables. Y éste es el punto en cuestión.

5. EXIGENCIA DE DERECHOS: ENTRE POLÍTICA Y JURISDICCIÓN

Normalmente cuando no se otorgan los derechos libremente, hay varias formas de exigirlos. En este caso, estamos hablando de la exigencia de los derechos sociales frente al Estado, no frente a los particulares –como podrían ser condiciones laborales que hace un sindicato frente a un grupo empresarial fuerte– sino frente al Estado que a la larga, directa o indirectamente, es el que determina su puesta en práctica.

Una primera forma de hacerlo es políticamente. En efecto, existen formas a través de movimientos políticos o de gestiones políticas mediante las cuales se ejerce presión ante el poder para obtener determinados beneficios. En otras palabras, una huelga, un boicot, una paralización de labores o grandes manifestaciones populares pueden obligar a un Estado a otorgar determinadas concesiones o a negociarlas. Si bien en algunas ocasiones, este tipo de presiones pueden resultar contraproducentes, si las exigencias son excesivas (como es el caso del mayo francés de 1968, en el cual luego del gran remezón ocurrido en París y en algunas ciudades francesas, se volvió casi a lo mismo, si bien hubo un alto nivel de concientización de lo sucedido).

Pero lo normal en las sociedades modernas en donde lo que prima es el Estado de Derecho, es que las cosas se resuelvan jurídicamente. O sea, a través de los órganos judiciales y utilizando las normas procesales, pues ésta es la manera moderna como se resuelven los problemas y las inquietudes.

Ahora bien ¿Cómo se puede exigir jurisdiccionalmente determinados derechos que no dependen de las partes ni de los jueces sino del Estado o de la comunidad en general? Si una persona, por ejemplo, necesita un aparato especial de diálisis y no existe en el medio un número suficiente de aparatos o de manera adecuada... ¿Qué debe hacer el juez, atendiendo al hecho de que los servicios de salud no tienen fondos para ofrecer más instrumentos médicos? Si se conside-

ra que en este extremo los fondos públicos se concentran en el sector financiero del Estado y que solo se gastan previa programación en el presupuesto... ¿Cómo se puede obligar a una entidad pública a comprar un aparato, para lo cual no tiene dinero ni facilidades...?. Y aun más, cuando pueda comprarlo, seguramente habrá pasado tanto tiempo que no será de utilidad para quien lo pidió... ¿O es que por ventura, puede el Juez embargar fondos públicos y comprar directamente el aparato médico que se requiere?

Y otro caso extremo podría ser el de la vida digna... ¿Que significa este concepto de vida digna? ¿Y para quién...? ¿Se podría obtener un criterio objetivo en relación a los sueldos que paga el Estado o las empresas privadas?

En síntesis, y sin ahondar demasiado en el tema, es evidente que la exigencia de derechos sociales a través de órganos judiciales tiene sus limitaciones y no siempre son fáciles de llevar a cabo. Todo lo cual se agrava cuando tenemos Estados que se mueven en sociedades con problemas económicos y de difícil supervivencia.

Como colofón de esto bien vale la pena tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tan rica y pródiga en sus resoluciones, prácticamente evade pronunciarse sobre derechos sociales. Y cuando lo hace, es en casos especialísimos como el de los Cinco Pensionistas contra el Estado peruano, que lograron un reconocimiento en la nivelación de sus pensiones que venía de la legislación anterior, y en donde el obligado era el Estado. Pero aun así tuvieron serios problemas para cobrar lo que habían ganado en la sentencia. Y en otros casos, ni siquiera pudieron hacerlo efectivo.

6. LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL

El problema del Estado social se complicó con el crecimiento desmesurado de la población en los Estados modernos. Y más aun con los avances médicos y tecnológicos que vinieron después de la segunda postguerra y alargaron notoriamente el promedio de vida. A lo que se añade un fenómeno que acompaña a los derechos sociales: y es que tienden a crecer en forma casi incontrolada y a cubrir cada vez más beneficios en una carrera ascendente que no se detiene y lo cual lleva a una espiral de gastos y de exigencias. De esta suerte, si por ejemplo se atiende muy bien a un número X de personas al año en un determinado nosocomio, se podría igualmente atender

el doble de personas si aumenta la demanda, pero ya no sería una atención rápida, eficiente y sobre todo certera. Con lo cual se produce el deterioro de los servicios. Esto sucede cuando entramos en lo que los sociólogos llamaron “la revolución de las expectativas” lo que hizo que crecieran los servicios sociales en las democracias contemporáneas y también en las dictaduras. El problema no se planteó o por lo menos no lo fue en forma franca en las llamadas democracias populares, porque en ellas se vendió la idea de que ya se tenían esos derechos sociales o estaban en trance de tenerlos. Pero se ocultaba el hecho de que en la realidad se tenía muy poco de lo que se ofrecía, y además, los derechos clásicos o más antiguos se hallaban ausentes, con lo cual otros derechos sociales no podían hacerse realidad o simplemente se gozaban únicamente en teoría. O aun peor: no existían. Y al final, lo que desea el ser humano es el goce de derechos, pero de manera no recortada sino integral.

Lo anterior se agudiza por un problema presupuestal que se hace sentir en todos los Estados, pues llega un momento en que el presupuesto no da para más. En efecto, si el dinero necesario para esos logros sociales viene del Estado o de los particulares o de ambos, llega un momento en que lo existente no alcanza para cubrir todas las necesidades y empieza a escasear. Y al suceder esto, los servicios se deterioran o dejan de prestarse.

Este problema que se ve en los países occidentales, se presenta paulatinamente en aquellos países que fueron el motor de los cambios, pero que empiezan a agotarse.

Así, ya a mediados de los años setenta del siglo XX, empieza un deterioro del Estado social o del Estado de bienestar fruto de la crisis energética de esos años (1973) que dio por finalizada la época keynesiana. Y por otro, la crisis interna que empiezan a atravesar las democracias marxistas. Al margen de esto, debemos señalar que por la misma época se empezó a abrir paso sobre todo en los Estados Unidos (Reagan) e Inglaterra (Tatcher) políticas liberales, que muy pronto extendieron su influencia a los demás países. Y tales políticas consideraban que el Estado se estaba comportando como un intruso y que hacía cosas que no debería hacer, en desmedro de la actividad privada y de la libre iniciativa. Ambos aspectos, económicos y nuevos enfoques políticos, terminarán arrastrando el Estado social a su crisis.

Y así tenemos:

- a) Cuestionamiento del Estado social, por lo menos en sus premisas básicas,
- b) Auge o retorno de un nuevo liberalismo económico, que arrastra las más diversas consecuencias,
- c) Inicio de un proceso de internacionalización de las nuevas ideas,
- d) Crisis en los países comunistas, que se manifiesta en la caída del muro de Berlín en 1989, el colapso de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en 1991 y su reemplazo por la Federación Rusa.
- e) Crisis, independencia y cambios en las antiguas democracias populares, con la consecuente desaparición o transformación de algunos Estados.
- f) Mantenimiento del sistema político comunista y apertura a los mercados mundiales del capital (China) seguido a la distancia y con matices propios por el especial caso de Cuba.

Todo lo cual queda reforzado con el fenómeno de la globalización, ampliamente estudiado, y que siendo un proceso meramente económico, acaba llevando consigo ideas políticas acorde con ellas.

7. LA SOBERANÍA EN JAQUE

El “mundo feliz” acabó en 1918. Luego de la segunda posguerra apareció el mundo bipolar: por un lado la Unión Soviética y por otro los Estados Unidos. Europa perdió su importancia política y más bien los nuevos países, que no querían estar en un lado ni en otro, optaron más tarde por una tercera vía que llamaron “no alienados”, de tanto predicamento a partir de los años setenta del último siglo.

Con posterioridad y desaparecido el mundo bipolar, surgieron otras economías: por un lado los Estados Unidos, por otro la Unión Europea y finalmente las economías pujantes que viven al margen de ellas o con una relativa independencia: Japón, Australia, China, etc. Surgen asimismo otros bloques u otras civilizaciones, que traen otras inquietudes antes desconocidas o poco influyentes: aspectos religiosos, aspectos nacionalistas, etc.

El auge del liberalismo en sus nuevas versiones, por un lado, y por otro los conglomerados económicos (bloques regionales) hacen que el tránsito de bienes y servicios sea más fluido. Las economías se

mueven rápidamente. Los capitales y las decisiones en torno a ellos vienen de lejos y los acuerdos regionales o supra-nacionales, tienden a englobar a varios países de manera tal que las decisiones se toman más por bloques que por países. Encima de estos últimos una tupida red de tratados de cooperación y comercio internacional establecen lazos que crean obligaciones para los Estados y los particulares. Y de esta manera el concepto clásico de soberanía, en el sentido de Bodino, se va dejando de lado. Los Estados no son remplazados, pero cada vez son menos dueños de sus propias decisiones. Por un lado han crecido y se han modernizado, pero por otro están cada vez más limitados al orden de la calle, a los problemas cotidianos, al día a día de sus conciudadanos. Y a ciertas decisiones económicas generalmente de corto alcance.

Son procesos que se van imponiendo como consecuencia de los tiempos, pero también aceptados libremente por los Estados para poder vivir en un mundo cada vez más veloz, más cambiante y más competitivo.

8. PERSPECTIVAS: UN ESTADO POST-SOCIAL O GLOBALIZADO

Lo sucedido en estos últimos años ha llevado a diversas reflexiones y replanteos, vinculados con los derechos sociales (en sentido amplio) y el Estado social, así como su vigencia hoy en día.

Es evidente que se ha llegado a la conclusión de que los derechos sociales, o mejor dicho, los niveles mínimos de vida digna y saludable, son los que hacen posibles el ejercicio de los derechos clásicos, es decir, los derechos civiles y políticos. Aparecidos con posterioridad a los derechos clásicos del liberalismo, se han convertido, curiosamente, en el supuesto para su funcionamiento. Y para que una democracia funcione. Se habla, por eso, de democracia social como complemento de la democracia política. Pero esto es sobre todo una concesión a la galería, pues la democracia siempre es política, pero es indiscutible que opera sobre ciertas bases económicas y sociales que permiten su realización.

Y en el plano jurídico se ha llegado al acuerdo de que los derechos humanos son todos iguales, es decir, tienen igual grado de vigencia y plena validez jurídica, por lo que no cabe imaginar derechos que son menos que los otros. Pero por otro lado se acepta, pues este es un dato innegable, que a nivel judicial no todos tienen la misma

operatividad, por factores que a veces no pueden ser removidos. Así, el Estado perfectamente puede fijar condiciones de trabajo o establecer seguros de paro, pero poco puede hacer para brindar un óptimo sistema de salud o viviendas para todos.

Por otro lado, los derechos sociales desde que hicieron su aparición a principios del siglo XX, tuvieron un avance incontenible e incontestado, hasta que empezó su cuestionamiento a mediados de los años setenta del siglo pasado. Y esto ha ocasionado, como es evidente, algunos retrocesos en esta materia.

Contra los síntomas de esta crisis se han alzado diversas voces, que bien podríamos ubicarlas en tres direcciones: aquellos que, como Hayek seguido por Friedman, postulan por su total eliminación. Otros, por el contrario que sostienen que hay que seguir adelante en este empeño y por tanto toca al Estado y a los particulares continuar en la brega para mantener estos mismos niveles a toda costa y hasta las últimas consecuencias. Finalmente, una posición intermedia, más realista, ha optado por soluciones pragmáticas.

De esta manera, si bien el Estado social se resiste a morir e incluso a ser desplazado, no puede actuar igual que antes. Y frente a esto hay diversas opciones que han adoptado los Estados:

- a) La primera es dejar de lado ciertas prestaciones, y entregarlas al libre mercado, y por tanto,
- b) Limitarse a determinadas y urgentes políticas sociales, de manera puntual,
- c) Entregar al sector privado la concesión de determinados servicios (como pueden ser la salud y las pensiones); y
- d) Armar un nuevo modelo de Estado “regulador” que reemplaza o relega en parte el modelo “intervencionista”.

El Estado social, si sigue como hasta ahora lo ha hecho, no ha muerto, sino que ha entrado en un proceso de reconversión que durará un buen tiempo. Estamos pues ante un Estado post-social, o un Estado social disminuido o un Estado social en la era de la globalización. Que tendrá que cambiar y adaptarse a los tiempos si quiere subsistir.

Lima, abril de 2010

Revisado en noviembre de 2010.

Bibliografía: Es inmensa la existente en torno a este tópico. Aquí nos limitamos a señalar solo unos cuantos textos por su carácter abarcador. En cuanto a la historia del Estado y del Estado social en general, cf. Bertrand de Jouvenel, *El Poder*, Editora Nacional, Madrid 1974; ib. *Los orígenes del Estado moderno*, Magisterio Español, Madrid 1977; Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid 1977 y George Burdeau, *Traité de science politique*, L. G. D. J., París 1980 (en especial el tomo II dedicado al Estado). Un gran panorama, cf. Carl J. Friedrich, *Constitutional government and democracy*, Blaisdell Pub. Co., 4th. ed., New York 1968 (hay traducción al castellano en dos tomos). Una breve historia del Estado social, cf. Pedro Planas, *El Estado moderno (una nueva biografía)*, DESCO, Lima 1993.

Sobre los problemas generales del Estado actual, cf. Arturo Enrique Sampay, *La crisis del Estado de Derecho liberal-burgués*, Editorial Losada, Buenos Aires 1942; Pinto Ferreira, *Teoria geral do Estado*, Edic. Saraiva, 2 tomos, São Paulo 1975; Pier Luigi Zampetti, *Dallo Stato Liberale allo Stato dei Partiti*, Giuffré, Milano 1973; Alessandro Passarin d'Entreves, *La noción del Estado*, Euroamérica, Madrid 1970; Jean Dabin, *Doctrina general del Estado*, UNAM, México 2003, Ernest Forsthoff, *El Estado en la sociedad industrial*, IEP, Madrid 1975; Jorge R. Vanossi, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, EUDEBA, Buenos Aires 1982 (hay ediciones posteriores); Paul Kennedy, *Hacia el siglo XXI*, Plaza & Janés, Barcelona 1995; Giovanni Sartori, *La democracia después del comunismo*, Alianza Editorial, Madrid 1993; Giuseppe de Vergottini, *Las transiciones constitucionales*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá 2002; Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez, comp. *Estado constitucional y globalización*, Edit. Porrúa-UNAM, México 2003; Roberto Dromi, *El Derecho Público en la hipermodernidad*, Hispania Libros, Buenos Aires 2005; Miguel Ayuso *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del Derecho Público en la era de la globalización*, Marcial Pons ediciones, Madrid 2005; Javier Ruipérez, *El constitucionalismo democrático en los tiempos de globalización*, UNAM, México 2005; Sabino Cassese, *La crisis del Estado*, Lexis-nexis, Buenos Aires 2003 y Eugenio L. Parada, *Introducción a las políticas públicas*, FCE, Santiago de Chile 2008.

Sobre el Estado de bienestar o Estado social, cf. la voz "estado de bienestar" por G. Regonni en el *Diccionario de Política*, Siglo XXI editores, México 2000, a cargo de N. Bobbio, N. Matteucci y G. Pasquino

y más ampliamente en W. Abendroth, E. Forsthoff y E. Doehring, *El Estado Social*, CEC, Madrid 1986; Ramón García Cotarelo, *Del Estado de bienestar al Estado del malestar*, CEC, Madrid 1986; Carlos de Cabo Martín, *La crisis del Estado social*, Pub. Universitarias, Barcelona 1986; Josep Picó, *Teorías sobre el Estado del Bienestar*, Edit. Siglo XXI, Madrid 1999; Niklas Luhmann, *Teoría política del Estado de Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid 2002 e Ignacio Sotelo, *El Estado Social. Antecedentes, orígenes, desarrollo y declive*, Editorial Trotta, Madrid 2010 (estupendo análisis de conjunto). Dos libros pioneros en nuestro ámbito son los de Pablo Lucas Verdú, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Acta Salmanticensia, Salamanca 1955 y Paulo Bonavides, *Do Estado liberal ao Estado social*, Malheiros editores, São Paulo 2009 (la primera edición es de 1958). De gran influencia por su claridad y concisión ha sido el pequeño libro de Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, EDICUSA, Madrid 1969 (la primera edición es de 1966 y ha tenido ediciones posteriores).

Sobre la problemática actual de los derechos sociales, cf. Héctor Gros Espiell, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, Libro Libre, San José 1986; Antonio Baldassarre, *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001; Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005; V. Abramovich, M. J. Añón, Ch. Courtis, *Derechos sociales*, Fontamara, México 2006; Christian Courtis, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, México 2009; Silvio Gambino, *Derechos sociales, Carta de Derechos fundamentales e integración europea* en "Revista de Derecho", Universidad Católica del Uruguay, núm. 4, 2009; AA.VV. *La judicialización de los derechos humanos*, Víctor Bazán, Director, Asociación Argentina de Derecho Internacional - Ediciones Legales, Lima 2009; Virgilio Zapatero y Ma. Isabel Garrido Gómez, editores, *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares 2009 y Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2009 (debate de varios autores en torno a las tesis de Alexy). El tema de las cláusulas económico-sociales en las constituciones está ampliamente tratado en el número monográfico de "Derecho Comparado", núm. 2, 1978, órgano de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Dentro de un contexto más amplio, cf. Baldo Kresalja y César Ochoa, *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2009.

CAPÍTULO II

GARANTISMO, DERECHOS Y PROTECCIÓN PROCESAL*

SUMARIO: 1. ¿Un problema reciente?. 2. Una mirada retrospectiva. 3. ¿Garantías constitucionales?. 4. ¿Qué garantiza una garantía?. 5. Repaso bibliográfico. 6. Cambio de rumbo. 7. El proceso como sucedáneo de la “garantía”. 8. Garantismo en sentido débil. 9. El garantismo como “filosofía jurídica”. 10. ¿Presencia del garantismo?. 11. Las travesuras del legislador. 12. Palabras finales.

1. ¿UN PROBLEMA RECIENTE?

El concepto “garantía” y sus derivados “garantizar”, “garantista” así como el sufijo “garantismo” y similares, están en continuo uso en los últimos años. El responsable de esta práctica, a veces excesiva y no siempre afortunada, es la egregia figura del jurista italiano Luigi Ferrajoli, que la puso en circulación hace algunas décadas y la ha hecho extensiva a otros ámbitos distintos en el que originalmente lo planteó. Es decir, el concepto se encuentra básicamente en su libro “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal” publicado originalmente en italiano en 1989 y prontamente traducido al castellano por la Editorial Trotta de Madrid en 1995 y con sucesivas reimpressiones. Sin embargo, la preocupación inicial de su autor fue el mundo penal, en el cual avalado con su experiencia como juez en el ámbito del delito, quiso introducir ciertas coordenadas para proteger a la persona humana de los excesos a los cuales es proclive el Estado, tesis hoy más válida que nunca, pues los delitos y las medidas coercitivas se han multiplicado en los últimos años de tal manera, que cualquiera sin proponérselo, puede estar incurso en algunas de esas nuevas figuras delictivas que se han creado con velocidad de vértigo, a veces para afrontar realidades que antes no existían, y en otras por la

* El presente texto fue presentado como ponencia al XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la UNAM en Ciudad de México del 2-4 de febrero de 2017. La presente versión ha sido revisada, corregida y ampliada (Nota de julio de 2018).

simple manía clasificatoria y legisferante que ha crecido mucho por inercia inexcusable de nuestros parlamentos. Y por otro, el endurecimiento de las penas y la obsesión de hacer más largos los castigos que nos hacen retroceder al mundo anterior al de Beccaria. Tal tesis primigenia, muy sugestiva y rápidamente recepcionada, fue con el tiempo extendida a otros ámbitos, en especial el relacionado con la democracia, la Constitución, el Estado constitucional y los derechos fundamentales, sobre los cuales el autor se ha explayado largamente y en donde las reiteraciones no faltan en sus cada vez más numerosos escritos. Todo ello ha culminado, por así decirlo, en un libro monumental –sobre todo por sus dimensiones editoriales– titulado “Principia Iuris”, presentado en tres gruesos tomos, de los que importan en realidad solo los dos primeros, pues el tercero es un entrevero formal que pretende axiomatizar con rituales lógicos lo expuesto en los dos anteriores y que, como era de preverse, ha tenido poca demanda en su país de origen y son pocos los que se atreven a internarse en esos laberintos que generalmente repiten lo que ya todos han leído en los anteriores. Pero mérito suyo es haberse dedicado a este ejercicio, anclado en el ámbito penal y posteriormente y con más detenimiento en el aspecto filosófico-jurídico, lo cual demuestra por un lado sus grandes alcances y por otro, sus inevitables limitaciones. Que por lo demás es lo que, por lo general, caracteriza a las grandes creaciones como es el caso de un jurista de la talla de Ferrajoli.

La palabra clave es, pues, “garantía” y en consecuencia “garantizar”, o si se quiere, que un ordenamiento sea “garantista”. Cabe aquí varias preguntas, pero la principal es si este planteo expuesto en el ámbito penal, puede fácilmente trasladarse a otras aéreas del Derecho. La respuesta no es simple y es difícil dar una que sea afirmativa total o parcialmente. Aun más, habría que precisar de que tipo de garantismo hablamos, pues un grueso sector del ordenamiento jurídico no afecta valores ni procedimientos básicos, sino que son opciones que ha tomado, por ejemplo, el legislador constituyente (si adopta un sistema de gobierno parlamentario o presidencial, si es bueno o no que existan ministros con poderes propios o ministros sin cartera, si los extranjeros tienen siempre los mismos derechos que los nacionales en materia de inversiones, si los servicios públicos los brinda el Estado o los particulares o ambos y en qué medida, si debe existir una cámara o dos, si es conveniente o no un tribunal constitucional o dejar todo el mundo jurisdiccional a la Corte Suprema y así sucesivamente y limitándonos únicamente a los grandes temas). Es decir, no existe una respuesta tajante y todo depende

del área en el cual se ubique (así en el área mercantil, saber cuántos tipos de sociedades deben ser reguladas por ley, si existen acciones al portador o nominativas, cual es el quórum para asambleas de accionistas o directorios, cómo se modifican los estatutos, etc.) que son opciones que no siempre tienen relación directa con una eventual garantía. De ahí la importancia de ver qué entendemos con el concepto de “garantía”. Para este recorrido, nos será de utilidad el propio Ferrajoli, pero también lo usaremos como pretexto para incursionar en otros temas que sus escritos nos sugieren y que no necesariamente coinciden con sus importantes aportaciones (vid., un gran panorama en Luigi Ferrajoli “Democracia y garantismo”, Edit. Trotta, Madrid 2008 y AA. VV. “Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli”, edic. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Edic. Trotta-UNAM, Madrid 2005).

2. UNA MIRADA RETROSPECTIVA

El concepto de “garantía” no es nuevo. Diríamos más bien que es antiquísimo. Para solo referirnos al Derecho romano, tengamos presente que ahí encontramos, por ejemplo, la idea de las garantías, que pueden ser reales (como la hipoteca) o personales (como la fianza), pudiendo dentro de esta clasificación efectuar otras subdivisiones menores.

En el mundo constitucional, el concepto aparece claramente delineado en Francia en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que señala que “toda sociedad en la que no se asegure la garantía de los derechos ni se determine la separación de los poderes, carece de Constitución”.

Aquí, como en el caso del Derecho romano, la garantía está entendida como una norma declarativa que no tiene nada que ver con la ejecución o su puesta en práctica. Esto, sin embargo, no fue absoluto en otras ramas del Derecho, sino como modelo a seguir. Así, por ejemplo, si bien es cierto que la hipoteca o la prenda se consideran garantías reales dentro del Derecho Civil, es obvio que, si una persona no cumple con su obligación, se expone a que el acreedor ejecute esa garantía por medio de un proceso que se lleva ante un juez. Y eso ha existido desde siempre. Con lo cual caemos en la paradoja de que una “garantía” necesita adicionalmente de otra “garantía” para hacerse efectiva, si bien de orden instrumental. En el caso, por ejemplo, de la hipoteca, esta pasa necesariamente por su constitución con las formalidades legales del caso, seguida de la inscripción registral de la propiedad y finalmente formalizada en instrumento público. Solo a partir de entonces, de existir algún incumplimiento, podrá el acreedor proceder frente a ella

para cobrarse el monto que se le adeudare, lo que deberá hacer a través de un procedimiento determinado.

Esto que aquí señalamos existe desde hace siglos, pero con el nacimiento de la Teoría procesal a mediados del siglo XIX, se hizo más patente, primero con el proceso civil y luego con el proceso penal. Y avanzado el siglo XX, con la aparición de otro tipo de procesos, vinculados con las demás ramas del Derecho.

Ahora bien, lo que viene de Roma y de su Derecho tiene el inconveniente de que generalmente es difícil de reemplazar, aún cuando reconozcamos su insuficiencia. Así, por ejemplo, seguimos hablando de Derecho Público y Derecho Privado, no obstante, su impropiedad o su incapacidad para abarcar todas las áreas actualmente existentes, pero no tenemos nada convincente con que reemplazarlo. Es decir, lo usamos por costumbre y convencionalmente, o sea, como una manera de poder entendernos y sobre todo porque mantiene una indudable utilidad.

3. ¿GARANTÍAS CONSTITUCIONALES?

Fruto de esta herencia de la Revolución francesa, ocurrió una curiosa metamorfosis que se dio en España y se extendió luego a la América Hispana. Y es usar el concepto de “garantías constitucionales” para designar a los derechos de las personas, en forma amplia. Así, en numerosas constituciones latinoamericanas del siglo XIX se empieza a usar el concepto de “garantía” unido a lo constitucional de manera tal que en un primer momento se emplea el de garantías individuales, más adelante el de garantías nacionales –que es lo opuesto a lo anterior, pues está referido a las prerrogativas del Estado y a sus fines– y finalmente, como consecuencia de la primera posguerra, a las garantías sociales, o sea, lo que hoy se denomina derechos económicos, sociales y culturales.

Y ocurre entonces que el concepto de “garantía” y “garantía constitucional”, en ambos casos vinculados a la Constitución, se extiende en toda nuestra América. Como simple muestra de lo afirmado, revisemos la obra de Estevan Ovalle, “Código de Constituciones vigentes de todas las naciones civilizadas”, Imp. y Lit. de C. Salas, Sevilla 1897, tomo I en donde apreciamos este uso en los textos siguientes:

- Guatemala, Const. de 1879, art. 16 ss.
- El Salvador, Const. de 1883, art. 5 ss.
- Honduras, Const. de 1894, art. 26 ss.

- Nicaragua, Const. de 1893, art. 26 ss.
- Costa Rica, Const. de 1857, art. 13 ss.
- Colombia, Const. de 1886, art. 19 ss.
- Ecuador, Const. de 1884, art. 14 ss.
- Venezuela, Const. de 1881, art. tit. III, art. 14 ss.
- Brasil, Const. de 1891, art. 78.
- Paraguay, Const. de 1870, art. 18 ss.
- Argentina, Const. de 1853-60, art. 1 ss.
- Perú, Const. de 1860, art. 5 ss.
- Bolivia, Const. de 1880, art. 3 ss.
- Chile, Const. de 1833, art. 132 ss.
- República Dominicana, Const. de 1887, art. 11 ss.

A esto agreguemos a Panamá que nace como país independiente en 1903 al separarse de Colombia, con la misma orientación (si bien no muy marcada, como se observa, por ejemplo, en su primera Constitución de 1904, art. 47 y en la segunda de 1941, arts. 21, 188, 189). Y sin olvidar que México en la Constitución de Querétaro de 1917 se alinea expresamente en esa tendencia y más adelante España crea en la Constitución de 1931 el Tribunal de Garantías Constitucionales, pero vinculándolo con la protección que a través de determinadas acciones protegen instituciones o derechos y en donde el concepto de “garantía” se presenta algo diluido (vid. por ejemplo Adolfo Posada, “La nouvelle Constitution espagnole”, R. Sirey, París 1932, págs. 143-147).

En el mismo sentido, lo podemos apreciar en el minucioso texto compilativo de Manuel A. Fuentes, “Derecho Constitucional Universal e Historia del Derecho Político Peruano”, Imprenta del Estado, Lima 1874, tomo I, en donde la selección de textos constitucionales relativos a los derechos del hombre, los agrupa bajo el título de “garantías individuales” apreciándose en ciertos textos la sinonimia entre ambos, estos es, entre “derechos” y “garantías” (tomo I, pág. 57 ss.). El autor agrupa la parte pertinente de textos constitucionales de la época en función de determinados países o regiones que son: Francia, Bélgica, Cantón de Ginebra, Imperio de Alemania, Prusia, Wurtemberg, Baviera, Países Bajos, Suecia, Noruega, Dinamarca, Gran Bretaña, España, Portugal, Principados Unidos de Rumania, Estados Unidos, Nueva York, Brasil, Chile, República Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia, Estados Unidos de Colombia, Estado de Santander, Venezuela, Ecuador, Honduras, Salvador).

4. ¿QUÉ GARANTIZA UNA GARANTÍA?

En realidad, nada. Entendida clásicamente, tanto en el ámbito privado, así como de manera especial en el público, la garantía no pasaba de ser un enunciado que crea una seguridad jurídica de protección de orden normativo, pero ella sola no basta. Es decir, vale en tanto y en cuanto es un enunciado que precisa, crea, acuerda o fija un derecho o dice defenderlo, pero por sí sola no decide nada. En el mundo jurídico las normas, lo que ellas dicen o lo que deciden las partes son importantes y cuentan con el cumplimiento que de ellas hagan los interesados, pero si no cumplen lo que está dispuesto de esa manera, solo quedan dos medios: uno tradicional y descartado por la evolución de la humanidad que es la justicia por mano propia. Y otra, el proceso, que es lo civilizado por excelencia. En este caso, lo realmente garantizador es el proceso, pues a través de él hago realidad, concreto y efectivizo, lo que señala la norma o lo que acordaron las partes.

De esta manera, la palabra “garantía” debe, en mi opinión, replantearse, pues ella sola es insuficiente para elaborar una concepción teórica y filosófica. Y mantenerla dentro de un ámbito distinto. Es decir, no existe inconveniente de que en ciertos ámbitos se emplee el concepto de “garantía”, que está muy arraigado, como es el caso, por ejemplo, del ámbito civil. El uso del concepto de garantía hipotecaria está muy extendido en el ámbito de las relaciones personales, comerciales y por cierto bancarias, por lo que es sumamente difícil proscribirlo. Pero debe ceñirse su uso y no ampliarlo desmedidamente, como han pretendido algunos. O mejor aún, replantearlo bajo otros parámetros y con otros alcances.

5. REPASO BIBLIOGRÁFICO

Veamos ahora alguna literatura representativa que puede confirmar lo dicho. Así, en el caso de México, tenemos dos libros emblemáticos. El primero es el de José María Lozano, autor de un libro de gran trascendencia titulado “Tratado de los derechos del hombre” (México 1876). En esta obra, reeditada facsimilarmente por el Senado de la República en 2007, leemos en el prólogo debido a José Luis Soberanes Fernández que garantizar significa afianzar, proteger, tutelar, asegurar y las garantías individuales son el instrumento jurídico que implican la tutela o aseguramiento de los derechos del hombre (pp. 33-34) agregando en nota a pie de página que modernamente –en decir en nuestros días– las garantías jurisdiccionales son un conjunto de instrumentos procesales de defensa.

Otro texto de gran predicamento es el “Estudio sobre Garantías Individuales” de Isidro Montiel y Duarte (Imprenta del Gobierno, México 1873) el cual se refiere a los derechos del hombre, pero cuando se les menciona y precisa sus límites y formas de usarla, eso constituye una garantía del derecho.

Esta tendencia que viene del siglo XIX, culmina por así decirlo en la magna obra de Ignacio Burgoa “Las garantías individuales”, Edit. Porrúa, México 1989, con sucesivas ediciones, que ha constituido durante más de cuatro décadas el manual obligado de dicha materia en los programas de estudio, y que en rigor trata de los derechos fundamentales del hombre. Burgoa se esmera en buscar un fundamento filosófico a las “garantías constitucionales” pero no se explaya mayormente en el concepto y además las asume como sinónimas. Al igual que sus predecesores, considera aparte el juicio de Amparo como protector de ellas, al cual también ha dedicado un manual que ha sido igualmente un referente durante décadas. Finalmente, Burgoa publicó un “Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo”, Edit. Porrúa, México 2011 en donde ordena sus ideas al respecto para un más fácil acceso (la letra “G” está dedicada extensamente a las “garantías” en todas sus modalidades).

De utilidad es igualmente el “Diccionario de Derecho Constitucional” de Elisur Arteaga Nava (Oxford University Press, México 2011) más breve y sumario (incluye como voz la de “suspensión de garantías” con el significado tradicional).

En el caso del Brasil, tenemos la importante contribución de Rui Barbosa en relación con la primera constitución republicana de 1891, pues postuló la separación entre el “derecho” y la “garantía” en forma pionera, refiriéndose a las “garantías constitucionales” (véase la referencia que hace Paulo Bonavides en su “Curso de Direito Constitucional”, Malheiro Editores, Sao Paulo 2008, pág. 525 ss. y en el mismo sentido José Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malhierio Editores, Sao Paulo 2014). Afonso da Silva expone además su propio planteo: existe la “garantía de derechos fundamentales” que se divide en dos: i) garantías generales concebidas como condicionamiento social para el desarrollo de una sociedad y ii) garantías constitucionales, que son los procedimientos para hacer efectivos los derechos fundamentales que a su vez son de dos tipos: las generales de carácter normativo y las específicas de índole procedimental (pág. 188 ss.).

Pinto Ferreira (“Curso de Direito Constitucional”, Editora Saraiva, Sao Paulo 1999) dedica un apartado a las “garantías constitucionales”

(pp. 131 ss.) y sigue el planteo de Rui Barbosa, pero les da, en cuanto instrumentos de defensa, un sentido muy amplio. Por su parte, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni y Daniel Mitidiero (“Curso de Direito Constitucional”, Edit. Revista dos Tribunais, Sao Paulo 2012) distinguen entre “derechos fundamentales procesales” (pág. 615 ss.) como son el derecho al proceso justo, a la tutela efectiva, a la igualdad de armas, al juez natural, al derecho de defensa, al contradictorio, a la prueba, a la motivación de las sentencias, etc. y por otro, las “acciones constitucionales” (pág. 683 ss.) como son el habeas corpus, el mandato de seguridad, el mandato de injuncion, etc. Gilmer Ferreira Mendes y Paulo Gustavo Gonet Branco (“Curso de Direito Constitucional”, Edit. Saraiva, Sao Paulo 2017, pág. 398 ss.) se refieren a las “garantías constitucionales del proceso”.

Uadi Lammego Bulos (“Curso de Direito Constitucional”, Saraiva, Sao Paulo 2015, pág. 732 ss.) señala que los instrumentos de tutela de las libertades son los medios constitucionales colocados a disposición de las personas para demandar a las autoridades la defensa de un derecho lesionado o amenazado por ilegalidad o por abuso de poder. Agrega que se utilizan otras denominaciones para lo mismo, que clasifica de la siguiente manera para señalar los usos de la academia brasileña:

- i) remedios constitucionales.
- ii) garantías constitucionales.
- iii) acciones constitucionales.
- iv) writs constitucionales.

En el caso de la Argentina sucede algo similar. Así, en el clásico libro de Joaquín V. González “Manual de la Constitución Argentina” (varias ediciones, la primera de ellas en 1897) este autor distingue por un lado los “derechos” como los que corresponden a todo hombre en su calidad de tal, entre otras concepciones más amplias, y por “garantías” aquellas seguridades y promesas que ofrece la Constitución a la población argentina y que deben ser defendidas por las autoridades y la población misma. Estas parecen ser elementos, siempre en el plano conceptual, que ayudan a entender a los primeros.

Una concepción más acotada la tiene Carlos Sánchez Viamonte (“El habeas corpus: la libertad y su garantía”, Ed. Abeledo, Buenos Aires 1927) que va más allá y precisa que una cosa es el “derecho” y muy otra es la “garantía”, entendiéndose que la primera es un enunciado conceptual y la segunda es un medio más bien práctico para hacer efectivo el derecho. Este aspecto, que precisará posteriormente, fue un gran

avance pues el autor hace un deslinde importante, pero sin llegar a las concepciones actuales.

Posteriormente, Juan Francisco Linares en su conocida obra "Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina" (Edit. Astrea, Buenos Aires 1970; primera edición en 1944) hará una distinción que tuvo mucho predicamento, al precisar que existe una concepción cuádruple del concepto de "garantía":

- i) acepción estrictísima, que comprende solamente los procedimientos judiciales sumarios y reglas procesales específicas como son los writs sajones, el habeas corpus, el amparo, etc.
- ii) acepción estricta, que incluye además todos los procedimientos judiciales protectores de la libertad jurídica, como la demanda y la excepción de inconstitucionalidad, etc.
- iii) acepción amplia, que abarcaría las llamadas garantías políticas, la división de poderes, etc.
- iv) acepción amplísima, comprensiva de todas las instituciones liberales como es la existencia de una constitución escrita, la inclusión de un Bill of rights, etc.

Esta postura de Linares, por la época en que la fórmula, tiene una gran importancia, ya que circunscribe en el primer círculo lo que en rigor serían las "garantías constitucionales" entendidas como instrumentales.

La literatura en otros países es similar, como lo acredita el conocido "Tratado de Derecho Constitucional" (Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1963) de Alejandro Silva Bascuñán, quien señala que "es en consecuencia lógico que designen como garantías constitucionales los derechos, libertades y igualdades que se afirman" (tomo II, pág. 205).

Altamente representativo por su influencia en nuestra América, es la obra de Segundo V. Linares Quintana (cf. "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Argentino y Comparado", Edit. Plus Ultra, 2da edición, Buenos Aires 1980, tomo VI, pp. 168 ss.) que afirma que en sentido específico el concepto de "garantías constitucionales" debe circunscribirse a los remedios procesales que se hacen valer ante el Poder Judicial encaminadas a la protección y amparo de todos los aspectos de la libertad constitucional, especialmente a través de un procedimiento rápido que haga posible el pleno y real goce de los derechos constitu-

cionales. Este enfoque, por lo demás, es al que había arribado el autor tiempo atrás. Y que guarda consonancia con otros textos de la época. Aserto que incluso puede verse en la obra de Ferrajoli, quien en forma tangencial hace mención a las “garantías jurisdiccionales”, manera tradicional de referirse a los instrumentos procesales de protección.

En la misma línea encontramos a otros autores como Gregorio Badeni (“Manual de Derecho Constitucional”, Edit. La Ley, Buenos Aires 2011, pág. 664 ss.) que los entiende en forma amplia, pero que distingue dentro de las garantías a las “garantías jurisdiccionales”. Germán J. Bidart Campos no toca el tema en específico y desarrolla extensamente los derechos fundamentales y por otro los instrumentos de defensa como el amparo, habeas corpus, etc. (cf. “Manual de la Constitución reformada”, Ediar, Buenos Aires 1997, tomo II).

Finalmente cabe destacar algunos interesantes esfuerzos sistematizadores de todo lo anterior, que lo vemos, por ejemplo, en Javier Tajadura Tejada (cf. “Los derechos fundamentales y sus garantías”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, pág. 96 ss.) quien hace la siguiente distinción:

- a) garantías normativas, o sea, a nivel de declaraciones,
- b) garantías jurisdiccionales, que serían de orden procesal, y
- c) garantías institucionales, en el sentido planteado por Carl Schmitt en la década de 1920.

Por no estar dentro de los fines de este trabajo, no desarrollamos aquí el interesante concepto de “garantía institucional” creado por Carl Schmitt y desarrollado extensamente en su “Teoría de la Constitución” de 1928. Y que está referido a aquellas instituciones claves dentro del ordenamiento constitucional que dan soporte a un régimen político y que tienen un alcance y una proyección totalmente distinta.

Lo anterior nos lleva a la siguiente conclusión: en un primer momento existe a nivel de significado una confusión o sinonimia entre “derecho” y “garantía” y hasta se usan en forma indistinta (por ejemplo, la llamada “suspensión de garantías” tan común en los textos constitucionales del siglo XIX y gran parte del XX). Por otro lado, en cierto sector doctrinario se hace un desglose entre los derechos, que serían los que proclamaron los revolucionarios franceses –libertad, igualdad y fraternidad– y las garantías que serían los desarrollos normativos que estos permiten. Así, de la “libertad” se desprenden la libertad de movimiento, la libertad de opinión, la libertad de reunión, la libertad de

expresión y así sucesivamente. Estas últimas serían, pues, las garantías, pues hacen realidad los tres principios clásicos. Pero, por cierto, siempre en el plano normativo de la dogmática como afirmaciones a favor del hombre y del ciudadano. No se toca el problema de su ejecución y defensa en el mundo de la praxis.

Luego, como hemos visto en el caso de Linares Quintana, hay la tendencia a separar ambos conceptos y en donde la “garantía constitucional” es en rigor un instrumento práctico, operativo para hacer efectivos los derechos. Algo así como los procesos judiciales de ejecución que garantizan el cumplimiento de una obligación. Y esta distinción, interesante y sugestiva, ha tenido mucho predicamento y en cierto sentido aun la tiene, pero con tendencia a disminuir para ser reemplazada por conceptos más modernos que vienen de la Teoría procesal, como lo veremos luego.

6. CAMBIO DE RUMBO

El panorama empieza a cambiar al inicio del siglo XX y más en concreto con la famosa Declaración Universal de Derechos Humanos que aprueba las Naciones Unidas en París en diciembre de 1948 (precedida, como se sabe, por similar declaración americana sancionada en Bogotá en mayo del mismo año). Hoy las constituciones –la última de las cuales es la mexicana en su reforma de 2011– han abandonado el concepto de “garantía” y en lugar de ello ponen “derechos fundamentales”, “derechos humanos” o “derechos constitucionales” (por referirse a los que están o recoge expresamente la Constitución). Curiosamente, la derogada Constitución peruana de 1979, al consagrar, siguiendo la tradición española, un “Tribunal de Garantías Constitucionales”, especificó con el título de “garantías constitucionales” a los instrumentos protectores de los derechos fundamentales como eran, en ese texto, el Habeas Corpus y el Amparo. Lamentablemente, el posterior texto de 1993 en vigor, no ha mejorado esta situación, si bien sí lo ha hecho el Código Procesal Constitucional peruano de 2004, que ha generado numerosa jurisprudencia.

Pero en términos generales, el concepto de “garantías constitucionales” ha ido cediendo el paso a otras concepciones en el léxico constitucional latinoamericano, y ya no cuenta con el predicamento de antaño, si bien por utilidad o por su fuerza evocadora, su uso se mantenga en ciertos círculos.

Es importante señalar que este cambio de mira se realiza a partir de la vasta e influyente obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que

recogen y divulgan, entre otros, Héctor Fix-Zamudio en México y Germán J. Bidart Campos y Néstor P. Sagüés en la Argentina.

7. EL PROCESO COMO SUCEDÁNEO DE LA "GARANTÍA"

Como señalamos anteriormente, en el ámbito constitucional el concepto de garantía se convirtió o vino a significar lo mismo que "derecho" y por tanto en derecho fundamental, teniendo una evolución algo lenta que condujo a la separación de ambos conceptos en forma diferenciada, como ya lo adelantamos.

Lo que sucede con el tiempo es un fenómeno curioso. Los dos instrumentos más importantes y a la vez los más emblemáticos de defensa de los derechos fundamentales, son en realidad el Habeas Corpus y el Amparo, a los cuales sin embargo no se les daba autonomía. Esto fue advertido por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en 1944, que desde su exilio en Buenos Aires señaló que el Habeas Corpus no podía estar alojado en un código de procedimientos penales ni el Amparo en un código de procedimientos civiles, como por aquella época sucedía en algunas provincias argentinas y en otros países. Y fue así como empezó a difundir su teoría de la existencia del "derecho procesal constitucional" que empezará a desarrollarse recién en los años 70 y 80 del siglo pasado, precedido por el texto pionero de Héctor Fix-Zamudio de 1955, que es su tesis de licenciatura publicada como libro en 1956 y que por su propia naturaleza tuvo un tiraje muy limitado, se divulgó lentamente en revistas jurídicas especializadas y apareció en forma y con gran divulgación solo en 1964 (acaba de hacerse una reimpresión facsimilar: "La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del Amparo", con nuevo prólogo de Fix-Zamudio y estudio preliminar de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y dentro de la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México 2016).

Hoy por hoy, el concepto de "garantía" aplicado para designar a los derechos fundamentales o a los instrumentos procesales o judiciales en defensa de aquellos, tiende a desaparecer en la comunidad académica, por lo menos en la latinoamericana. Es decir, se le puede seguir usando, pero ha perdido el predicamento de que gozaba hace años. Y de esto lamentablemente no se han dado cuenta Ferrajoli ni sus entusiastas y a veces desbordados seguidores.

La terminología está pues fijada. Por un lado, los derechos humanos, sea como fuera que los denominemos: derechos fundamentales,

derechos públicos subjetivos, derechos constitucionales o libertades públicas. Por otro, el problema de cómo defenderlos y eso se canaliza a través del proceso y en uno de carácter especial, que es el proceso constitucional. Respaldados ambos por dos disciplinas independientes, pero en interrelación: Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Evidentemente, este último como rama procesal recién formada, aun no ha terminado de consolidarse y presenta diversos problemas, que no han sido aún resueltos en definitiva por sus cultivadores. Y que se extienden a su aplicación, en especial lo relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales.

La pregunta que ahora nos hacemos es pues otra: ¿Qué hacemos con el concepto de “garantía”? Técnicamente hablando y desde el punto de la problemática constitucional, es eliminable. Pero no puede negarse que como tal existe dentro del diccionario y tiene aceptación coloquial que hay que tener presente, si bien en sentido literario más que práctico. Y en todo caso, ser replanteado.

8. GARANTISMO EN SENTIDO DÉBIL

En sentido débil o sea coloquial, la palabra “garantía” o “garantismo” suena bien. Da a entender que algo queda consolidado, hecho, guardado, libre de asechanzas, sólido, firme, etc. En tal sentido podemos decir que una hipoteca garantiza el pago de una deuda o que un Código penal garantiza que los supuestos delincuentes sean sancionados. O que los contribuyentes sean vigilados para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias. Igual podemos decir cuando la constitución de un Estado consagra la libertad de expresión: estamos ante una garantía que protege a los medios y a los periodistas para expresar sus ideas. Pero esto en un sentido literario.

En sentido estricto, la única manera como –desde un punto de vista jurídico– puede algo estar garantizado, es cuando existe un proceso y además un aparato jurisdiccional independiente para hacerlo efectivo.

Y aun más, en sentido estrictísimo, la verdadera garantía residirá en todo caso en que, en los supuestos anteriormente mencionados, se venza una obligación, se inicie un procedimiento de cobranza, se obtenga una sentencia favorable y pueda, por fin decirse que hemos cumplido el ciclo básico para que la garantía sea realizada. Pero podríamos estar ante esta hipótesis: i) ¿Qué sucede si el bien hipotecado se vende a un precio mucho menor del que era el monto de la deuda...? Si, por ejemplo, se valoriza el inmueble en US\$ 500,000 para cubrir una deuda

de US\$ 250,000 y resulta que se vende en US\$ 100,000 por esos avatares que suceden en los remates... ¿Cómo queda el faltante existente? ii) O que puesta a cobro una letra de cambio, no llega a ejecutarse al deudor, porque ha desaparecido o porque ocultó sus bienes o nunca los tuvo y el eventual fiador es inhallable... ¿qué se puede hacer en tales casos?

Lo que demuestra, al fin y al cabo, que una verdadera garantía no existe en el mundo normativo –aun en el instrumental– y que ésta solo opera en la realidad dentro de determinadas coordenadas sociales, culturales y económicas de un conjunto humano determinado.

Lo anterior nos confirma, con la fuerza incontrastable de los hechos, que el concepto rígido de garantía es muy ceñido, pero el contexto en el que se mueve puede relativizarlo en sus alcances.

9. EL GARANTISMO COMO “FILOSOFÍA JURÍDICA”

En algunos textos de Ferrajoli y su entorno, se habla del garantismo o de la garantía como una “filosofía política”, aspecto que vemos con más interés. Sin embargo, hay que tener presente que por filosofía política se entiende generalmente otra cosa. Así, sin ánimo de extendernos demasiado, diremos que por tal se conceptúa el mundo filosófico en cuanto y en tanto trata la materia política, que es básicamente el análisis del poder y de su ejercicio en la comunidad humana, lo que incluye los fines que persigue, los valores que se pretenden y la manera como se organizan los grupos humanos. Es algo así como el segundo piso de la Ciencia Política, que es una disciplina que se ocupa de estudiar y analizar la convivencia de grupos humanos en las diferentes sociedades, tal como son regulados institucionalmente y desde un punto de vista empírico y del ejercicio del poder (vid. el “Diccionario de Ciencia Política” dirigido por Dieter Nohlen y editado por Porrúa y el Colegio de Veracruz, 2 tomos, México 2006)

Más bien, como quiera que lo que está por encima del Derecho es la Teoría del Derecho o como otros quieren llamarla, la Filosofía del Derecho, podríamos en principio admitir que el garantismo sería un aspecto, elemento o parte de una Filosofía del Derecho que es la que directamente tiene que ver con el Derecho como ciencia o como conjunto de disciplinas jurídicas y ver en qué medida las distintas disciplinas, en lo que corresponda, tienden a defender los derechos fundamentales, que tendrá que ser necesariamente a través de las distintas vías procesales existentes y con la base de un poder jurisdiccional autónomo y confiable. Y que adicionalmente se extiendan a otras instituciones del ordenamiento jurídico.

En todo caso, la temática que encierra una Filosofía del Derecho –llamémoslo así por comodidad– es básicamente de fundamentación, y tiene variedad de temas, acorde por lo demás con la filosofía general que le sirve de sustento. Es decir, toda Filosofía del Derecho tiene un trasfondo filosófico que da cuenta y razón de lo que ella es. Así, han servido para ello el aristotelismo, el estoicismo, el tomismo, el kantismo, el existencialismo, la fenomenología, el vitalismo, la filosofía analítica, etc. Según los diversos puntos de partida, varían los temas que ella trata y los fines que persigue todo ordenamiento jurídico, toda vez que es evidente que el orden jurídico positivo responde a una determinada concepción filosófica. Y en ella cabe perfectamente un valor o concepción garantista.

En cuanto a los fines del Derecho, se acostumbra decir, desde los romanos, que el fin del Derecho es la Justicia y que esta no es otra cosa que dar a cada uno lo suyo. Y así ha sido durante mucho tiempo. Pero ya desde el siglo XIX un panorama tan pacífico desapareció y aparecieron en escena otros tópicos como la seguridad, la paz, la tranquilidad, etc. En términos generales, podría decirse que justicia, paz y seguridad son los que más han atraído a los autores cuando tratan o pretenden identificar a los fines del Derecho, o los valores, según otro tipo de enfoque (cf. Le Fur, Delos, Radbruch, Carlyle, "Los fines del Derecho. Bien común, Justicia, Seguridad," UNAM, México 1960.)

Ahora bien ¿qué lugar puede o podría tener la garantía en este ámbito? Si la consideramos en sentido amplísimo, esta podría ser considerada como uno de los fines del Derecho al lado de otros. Pero si lo vemos más de cerca, es algo más complicado. Pues surge inmediatamente la pregunta: ¿se aplica el concepto de garantía a todas las aéreas del Derecho, público y privado, interno y externo?

10. ¿PRESENCIA DEL "GARANTISMO"?

Si queremos incorporar el "garantismo" como uno de los fines o ideas básicas del Derecho, tenemos que hacer un esfuerzo, pues en principio no todas las áreas del Derecho tienen como objeto "garantizar" algo. En el plano penal, esto ya fue explorado, sobre todo en el aspecto procesal penal, pero no creo que lo sea en todos los sectores. Hay partes de la Constitución que no tienen nada que ver con el garantismo, como es el funcionamiento del Congreso o la conformación del Ejecutivo, el apartado económico, que responde a una política económica que persigue determinados fines (economía de mercado abierta o cerrada, economía controlada o dirigida, exoneraciones tributarias)

políticas educativas, símbolos patrios, la descentralización, etc. En el ámbito administrativo, la legislación está dirigida básicamente a ordenar el funcionamiento de la Administración: igual diríamos del Derecho minero, mercantil, laboral, etc. En el mundo exterior, o sea, lo que puede llamarse Derecho Internacional, la cosa es parecida. Las organizaciones más acreditadas, como es las Naciones Unidas, buscan sobre todo la paz, al margen de los medios que utilicen.

Hay gruesos sectores en el Derecho Civil (personas, acto jurídico, obligaciones, etc) que no tienen nada que ver con el garantismo, por lo menos en su sentido técnico (por ejemplo, las cuotas hereditarias, las formalidades del testamento, las facultades del albacea, las formalidades del matrimonio, la clasificación de los contratos, etc.). Si bien en forma colateral podrían invocarse argumentos garantistas -por lo menos en su sentido amplio-.

Esto hay que verlo con cierta calma y no dejar seducirse por el uso de las palabras. Por cierto, es útil, conveniente y de buen gusto usar la palabra "garantismo", entendiendo que, por ejemplo, tiene un gran efecto suasorio y sugestivo, además de evocador. Su uso se presta sobre todo en el lenguaje diario, periodístico y familiar creando un estado anímico favorable. Pero no hay que dejar de lado que, de hecho, es un concepto polisémico.

Podemos decir sin problema alguno, que un Tribunal Constitucional es garante de la Constitución, pero en sentido metafórico. O sea, conceptualmente hablando usamos el concepto en sentido figurado, para querer hacer un énfasis. Y siempre y cuando deba ser así.

Ahora bien, si entramos a analizar la tesis del "garantismo" entendida como "filosofía del derecho" (al igual que el neokantismo de R. Stammler, el iusnaturalismo de G. del Vecchio, el pragmatismo de R. Pound o el empirismo de A. Ross) entramos en otro terreno, cual sería analizar si como filosofía jurídica se sostiene o no. En lo personal, no me atrae mucho este planteo, pero habría quizá que interpretarlo como uno de los fines o valores del ordenamiento jurídico, que si bien es supra-positivo, se encuentra incardinado en los textos constitucionales modernos y en los tratados internacionales de derechos humanos, aprobados por la mayoría de los Estados y en todo caso vigentes por el "ius cogens". Igual podríamos decir de la tesis que considera que el "garantismo" debe ser considerado como "filosofía política", si bien en este punto su base conceptual es endeble, si la confrontamos con las tendencias existentes en las últimas décadas (cf. "Historia de la Filosofía Política", L. Strauss y J. Cropsey, edits, FCE, México 2014

y Jonathan Wolff, "Filosofía Política. Una introducción", Edit. Planeta, Barcelona 2012).

11. LAS TRAVESURAS DEL LEGISLADOR

Al margen de todo lo anterior y como quiera que el concepto de "garantía" ha sido muy trajinado, no está demás observar que este, muchas veces, se cuela entre las rendijas de la legislación para ofrecer o aparentar un respaldo, una seguridad o un hecho fijo y consolidado, que a la larga solo resulta ser, en la mayoría de los caos, mera ilusión.

Como simple referencia escojo al azar una normativa aprobada en fecha reciente por el Congreso peruano que aprobó lo que denomina "Ley de la persona adulta mayor" (núm. 30490 de 30 de junio de 2016) en donde hace una larga enumeración de los derechos que tiene el adulto mayor, incluyendo algo tan pintoresco como el derecho que tienen de exigir a sus hijos que los visiten, como si una relación filial podría fijarse de tal manera. Y como para no quedarse corto en este inmenso catálogo de bellas promesas, añade en su artículo 5.5 una cláusula general que es digna de todo encomio y que a la letra dice:

"El Estado dispone las medidas necesarias para **garantizar** (énfasis añadido) el ejercicio de los derechos de la persona adulta mayor en situaciones de riesgo, incluidas las situaciones de emergencia humanitaria y desastres, para lo cual adopta las acciones necesarias para la atención específica de sus necesidades, de manera prioritaria, en la preparación, prevención, reconstrucción y recuperación de situaciones de emergencia o desastres naturales".

Como es fácil advertir, es este un rosario de buenas intenciones, en donde la palabra "garantiza" no significa nada, sino en todo caso una orden -teórica, por cierto- dirigida al Estado para que haga realidad tales enunciados, pero sin poner nada más, con lo cual queda todo como en un mundo de fantasías. Estamos seguros de que ejemplos como el mencionado se dan en todos nuestros países, en medio del escepticismo general y como muestra de la ingenuidad de nuestros legisladores -o quizá de su mala fe-.

12. PALABRAS FINALES

De lo dicho queda demostrado, si bien en forma por demás apretada, que el concepto de "garantía" es realmente venerable por su antigüedad que remonta a la época romanista y válida dentro de ese

contexto, con las precisiones aludidas. También fue de uso extendido durante siglos en el mundo privatista y desde hace más de doscientos años en el mundo juspublicista, en especial el constitucional. Es aquí, precisamente, en donde el tan usado concepto de “garantía constitucional” ha ido desapareciendo o perdiendo su uso y ha dado cabida a otros más adecuados y modernos. Por un lado, derechos humanos o derechos fundamentales, y por otro, procesos constitucionales. El concepto de “garantía” que es por demás impreciso y ambivalente, puede quizá reservarse a aéreas restringidas del Derecho, como es la penal –en la línea de Ferrajoli– mas no en el ámbito constitucional. En todo caso, podemos pensar que el “garantismo” sea una idea-fuerza que anime al mundo de los derechos fundamentales o que ella sea parte de una filosofía política que justifique una praxis determinada e incluso de uso común para expresar deseos, tendencias o aspiraciones. Aún más, es dable su postulación como “filosofía del derecho”, que como adelanté, lo veo incipiente. Así, por ejemplo, se puede decir que tal código o tal tribunal son garantistas, en un sentido amplio y dando a entender que cumple bien los fines que lo reglamentan o para los cuales fueron creados. Es decir, un uso coloquial, literario, pero no técnico. Ir más allá siempre es válido como recurso académico, pero sabiendo de antemano las trampas que nos tiende un uso tan generoso y sobre todo tan impreciso de un vocablo venerable. Y esto al margen de que sea considerada como filosofía política, que habría que analizar con precauciones. O quizá como uno de los valores o fines del Derecho.

Entendemos que el “garantismo” por sí solo es insuficiente y quizá redundante, ya que los derechos humanos y el Estado constitucional bien entendidos tienen un fin “garantista” que va de suyo. Y lo son aun cuando no se les dé ese calificativo, que puede ser innecesariamente reiterativo y eventualmente un pleonismo.

En materia de derechos fundamentales, la verdadera garantía –a nivel jurídico– es el proceso. Y “mutatis mutandi” lo vemos en las demás ramas del Derecho. De esta suerte, tenemos por un lado los “derechos fundamentales” y por otro los “procesos” para su defensa, en especial, los “procesos constitucionales”. La garantía y el garantismo son fines o valores del Derecho y en todo caso, una idea-fuerza que existe en el entramado normativo, en especial en sus zonas más sensibles.

CAPÍTULO III

LA CONSTITUCIÓN Y SUS JUSTICIAS*

A la memoria de Jorge Carpizo

Cuando la Constitución nació en su sentido moderno, tenía básicamente una pretensión: poner límites al Estado, y como consecuencia de ellos, garantizar, en sentido amplio, los derechos de los ciudadanos. Así se vio en los debates de Filadelfia y en el mismo sentido, pero con otro acento, en la Asamblea Nacional francesa.

En aquellas épocas, hablar de justicia era un poco remontarnos a un cielo elevado de conceptos, los cuales eran entendidos por muy pocos. Era suficiente, se pensó, con poner orden en la casa. Pero pronto, nuevos vientos soplaron en dirección no prevista y el liberalismo se tuvo que asociar, si así lo queremos ver, con la democracia. Muestra de ello son los movimientos precursores de los derechos sociales que aparecen en Europa desde mediados del siglo XIX y que tendrán reflejo normativo, al más alto nivel, en la Constitución mexicana de 1917. Y en otros textos posteriores.

En el período de entreguerras, la Constitución se fue inflando poco a poco, lo cual se reflejó en numerosas inquietudes que iban aumentando un “corpus” tradicional y a la vez alargando su texto, hasta llegar a niveles excesivos, como lo hemos visto en algunos países de nuestro entorno (la Constitución del Brasil de 1988, por ejemplo).

Así, uno de los elementos que se introdujo fue el de la justicia, pero en varios ámbitos y no solo en uno de ellos. La justicia, en el sentido tradicional de “suum cuique” (que no es creación romana, sino que es objeto de discusión en “La República” de Platón) se hizo doméstica, civil, corporativa, judicial por cierto, social, económica, política, entre otras. La justicia constitucional es más reciente y su

* Presentado en el Seminario Internacional “El Constitucionalismo contemporáneo” en homenaje a Jorge Carpizo (UNAM, México, 5 de febrero de 2013).

difusión y debate no pasa de medio siglo. Conviene pues, explorar sus inicios, que no han quedado del todo claros.

Y por otro, ver cuál es su futuro. Futuro visto desde aquí, desde nuestra América, tan carente de todo.

El problema al que nos estamos refiriendo es el de la justicia constitucional, que comprende, básica pero no únicamente, el control de la jerarquía normativa y la defensa de los derechos fundamentales. Y eso, si bien existió desde tiempo atrás, solo se vuelve sustentable en el paradigmático caso “Marbury vs. Madison” de 1803, pero su aceptación generalizada solo ocurrirá a mediados del siglo XX. Su influencia en Europa fue casi nula, pero amplia en América Latina, que lo recepcionó desde mediados del siglo XIX.

En Europa el primer planteo para crear un sistema distinto al norteamericano, salió de las canteras del Imperio Austro-húngaro, en trance de desaparecer. Y en concreto del círculo de juristas gubernamentales que reunidos en Viena pujaban por constituir un nuevo Estado –que sería Austria– con una nueva Constitución –la de 1920– que incluía un tribunal constitucional, el primero en el mundo, aun cuando no han faltado precedentes señalados por los estudiosos. Y ahí fue fundamental el papel de Kelsen, quien además fue el único que le dio una fundamentación rigurosa.

Todo esto fue materia de debate en el Quinto Encuentro de Profesores Alemanes de Derecho Público, que se celebró en Viena los días 23-24 de abril de 1928. El tema de la agenda fue la “jurisdicción estatal”, pero Kelsen dio un giro al tema y su ponencia –sin título alguno– la dedicó a desarrollar la “jurisdicción constitucional”. Lo que, por cierto, no fue fácilmente aceptado. Pero Kelsen, como era obvio dentro de su contexto y además dentro de los lineamientos positivistas de la “teoría pura del derecho” (ya entonces delineada en su conjunto) se refería a la capacidad de un ente, debidamente autorizado, para decir el derecho –“*iuris dictio*”– no para decir la justicia, salvo que nos refiriésemos a la justicia positiva (o justicia humana, como decía Del Vecchio, para diferenciarla de la justicia divina). Pero la idea de un control del parlamento –pues ese fue el punto central del planteo kelseniano– era algo que no agradaba, algo en el cual no se pensaba, por lo menos en la Europa de aquella época. Y en efecto, salvo algunos tímidos intentos realizados en Alemania y en Suiza –con pocos efectos inmediatos por cierto– lo único que cristalizó en

el período de entreguerras, fueron los tribunales constitucionales de Austria, Checoslovaquia –que casi no funcionó– y España.

La ponencia de Kelsen, sin título alguno como decimos, fue enviada por éste a su discípulo francés Charles Eisenmann, que le hizo una traducción que circuló mucho, pues se publicó dos veces en Francia (en 1928 y en 1929) y a partir de ésta, se tradujo a diversos idiomas. La versión francesa, mejorada en relación con su original alemán tiene un título: “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. Y a continuación y entre paréntesis, un añadido: “La justicia constitucional”.

Esta fue la primera vez que el nombre “justicia constitucional” aparece en un texto kelseniano, en el cual Eisenmann se da la licencia de traducir indistintamente “justicia constitucional”, propio del traductor, con el de “jurisdicción constitucional”, que es de factura kelseniana. ¿Por qué sucedió esto...? ¿Por qué el original alemán de Kelsen fue traducido como “justicia constitucional” en unos párrafos, y por “jurisdicción constitucional” en otros? ¿Por qué Kelsen aceptó esta mutación terminológica, sabiendo como sabía que para él la justicia era un término meta-jurídico vaciado de sentido...? Es difícil adivinar una respuesta, pero en todo caso, se puede intentar una explicación. Ese mismo año de 1928, el propio Eisenmann había publicado en París su tesis doctoral dedicada a la “alta corte constitucional” austriaca, con prólogo del mismo Kelsen. Dicha obra, reeditada hace algunos años con nota liminar de Vedel, define lo que es la “justicia constitucional”: es el tratamiento jurídico de los problemas relacionados con las leyes constitucionales. Y el mismo Eisenmann dice que así como la justicia civil se relaciona con las leyes civiles y la justicia administrativa tiene que ver con las leyes administrativas, en igual sentido la justicia constitucional tiene que ver con las leyes constitucionales. Y lo que hace en el primer capítulo de la tesis es precisamente una teoría jurídica de la justicia constitucional. Es claro, pues, que para Eisenmann la justicia a la cual se refiere es la justicia positiva. Es un poco como hoy varios países latinoamericanos hablan de la justicia militar, para referirse en rigor al derecho penal militar o al derecho procesal penal militar.

Esto puede explicar porqué Kelsen para no hacerse problemas aceptó el cambio, pues en el fondo significaba lo mismo. Y quizá porque no llegó a captar del todo las diferencias que se daban en las lenguas romances. Lo que puede entenderse fácilmente cuando leemos la ponencia kelseniana de 1928, que se presenta y discute en el Instituto Internacional de Derecho Público el 22 de octubre de 1928,

en sesión llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, a la que Kelsen concurrió especialmente.

Este detalle es importante, pues si bien es cierto que los problemas de la justicia o jurisdicción constitucional son más antiguos –de hecho pueden encontrarse antecedentes incluso en la antigua Grecia como ha hecho Cappelletti– la verdad es que la configuración de una disciplina jurídica solo es posible a partir del planteo kelseniano. En sentido amplio, pues, puede sostenerse que el planteo teórico, sistemático y coherente solo se da a partir de Kelsen, si bien el famoso jurista austriaco no dio ese gran paso: otros lo darían a partir de su genial impulso.

La intervención de Kelsen fue muy conocida y por cierto también en España, en donde Kelsen fue tempranamente difundido y traducido. Esto explica la actitud de un jurista español, muy joven en aquel entonces, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, profesor en la Universidad de Santiago de Compostela. Así lo vemos en el “Programa de Derecho Procesal y Cuestionario de Exámenes” que publica en esa ciudad en 1933, y en donde expone detalladamente los temas de la teoría general del proceso, la unidad de los procesos, los principales aspectos del derecho procesal civil y del derecho procesal penal, que eran –y son– los procesos por excelencia a los que agrega el derecho procesal administrativo (que llama justicia administrativa) y el derecho procesal laboral. Y además, como cosa curiosa la “justicia política o constitucional”. Pero en la parte final dedicada al “Cuestionario” señala taxativamente el nuevo nombre: “derecho procesal constitucional”. Aquí, por un lado, repite lo que venía de la ponencia de Kelsen en su versión francesa, pero por otro da un paso audaz: habla, quizá por vez primera, de un “derecho procesal constitucional”.

Pero dentro de este rubro incluye, de manera muy esquemática, todo lo concerniente al novel Tribunal de Garantías Constitucionales, creado por la Constitución de la Segunda República en 1931, pero reglamentado recién en 1933. Es obvio que el Tribunal español fue, en cierto sentido, un eco de la creación kelseniana. Pero al lado de este Tribunal, coloca, inexplicablemente, el Tribunal de Cuentas. Luego, en la parte final, repite prácticamente lo mismo, pero se queda con el “derecho procesal constitucional”.

Del escueto dato aportado por Alcalá-Zamora y Castillo se desprende que sin ninguna perspectiva teórica, salvo la presencia de un

Tribunal *ad hoc*, se anima a lanzar un nuevo nombre, sobre el cual no ahonda. Y además, centrado dentro del Derecho Procesal. Es solo un apunte, interesante, pero que queda un poco como flotando en el aire, en tono dubitativo y sin mayor asidero. Y que tampoco profundiza.

La creación del Tribunal español trae una serie de consecuencias y planteos teóricos. Pero cabe advertir que algunos juristas usan “jurisdicción constitucional” y otros “justicia constitucional” (como Legaz Lacambra). Pero, curiosamente, el término “justicia constitucional” va a tener mucha llegada, por influencia, precisamente, de la versión francesa, debida a Eisenmann y ajena a Kelsen en este punto. Versión que, como decimos, tuvo una gran influencia en nuestros países latinoamericanos, en especial en la Argentina, que en esa época vivía su edad de oro en las disciplinas jurídicas.

Lo que pasó después es distinto. La vida azarosa de Alcalá-Zamora lo llevó a distintas ciudades y países y escribió diversas colaboraciones, en los cuales arriesgó otros términos: “legislación procesal constitucional” y “procesos constitucionales”. Y solo en la Argentina, en el período 1944-1945, fija los contornos del “derecho procesal constitucional” en forma inequívoca. Este hecho, decididamente importante, se debe a los siguientes factores:

- a) la indudable gravitación de Kelsen y su ponencia en versión francesa, que es la que utiliza Alcalá-Zamora.
- b) la presencia en la Constitución española de un tribunal *ad hoc*, como era el de Garantías Constitucionales, que conocía de procesos.
- c) el hecho de que su autor fuese un procesalista acreditado y de alto nivel, y
- d) su contacto con la experiencia procesal argentina, que conocía de procesos constitucionales, pero sin saberlo.

Con esto, Alcalá-Zamora dio un gran paso. Luego fue a México, donde vivió más de treinta años y en donde reiteró su aserto, pero en lo cual no insistió. Alcalá-Zamora no obstante, formó en México una nueva generación de procesalistas que actualizó y puso al día la doctrina mexicana, por lo menos en esta área.

Fruto de estos esfuerzos, es la tesis de licenciatura de Héctor Fix-Zamudio de 1955 titulada “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana”, que defenderá solo en enero de 1956, y que tuvo un

tiraje muy limitado (se publicará parcialmente en diversas revistas de la época y completo solo en 1964, en un libro sobre el Amparo, que nunca más se ha vuelto a editar).

Fix-Zamudio hace dos cosas: por un lado recoge lo que viene de atrás, y por otro da un paso gigantesco: da estructura sistemática, orgánica y epistémica a la nueva disciplina, el “derecho procesal constitucional” (cosa que nadie antes había hecho). Y además, incorpora dentro de ella al centenario juicio de amparo, que causó escozor en más de uno, y varios rechazos (como es el caso de Ignacio Burgoa, autor de un clásico y muy vendido manual sobre el Amparo, cuyo volumen físico impresiona).

En fin, esto es lo que tenemos hasta la altura de 1956. ¿Que pasa después?

El planteo de Fix-Zamudio tendrá una influencia lenta, pero será decisivo. Pero él mismo, a mediados de los sesenta y principios de los setenta del siglo pasado, intentará completar su esquema teórico, incursionando en temas de nivel filosófico, que realmente no llega a plasmar. Y para eso se sirve de varios conceptos: no solo del “derecho procesal constitucional” sino de otros dos: “jurisdicción constitucional” y “justicia constitucional”.

En lo personal, siempre me he inclinado por el concepto de “derecho procesal constitucional” pues creo que con ello lo incorporamos a una rama del derecho ya establecida y existente. Y le damos un sitio o lugar adecuado dentro del mundo jurídico. Pero entiendo que se pueda recurrir a otros vocablos como “jurisdicción constitucional” o “justicia constitucional”, pues a la larga todas tienden a lo mismo. Tengo mis reservas de hablar de “justicia constitucional”, no porque niegue que exista detrás un afán de justicia, sino porque me parece poco técnico y nada riguroso. Y a la larga algo antañón. Si nosotros, por ejemplo, revisamos la manualística italiana sobre “justicia constitucional” (hay varios libros, seminarios y doctorados sobre esto) nos daremos cuenta que se centran en estudiar lo que hace y decide la Corte Constitucional italiana. Con lo cual queda claro que es un análisis de una institución estatal que básicamente resuelve conflictos. La palabra “justicia”, cuando la usamos, debe ser, pienso yo, en un sentido axiológico, valorativo o estimativo, como quería Ortega y Gasset. Usarla como sinónimo de jurisdicción puede ser muy hermoso, pero

nada técnico. Por lo menos, esa es mi impresión. Si bien, como lo he señalado, entiendo perfectamente a los que usan otros términos pues, a la larga, hablamos de lo mismo y nos entendemos. Que es quizá lo más importante.

Este problema del control constitucional –lo llamaremos así por comodidad– nace en los Estados Unidos, se extiende a la América Latina durante el siglo XIX pero retorna a Europa en donde por vez primera se sistematiza –con Kelsen– y luego otros lo desarrollan. Y así llegamos a lo que somos y tenemos en la actualidad. Existen varios modelos, dos clásicos y otros derivados y además las hibridaciones, como dice Lucio Pegoraro, que debemos replantear algún día. Y se ha extendido no solo en América, sino en el resto de Europa, y en países de Asia y África. Aquí nos limitamos a lo que podríamos llamar el Occidente latino (o sea Latinoamérica) y el Occidente europeo, que sería la Europa continental. Me arriesgo a pensar que Inglaterra, Canadá y Estados Unidos pueden estar englobados en el concepto de “Occidente sajón”, si bien comprendo que toda clasificación es convencional y tiene sus flancos.

Ahora bien ¿Cuál es el futuro de esta jurisdicción constitucional o justicia constitucional? ¿Es fácil predecir el futuro...averiguar qué pasará más adelante, en unos años...?. La respuesta es problemática, pues predecir cuál será el futuro de una institución humana es complicado: a veces se acierta, a veces no. Y es que si bien existe en los hombres un “substratum” de naturaleza humana que es la misma en todos, hay por otro lado las costumbres y la historia –actos del pasado– que son diferentes y condicionan los enfoques y las conductas de las personas. La historia, pues, no se repite, si bien hay hechos que se parecen. La historia no es el futuro visto al revés, sino la descripción e interpretación de lo que pasó, lo “accaduto”, según decía Croce, a partir de lo cual se pueden extraer enseñanzas y lecciones, pero difícilmente profecías.

Sin embargo, la historia, desde los más viejos tiempos nos demuestra que el hombre siempre ha profetizado, o en todo caso, ha querido saber que iba a pasar o ha querido adivinar el futuro. Los vemos hoy a diario con gente –gitanos, curanderos, brujas, adivinos–

que dicen que leen el futuro y hay una clientela que así lo atestigua. Y esto tiene una larga historia.

Podemos recordar la cultura del “augur”, que viene del Oriente, pero se asienta en la Grecia clásica. Es conocido el caso de Jenofonte, que en su famosa “Anábasis” cuenta como de vez en cuando, ante dudas y vacilaciones sobre donde avanzar al frente de su ejército en retirada, consultaba, con un augur, lo que decían las entrañas de los animales o el vuelo de las aves (esto se perfecciona en Roma, donde existían sacerdotes dedicados al oficio). El Oráculo de Delfos, con sus sentencias enigmáticas, era muy consultado y existía un profundo respeto por él. Y existen algunos casos, muy conocidos, como las profecías de Casandra, en relación con la guerra de Troya.

En la Edad Media hubo muchas profecías, de las cuales quizá la más conocida es la del fin del mundo el año 1,000. También algo de esto se ha visto en el mundo antiguo precolombino. Y también ha habido –ya desde la Biblia– los llamados profetas. Y también los hay en nuestros tiempos. Algunos han acertado y otros no. Tenemos el caso de Marx, que anunció la extinción del Estado y el fin de la economía capitalista. Entrado el siglo XX, Spengler, un gran teórico de la historia, de acuerdo a su concepción vitalista en donde las civilizaciones nacen, se desarrollan y mueren, anunció el fin de la civilización occidental y su remplazo por otra. Falló igualmente.

En el siglo XIX tenemos el caso ejemplar de Tocqueville, que al visitar los Estados Unidos en la década de 1830, vio nacer un nuevo país, al cual auguró un gran futuro. En la América del Sur, un gran guerrero y estadista como Bolívar pronosticó la unión de la América Latina y su integración futura. Y en sus días finales, cargados de pesimismo, señaló que la América era ingobernable y que vendrían tiempos de caos terribles, en lo cual, en términos generales, acertó. Casi toda la América Latina, con la relativa excepción del Brasil que fue un imperio, vivió envuelta en guerras, internas y externas, quiebras fiscales y contiendas entre caudillos, hasta la década de 1850. Y en algunos países más tiempo todavía.

La predicción de los hechos, o sea, ver el futuro, no depende del talento, ni de la sabiduría. Son dones que aparecen o desaparecen y que son difíciles de explicar. Más aun cuando vemos que hay gente que ha predicho cosas futuras, que, efectivamente han acontecido.

Ahora bien, ver el futuro, predecir, es complicado. En las ciencias físico-naturales es relativamente fácil, pues nos referimos al mundo externo, o sea, a la "fysis" de los griegos. Más aun, cuando la predicción en estas ciencias está avalada por la existencia de leyes de la naturaleza y del principio de causalidad -vigente aun con algunas excepciones-. Pero en las ciencias sociales, aquellas que tratan sobre el hombre, es más complicado. Los científicos sociales saben perfectamente que el objetivo de la ciencia es conocer algo con corrección y poder predecir hechos futuros. Y para eso se han esmerado mucho en los últimos cien años, con algunos avances. Pero los resultados son modestos. Más que leyes causales, las ciencias sociales tienen leyes probabilísticas. Y generalmente de poco alcance. Esto es fácil de ver en los procesos electorales, en donde meses antes es posible, con métodos adecuados, saber cuál será el resultado. Y generalmente, los economistas, de acuerdo a ciertas variables, pueden decir por donde irán las cosas. Pero esto tiene un tiempo corto: diez años, quizá veinte. Pero desde que Newton vio caer la manzana hace 300 años, las manzanas han seguido cayendo. Lo mismo no pasa con los sucesos sociales.

El problema del Derecho, como entramado normativo -cuya faro o estrella polar es la justicia, como decía Stammler- es que son disposiciones encauzatorias de conductas -para orientar, inducir o castigar- que dependen de los destinatarios de esas normas, que a su vez deben ser vigilados por los gobernantes. Esto es, se trata de un juego entre gobernantes y gobernados, que obedecen a distintos criterios.

Tratándose del control constitucional, hay que decir que esto es un producto del constitucionalismo y de la democracia. Y ambos son muy jóvenes; parten de fines del siglo XVIII y han avanzado muy lentamente. El constitucionalismo es un fruto de nuestros días. Hablar de un constitucionalismo antiguo y de un constitucionalismo medieval es un abuso del lenguaje o en el peor de los casos, un convencionalismo. Sartori ha llamado la atención sobre como los traductores de autores clásicos como Aristóteles han cometido una gruesa infidelidad al traducir "politeia" como "constitución" y "polis" como "estado" o "ciudad-estado". Según este autor, tales términos no tienen equivalente en otras lenguas. Y lo mismo podemos decir de la "constitutio" romana: nada tiene que ver con lo que hoy conocemos por ese nombre.

Aclarado lo anterior, veamos que podemos decir sobre un futuro de la justicia o jurisdicción constitucional, limitándonos al Occidente latino (o sea, nosotros) y al Occidente europeo (básicamente la Europa occidental o del Oeste).

a) En lo que respecta al Occidente europeo, fracasa, y por buen tiempo, la llamada impropriamente “constitución europea”. Al no existir un poder judicial europeo sino poderes judiciales nacionales, es obvio que no existirá una justicia constitucional europea y por mucho tiempo. Más aun cuando en multitud de detalles existen diferencias y matices, como se ve en materia de derechos humanos. Lo cual es distinto a los controles u órganos supranacionales que son de carácter comunitario, no estatales.

El llamado modelo concentrado, de base kelseniana, seguirá desarrollándose, si bien cada vez con variantes y modalidades, que van más allá de sus orígenes. Este modelo, como ha sido ya advertido por los estudiosos, ha ido mutando lentamente y ha superado largamente su matriz y su ámbito geográfico de origen. Ha ido desarrollando matices procesales en su funcionamiento y diferentes tipos de sentencias. Y ha visto engrosar sus competencias. Tiene, sin lugar a dudas, un promisorio campo de expansión dentro y fuera de Europa.

Las cortes o tribunales constitucionales se harán cada vez más políticas y por cierto entrarán en conflicto con los poderes judiciales (“guerra de los jueces” “choque de trenes”, “guerra de las cortes”).

Habrà, pues, una judicialización de la política, o mejor dicho, se intensificará la que ya existe.

Con el tiempo proliferarán los procesos constitucionales, no solo para proteger competencias de los órganos del Estado, sino también del control de leyes y sobre todo de instrumentos de defensa de los derechos humanos.

Y pienso que, a largo plazo, se abrirá paso no solo su tratamiento procesal, sino además la misma disciplina “derecho procesal constitucional”, nacida en la América Latina. Los términos “jurisdicción constitucional” y “justicia constitucional” serán desplazados a la larga.

b) En lo referente a nuestra América, o sea, al Occidente latino, podemos señalar algunos puntos.

En primer lugar, evolucionarán los modelos de control constitucional, ante la quiebra de los dos modelos clásicos históricos (si bien

pueden ser usados con sus respectivos nombres por comodidad). La idea de que las cortes supremas servirán, también, como sedes de control constitucional o como tribunales constitucionales materiales (como Fix-Zamudio califica el caso de México) se mantendrá, con tendencia a aumentar.

Es difícil pensar en una rápida expansión de los tribunales constitucionales en nuestra América, no solo porque no se consideran indispensables –existen otras formas de control– sino porque tales tribunales muchas veces han actuado con excesivo activismo.

América Latina ha creado la “sala constitucional” que no existe en ninguna parte. Forma parte de la Corte o Tribunal Supremo, siendo el primer ejemplo el denominado “Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales” creado por la Constitución cubana de 1940, y en vigor hasta la revolución cubana, que al poco tiempo lo desactivó. Dicho “Tribunal de Garantías...” era una Sala del Tribunal Supremo, y es poco conocida, porque ha sido olvidada. Hoy tenemos varias “salas constitucionales” en América Latina, de las cuales la más importante es la de Costa Rica.

Estas “salas constitucionales” especiales, hay que diferenciarlas de las “salas constitucionales” comunes. Así, en el Perú, por ejemplo, la Corte Suprema está dividida en Salas, y una de ellas se denomina “Sala Constitucional y Social”, que ve, entre otros, algunos procesos de materia constitucional. Al margen existe el Tribunal Constitucional, que es la última palabra en materia de procesos constitucionales.

Existen cortes o tribunales constitucionales: son siete en la actualidad y el último en crearse es el de República Dominicana, en 2010. Pero su crecimiento ha sido lento y además han terminado no solo con excesiva carga procesal, sino con conflictos con otros poderes del Estado. Lo que me lleva a pensar que este modelo si camina, lo será muy lentamente.

También existe la tendencia a crear más procesos, y a los antiguos, darles más cobertura. Nuestro habeas corpus, por ejemplo, cubre más que su matriz inglesa o norteamericana. E igual podemos decir del funcionamiento del Habeas Data, en relación con los países europeos que lo tienen.

Crecerán también las dificultades para los llamados comúnmente “derechos sociales”, aspiración de todos, pero cuyo cumplimiento

es siempre difícil, en parte, por la escasez de recursos, patente sobre todo en la mayoría de nuestros países.

La legislación tenderá a perfeccionarse, sea en leyes generales o leyes marco, o en códigos procesales constitucionales, de los que tenemos el de Tucumán, Perú y últimamente en Bolivia.

El futuro nos dirá si es que efectivamente las luchas y los requerimientos sociales y políticos se canalizarán a través de la jurisdicción o justicia constitucional, como es lo más probable que suceda.

Es posible también que se forme un "ius commune", alentado por los Estados y también por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En todo caso, la realidad actual nos muestra que la América Latina ha sido un laboratorio muy rico en la creación de instrumentos procesales, órganos especiales y figuras típicas de defensa. Todo esto dentro de un marco de régimen presidencial, que no tiene visos de atemperarse. Y en donde la democracia tiene enemigos no solo externos, sino internos.

El futuro de la jurisdicción constitucional europea se ve, a la distancia por lo menos, como discreto y regular. Y con tendencia a desarrollarse y crecer en la misma línea que lo ha hecho hasta ahora. En la América Latina no: se ve más bien exultante y creadora. Y sobre todo muy necesaria, pues aun los clásicos derechos civiles y políticos no se cumplen ni respetan en su totalidad, sino con intervalos y no en todas partes. Y ello por nuestra situación de minusvalía, de desigualdad que en parte ha fomentado la globalización, por los niveles de pobreza extremos en ciertos sectores y por la persistente violación de los derechos humanos, que hoy, por lo menos, se pueden denunciar y hacer públicos. Y que vienen de grupos privados y estatales. Y para superar todo ello no hay una sola fórmula.

Todo esto apuntado en el reino de lo probable, de adivinador aventurado, que tiene la esperanza de que solo se cumpla lo que sea positivo para nuestros pueblos.

Lima, marzo de 2013.

CAPÍTULO IV

EL CAMBIO CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA (UN FENÓMENO RECURRENTE DE LAS ÚLTIMAS DÉCADAS)*

SUMARIO: 1. Preliminar. 2. Algunos casos singulares. 3. Más sobre lo mismo. 4. Precisiones necesarias. 5. Cambios “menores” en el texto constitucional. 6. La mutación y sus alcances. 7. Consideraciones finales.

1. PRELIMINAR

Lo primero que tenemos que dejar en claro y para estos fines, es qué entendemos por “cambio constitucional” y cuáles son sus modalidades. Esto por cuanto si bien el concepto “cambio” tiene un uso muy extendido, se emplea en varios sentidos, es multívoco y puede tener otros alcances en otros idiomas. Así pues, precisemos que con ello nos referimos aquí a un fenómeno que significa que alteramos la Constitución totalmente, para que ella denote o exprese otra realidad u otros fines o designios políticos o económicos, pues de no ser así, no tendría sentido hacerlo. Otra posibilidad es hacerlo solo parcialmente, pero incidiendo en lo básico, de manera tal que dicho cambio, aun cuando solo sea parcial, termine afectando el espíritu del texto mismo. Se trataría, pues, de un cambio total, sea porque formalmente se sustituya un texto por otro, sea porque las modificaciones son de tal extensión y envergadura, que el espíritu del texto fundamental deviene en otro perdiendo de esta manera su identidad (como es, por ejemplo, la Constitución chilena de 1980, de construcción mañosa pero con fines autoritarios que en 2005 varió sustancialmente su sentido básico, lo que no ha impedido que muchos, como se observa con el nuevo gobierno de la Bachelet, intenten cambiarla ya que, según afirman, tiene un vicio de origen que es insalvable. Este es un punto

* Reconstrucción de la intervención del autor en el VII Congreso Mexicano de Derecho Constitucional (San Luis Potosí, 3-5 de febrero de 2016)

de vista político bastante discutible, más aún cuando los hechos terminan legitimando lo existente, o como decían los escolásticos, creando una legitimidad de ejercicio).

Lo segundo que hay que aclarar es que este cambio puede hacerse básicamente de dos maneras: i) respetando la legalidad preestablecida o ii) rompiendo con ella. En términos gruesos diríamos que en un caso se llega a una nueva Constitución por común acuerdo y respetando la legalidad previa. En otro, se parte de cero, es decir, de un acto de voluntad que generalmente se lleva a cabo por la fuerza, es decir, por decisión de los que están en el poder o de los que quieren adueñarse de él. En lo primero, el cambio podría decirse que está previsto y es anunciado: en lo segundo no.

Hay por último cambios que formalmente guardan las apariencias y se desenvuelven de acuerdo con ellas, pero poco a poco las van despojando de sentido, de manera tal que lo que empieza en forma comedida y con formalidad aparente, termina siendo un fraude a la Constitución que sigue en la vitrina, pero que tiene en paralelo una normatividad que la desconoce. Históricamente son conocidos los casos de Hitler y Mussolini. El primero llegó a ser Canciller (o sea, Primer Ministro) bajo la democrática Constitución de Weimar en 1933 y teniendo como presidente a Hindenburg. Pero muerto Hindenburg en 1934, empezó a construir una legalidad al margen o en contra de la Constitución, la cual seguía vigente en teoría. Mussolini llegó a igual cargo luego de la Marcha sobre Roma en 1922 y fue el rey Víctor Manuel III el que lo autorizó o en todo caso no impidió y además permitió que llevase a cabo todos los desmanes que luego hizo, sin respetar al Estatuto Albertino de 1848 que estaba en vigor en aquella época. En ambos casos, tanto Alemania como Italia, tuvieron luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial un gran vuelco en su trayectoria vital, que dio origen a las constituciones con las cuales todavía viven, si bien con reformas, mutaciones e interpretaciones constitucionales. La italiana de 1947 y la alemana de 1949 (en realidad Ley Fundamental, pues el país estaba dividido y partido en dos, pero esto no ha cambiado luego de la reunificación alemana en 1990). Y como consecuencia de la derrota y aniquilamiento del país, que en el caso de Alemania tuvo como vigilante del proceso constituyente a los ejércitos aliados de ocupación. O de la caída de Mussolini en el caso de Italia y la posterior eliminación de la monarquía mediante un referéndum dudoso pero legitimado por el tiempo. En Alemania existía

un sistema parlamentario con un jefe de gobierno que era denominado como Canciller. En Italia era una monarquía constitucional de tipo parlamentario en manos de la familia Saboya, que terminó eliminada y proscrita al finalizar la guerra. Y reemplazada por la república.

Algo distinto es el caso de los países que siendo colonias, protectorados o similares, rompen con la metrópoli, se independizan y se dan su propia legalidad. Es el caso de la revolución hispanoamericana que se inicia en 1810 y culmina por así decirlo en 1824, en movimiento inédito solo precedido por las que habían sido colonias británicas en Norteamérica. Y que siendo algo aislado y sorprendente, se generalizó a partir de la década de 1960 por el fenómeno conocido como descolonización, sobre todo en el África, al cual ayudó mucho el testimonio célebre de Frantz Fanon: "Los condenados de la tierra". En estos casos, se trató del nacimiento de nuevos países, con territorio propio y que por tanto rompían los lazos que los unían con los imperios de los que dependían y empiezan su andadura independiente. Pero es indudable que se trata de fenómenos históricos especiales que no se repiten (como fue el proceso especial de la India en 1947). Y que hay que situarlos en el tiempo. Uno, inédito y peculiar que se da en América, primero a fines del siglo XVIII y en la parte norte del continente. Y luego a principios del XIX en el territorio de dominio hispano, del cual hay que separar el Brasil, por su peculiar trayectoria histórica (monarquía independiente desde 1822 y sin disparar un tiro, la proclamación de la República en 1889).

Los cambios son medidas que deben o pueden darse, pero no son indispensables. Y si bien es un hecho que los textos envejecen, es cierto por otro lado que una sabia y atenta actualización de ellos puede perfectamente mantenerlos vigentes más allá de sus propósitos iniciales. En América tenemos el caso paradigmático de los Estados Unidos, con la misma carta desde 1787, muy propia de la familia jurídica en el cual se encuentra. Y en el área de predominio romanista, contamos con la constitución mexicana de 1917 y la argentina de 1853-1860, con numerosos cambios en el caso de la primera, y con pocos en la segunda, pero que siguen vigentes. Y sin olvidarnos de Colombia, que tuvo la misma constitución por un largo período: 1886-1991. Por tanto, el que los cambios sean necesarios y que siempre haya que cambiar, es una realidad que no tiene una sola solución, sino varias, que además dependen del entorno. Es decir, de la forma

cómo se enfoquen las situaciones de agitación y ruptura que puedan presentarse.

2. ALGUNOS CASOS SINGULARES

Veamos esto con más detalle. En cuanto a los Estados Unidos, si bien el texto se mantiene básicamente el mismo y solo ha tenido en su larga vigencia 27 enmiendas formales, ha sido continuamente interpretado a nivel jurisprudencial, lo que explica que se mantenga hasta ahora. Pero no hay que olvidar que al margen de la Constitución federal, los cincuenta estados de la Unión tiene cada uno su propia constitución, que son textos largos, detallados y que se modifican con frecuencia y que por cierto tienen un alcance limitado al ámbito territorial en el cual opera. Lo cual nos lleva a la conclusión de que en el día a día, el ciudadano norteamericano se rige por la Constitución de su Estado, si bien en los grandes temas, lo que a la larga interesa es la Constitución federal y su interpretación por la Corte Suprema, en especial en materias tales como derechos fundamentales, distribución de poderes, política exterior y aspectos comerciales.

Un caso especial de cambio constitucional que podría decirse que es *sui generis*, es el que ha sucedido en México y que precisamente es materia de análisis por los distinguidos colegas que participan en este evento. Y es que la vigente Constitución aprobada en 1917 y próxima a cumplir un siglo de vigencia, ha tenido 642 cambios a través de 225 decretos de reforma constitucional, considerados hasta julio de 2015. De los 136 artículos que la conforman desde su inicio, solo 27 han permanecido intocados; es decir permanecen en su forma original el 19.85% de su texto (según información que se desprende de las investigaciones de José María Soberanes Díez). Es decir, ha habido continuas reformas con cierta periodicidad que han dejado prácticamente atrás el modelo político originario – no en su totalidad por cierto – y se han acomodado a los tiempos, permitiendo que exista una normalidad constitucional desde fines de la década de 1920, más allá de las imperfecciones existentes o de la presencia hegemónica de un solo partido durante largo tiempo. Y precisamente, como tales enmiendas han acabado por hacer un texto caótico y poco manejable, es que un grupo de juristas encabezado por Diego Valadés y Héctor Fix-Fierro han reelaborado la Constitución vigente, manteniendo por cierto su texto, pero armonizándolo y haciéndolo más inteligible con propuestas ingeniosas, lo cual ha tenido una buena acogida en

la clase política mexicana, consciente de que las numerosas reformas efectuadas en los últimos treinta años, al margen de su bondad, han tenido una mala arquitectura y peor armado. Tal documento tiene el nombre de "Texto reordenado y consolidado" y acaba de ser publicado esperando que tenga una buena acogida en la clase política.

Y en la Argentina ha pasado algo curioso. Durante la época de Perón y mediante un procedimiento regular, se discutió y aprobó la Constitución de 1949 que, por razones obvias, era mucho mejor que la anterior, por lo menos en cuanto a estructura formal y contenidos modernos. Pero Perón fue derrocado en 1955 y el gobierno militar que lo reemplazó hizo dos cosas: lo primero fue dejar sin efecto la Constitución peronista de 1949 y poner nuevamente en vigencia la de 1853. Y lo segundo convocar una Convención Nacional Constituyente para hacer ciertos cambios constitucionales que se concretaron en 1957 y que se han mantenido en el tiempo.

Un caso especial lo constituye el Perú, del cual vamos a decir algo, pero solo en relación con el siglo XX, período en el cual han estado vigentes las siguientes constituciones: 1920, 1933, 1979 y 1993. Curiosamente todas ellas nacieron de golpes de Estado. La primera fue consecuencia de un período electoral complicado en 1919, en la cual con apoyo militar uno de los candidatos depuso al presidente en funciones y para justificarse convocó un plebiscito e instaló una Asamblea Nacional que dictó la Constitución de 1920, que sirvió para justificar el gobierno de once años que inauguró el golpista, Augusto B. Leguía. En 1930, fue derrocado y se convocó a un Congreso Constituyente que discutió y aprobó la Constitución de 1933, que tuvo larga duración. Con el gobierno militar autoritario de doce años (1968-1980) se ideó una salida hacia la democracia mediante una Asamblea Constituyente que funcionó en el período 1978-1979 y que aprobó la Constitución de 1979 que entró en vigencia en 1980. Años más tarde, siendo Fujimori presidente constitucional y al no tener mayoría parlamentaria, dio un auto-golpe disolviendo el Congreso y las principales instituciones políticas del país (5 de abril de 1992). Pero presionado por la opinión pública nacional e internacional, convocó a un Congreso Constituyente para sus propios fines y así nació la Constitución de 1993, con rasgos autoritarios que han sido pulidos y enmendados y que rige hasta ahora. En el siglo XX, el Perú ha tenido pues cuatro constituciones - la última de las cuales sigue en vigor - y todas han nacido de hechos de fuerza, sin ningún respaldo legal o constitucional previo. Es un caso nítido y quizá extremo de lo que es

un cambio constitucional propiamente dicho, y que ha sido legitimado por la práctica política.

3. MÁS SOBRE LO MISMO

Pero hay cambios que se hacen desde una legalidad previa, si bien con ciertos forcejeos, como en Colombia con su Constitución de 1991, Bolivia con su Constitución de 2009 y Venezuela con la Constitución de 1999. Lo que sucede es que muchas veces en su recorrido pierden la legitimidad de origen o quizá debido a ello, es que intentan subvertirla desde adentro o usarla para sus propios fines (como Evo Morales en Bolivia, Chávez y Maduro en Venezuela, Ortega en Nicaragua, Correa en Ecuador, entre otros). Es decir, la figura del iluminado y hombre providencial acecha a nuestros políticos y eso explica que haya renacido la pasión por las reelecciones presidenciales indefinidas, que creíamos superadas hacía tiempo. De ahí que siendo el poder una tentación casi irresistible, es bueno que la democracia instituya la alternancia y el freno de las reelecciones, que en los países presidencialistas como son los nuestros, esto se ha prohibido desde siempre, pero que hoy renace con fuerza y aparece debilitado como principio. Y es que la permanencia en el poder es algo así como la fruta prohibida en el Edén, que atrae en forma casi irresistible y que solo puede ser detenida cuando desde el exterior hay topes que la bloquean (caso Uribe en Colombia y al parecer, Evo Morales en Bolivia). La historia del siglo XIX está llena de estos ejemplos y personajes que tuvieron sanas intenciones y que sin lugar a dudas pensaron lo mejor para su país, pero atrapados por su ambición, gobernaron en forma autoritaria y sin control (Juan Manuel de Rosas en la Argentina, el doctor Francia en Paraguay, Porfirio Díaz, en México, etc). Y tan providenciales se sienten, que por lo general no salen del poder en forma pacífica, sino echados de diversa manera, a veces brutalmente, otras en forma negociada (como fue el caso de Porfirio Díaz en 1911).

Un caso especial de disfraz constitucional y con ribetes de sainete, lo constituye el caso de Cuba. Los rebeldes capitaneados por Fidel Castro derribaron a la dictadura de Batista en medio del aplauso del continente (enero de 1959). Pero Castro resultó no solo providencial sino mesiánico aparte de megalómano. Luego de algunas cuantas medidas de impacto popular y de gestos simpáticos, se enroló como apéndice de la otrora existente Unión Soviética y aplicó el comunismo en todos sus niveles y solo sobrevivió gracias a la ayuda permanente

que le proporcionó la potencia soviética. Durante esos años, Cuba fue en realidad una isla física e intelectual y una franca dictadura. En 1992 tras la caída de la Unión Soviética, se cortó el inmenso subsidio diario que recibía, y tuvo que acomodarse para no morir asfixiada y recurrió para eso al turismo y a nuevas restricciones. Es indudable que Cuba no es ya la puerta trasera de los Estados Unidos ni un país de deshechos, pues se ha avanzado bastante en varios campos. Pero a nivel de democracia, de tolerancia política, de alternancia en el poder, esto no existe. Su todavía vigente Constitución de 1976, no es más que un documento virtual sin ninguna aplicación, pues quien manda es una camarilla que dice representar al Partido Comunista, el único existente en la Isla. Con el retiro de Fidel Castro por los achaques de la edad, lo reemplazó su hermano Raúl, que en el fondo es más de lo mismo, pero con aparente ánimo de cambiar las cosas. De hecho, se han liberado algunos controles, existe un turismo bien tratado, se ha logrado atraer inversión extranjera - no norteamericana, si bien esto puede concretarse en un futuro - y se ha permitido el crecimiento del sector privado en pequeños sectores. Todo apunta pues a que la Isla se irá abriendo poco a poco a los nuevos aires que la encontrarán nueva, sin lugar a dudas, muy cambiada, pero sin dictadura. Si bien esto, al parecer, demorará. Hablar de cambios constitucionales en la Cuba de hoy es imposible, pues lo que cambia, si es que hay cambios, son los personajes, no las políticas ni las libertades que siguen ausentes y perseguidos o arrinconados los disidentes.

4. PRECISIONES NECESARIAS

Todo lo anterior, así como los ejemplos puestos, están referidos al "cambio constitucional" en sentido estricto, o sea, en sentido fuerte o quizá en forma más acentuada. Pero existen otros tipos de cambios que han sido muy estudiados y sobre los cuales no existe una doctrina pacífica. Son, si se quiere, cambios en sentido débil, no directos sino indirectos, que no deben ser ignorados y que calificamos así en forma provisoria. Sobre ello haremos una referencia en forma genérica, anotando su importancia y sindicándolos como formas "menores" de llevar a cabo un cambio constitucional.

5. CAMBIOS "MENORES" EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

Intentando una clasificación que, como siempre es convencional, podríamos decir que el cambio constitucional en sentido débil

o menor podría darse de diversas maneras, de las que señalamos algunas:

- a) interpretación, que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales (jueces, cortes o tribunales constitucionales)
- b) mutaciones, fenómeno consistente en mantener el texto o la letra, pero dándole una significación distinta. Tiene cierto parentesco con la interpretación, pero se diferencia de ella pues ésta siempre resulta añadiendo algo consciente o inconscientemente, mientras que la mutación no toca la letra sino que le da un sentido distinto o nuevo a lo que ya existe.
- c) reforma, que es cuando alguna parte de la constitución se modifica por las vías formales. Normalmente las reformas tienden a ser parciales, y además siempre son complicadas. Una reforma total, en espíritu y letra no solo es difícil sino poco frecuente, y ya nos hemos referido a ello. Aquí nos circunscribimos a la reforma parcial, que es un cambio, pero en dimensión más acotada.

Estos tres temas son todos ellos problemáticos y requieren cierta calma y extensión para desarrollarlos, que hemos realizado en otra parte, por lo que aquí nos detendremos únicamente en el de la “mutación” y en forma por demás breve y libre, siguiendo un reciente trabajo de Francisco Fernández Segado.

6. LA MUTACIÓN Y SUS ALCANCES

El término “mutación” fue introducido en el mundo hispánico por Manuel García Pelayo en su conocido manual “Derecho Constitucional Comparado” aparecido por vez primera en 1950. El concepto fue elaborado, si bien no muy técnicamente, por Paul Laband, a quien se sindicaba como el fundador de la moderna doctrina juspublicista alemana a mediados del siglo XIX y precisado sobre todo por Jellinek. Pero quien le da amplio uso y respaldo y logra su general aceptación es el jurista chino que estudió en Alemania, Hsü Dau-Lin, en la década del treinta del siglo pasado. Y desde entonces no ha hecho más que progresar logrando ingresar en nuestro mundo, como ya se adelantó, en la década de 1950.

Lo que distingue a la “mutación” de los otros cambios, es la sutileza con la que actúa. Esto es, mientras que la interpretación tiene en principio límites o en todo caso limitante –pues se sabe y se dice lo que se va a hacer – en la mutación las palabras del texto siguen

teniendo las mismas letras, pero se les da otro significado. Es el caso singular de la Constitución norteamericana de 1787 y ello ocurre con frecuencia, en parte por la antigüedad de los textos, por la vaguedad de los términos empleados o porque las palabras con los años y en general con el transcurso del tiempo, adquieren otros usos. En el ejemplo norteamericano, precisamente por esto, es que se puede confundir “mutación” con “interpretación”, como se aprecia en el concepto de “igualdad”, que en un principio negó derechos a los negros, luego a fines del siglo XIX se les reconoció pero para ejercerlos en forma separada y recién a mediados del siglo XX se generaliza, si bien es cierto que también medió la existencia de la llamada Ley de Derechos Civiles firmada por el presidente Johnson en 1964.

En los países de tradición romanista, la mutación es más difícil, pues en general y pese a cierta vaguedad en la redacción, hay más precisión en los términos y sobre todo mayor extensión en los contenidos, pero esto no impide que suceda. En el caso de la experiencia jurisprudencial peruana, el Tribunal Constitucional ha elaborado –o mejor dicho reformulado sobre bases mal conocidas y peor estudiadas– una supuesta “autonomía procesal” que les permite hacer cosas que normalmente estarían vedadas a un ente de tal nivel. Lo que es totalmente distinto a la tipología de sentencias que ha elaborado la jurisprudencia italiana y que son bien conocidas (sentencias exhortativas, manipulativas, aditivas, etc.).

7. CONSIDERACIONES FINALES

Ahora bien, los cambios constitucionales sean los mayores o los de orden menor y más acotado (reforma parcial, interpretación y mutación) responden siempre a una intención política vinculada con la gobernabilidad y muchas veces con la capacidad o mejor, incapacidad de la clase política para adaptarse a las nuevas situaciones. Esto de hecho no ha pasado desapercibido para la doctrina constitucional, si bien ha preocupado más, recientemente, a los politólogos (así, Gabriel L. Negretto). Y muchas veces de la mano con deseos políticos de perpetuarse en el poder mediante cambios en la duración de los períodos presidenciales que se han vuelto recurrentes en nuestra América en las últimas décadas. Lo que sí es claro, es que por más esmero que ponga un legislador o un constituyente, la vida real y el futuro le presentará nuevas realidades y nuevas exigencias que habrá que

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

afrontar: cómo hacerlas es el gran problema. Eso depende de la clase política, del entorno regional y sobre todo del momento ideológico.

Lo que sí debe quedar claro es que las reformas parciales, las mutaciones y las interpretaciones son siempre inevitables y en veces necesarias. Problema pendiente y sin respuesta inmediata es cómo y cuándo hacerlo.

Lima, marzo de 2016

CAPÍTULO V

LOS VAIVENES DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS*

I

Hace treintinueve años se fundó el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, por iniciativa de un grupo selecto de constitucionalistas argentinos y mexicanos. La iniciativa partió de Jorge R. Vanossi, con el decidido apoyo de Humberto Quiroga Lavié y participaron en ella Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés y Rolando Tamayo y Salmorán¹. Lo fue el 22 mayo de 1974 en la ciudad de Buenos Aires, cuando todo nuestro continente - o casi todo - estaba cubierto de dictaduras militares. Mérito grande de los juristas platenses de haber dado ese paso audaz y mayor aun el de sus colegas mexicanos al aceptar el reto que en ese momento se les planteaba.

Al grupo inicial se sumaron al poco tiempo, otros académicos de diversos países de la región. En la presidencia del Instituto se colocó al maestro Héctor Fix-Zamudio, que lo lideró durante varios años y como secretario general ejecutivo, a Jorge Carpizo, fallecido hace unos meses. El XI Congreso Iberoamericano que hoy nos convoca, rompiendo todo precedente, lleva el nombre egregio de Jorge Carpizo, en reconocimiento a su terca y constante dedicación a nuestro Instituto, durante los 38 años que le dedicó en vida. Rinde así homenaje no solo al ejecutivo, sino también al académico y al amigo entrañable.

Para quienes estuvimos desde un inicio en esta aventura - no puedo llamarla de otro modo - fue todo una incógnita lo que podía

* Ponencia principal en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Tucumán, 17-19 de septiembre de 2013).

1 La reunión inicial se llevó a cabo en un almuerzo en el Club Hípico Argentino, un día domingo, según comunicación epistolar de Jorge R. Vanossi. La formalización vino días después, con las adhesiones de otros colegas, en fecha que aparece en el documento fundacional.

sucedier. Sin saberlo, estábamos al final de una cuenta regresiva de dictaduras y *ad portas* de una nueva época, cuyos lineamientos no imaginábamos del todo. Hoy, a la distancia, el recorrido es enorme, y conviene reflexionar un poco sobre lo que ha pasado y a donde hemos llegado. Y los nuevos escenarios en los que nos toca vivir. Con esa idea germinal, se llevó a cabo en México en agosto de 1975, el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, que significó el inicio de las actividades públicas del novel Instituto, así como el de una comunidad constitucional latinoamericana, que no solo se ha afirmado en estos años, sino que se ha extendido enormemente. Repárese en el hecho de que el nombre originario del Congreso estaba referido a “Latinoamérica”. Entonces, como sabemos, España vivía bajo una dictadura (Franco) e igual lo estaba Portugal: el régimen de Oliveira Salazar, continuado por Marcelo Caetano, acababa de ser derribado por un movimiento militar (la Revolución de los Claveles) del que no se sabía a dónde iba a parar. Además, había cierto nivel de desconfianza hacia los que fueron los grandes imperios del siglo XVI, que conquistaron y formaron lo que luego serían las actuales naciones de nuestro continente. O de nuestra América, como solía decir Martí. Luego cambió esa perspectiva, y se optó por dar el nombre de “iberoamericano” a los congresos que lo sucedieron con la incorporación de los países ibéricos, de los que es continuación el que hoy nos reúne. La idea que se barajó en los inicios es que estos encuentros se llevaran a cabo cada cuatro o cinco años (el último de los cuales se celebró en Lima en septiembre de 2009) lo cual hemos cumplido con cierta flexibilidad. A ello han contribuido nuestros países, unos más que otros, pero sobre todo México, por las enormes facilidades y apoyo que nos ha prestado, como lo atestigua el hecho de que luego del maestro Fix-Zamudio dejara la presidencia, lo han seguido en el cargo dos colegas mexicanos: Jorge Carpizo y ahora Diego Valadés.

Estimo, pues, que como el próximo año se celebrarán los cuarenta años del Instituto, debemos rememorarlos todos, no necesariamente en un congreso iberoamericano, sino en encuentros regionales o locales, como varios de los que se han reunido en los últimos años, no solo en México, sino en la Argentina, Brasil, Colombia, Venezuela, Perú, Chile, etc. En estos cuarenta años son muchos los colegas de la primera hora que no nos acompañan hoy en día. Recordemos a Jorge Carpizo, y para no alargar demasiado la lista, menciono tan solo a los

colegas argentinos Germán J. Bidart Campos, Pedro José Frías, Guillermo Becerra Ferrer, Mario Justo López, entre otros.

En el pasado, hubo constitucionalistas destacados en nuestros países, que no solo intercambiaban libros y correspondencia, sino que asistían a eventos a los que eran invitados. Figuras relevantes como Emilio Rabasa, los Jiménez de Aréchaga, Pontes de Miranda, Carlos Sánchez Viamonte, Rafael Bielsa, eran ampliamente conocidos y sus obras circulaban entre nosotros. Algunos de ellos mantuvieron entre sí contactos personales y sobre todo epistolares. Esta riqueza de las cartas que antes existía, se ha ido extinguiendo poco a poco, pues el mundo del internet ha puesto en uso los correos electrónicos, que permiten la velocidad en el contacto, pero que propicia misivas cortas, entrecortadas y en veces como consecuencia de ello, un aligeramiento del lenguaje que trae consigo la deformación y la pobreza de la expresión.

Pero todo esto, como decía, eran gestos o eventos pequeños, aislados, muy meritorios en función de las épocas, en donde las distancias eran grandes y todavía no habían sido acortadas por el avión. Por el contrario, el movimiento que nace tímidamente en Buenos Aires en 1974 y se asienta en México en 1975, ha creado, con los años, una verdadera comunidad constitucional latinoamericana que antes no existía, que se conoce personalmente entre sí, que saben lo que se produce en otras partes, y que con relativa frecuencia se encuentran en eventos de índole académica, alternando igualmente con colegas españoles e italianos. Lo cual, es decididamente nuevo y enriquecedor.

Sin embargo, hay países en la región en los cuales nuestro Instituto no ha llegado. Son pocos, felizmente, pero son. Pero precisamente estamos empeñados en esa tarea. Una similar es entrar en contacto con grupos fuera del ámbito iberoamericano, que tengan interés en nuestra temática y en nuestros problemas, y eso explica que se haya aprobado la existencia de secciones fuera de nuestro ámbito geográfico, como son la italiana y la norteamericana, y estén otras en vías de formalización. El requisito, por cierto, es que sean académicos que conozcan y tengan contacto e interés con lo nuestro, pues ese es precisamente lo que nos une. Pienso de esta manera, que al mismo tiempo que nos asentábamos en nuestro propio terreno, buscábamos extendernos a otros ámbitos, lo cual se ha hecho en forma pausada y

progresiva. Y con la idea-fuerza que nos guía: contribuir a la expansión y consolidación de la vida y el estudio constitucional de nuestros países.

II

El constitucionalismo fue, sin lugar a dudas, nuestro objetivo al crearnos como entidad dedicada a su cultivo. Pero no cualquiera de ellos, sino el que viene de la mejor tradición liberal europea, enriquecida por los aportes americanos, tanto de los Estados Unidos como de nuestra propia Latinoamérica. Por tanto, ese era nuestro afán. Pero curiosamente, el régimen constitucional, entendido valorativamente y no en forma neutra, casi no existía en nuestras tierras. Se daba, si se quiere, un deseo o una pretensión, más que una realidad. Los golpes de Estado y los gobiernos militares, con distinta connotación, cubrían prácticamente toda la región. Un país con una gran tradición democrática, como es el caso de Chile, había caído con el golpe de Pinochet en 1973, es decir, un poco antes de que nos constituyésemos. El caso de Cuba era especial, y ya para entonces eran más las desilusiones que despertaba que los entusiasmos. Sobre todo por su subordinación y vasallaje ante la entonces poderosa URSS. El mismo México era también singular: formas sólidas y respetuosas, pero un partido hegemónico que duró mucho. Estábamos pues, luchando contra la corriente, pero el tiempo nos dio la razón. Apostamos por lo que no existía, y a la larga no nos sentimos defraudados. Sería demasiado necio decir que contribuimos a ese cambio, sino más bien que estuvimos ahí para apoyarlo, muy modestamente, por cierto. Y hoy felizmente las cosas son distintas.

III

Lo anterior es válido desde un punto de vista político, ya que la Constitución reposa en un mundo político, que se mueve con cierta autonomía con respecto al mundo social y económico. Pero ésta es la acepción clásica de Constitución, y así se entiende aun ahora. Se habla, pues, de una constitución democrática y de una democracia constitucional. Y ese ha sido el paradigma.

Lo que ha sucedido, sobre todo en el período de entreguerras, es un cambio cualitativo en el mundo político, que se ha movido hacia otros fines y con horizontes distintos. Así, el concepto de democracia ha querido extenderse al mundo económico y social y se ha hablado de democracia económica o democracia económico-social o social a

secas. Con eso se ha querido conectar el constitucionalismo no solo con el desarrollo, sino con la existencia de una sociedad igualitaria y de un bienestar mínimo, en donde las carencias de lo elemental no existan o se den en proporciones razonables. Este signo de los tiempos se agudiza sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, e influye mucho en la importancia que ahora se dan a cierto tipo de índices que se consideran básicos: la nutrición, la salud, el alfabetismo, la mortandad infantil, la educación, el ingreso per cápita, etc. Y que a la larga muestra una desigualdad de ingresos y de satisfacciones de grandes capas de la población.

Se sostiene entonces que mientras no exista un mínimo de bienestar y de goce de bienes materiales, no puede darse un régimen constitucional y democrático duradero, lo cual no siempre es exacto. Pero dentro de un modelo que aspira a realizar una democracia en un marco constitucional, el bienestar de su población, sin lugar a dudas, garantiza o en todo caso ayuda a una mayor permanencia de un sistema democrático y constitucional. Y fomenta la confianza en él.

A fin de afrontar este problema – que siempre existió pero del que solo se tomó conciencia a partir de las secuelas que dejó la Revolución Industrial – es que surgieron corrientes que implicaban un nuevo modelo de vida política o si se quiere, una nueva concepción democrática y constitucional. El gran experimento en este sentido fue el soviético, que nacido en 1917 duró muchas décadas, hasta que colapsó poco antes de que finalizara el siglo XX. En paralelo, las democracias clásicas occidentales intentaron otras vías de perfeccionamiento en el conocido Estado social o Estado de bienestar, que si bien tienen orígenes distintos, a la larga convergen en la misma dirección. Y ambos se desarrollaron en el siglo XX y aun antes.

La gran discusión de los años sesenta y setenta del siglo pasado, era definir cuál era la verdadera democracia y por tanto en donde debería asentarse el verdadero constitucionalismo (democracias occidentales versus democracias populares). Esto se extendió al campo concreto de los derechos humanos, en donde el debate se polarizó en dos bandos, en donde cada uno reclamaba el privilegio de defender los auténticos o los importantes: los civiles y políticos, por un lado; y los económicos, sociales y culturales, por otro. Este debate fue fructífero y sigue siendo de interés, pero no ha sido cerrado pese a la declaración de las Naciones Unidas, en el sentido de que todos ellos

son de igual categoría: lo son en teoría, pero no en la práctica. Pero al haber desaparecido el mundo bipolar y la guerra fría, ha perdido la virulencia de antaño.

Y con esto volvemos al punto de partida: y es saber si el constitucionalismo necesita la democracia política y también la democracia económica o social. Por mi parte, diré que me resulta difícil hablar de democracia económica o social, pues entiendo que son términos extrapolados y mal empleados. Más vale reconocer nuestra realidad, que han descrito muy bien los sociólogos y economistas en relación con nuestro mundo: lleno de desigualdades, riqueza mal distribuida, ingresos por cápita discretos y dispares, ausencia o malos servicios de salud, de educación, explosión demográfica que a veces vuelve inútil todo proyecto, etc. Pero es indudable que con una base social y política más compensada y menos desigual, la democracia política y el constitucionalismo florecen mejor y tienen más posibilidad de sostenerse y afinar rumbos. Es decir, el concepto clásico de “democracia” sigue siendo válido, pero su adecuado funcionamiento requiere de ciertos supuestos. Que, sin ser indispensables, son de gran relevancia y eventualmente podrían ser condicionantes.

En estos años han pasado muchas cosas en nuestros países, pero en forma desigual. Hubo la década perdida de los 80, los años mejores de los 90 y el malestar de la crisis mundial que nos llegó a poco de iniciado el nuevo siglo y se exteriorizó el 2008. No ha habido una correspondencia entre los niveles económicos y las estructuras políticas, sino muy ocasionalmente. Pero en contraste llegamos al siglo XXI con una mayoría muy notoria de democracias representativas en nuestro continente. Pero también con sus peculiaridades.

IV

Si volvemos al inicio, esto es, a los años setenta, vemos que a nivel político se ha avanzado considerablemente. Esto coincidió con la llamada “tercera ola” por el politólogo Huntington, quien celebró el retorno a la democracia en los países de América Latina, pero sin llegar a los extremos triunfalistas de Fukiyama. Esta “tercera ola” fue exitosa en casi todas partes. En México, por ejemplo, se avanzó hacia una democratización del sistema que lo hizo más transparente y democrático; volvieron las democracias con mayor representatividad en Argentina, Brasil, Chile, Perú, Ecuador, etc. El caso de Cuba sigue siendo singular, si bien el retiro oficial de Fidel Castro ha he-

cho mejorar las relaciones con su entorno y ha permitido una cierta liberalización que avanza lentamente. La caída de la URSS en 1991, afectó grandemente el modelo cubano y lo ha obligado a cambios en su política económica, que tiene indudablemente sus consecuencias.

En estos años ha habido ciertos avances de los que señalamos algunos: el crecimiento de la población electoral, pues son menos los impedimentos del voto y se exige menor edad que antes (por lo general 18 años, aun cuando algunos países como Cuba exigen solo 16 años); mayor transparencia en el manejo económico, afirmación de la jurisdicción constitucional expresada en dos fenómenos: el afianzamiento de los procesos constitucionales y de la magistratura, sea la común o la especializada (en estos casos, llegando incluso a la creación de cortes o tribunales constitucionales, que en la actualidad son siete en América Latina: el último, creado en 2010 está en funciones en la República Dominicana), reformas del Estado, entre otros.

A esto se agrega la discusión y aprobación de nuevos textos constitucionales, y la renovación de los dos más antiguos: el de México, vigente desde 1917, pero con innumerables reformas, y el de Argentina, desde 1853, pero con una muy importante revisión en 1994. Además, se han introducido otras innovaciones o mejor dicho se han agudizado, como son los elementos parlamentarios en nuestros clásicos modelos presidenciales, contra los cuales se ha luchado denodadamente, pero sin éxito. El híper - presidencialismo más que el presidencialismo, sigue siendo nuestro gran problema.

Aspectos importantes son haber reconocido que al lado de nuestro legado hispánico (y europeo) e indígena o vernacular, presente en unos países más que en otros, tenemos también ingredientes orientales - de origen chino y japonés - así como africanos, sobre todo en el Brasil y en algunos países del Caribe.

En síntesis, más allá de las carencias o faltantes en el orden económico, es obvio que a nivel de reconocimiento social, racial y cultural, y sobre todo político, se ha avanzado enormemente, en especial en los últimos tiempos.

A esto debe agregarse un fenómeno nuevo que no está en la agenda. Y es la presencia de la "globalización" (término creado en la década de los sesenta) que empezó siendo únicamente económica, pero que ha ido ingresando lentamente a otros campos. Caída la Unión Soviética, con lo cual nacieron nuevos países libres de toda

tutela, “modernizada” la China –comunista en lo político pero capitalista en lo económico – fortalecido el bloque europeo, el mundo ha cambiado muy sustantivamente, en donde la globalización ha traído muchos avances, mucha transparencia, pero también ha acentuado las desigualdades. Frente a ella, los países menos desarrollados han adoptado diversas medidas para poder negociar en este nuevo entorno y no ser avasallado por él. Y en eso estamos todavía. Este panorama es muy interesante, pero no deja de tener sus bemoles.

V

En el plano constitucional se dan cuatro fenómenos que debemos considerar: primero es el problema de la reelección presidencial; el segundo es la introducción de la segunda vuelta (*ballotage*) en nuestros sistemas electorales; el tercero la unión de gobernantes – y también de países – en busca de una nueva política que tenga un alcance regional. Y la cuarta, el auge de los derechos humanos en cuanto *desideratum*, consagrados a nivel constitucional y su defensa, tanto a nivel interno como supranacional. Todos ellos tienen un inicio que se remonta a algo más de treinta años.

La reelección presidencial es uno de los temas recurrentes en nuestra América. Viene de antiguo, pero en un sistema presidencial aparece en realidad solo con la Constitución norteamericana de 1787, limitada a una sola reelección, ejemplo fijado por Washington que fue respetado por los que lo sucedieron. Solo Roosevelt, aprovechando la coyuntura y de que no existía prohibición expresa, se reeligió cuatro veces respaldado en su éxito con la política del *new deal* (1933-1945). Esto motivó que se prohibiera por expresa enmienda constitucional de 1951 y desde entonces ha sido respetada.

En la América Latina la reelección apareció en un primer momento en el siglo XIX, pero luego llegó a limitarse y con diversas modalidades llega hasta hoy, con los matices que señalamos más adelante. En realidad, el siglo XIX fue en la América Latina, por lo menos hasta la década de 1860, de gobiernos inestables, golpes de estado, crisis económicas, preeminencia de caudillos, guerras civiles e internacionales, en donde la conquista del poder por la fuerza era algo normal. Recién en México, con la Constitución sancionada en Querétaro en 1917, tras la amarga experiencia de Porfirio Díaz – treinticinco años en el poder, directa o indirectamente – se aprobó el principio de no reelección en forma absoluta. Y desde entonces

fue respetado, pero no necesariamente en forma terminante, como es el caso mexicano, sino prohibiendo la reelección inmediata. Y esta fórmula prosperó con algunas variantes, como fue el caso de Venezuela bajo su Constitución de 1961, en la cual había que esperar dos períodos para poder postular a la presidencia. Lo hizo Carlos Andrés Pérez y luego Rafael Caldera, que afrontó la crisis de los partidos que venía desde atrás, y que abrió la puerta al “chavismo”.

Pero esta sana costumbre empezó a cambiar a partir del ejemplo de Fujimori en el Perú. Luego del autogolpe que propició en abril de 1992 - al estilo de Bordaberry en el Uruguay, pero con éxito - engrdeído por el apoyo popular de que gozaba, hizo aprobar una nueva Constitución en 1993 - que con cambios sigue vigente - en donde permitió la reelección presidencial inmediata. Pero por diversos artilugios legales, postuló por tercera vez en el año 2000. Es decir, fue elegido tres veces presidente en forma consecutiva: 1990, 1995 y 2000. Su último período, como sabemos, no lo llegó a concluir y duró solo unos meses. Pero lo importante es que a partir de aquí una fuerte tradición constitucional peruana y de gran parte de nuestra América, se quebró. El ejemplo de Fujimori fue a la larga funesto.

Sobre la base de esta novedad, la idea de la reelección empezó a cundir por nuestra región. Así en los casos de Uribe (Colombia), Cardoso y Lula Da Silva (Brasil), Chávez (Venezuela), Menem y los Kirchner (Argentina), Evo Morales (Bolivia) y Correa (Ecuador) a los que se suma los propósitos reeleccionistas que aspira Humala en el Perú, no tanto él directamente, sino su esposa Nadine Heredia, que ha empezado a mostrar una fase parecida a Evita Perón - dádivas y populismo con apoyo estatal - pero sin el encanto de la lideresa argentina.

Hay casos interesantes que destacar: por un lado, gobernantes que no han querido ir más allá de dos períodos (caso Cardoso y Lula Da Silva) y que se han contentado con solo una reelección inmediata. U otros como Tabaré Vázquez, en el Uruguay, que rechazó expresamente una reelección que le ofrecían en bandeja. Pero las ambiciones de Uribe fueron bloqueadas por una decisión histórica de la Corte Constitucional de Colombia, que por cierto acató, pues pretendía quedarse un tercer período. El caso de Manuel Zelaya en Honduras es peculiar. Quiso forzar una reelección prohibida, pero fue depuesto militarmente y de inmediato.

Ahora bien, reflexionando sobre la figura de la reelección inmediata, que es nueva entre nosotros, hay que señalar que en sí misma no es buena ni es mala. Si se impuso la no reelección fue porque se consideraba que era una forma de impedir que los caudillos se perpetuasen en el poder, teniendo a la vista los excesos del siglo XIX. Pero en los regímenes parlamentarios existe sin problemas, porque la estructura del poder es otra. Así, conocemos jefes de gobierno europeos (con distintos nombres como Premier o Canciller) que duran varios años y el país no se altera ni sufre las consecuencias políticas de esta permanencia. Pero la situación es distinta en los países de corte presidencial, como son los de América Latina.

Una situación particular presenta el presidencialismo de los Estados Unidos, en donde se permite la reelección por una sola vez: o sea, siendo el período presidencial de cuatro años, se puede aspirar a un total de ocho. Generalmente, los presidentes terminan siendo reelectos, pero no siempre sucede así, como fue el caso de Jimmy Carter. Pero el mundo norteamericano es diferente al nuestro, pues tiene elementos característicos que no se dan entre nosotros. Algunos de ellos son: **a)** nunca en su historia ha habido un golpe de Estado, **b)** todos los presidentes han sido civiles, y si hubo militares (caso Eisenhower) eran retirados, **c)** se ha respetado el principio de la alternancia, **d)** existen poderes que controlan al Presidente y que son independientes, como es el caso del Congreso y del Poder Judicial, y **e)** su estructura federal permite que los problemas del día a día lo resuelvan los Estados, pues cada uno de ellos replica, a nivel local, la estructura del poder federal. Aun así, el caso excepcional de Roosevelt no se ha repetido ni podrá volver a repetirse.

Tomando como referencia a este país, puede desprenderse que cuando adicionalmente existe una clase política madura y una opinión política vigilante, la reelección inmediata puede no constituir un peligro. Pero sin olvidar que la alternancia es clave para el funcionamiento de una democracia constitucional, y requisito para que los demás aparatos del poder funcionen. Así, podemos traer a colación el caso ejemplar de Uribe en Colombia y de Cardozo y Lula Da Silva en el Brasil, en donde sus reelecciones no pervirtieron el sistema ni lo vaciaron de contenido. Pero estas son excepciones que no siempre se repiten y quizá todavía no tengamos la suficiente madurez política como para poder aceptarlo. Pero en ningún caso se debe permitir, pienso yo, más de dos períodos consecutivos.

Pero al lado de los casos de Colombia y el Brasil, que son de excepción, tenemos otros que demuestran lo contrario: es decir, han incurrido en un fraude a la Constitución, pues sirviéndose de los modales y formas democráticas, la han pervertido y se reeligen cada vez que pueden, e incluso lo hacen a través de modificaciones constitucionales. El ejemplo, pues, partió de Fujimori, que hoy está en la cárcel luego de una severa condena (si bien se está deteriorando por un cáncer que avanza lentamente). Lo que ha seguido es conocido: Chávez ha estado 14 años en el poder y ha sido sucedido por quien él mismo designó; Evo Morales tiene 7 años y va a la reelección, Correa acabará en 2017 luego de doce años en el poder; si bien ha anunciado que tras acabar este tercer período, se retirará de la política y se irá a vivir a Bélgica (lo que anoto en mi agenda para ver si realmente lo hace). Y sin olvidar el caso argentino: Menem quien estuvo diez años en la presidencia (1989-1999) y que acaba de ser condenado judicialmente, y los Kirchner.

El problema de la reelección presidencial es siempre complicado, pues como es sabido, el ejercicio del poder desgasta, más aun si se trata de períodos largos, y ésta es una constante histórica. ¿Qué se puede hacer en esta situación? Ha habido presidentes que han acabado con un nivel muy bajo de aceptación, pero con el tiempo, las aguas vuelven a su nivel y es probable que el ex presidente vuelva a la arena política y a la más alta magistratura. La solución es muy sencilla en el caso de Cuba: eliminar a la oposición por todos los medios, crear un cordón migratorio en la Isla, expropiar todo esfuerzo que no coincida con lo suyo, hacerse de todo el aparato productivo, eliminar la prensa creando una que sea incondicional, bloquear las noticias del exterior y crear una administración servil. Solo así se explica la permanencia de un régimen instaurado en 1959, que es hoy anacrónico y vetusto. Y lo que ha sucedido en Cuba es que desaparecida la URSS en 1991, tuvo que abrirse a otros caminos y con los años ha producido una apertura hacia el exterior, que ya sabemos cómo acabará.

Pero en países más grandes, con una población notoriamente superior, el simple uso de la fuerza o el control de todos los medios – de información y de producción – no siempre es posible. No queda más remedio que el amedrentamiento, por un lado, y por otro el populismo, o sea regalar a manos llenas lo básico que necesita la población, de manera tal que a la larga, por temor a perder lo que tienen, la población termina aceptando al gobierno de turno. Ya no se recurre,

como antaño, a los burdos fraudes electorales - como era habitual en las épocas de oro del PRI en México - sino a la manipulación de las masas, a las que sutilmente se chantajea, como sucede de manera especial en Venezuela y en la Argentina de los Kirchner (un período total de diez años que pugnan por alargarlo aun más, a los que habría que sumar el populismo errático de Menem).

Es obvio, pues, que el mantenimiento de la reelección indefinida, es solo posible con manipulación, populismo y chantajes. No hay otra explicación, por lo menos en nuestro presidencialismo latinoamericano y teniendo a la vista las lecciones recientes de la realidad.

Otro tema nuevo pero recurrente, es la introducción de la segunda vuelta electoral como vía de legitimación, pero solo para el Poder Ejecutivo. Si bien con antecedentes en el Medioevo, en nuestra América aparece a mediados del siglo XX, pero se formaliza y crea corriente de opinión en 1979, pues ese año lo tienen Costa Rica, Ecuador y el Perú. Este fenómeno generalmente iba de la mano con la reelección presidencial y tenía su inspiración más cercana en el modelo político de la Quinta República francesa, si bien en forma bastante libre. Hoy la practican Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Salvador, Guatemala, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Uruguay. Naturalmente existen variantes que permiten ganar con menos del 50% de los votos (Argentina, Costa Rica, Ecuador, etc.).

Uno de los motivos que sustentó su introducción y sobre todo su rápida aceptación en un período relativamente corto, es que ello aseguraba o mejor, afianzaba la figura del Presidente de la República y le daba una mayor legitimidad para poder gobernar y acabar su período. Razones de carácter simbólico, si se quiere, pero la experiencia demuestra que la incorporación de la segunda vuelta no ha mejorado la gobernabilidad y que a veces ha tenido resultados contraproducentes.

Otro aspecto importante es la globalización, que avanza considerablemente en la medida que los dos polos de poder del período de la guerra fría ya no existen y se ha entrado, por así decirlo, en un mercado libre o relativamente libre, pero de carácter mundial. Empezando por el mundo de la informática, las barreras de información se han roto y también las del comercio, con lo cual se agiliza la economía, pero también se agudizan sus contradicciones. Y todo esto

incide en el aparato constitucional, pues al internacionalizarse todo, el Estado tiene que replantear sus metas y sus poderes. El mundo globalizado ha achicado enormemente la soberanía de los Estados y por tanto su capacidad de accionar. Los Estados tienen que aplicar sus constituciones cada vez más acorde con el mundo internacional y con los numerosos tratados existentes. Por cierto, esto no va a conducir a un gobierno mundial ni tampoco a un gobierno regional, pues estamos muy lejos de eso. El ambicioso proyecto de Constitución Europea fracasó ruidosamente, pues el intento era demasiado ambicioso. Una cosa, en efecto, es estar de acuerdo en los temas económicos, y muy otra es estarlo en materia política y de gobernabilidad. Esto lo vemos claramente cuando comprobamos que existe un banco central europeo, pero no existe un Poder Judicial europeo.

El ideal integracionista se ve hoy seriamente amenazado, y en todo caso, postergado. Al lado del ALBA y del UNASUR, entidades políticas que no tienen ni siquiera una sede central, se ha formado en 2012 la Alianza del Pacífico que une a México, Colombia, Perú y Chile, que es más formal y que tiene sobre todo propósitos económicos y teniendo en la mira no solo incluir más países, sino el acercamiento a las grandes economías de China, India y Japón. Y que por tanto tiene un mayor futuro.

VI

El problema de las diferencias ideológicas, que se manifiesta en aspectos internacionales, tiene estas facetas, centradas en lo que se ha llamado “el socialismo del siglo XXI” que hasta ahora, aparte de un verbalismo externo, se ha traducido en populismo, o sea, en regalar bienes y servicios para fomentar un clientelismo político, que a su vez garantiza el voto para el retorno de los líderes o su mantenimiento en el poder. Y esto se da también a nivel de la región, en donde Venezuela financia, en mayor o menor medida, a los países que lo necesitan o lo reclaman, incluso en obras de infraestructura o de compra de deuda externa.

El fenómeno, como se sabe, empezó con Hugo Chávez, que luego de una rápida campaña llena de agresiones a su antecesor, Rafael Caldera, llegó al poder en elecciones de diciembre de 1998, hizo aprobar una Constitución *ad hoc* en 1999, inmensa, repetitiva y con aciertos en lo formal, en donde lo que se escondía en realidad era la reelección presidencial indefinida. Aprovechando el *boom* del pe-

tróleo y su escalada de precios, dedicó mucho tiempo y dinero en defender un ideal bolivariano - por eso le cambió de nombre al país sin haber leído nunca a Bolívar, pese a que en ese país la literatura sobre Bolívar es apabullante -. Alimentado de oídas, se dedicó a defender lo que llamó pronto el "socialismo del siglo XXI" que solo era una manera de aliviar a los menesterosos con regalos y subsidios, que a la larga lo único que hizo fue empobrecer a la población. Con la mira puesta en el exterior, empezó a financiar y apoyar a diversos países, incursionando incluso en donativos a las campañas electorales de políticos afines a su pensamiento, como es el caso de Humala en el Perú y Morales en Bolivia. Así promovió el ALBA ("Alternativa Bolivariana para América Latina y el Caribe") que se fundó en La Habana y tiene como miembros a Venezuela, Bolivia, Cuba, Ecuador y otros países del mundo anglófono, unos como miembros titulares y otros como observadores y que persigue también fines comerciales pero restringidos y más puntuales. Por otro lado, el UNASUR (Unión de Naciones Sud-americanas), es más abarcador e incluye a toda la región, pero con pretensiones sobre todo políticas. Por un acto libérrimo del Congreso paraguayo - que destituyó constitucionalmente al presidente Lugo - dicho país fue separado del UNASUR - por lo menos por ahora - en parte por temor a que se repitiese lo mismo en sus respectivos países, en parte por desconocimiento de la problemática interna y el temor de no ser apoyado por el sucesor. UNASUR es sobre todo un movimiento de base ideológica, que pretende imponer o influenciar ciertas medidas comunes con miras al exterior, pero sin que haya logrado totalmente sus objetivos. El MERCOSUR -Brasil, Argentina, Paraguay, Uruguay y Venezuela, éste último incorporado en forma muy forzada hace poco - también está influenciado por esta política, pero sus objetivos son otros, más bien de carácter económico. Por el contrario, el UNASUR es una simple coordinación de jefes de Estado que intentan hacer movimientos o presiones de carácter político. La muerte de Chávez - víctima de un cáncer que lo llevó a la muerte en pocos meses - tuvo que buscar un sucesor incondicional en un diligente asistente suyo a quien nombró en vida - Maduro - que ha asumido la presidencia en medio de una serie de cuestionamientos, que han dividido al país. Como el presidente reemplazante no tiene ni el carisma ni la energía que su predecesor, y aun más se le ve como una mala copia del original, es difícil saber cuánto durará. Y por eso, su período es por ahora de pronóstico reservado.

Otro país cercano a él, es Bolivia, cuyo presidente Evo Morales, siguiendo el ejemplo venezolano, modificó la Constitución – si bien es cierto que estaba preparado esto desde antes – y dio una nueva Carta que, para los records de Guinness, fue aprobada en un cuartel militar. Al igual que Chávez, es de tomar decisiones, pero al revés de éste, ha declarado que no lee libros, de lo cual se desprende que otros lo leen por él. Toda su Constitución está en función suya y por cierto que ya apostó a la reelección, que se la ha confirmado su Tribunal Constitucional Plurinacional. Su Constitución, además, tiene una estructura deficiente con un texto enredado y poco claro.

Argentina es otro caso afín, pero de origen distinto, ya que se trata de un país con un mayor nivel de cultura política que los otros, pero que se mueve en péndulo desde el momento en que el peronismo ingresó a la política (década de los cuarenta del siglo pasado) del que aun no se libra del todo. Las presidencias de Menem y luego la de los esposos Kirchner, no han hecho más que agravar las cosas, con políticas populistas exageradas y con actos de corrupción, antes y ahora. Al igual que los otros países, existen controles que tratan de esconder la realidad, y naturalmente, la reelección es parte de la agenda. También lo es eliminar a la oposición, en especial de los medios, con métodos aparentemente refinados. Y sobre todo esconder las cifras por temor a revelar las consecuencias catastróficas de la administración del Gobierno.

En el Ecuador la situación es parecida, pero con mayores espacios democráticos y quizá menos acosos a la oposición, respaldados también en sus recursos petroleros. Al igual que en los otros países, la reelección está a la orden del día y Rafael Correa – con discursos altisonantes y agresivos como los otros – ha asumido por tercera vez la presidencia de la República (mayo de 2013).

Estos cuatro países son los que, más o menos, impulsan un nuevo tipo de régimen político, en donde las constituciones son solo un pretexto para quedarse en el poder, si bien es cierto que no se ha llegado a las dictaduras de los años treinta. Se ha cambiado de signo y ahora los autoritarismos se hacen bajo una fachada democrática – apoyo del pueblo – y bajo la forma de una Constitución. Es tiempo, pues, de decir que existe entre nuestros países una nueva vertiente de fraude a la Constitución, que merece un análisis detenido por parte de los estudiosos.

Es bueno señalar las diferencias entre los antiguos gobiernos del pasado y los actuales que hemos mencionado - en especial Venezuela, Ecuador, Bolivia y la Argentina -. Y es la siguiente: las clásicas dictaduras del siglo XIX (Santa Cruz en Bolivia, Rosas en la Argentina, el doctor Francia y los López en Paraguay, Guzmán Blanco en Venezuela, Porfirio Díaz en México) se cubrían de fachada democrática, pero no escondían sus propósitos, o en todo caso los disimulaban muy bien. Y gozaban de indudable apoyo al extremo que muchos intelectuales de la época teorizaron sobre el “gendarme necesario” y su necesidad en nuestros pueblos (José Santos Chocano, Francisco García Calderón, Laureano Vallenilla Lanz, Emilio Rabasa). Posteriormente, las democracias recortadas que gobernaban al margen de una mayoría que no votaba o no participaba, guardaban las formas, pero en general no molestaban a los demás. Y todo esto en una época distinta y en formación, como era el siglo XIX. Los gobiernos que irrumpen y siguen el modelo chavista, pretenden imponerse por la fuerza y por el soborno en el interior y con apoyo político y económico en el exterior. Es decir, pretenden pilotear el rumbo de nuestra política internacional, pero en bloque y sin disidencias. Todo este movimiento fue creciendo lentamente pero en forma segura, al mando de un caudillo natural y carismático como Chávez, que sabía utilizar su riqueza petrolera y los altos precios internacionales para subsidiar a varios gobiernos de la región. A su fallecimiento ha sido reemplazado por un segundón que no tiene o no muestra - por lo menos hasta ahora - las habilidades de su predecesor. De ahí que sea difícil decir si esta nueva fase del constitucionalismo latinoamericano o mejor dicho, seudo constitucionalismo, sobreviva o no.

Un último punto que hay que destacar en estos años es el relativo a los derechos humanos y su generalizada aceptación. A tal extremo que mientras para unos es un apostolado casi religioso, para otros se ha convertido en negocio y *modus vivendi*, que naturalmente está bien rentado. Pero al margen de esto, es indudable que la defensa de los derechos humanos se ha extendido tanto a nivel interno, como a nivel externo. En lo interno, se han aprobado los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos. Y se han introducido mecanismos procesales para su defensa, que se ejerce ante las jurisdicciones nacionales, sea en tribunales ordinarios o especializados, como son los tribunales o cortes constitucionales, o incluso las Salas Constitucionales, creación de nuestro continente, que se remonta a

décadas atrás (en la Constitución cubana de 1940 y varias más en la actualidad, de las que destaca la de Costa Rica, creada en 1989).

En lo externo ha operado en los últimos años, con relativa eficacia, el llamado “sistema interamericano de derechos humanos”, consistente en una Comisión, que es un órgano en realidad administrativo, pero que se ha tomado, en mi opinión, licencias indebidas como atribuirse mediante reglamento competencias que no le corresponden, y la Corte Interamericana, que tiene una mayor consistencia. Ambos son, más allá de sus carencias, elementos importantes en la defensa y promoción de los derechos humanos, lo que está demostrado por el hecho de que los países que abusan de ellos o lo desconocen, lo primero que buscan es apartarse del Sistema. Señal evidente de que les incomoda y que prestan un servicio muy útil, cuando los poderes judiciales internos están sujetos al poder político, como se ve en varios de nuestros países. La Corte Interamericana ha producido gran cantidad de fallos en los últimos años, con aportes interesantes, como es el “control de convencionalidad” a raíz del caso “Almonacid” de 2006. A lo que hay que agregar que muchos de nuestros países se han alineado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como es el caso importante y reciente de México.

VII

Si queremos hacer un balance, si bien provisional, de nuestro recorrido constitucional en estos lustros, tendremos que llegar a la conclusión de que algo hemos avanzado. Hemos superado las lacras del siglo XIX, fruto de un desarrollo desorbitado y mal orientado, consecuencia de países nuevos que no tenían ni siquiera un norte claro ni menos aun la práctica del autogobierno. Como bien se ha dicho, nuestros pueblos se emanciparon de España violentamente, y de Portugal, algo más pausadamente, por la relativa singularidad del proceso constituyente del Brasil, que pasó pacíficamente de ser un imperio a república en 1891. Los demás pueblos se independizaron y nacieron como tales peleando contra España, pero otros peleando contra sus vecinos, como es el caso, para no extender la lista, de Uruguay – nacido por mediación de Inglaterra y como manera de resolver problemas de dos países limítrofes – o Ecuador, que se desprendió de la Gran Colombia para liberarse de Bolívar. En otro extremo tenemos a Panamá, cuyo nacimiento en 1903 obedece a in-

tereses muy cercanos al canal del mismo nombre, en especial de los Estados Unidos.

El siglo XXI amanece, sin embargo, con buenos augurios, pero pronto surgirán ideas que pretenden un liderazgo unificado, cercano a Cuba, pero financiado por el petróleo venezolano. Aparece así una nueva izquierda latinoamericana, que pretende ser original y moderna. Y al lado de las democracias representativas que se afianzan lentamente, tenemos otro grupo de países que pretenden una hegemonía política y monopolizar la acción exterior de nuestros estados. Esta tendencia, aun cuando parezca amenazante, no tiene todas las cartas en la mano y sus logros no son significativos. Por el contrario, la gran mayoría de los países afianzan su fe en una renovada democracia liberal con inquietudes sociales y a ello hay que apostar. Y es que como decía Pascal en lo referente a la búsqueda del reino de Dios, hay que seguir en esa misma ruta, “a tientas y gimiendo”.

Lima, junio de 2013

Bibliografía: Es inmensa sobre el tema, si bien hay que aclarar que existen pocas investigaciones de conjunto, por lo que es obligado recurrir a los principales manuales existentes en cada país del área. Dentro de esas limitaciones señalamos, como panoramas que exponen el trasfondo político del devenir constitucional, los siguientes: Tulio Halperin Donghi, *Historia contemporánea de América Latina*, Alianza Editorial, Buenos Aires 2010; Manuel Lucena, *Breve historia de Latinoamérica. De la independencia de Haití (1804) a los caminos de la socialdemocracia*, Edic. Cátedra, Madrid 2007; Olivie Dabéne, *América Latina en el siglo XX*, Editorial Síntesis, Madrid 2000; Loris Zanatta, *Historia de América Latina. De la colonia al siglo XXI*, Edit. Siglo XXI, Buenos Aires 2012; Jorge Abelardo Ramos, *Historia de la nación latinoamericana*, Ediciones Continente, Buenos Aires 2011 y sobre todo Alain Rouquié, *A la sombra de las dictaduras. La democracia en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2011. Planteos generales: Jacques Lambert, *América Latina. Estructuras sociales e instituciones políticas*, Edit. Ariel, Barcelona 1970; Manuel Fraga Iribarne, *Sociedad, política y gobierno en Hispanoamérica*, Instituto de Estudios Políticos, 2da edición, Madrid 1971; Alain Rouquié, *América Latina. Introducción al extremo Occidente*, Editorial Siglo XXI, México 1989; Edwin Williamson, *The Penguin History of Latin America*, Penguin Books, London 1992; Hum-

berto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, México 1991; Domingo García Belaunde, Francisco Fernández Segado y Rubén Hernández Valle, *Sistemas constitucionales iberoamericanos*, Edit. Dykinson y otros, Madrid 1992; Pedro Planas, *Nuevas tendencias del Derecho Constitucional en América Latina*, Universidad Católica de Santa María, Arequipa (Perú) 1999; Francisco Fernández Segado, Coordinador, *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, CEPC, Madrid 2003; AA.VV. *Coloquio Centro-América y México. Evolución de la organización político-constitucional 1975-2005*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Secc. Salvadoreña, San Salvador 2008; AA.VV., *Las reformas constitucionales en Latinoamérica y el Caribe*, Comisión Ejecutiva para la Reforma Constitucional, Santo Domingo 2008; Pedro Pablo Venegal Gil, coordinador, *La democracia constitucional en América Latina y las evoluciones recientes del presidencialismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009; AA.VV., *La evolución político-constitucional de América del Sur: 1976-2005*, Humberto Nogueira Alcalá, Coordinador, Santiago de Chile 1999; Dieter Nohlen, *La democracia. Instituciones, conceptos y contexto*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima 2010; Bernard Marquardt, *Los dos siglos de Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, Universidad Externado de Colombia, 2 tomos, Bogotá 2011; Juan Manuel López Ulla, director, *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Pamplona (España) 2011, AA.VV., *Tendências e desafios do constitucionalismo latino-americano*, Monica Herman S. Caggiano, Alexandre Sanson y Karin Pfannemuller Gomes, *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2 vols., São Paulo 2011 y Francisco Fernández Segado, *Estudios de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edit. Adrus, Arequipa (Perú) 2012. Son importantes también las numerosas publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en especial, dentro de lo reciente, *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, Diego Valadés editor, México 2005; Andrew Ellis, J. Jesús Orozco Henríquez y Daniel Zovatto, Coordinadores, *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*, UNAM, México 2009; José Ma. Serna de la Garza, Coordinador, *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, UNAM, México 2009 y *Tendencias recientes del constitucionalismo en Iberoamérica*, Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto, coordinadores, México 2009, así como numerosas publicaciones de Jorge Carpizo,

Diego Valadés, Salvador Valencia Carmona, Héctor Fix-Zamudio, entre otros. Dentro de un marco comparado, cf. *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carozza, A. Di Giovane y G.F. Ferrari, Edit. La Terza, Roma-Bari 2009 (la parte de América Latina corre a cargo de Luca Mezzetti, con muy buena información y excelente bibliografía). De interés es el libro colectivo *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, Dieter Nohlen, Daniel Zovatto, Jesús Orozco y José Thompson, Compiladores, Fondo de Cultura Económica, 2007. Entre los numerosos libros escritos con anterioridad, y que consideran el régimen político de Latinoamérica, cf. S.E. Finer, *Comparative Government*, Pelican Books, London 1978, si bien dentro del rubro general de “tercer mundo” que no es muy apropiado.

Al margen de eso existen en algunos de nuestros países revistas especializadas (“Revista Peruana de Derecho Público” y “Pensamiento Constitucional” en el Perú, “Revista de Derecho Público” en Venezuela, “Cuestiones Constitucionales” en México, “Revista Brasileira de Estudos Constitucionais” y “Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais” en el Brasil, “Estudios Constitucionales” en Chile, etc.). Hay que tener presente el “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano” que se edita desde 2001 a cargo de la Fundación Adenauer, con amplia circulación y temas de actualidad. Aun cuando no vinculadas directamente con lo constitucional, deben mencionarse dos revistas: “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional” que dirige en México Eduardo Ferrer Mac Gregor, y el “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional” que dirige en Madrid Francisco Fernández Segado, las que incluyen secciones importantes sobre temas estrictamente constitucionales. Debe tenerse presente igualmente los congresos iberoamericanos de Derecho Constitucional, el primero de los cuales se llevó a cabo en la ciudad de México en agosto de 1975 y el último, el décimo, en Lima (16-19 de septiembre de 2009, cf.: *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IDEMSA y otros, 2 tomos, Lima 2009).

Mención especial es el tema del control de constitucionalidad que involucra no solo la jerarquía del orden normativo sino además la protección de los derechos fundamentales, que siempre ha sido tratado por constitucionalistas como parte de su disciplina. Pero en los últimos tiempos, esto se ha ido bifurcando y ha dado pie a publicaciones, cátedras y congresos sobre esta nueva temática independiente con el nombre de “derecho procesal constitucional”, que

reúne sobre todo a constitucionalistas, pero también a procesalistas. Un gran panorama de esta novel disciplina puede verse en el *Tratado de Derecho Procesal Constitucional* dirigido por Pablo L. Manili, publicado en tres tomos por la editorial La Ley en Buenos Aires y en 2010. Y también de Eduardo Rozo Acuña, *Le garanzie costituzionali nel diritto pubblico dell'America Latina*, Giappichelli editores, Torino 2006 y Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge University Press, N. York 2009.

Por su importancia, transcribo este largo párrafo de Alain Rouquié:

“Cuando uno se interroga sobre el futuro de esas repúblicas no tocquevillianas, no hay que olvidar que, a diferencia de los nuevos Estados surgidos de la descolonización del siglo XX, las repúblicas de la otra América van a celebrar, a partir de 2010, dos siglos de existencia. Como consecuencia de ello, presentan una particularidad única y que es menester subrayar. Desde hace doscientos años, en este continente, regímenes en teoría representativos fueron desviados, extraviados, mutilados. Conocieron el fraude y los trucajes, las falsas apariencias y simulacros. Y sin embargo, el fuego de la democracia nunca se apagó. Las decepciones estuvieron en la medida de una perseverancia que en ocasiones pareció patética o desesperada. No obstante, desde hace un cuarto de siglo, los Estados del continente tuvieron que enfrentar la herencia de las dictaduras, tentativas de golpes de Estado, tentaciones autoritarias, tempestades institucionales, inmensos enfrentamientos sociales, debacles económicas, alternancias dramatizadas y presidencias trucas en el marco de sistemas representativos reputados como vulnerables y vacilantes. La democracia aguantó a pie firme, porque el tiempo trabaja para ella, incluso a la sombra de las dictaduras. Su permanencia por sí sola es fuente de ciudadanía. Sin lugar a dudas, ésta es la otra cara del misterio democrático” (*A la sombra de las dictaduras*, cit. pág. 351).

CAPÍTULO VI

NOTA SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO*

El tema del Derecho Constitucional Comparado es relativamente reciente, no obstante lo cual ha merecido un cultivo de parte de los estudiosos, que es bastante extenso. No obstante ello, el concepto, el enfoque y sobre todo el contenido de lo que entendemos por esta disciplina –si podemos llamarla así– varía de acuerdo a diversos criterios y diría yo que a tendencias y escuelas. Quizá lo mejor sea dar un panorama al mundo editorial en materia jurídica, para luego hacer algunas reflexiones tomando como referencia una publicación reciente.

Si dejamos de lado la peculiar situación editorial de los Estados Unidos –que además pertenece a otra familia jurídica– Italia debe ser sin lugar a dudas el país que más producción tiene en términos cuantitativos, esto es, en cantidad de libros que pone en circulación cada año. No sé si esto pueda decirse de todas las ramas del saber, pero en materia jurídica lo que producen es realmente impresionante. Por cierto que, como siempre sucede, hay de todo: cosas buenas, regulares, malas, muy buenas y excelentes.

Otro factor importante es que a diferencia de lo que pasa en otros lugares (por ejemplo, en Alemania) los autores italianos no se miran a sí mismos, sino que por lo general tienen presente el entorno europeo que los rodea y muchas veces más allá de estos límites geográficos. Para situarnos solo en el ámbito europeo y en relación con la América Latina, Italia corre pareja con España en todo lo concerniente a relación y simpatía por lo nuestro, más meritorio aun si se considera que nuestra América no tuvo con Italia la ligazón política y jurídica que si tuvimos con España durante tres siglos. Y sin olvidar que, a diferencia de lo que sucedía durante el franquismo –y éste es uno de sus méritos– la España actual ha ido desinteresándose cada vez más de

* Publicado en “Estado Constitucional” (Lima) N° 3, julio-agosto de 2011.

la América hispánica para sumergirse en el espacio europeo, del cual, pese a sus esfuerzos, lo sigue a bastante distancia, aventajando quizá a Grecia y a uno que otro país recién salido del mundo comunista y de las democracias populares.

Por cierto, esto no es la norma general, pero creo que es valerosa en sus grandes términos. Pero volvamos a lo nuestro: estaba refiriéndome a la producción editorial italiana, y en especial a la jurídica y vinculado al constitucionalismo comparado. Y por eso quiero dedicar unas líneas a un extraordinario libro que cayó en mis manos hace algunos meses y que no he dejado de revisar y admirar y que tomo como pretexto para realizar algunas reflexiones. El libro se titula "Diritto costituzionale comparato", y ha estado a cargo de Paolo Carrozza, Alfonso Di Giovine y Giuseppe F. Ferrari (Editorial Laterza, Roma-Bari 2009, 1095 páginas). Acerquémonos a su contenido.

La obra, como se advierte, es un colectivo que tiene tres responsables o curadores, como se dice en la jerga editorial italiana, y veintitrés colaboradores provenientes de diversas universidades italianas. Su división es la siguiente:

Una primera parte va destinada a la metodología y a la historia que incluye trabajos de Giovanni Bonetti (el objeto y el método) y de Paolo Ridola (prehistoria, orígenes y vicisitudes del constitucionalismo). La parte segunda expone las principales experiencias del constitucionalismo democrático que contiene trabajos de Alessandro Torre (Reino Unido), Tommaso Edoardo Frosini (las derivaciones directas del sistema inglés: Australia, Canadá y Nueva Zelanda), Mario Comba (Estados Unidos de América), Enrico Grosso (Francia), Giampaolo Parodi (Alemania y Austria), Myriam Giacometti (España), Romano Orrú (Portugal), Elena A. Ferioli (que desarrolla Suiza, oficialmente Confederación Helvética y Bélgica), Paolo Bianchi (los países escandinavos), Roberto Scarciglia (la "constitución europea"), Giuseppe F. Ferrari (Japón) y Domenico Amirante (La India).

La tercera parte está dedicada a las democracias inciertas y a las nuevas democracias e incorpora trabajos de Luca Mezzetti (América Latina), Laura Montanari (las nuevas democracias de la Europa centro-oriental, o sea, las antiguas democracias populares), Maurizio Oliviero (países del mundo islámico), Paolo Carrozza (el Derecho socialista) y Mauro Mazza (la China).

La cuarta parte abarca los grandes modelos del Derecho constitucional comparado: aspectos juspublicísticos del *civil law* y del *common law* (Giuseppe F. Ferrari), las formas de Estado (Gineva Cerri-Feroni), las formas de Gobierno (Alfonso Di Giovine), sistemas electorales y sistemas de partidos (Tommaso Edoardo Frosini), las relaciones centro-periferia: federalismo, regionalismo y autonomías (Paolo Carroza), la producción jurídica y el sistema de las fuentes (Francesco Palermo), Gobierno y Administración (Paolo Carroza), el Poder Judicial (Mauro Mazza), la Justicia Constitucional (Arianna Vidaschi), libertades y derechos: categorías conceptuales e instrumentos de garantía (Giuseppe F. Ferrari).

Como puede verse de este simple listado, se trata de una obra de muy amplio espectro, que supera largamente el eurocentrismo al que nos tienen acostumbrados muchos autores, incluyendo realidades quizá exóticas y decididamente lejanas. Tratándose de tantos temas y de tantos autores, que en la medida de lo posible han tratado de seguir lineamientos comunes, se presenta de indudable utilidad, y si bien no siempre se puede llegar a profundidades, es indudable que todos ellos, unos más que otros, nos dan elementos de referencia con lo cual podemos orientarnos para futuras lecturas. No es un manual, pues creo que lo excede largamente, pero tampoco llega a ser un tratado, pues existen cosas que no son desarrolladas, sin por eso desmejorar el conjunto. Podría, en todo caso, calificarlo como tratado elemental, en el mejor sentido del término. Al final de cada uno de sus capítulos aparece una bibliografía amplia y comprensiva, pero generalmente desordenada. Habría que pensar para una edición futura en no incurrir en un alarde desorbitado de libros que solo desorientan y confunden al lector. Las bibliografías, si realmente quieren ayudar, tienen que tener un orden, no ser exhaustivas, e incluir cierto análisis o valoración, pues de lo contrario pierden su utilidad. Así, y solo a guisa de ejemplo, en el caso concreto de un país podría tentativamente separarse la bibliografía en diversos aspectos: una parte histórica, otra al tratamiento global y una dedicada finalmente a temas específicos. Y por cierto, que sea escogida y de ser posible con algunos comentarios. Un mundo en el cual lo que más abundan son los libros, poner una larga lista de ellos sin más criterio que el alfabético, parece un fácil expediente para salir del paso y al mismo tiempo de contentar a los amigos, pero termina no sirviendo a nadie. Esta costumbre de exhibicionismo bibliográfico es lo que, por lo general, si-

que la tratadística italiana, a mi parecer, equívocamente. Y que habría que pensar en modificarla. Pero, claro, esto es solo un aspecto, que en nada ensombrece la obra, lo que representa y la manifiesta utilidad que tiene. Y que refleja, sin lugar a dudas, un enorme esfuerzo en su diseño, preparación y elaboración.

El libro, como decimos, apareció hace pocos meses en Italia y es probable que tenga nuevas ediciones, pues la utilidad que presta es evidente. Además, tiene un carácter global y no centrado en algunos temas. Así, por ejemplo, existen en Italia dos libros muy importantes y diría que señeros en materia de Derecho Constitucional Comparado: el de Paolo Biscaretti di Ruffía, eminente autor ya fallecido y cuya obra mereció una traducción y actualización de Héctor Fix-Zamudio en el Fondo de Cultura Económica de México. Y el más reciente de Giuseppe de Vergottini, prontamente traducido en 1983 por la editorial Espasa-Calpe con sustancioso prólogo de Pablo Lucas Verdú, para luego, notablemente ampliado, ser nuevamente traducido por Claudia Herrera y publicado en México y en Buenos Aires. Ambos libros, más allá de sus indudables méritos y que tanta utilidad han tenido en nuestro medio, están básicamente centrados en las formas de Gobierno y las formas de Estado, que siendo importantes, no son los únicos temas ni los más sugestivos. Faltaba, pues, un libro como éste que, como bien dicen los compiladores en la introducción, solo podía ser el fruto de un trabajo en equipo.

Ahora bien ¿cómo se nos ha presentado el Derecho Constitucional Comparado en el mundo hispanohablante? Se sabe que la comparación es muy antigua (los autores siguen remontándose al célebre opúsculo de Aristóteles sobre la constitución de Atenas, perdido durante siglos y descubierto en 1891 y que formaba parte de un papiro egipcio que recogía 158 constituciones) pero en sentido técnico todos coinciden que ella, como metodología u objeto de trabajo, surge a fines del siglo XIX y la sitúan, incluso, en 1900, a propósito de un célebre congreso celebrado ese año en París. Y desde entonces han existido los “comparatistas” y los trabajos de Derecho comparado. Uno de los más eminentes y acreditados, prontamente traducido al castellano, es René David, fallecido hace pocos años, pero cuya obra, actualizada por discípulos, sigue circulando y se sigue traduciendo.

Al que han seguido otros más, con pretensiones y propósitos diversos (como es el caso de Leontin Constantinesco).

La comparación, como se sabe, empezó fuertemente en el ámbito del Derecho Privado, pero luego pasó al Derecho Público, en donde ha tenido una extensión y una acogida inusitada, si bien solo en las últimas décadas.

Como es normal, las primeras influencias nos vinieron de España, pues sus libros eran leídos con avidez en todo nuestro continente. El más notable, por su laboriosidad y erudición fue el "Tratado de Derecho Político" de Adolfo G. Posada, cuya primera edición fue de 1892 y la última en dos tomos en 1935 (la obra ha sido reeditada recientemente por la Editorial Comares de Granada, en forma poco fiable y diría que hasta irresponsable). En esta obra, Posada dedicó una de sus partes al "derecho constitucional comparado". Años más tarde aparecerá el "Derecho Constitucional Comparado" (1950) de Manuel García Pelayo, que hasta ahora se reedita, no solo en Madrid sino también en Caracas. Y el "Curso de Derecho Constitucional Comparado" de Luis Sánchez Agesta, que es de 1963, y que ha tenido sucesivas ediciones y reimpressiones. Todas ellas tienen más o menos el mismo estilo de desarrollar los temas, por lo que aquí solo nos detendremos en el libro de García Pelayo que, por diversas razones (una buena distribución, quizá un mejor enfoque en ciertos temas, así como atisbos originales) unido al hecho de que su autor vivió largos años en varios países de la América Latina y visitó a muchos de ellos, ha sido el que más larga influencia ha tenido entre nosotros en los últimos años. Esto amerita que analicemos de cerca esta obra.

El libro de Manuel García Pelayo, quien declara desde el prólogo su deuda con Adolfo G. Posada, tiene dos grandes partes: una teórica en donde hace un desarrollo de los temas centrales del Derecho Constitucional y en especial de los conceptos de Constitución y formas de Estado. Y una segunda dedicada a explicar lo que serían los modelos clásicos del constitucionalismo: Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Suiza y la Unión Soviética. En la última revisión que emprendió en 1959, añadió en apéndice la novedosa -en aquel entonces- Constitución francesa de 1958, inspirada o en todo caso motorizada por De Gaulle. Luego se dedicó a otros temas, en especial, vinculados con la política en sus aspectos sociológicos, filosóficos o

históricos, con obras de verdadero relieve. Tan solo cuando cayó la dictadura franquista y volvió a España para ser elegido miembro y luego Presidente del Tribunal Constitucional bajo la Constitución de 1978, retomó el tema constitucional, pero desde el aspecto en el cual estaba inmerso: el papel del control constitucional en las sociedades democráticas. Su monumental obra –más por la calidad que por la cantidad– ha sido amorosamente cuidada y editada por su viuda, la distinguida historiadora venezolana Graciela Soriano, de la que hay reciente reimpresión.

Ahora bien, para García Pelayo, así como para sus predecesores, Derecho Comparado no era otra cosa que traer a colación derechos extranjeros, es decir, analizar los ordenamientos modélicos, o en otros casos, ordenamientos por zonas o por regiones. Así, el Derecho Constitucional Comparado devenía en una colección, rigurosamente armada, del constitucionalismo de diversos países, según los criterios o preferencias de cada autor.

Avanzando aun más, en una clasificación que se hizo célebre, García Pelayo consideraba el Derecho Constitucional como abarcador de tres grandes partes o disciplinas:

- a) Derecho Constitucional general,
- b) Derecho Constitucional particular o local
- c) Derecho Constitucional comparado.

El primero era dedicado a los orígenes, al desarrollo y a los principios. Incluía por cierto lo referente a los órganos constitucionales y a los derechos y libertades, o mejor dicho, a los derechos fundamentales.

Lo segundo era lo que correspondía a cada país: así el Derecho Constitucional inglés, el Derecho Constitucional italiano o el Derecho Constitucional mexicano o peruano. Y si el país era federal o tenía un régimen similar, se consideraba un apartado para el tratamiento de las regiones, los estados o las autonomías, según el rótulo que en cada país le quieran dar (así por ejemplo, dos países federales latinoamericanos dan diversos nombres a sus entidades territoriales: entidades federativas en México y provincias en la Argentina; esto último, por razones históricas).

Y lo tercero era una descripción o análisis de un determinado grupo de países, según la óptica o perspectiva de cada autor y que

eran los modelos históricos de los cuales todo el resto se había desprendido.

García Pelayo dejaba entrever la posibilidad comparatista, pero al lado de otros enfoques. De hecho, no tomó una postura definida sobre el problema ni mucho menos señaló cuales eran sus alcances y sus implicancias teóricas.

Esto fue lo que se hacía hasta hace poco, y en cierto sentido se sigue practicando en ciertos círculos. Pero decididamente no es lo que debe ser ni lo que corresponde a un concepto moderno de lo que es el Derecho Comparado, y en consecuencia el Derecho Constitucional Comparado (en castellano tenemos muchos libros dedicados a estos enfoques modernos: para solo referirnos a autores italianos recientes nos limitamos a citar a tres: Alessandro Pizzorusso, Mario G. Losano y Lucio Pegoraro).

La tendencia moderna es considerar que el Derecho Constitucional Comparado, en cuanto rama o modalidad del Derecho Comparado, consiste básicamente en una comparación, lo cual implica tener en cuenta por lo menos dos ordenamientos que puedan ser analizados y confrontados, sea a nivel micro o macro, para de ahí extraer conclusiones, que finalmente son altamente ilustrativas. Lo que incluye, muchas veces, referencias al contorno histórico y político en que tales ordenamientos se encuentran, ya que extraídos de su medio, podrían dar una falsa imagen de su existencia, de sus poderes y de su funcionamiento.

Si aceptamos esto, tenemos que admitir que lo que se hacía antes, y de manera especial en el célebre libro de García Pelayo, no era Derecho Comparado, sino análisis de ordenamientos constitucionales extranjeros, que es muy distinto. Es cierto que el conocimiento del orden constitucional extranjero es la materia prima del comparatista, pero esto no es lo único. Juntar y conocer el derecho extranjero es útil y es un primer paso. El segundo es hacer la comparación. Y el último, extraer conclusiones. Si no lo hacemos, pues simplemente no haremos Derecho Comparado o Derecho Constitucional Comparado.

Pero hay otros problemas por dilucidar, que veremos a continuación.

El Derecho Constitucional Comparado, como es obvio, es parte del Derecho Comparado. O si se quiere, el primero no es más que una concreción del segundo. Y aquí surgen las dificultades, que tienen años de discusión, y que no pretendemos resolver ahora, sino solo dejar establecida su existencia y su problemática. Y quizá algunas ideas que nos sirvan de hipótesis de trabajo, con cargo a ser desarrolladas en el futuro.

El gran problema inicial es el relativo al *status* ontológico del Derecho Comparado. Y el dilema es el siguiente: ¿se trata de una ciencia como es el Derecho Civil o es simplemente un método?

Una fuerte y sostenida tendencia de corte tradicional ha sostenido que el Derecho Comparado no tiene objeto; solo se limita a mirar una pluralidad de ordenamientos ya existentes, de cualquier naturaleza y por tanto, lo que necesita es afinar su percepción para hacer la comparación y de ahí extraer conclusiones. Y lo único que precisa es una metodología adecuada para tener éxito en su cometido.

Veamos esto con un mayor detenimiento. Es obvio que el Derecho Comparado no tiene un solo objeto, pero bien podría decirse, por el contrario, que su objeto es más amplio y en todo caso panorámico, de tal manera que permite varias entradas. Además, en toda ciencia existe no solo el problema del "objeto" sino el de la "perspectiva". Un mismo objeto puede dar origen a diversas ciencias, si las perspectivas son distintas. Por ejemplo, el cuerpo humano es un objeto y solo uno, pero su estudio ha dado origen a una multitud de disciplinas que lo estudian según sus sectores o zonas: cardiología, pediatría, siquiatria, oncología, ginecología, etc. O las funciones que desempeñan, con lo cual, en determinadas circunstancias, más que el objeto, prima el factor "perspectiva", o sea, cómo y de qué manera se le mira. Y esta "mirada" que tiene el Derecho Comparado es suya y solamente suya. Tiene parentesco con otras disciplinas, es cierto. Pero mantiene una irreductible unidad por ser una aproximación jurídica y no política o histórica.

El otro problema que se nos presenta es que, sin negar el fuerte ingrediente metodológico que presenta el Derecho Comparado –y en consecuencia el Derecho Constitucional Comparado– dicha metodología ha dado origen a todo un desarrollo doctrinario y de alcance teórico muy propio de ella y no trasladable a otra disciplina jurídica. Esto es, se trata de un método que arrastra consigo una cantidad no

despreciable de elementos teóricos que hay que tratar y que sirven para explicarla y desarrollarla. No es un método simple que se agota en su uso –como sucede en otros métodos– sino que implica planteos teóricos de largo alcance, que precisamente posibilitan su operatividad. Es pues, un método, que reposa en una fundamentación teórica.

Finalmente hay un hecho que no puede negarse: la gran cantidad, que va *in crescendo*, de congresos, reuniones, revistas y libros escritos sobre la materia, aparte de cátedras creadas especialmente para su estudio. Al final, pues, y por la fuerza de los hechos, termina independizándose de las demás y actúa con autonomía. Muy distinto es el caso del Derecho Parlamentario, que por más que tiene un desarrollo similar, no ha podido desprenderse de las matrices teóricas del Derecho Constitucional.

Estamos, pues, ante una disciplina propia, si se quiere disciplina metódica, pero independiente al fin y al cabo. Pero ¿dónde la ubicamos considerando el universo de saberes jurídicos que se acepta, si bien convencionalmente?

Me parece que la solución sería crear un nuevo cuadro o un doble enfoque sobre lo que es el “derecho” como unidad. El primero sería simplemente el que ya conocemos, o sea, el que clásicamente dividimos en Derecho Público y Privado y así sucesivamente. Y es el Derecho que podemos llamar en “visión simple” o “dimensión unitaria”.

Pero este derecho “unitario” por así decirlo, contemplaría adicionalmente un cuadro adicional complementario, de derecho “complejo” que sería el “derecho comparado”, de naturaleza sustancialmente metodológica, que admitiría las mismas subdivisiones: Derecho Público Comparado y Derecho Privado Comparado. Y a su vez, Derecho Procesal Comparado con todas sus variantes. Y así sucesivamente. División que usamos con fines de orden y convencionalmente.

Entiendo la complejidad de todo esto, pero creo que puede servir como tesis inicial y por cierto provisional. Pues no otra cosa son estas líneas que son motivadas por un importante libro, sobre el que ahora debo volver.

El libro que coordinadamente nos presentan P. Carrozza, A. Di Giovine y G. F. Ferrari es uno de “derecho constitucional comparado”, no en sentido estricto, sino en sentido amplio. Veamos por qué.

La primera parte encuadra perfectamente en los objetivos, cuales son el tratamiento del objeto y del método (si bien el problema teórico de la disciplina lo trata de soslayo y en cierto sentido lo evita); seguido por las vicisitudes del constitucionalismo en su desarrollo histórico. La segunda parte es en rigor Derecho Constitucional extranjero, o sea, de un grupo de países, que en puridad no son Derecho Comparado, pero que constituyen elementos de base para hacerlo. Y presenta una amplitud de países con gran riqueza y perspectivas.

La parte tercera cumple en algo lo anterior pero introduce la comparación, pero por áreas: así son los tratamientos de la América Latina y de las nuevas democracias de la Europa del este, países islámicos, derecho socialista y China, que podría estar (esta última) en la sección anterior o dentro de los modelos socialistas (si bien *sui generis*).

La parte cuarta es netamente comparatista, pues se toman las principales familias jurídicas de Occidente (*civil law* y *common law*) las formas de Estado y de Gobierno, los sistemas electorales y de partido, las relaciones centro-periferia, etc.

Como se ve, salvo el tratamiento por países que tiene una indudable utilidad, el enfoque es mayoritaria y sustancialmente comparado. Y aun así, hay que destacar el tratamiento de los países en forma individualizada, pues eso permite al lector, en su caso, proceder a una comparación, al margen de la utilidad que le presta el país analizado en forma aislada. El derecho extranjero es, sin lugar a dudas, la materia con la que trabaja el comparatista.

Estamos pues, ante un libro de muy alto nivel, con una perspectiva inusual y que estoy seguro brindará a los estudiosos un material inapreciable de reflexiones. En lo personal, agradezco a los compiladores el pretexto que me han dado para poner en blanco y negro algunas inquietudes que tenía en mente hacía ya algún tiempo, si bien todas ellas son provisionales. Lo que agradezco por partida doble.

Lima, diciembre de 2009

Revisado en marzo de 2011

CAPÍTULO VII

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN SU LABERINTO*

SUMARIO: 1. Liminar. 2. Supuestos a considerar. 3. Una mirada hacia atrás. 4. Un caso concreto de interpretaciones diversas. 5. La teoría de la argumentación estándar. 6. "Criterios" específicos de la interpretación constitucional: el planteo de Konrad Hesse. 7. Rasgos diferenciadores de la interpretación constitucional. 8. Lo que realmente hacen los jueces: el planteo de Posner. 9. Lo que queda después de haber eliminado todo, o casi. 10. A manera de conclusión.

1. LIMINAR

El problema de la interpretación es muy antiguo. De hecho, se remonta a siglos atrás, si bien entendida como una actitud o una actividad referida a muchos ángulos, o si se quiere a muchos temas. Así ha habido - y hay todavía - interpretación de textos litúrgicos, religiosos, poéticos, filosóficos, literarios, pictóricos, musicales, etc. Igualmente, ciertos científicos interpretan determinados hechos antes de elaborar una teoría - como podrían ser los físicos - o detectar una enfermedad - en el caso de los médicos -. Es decir, como tal existe desde siempre, aun cuando no se haya sido consciente de ello¹.

En cuanto al Derecho se refiere, se observa el mismo fenómeno. Para solo referirnos a lo nuestro y no rastrear demasiados antecedentes, tengamos presente el Derecho Romano, que si bien no tiene en

* Publicado en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social" (Buenos Aires), núm. 35, 2015.

1 Sobre la interpretación en general, cf. Manuel Hallavis Pelayo *Teoría general de la interpretación*, Edit. Porrúa, México D.F. 2007 y la muy completa antología coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor *Interpretación Constitucional*, 2 ts., Editorial Porrúa, México D.F. 2005. Un panorama general en Isabel Lifante Vidal *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999 y más en concreto Manuel Atienza *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.

sí mismo una teoría de la interpretación, encierra multitud de aforismos y criterios que permiten perfectamente elaborar una concepción romanista de la interpretación jurídica. Y esto se ahondó con el tiempo, sobre todo con la expansión que tuvo el Derecho Romano en Europa, primero, y en el mundo iberoamericano después. Así como en otras latitudes. Es decir, la interpretación jurídica nos acompaña desde hace siglos.

Otro aspecto es el relativo al nombre que le demos. Y es que desde un inicio se han utilizado indistintamente el concepto “interpretación”, que deriva del latín, con “hermenéutica”, que viene del griego, pero ambos con idéntico o similar significado. Y si bien no han faltado intentos de diferenciarlos, es obvio que a la larga significan lo mismo y todo dependerá del alcance que demos a cada uno de ellos. Por último, hay otros términos que han pretendido remplazarlo, como es el caso de la “argumentación”, que tanta literatura ha producido en las últimas décadas con diversas variantes y con velocidad de vértigo. Sin embargo, creemos que este concepto no está reñido con los anteriores, como los veremos a continuación.

De ambos términos, prefiero en lo personal el de “interpretación”, no solo porque viene directamente del léxico romanista, sino porque ha sido el más usado en sentido estricto. Así, por ejemplo, la “hermenéutica” ha sido empleada sobre todo en aspectos religiosos y recientemente filosóficos, hablándose incluso de una filosofía hermenéutica cuyo máximo representante en nuestros días es Gadamer. Me inclino pues, a fin de evitar errores eventuales, por el uso de “interpretación”.

En lo referente a la “argumentación” – sobre la cual hay varias versiones, si bien algunas sobresalen más que otras – es básicamente un enfoque que se usa precisamente para dar razones a favor o en contra de una hipótesis, en intercambios sucesivos que se contraponen y contrastan y por medio de ajustes y afinamientos se arriba finalmente a una postura que se entiende como “razonable”. En otras palabras, la argumentación y su teoría es una manera moderna de abordar el clásico problema de la interpretación, si bien con estrategias y planteos distintos².

2 Cf. Christian Plantin *La argumentación*, Edit. Ariel, Barcelona 1998 y Luis Vega Reñón *Introducción a la teoría de la argumentación*, Palestra edit., Lima

Un punto finalmente importante para deslindar posiciones. Toda interpretación, cualquiera que sea el método, enfoque o criterio con que se le aborde, parte necesariamente de un texto escrito, o sea de una norma - o como prefieren algunos de una "regla" - a partir de la cual se avanza en una determinada dirección. Aun cuando falte una norma, es decir, un texto escrito, al final tendremos que apoyarnos en alguno y necesariamente arribaremos a uno, por deducción, inducción, analogía o creación. Y es que en sentido amplio y como decía Wittgenstein, los límites del lenguaje son siempre los límites de mi mundo.

2. SUPUESTOS A CONSIDERAR

Lo que también ha quedado en claro - si bien con algunas diferencias - es que la interpretación en cuanto tal, es un punto o tema de la Filosofía en general y de la Filosofía del Derecho en particular. Y esto por cuanto la Filosofía -sea cual sea - es siempre un panorama que quiere dar cuenta del mundo que nos rodea y por ende se ha diversificado enormemente, sobre todo después de Hegel, que es prácticamente el primer filósofo que en 1821 publica y por tanto identifica al "derecho" como una zona de su filosofía que tiene fin y objetivos propios. El caso de Hegel es excepcional, pues es el último de los grandes filósofos que abarca en su sistema todas las áreas del saber. Después de él existirá propiamente lo que Bobbio llamará "filosofía del derecho de los juristas" diferenciándolo de la "filosofía del derecho de los filósofos", con la precisión de que los primeros han sido más creadores que los segundos. Si bien no han faltado filósofos propiamente dichos que han incursionado con variada suerte en el Derecho, como el caso relativamente reciente de Habermas, curiosamente su influencia es generalmente indirecta, o sea a través de discípulos o entusiastas que los siguen. Si bien, en mi modesta opinión,

2015. Una buena introducción al pensamiento de Perelman y Olbrechts - Tyteca, cf. Alfonso Monsalve, *Teoría de la Argumentación*, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín (Colombia) 1992. Véase también Jaime Cárdenas Gracia *La argumentación como derecho*, UNAM, México D.F. 2010 y en relación con el Derecho Constitucional, Luis Roberto Barroso *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, São Paulo 2009 (trae una excelente exposición del problema de la interpretación y de la argumentación en su relación con la Constitución). Hay que tener presente también los últimos ensayos de José Afonso Da Silva, que apuntan en esa dirección.

la época de los filósofos reflexionando sobre el “derecho” no deja de ser respetable como toda tarea académica, pero sus frutos son generalmente magros.

Aclarado lo anterior, repasemos el itinerario descendente, por así decirlo. Primero una Filosofía general, luego una Filosofía del Derecho. Y a ésta sigue la Teoría o Ciencia del Derecho que es en realidad el Derecho como tal que incluye una parte general y partes especiales dedicadas a las diferentes aéreas existentes, tanto de Derecho Privado como de Derecho Público, clasificación que mantenemos por un criterio convencional y de utilidad. Existe así, una gama muy amplia de interpretaciones de acuerdo al sector que se analiza. Así tendremos interpretación civil, interpretación penal, interpretación laboral...y por cierto interpretación constitucional.

Y como quiera que todo ello representa una unidad, es obvio que a la larga toda interpretación de un derecho positivo, es tributaria de una teoría o concepción del Derecho y ésta a su vez se alimenta, consciente o inconscientemente, de una Filosofía del Derecho y finalmente de una Filosofía general. Es decir, aun cuando no se explicita de qué filosofía se parte - como es el caso de los positivistas clásicos - al final dependen de una filosofía subyacente. Son, como decía López de Oñate, servidores sin librea.

A vista de lo anterior, es obvio que una interpretación constitucional es tributaria de una concepción o filosofía jurídica, y también de una teoría filosófica. Es decir, es la misma interpretación jurídica en cuanto y en tanto se aplica al mundo constitucional.

Y llegamos aquí al punto medular, que adelantamos y que se refiere, pero sin la prolijidad necesaria, a la interpretación constitucional, a su ubicación y a su estructura. Y es la siguiente: ¿Es la interpretación constitucional distinta a las demás interpretaciones jurídicas? ¿Existe alguna diferencia entre la interpretación constitucional y la interpretación administrativa? ¿Están cercanas la interpretación constitucional y la interpretación penal o no? La pregunta de fondo apunta a lo siguiente: si es que la interpretación constitucional es distinta a las demás interpretaciones jurídicas. Y aquí las respuestas varían. Algunos dicen que no, que formalmente son lo mismo...es decir, se trata de las mismas operaciones mentales que son válidas en todo el campo del Derecho. Hay autores que van más allá e incluso sostienen que la interpretación es una sola y que lo que sucede es que

cada rama del Derecho puede tener matices que no tienen otras. Por ejemplo, es claro que por analogía no pueden crearse ni delitos ni tributos. Pero otros autores sostienen que sí. Que el mundo constitucional tiene una fisonomía especial y que necesita principios o cánones propios de interpretación que la diferencian de las del resto del ordenamiento. Son, pues, dos posiciones extremas que veremos después. Pero adelantemos que en mi postura algo intermedia, está más cerca de la segunda que de la primera, pero acotada y con limitaciones o si se quiere, con determinadas precisiones que son de orden menor, pero axiológicamente significativas.

3. UNA MIRADA HACIA ATRÁS

Como decíamos antes, el problema de la interpretación ha sido siempre una preocupación latente y desde siempre. Al margen de lo que se lee en el “*corpus iuris civilis*” y la labor de posteriores Glosadores y Posglosadores, hay que tener presente la labor realizada en Francia por la Escuela de la Exégesis durante el siglo XIX, que tiene el enorme mérito de haber sistematizado un método por un lado, y por otro haber dado nacimiento a la codificación tal como hoy lo entendemos y a la independización de las distintas ramas del Derecho, desgajadas del tronco común en el cual estaban.

En efecto, cuando Napoleón impulsa la codificación y nace el Código Civil francés en 1804, se empezó a ver en él algo así como la “razón escrita” y el influjo que tuvo sobre la Europa de la época fue devastador. Y como quiera que lo que se quería era sobre todo seguridad y paz en la sociedad civil, había que respetar la letra fielmente, o sea, lo que había dicho el legislador. Y si esto no era claro, pues había que buscarlo. Y si no existía, había que hacer toda una labor minuciosa para ver o descubrir lo que hubiera dicho el legislador en nuestra situación. Tal método, interesante por cierto pero unilateral y sobre todo insuficiente, tuvo vigencia durante casi todo el siglo XIX hasta que a fines de dicho siglo, fue derrotado finalmente – luego de numerosas crisis – por la “libre investigación científica” de Géný. Y todo esto vinculado, como no podía ser otra manera, al Derecho Privado. La interpretación en el Derecho Público era algo larvado y tardaría aún.

Pero en el mismo siglo XIX, tenemos la celeberrima aportación de Savigny formulada en 1840 que se refiere en términos muy pre-

cisos a la interpretación y menciona como elementos de ella a los siguientes: gramatical, lógico, histórico y sistemático³. Cabe recordar que la propuesta de Savigny sigue teniendo validez hasta la fecha, a tal extremo que existen autores que la aceptan como válida para el Derecho Público (Forsthoff). Y en nuestros días, Häberle dice que a esos cuatro elementos habría que añadir un quinto, que sería el “derecho comparado” o “comparación jurídica” como otros prefieren, pues sin lugar a dudas, conociendo lo de fuera se entiende mejor lo de adentro⁴.

La suerte de Savigny ha sido muy curiosa y es que su clasificación subsiste hasta ahora en gran número de manuales de introducción al Derecho, pero con una notoria deformación. Llamam “métodos” a lo que Savigny denominó “elementos” o “criterios” para interpretar. Hoy se habla y se utilizan conceptos tales como “método literal” o “gramatical”, “método histórico”, etc...como posibilidades que se bridan al estudioso y que éste escoge libremente. Se olvida que Savigny se refirió a estos cuatro elementos como útiles en forma conjunta y escalonada, para alcanzar el sentido o pensamiento ínsito de la ley. Así, bien entendido, el “método gramatical” o “literal” es solo un primer ingreso al problema, un primer paso que decididamente no lo agota: hay que recurrir a los otros.

Con posterioridad han venido otros autores desde diversas perspectivas que han añadido algún “elemento” más, pero entiendo que en rigor recién en la década de los cincuenta del siglo pasado han aparecido propuestas interesantes como son la retórica y la argumentación. Pero desde el lado de los juristas técnicamente hablando, hay que hacer una breve referencia a Kelsen, al cual decididamente no se le ha tomado muy en cuenta y del que aquí hacemos una referencia breve.

3 En el primer tomo de su obra *Sistema de derecho romano actual* (1840) del que hay traducciones. Un panorama sobre Savigny, cf. Antonio Hernández Gil *Metodología de la Ciencia del Derecho* en “Obras Completas”, Espasa-Calpe, tomo V, Madrid 1988 y Martín Laclau *Soberanía y Estado de Derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2014, pp. 181-122.

4 Cf. Peter Häberle, *Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas* en “Revista de Derecho Constitucional Europeo” núm. 13, enero-junio de 2010.

En 1934 Kelsen publicó un artículo en una revista especializada dedicado a la interpretación. Ese texto fue incorporado a la primera edición de su famosa "Teoría Pura del Derecho" publicada ese mismo año. Con posterioridad, el mismo planteo, pero en forma más elaborada fue expuesto como último capítulo de la segunda edición, muy ampliada, de su "Teoría Pura del Derecho" que se publica en 1960, de la que hay numerosas traducciones (si bien, hasta donde alcanza mi información, solo dos supervisadas o vistas de cerca por el propio autor: la editada en inglés en 1967 por la Universidad de California y la versión italiana de Mario G. Losano de 1966, con numerosas notas y valioso estudio preliminar⁵.

No obstante la brevedad del texto, la aportación de Kelsen es considerable. Y si bien trata de muchos temas en tan apretado número de páginas, vale la pena rescatar quizá lo más importante. Y es lo siguiente: la interpretación según Kelsen consiste en tratar de subsumir un caso en una regla general y de ahí extraer una conclusión que es el paso previo a la aplicación. Casi, si queremos verlo, como un silogismo que viene desde Beccaria y que aún subsiste en los debates doctrinarios. Pero Kelsen va más allá y sostiene que entre la norma y los hechos, existe un campo algo amplio que puede dar, sea por indeterminación de la norma, sea por su vaguedad, sea en fin por cualquier otro motivo, que no sea fácil interpretar y que al final más que una solución tengamos varias. Es decir, para Kelsen no existiría el Juez Hércules ni nada por el estilo. La norma, según afirma, es un marco abierto a varias posibilidades y eso lleva a la conclusión de que al final tenemos varias interpretaciones, enmarcadas, por cierto, dentro de ese esquema. Diríamos por tanto, dentro de la razonabilidad de la norma. Existiría pues un campo relativamente amplio de donde extraer lo que debe ser el resultado del proceso interpretativo. Pero Kelsen no va más allá. Señala que eso debe ser cubierto por el juez – o quien haga sus veces – de acuerdo a lo que él decida. Ahora

5 La literatura sobre Kelsen es inmensa, cf. Gonzalo A. Ramírez Cleves, editor, *Ecos de Kelsen. Vida, obra y controversias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2012; Mario G. Losano *Teoría Pura del Derecho. Evolución y puntos críticos* Edit. Temis, Bogotá 1992 y Laura Clérico y Jan Siseckmann (eds.) *La teoría del Derecho de Hans Kelsen* Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2011, que contiene un ensayo sobre el tema concreto de la interpretación de Óscar Sarlo que rescata el enfoque primigenio y precursor de Kelsen.

bien... ¿En virtud de qué los jueces deciden? Es un tema que Kelsen deja abierto. Pero lo que queda claro para él es que la interpretación o mejor dicho el proceso que lleva a ella, es un acto de voluntad... no es un acto de conocimiento. Y por tanto, la manera como el juez decide y las razones que pueda tener, es algo que no incumbe a una Teoría Pura del Derecho que es tal y que no le interesan las razones morales, de justicia, de política o de progreso que puedan justificarlo. Kelsen por cierto, como ha quedado demostrado, opinó e interpretó sobre asuntos puntuales que le fueron sometidos a consulta. Pero es indudable que eso lo hacía a título personal y profesional, pero no como científico. Y en eso siempre fue muy claro, como puede verse, por ejemplo, en el tema de la Justicia que trató siempre con deferencia, pese a considerarlo como un tema meta jurídico.

4. UN CASO CONCRETO DE INTERPRETACIONES DIVERSAS

En la extensa literatura que ha producido Atienza, hay un caso que me parece que nos puede ser útil para ilustrar lo que veríamos a la luz del planteo de Kelsen⁶. Y es un caso real motivado por el "Grupo" (Grupo Antifascista Primero de Octubre) un grupo terrorista que hizo una huelga de hambre en una cárcel en España para obtener determinados beneficios penitenciarios, entre ellos la reubicación de todos ellos en un lugar común. El problema es que se trató de un caso muy sonado en donde la huelga de hambre, llevada de a verdad, podía llevar a la muerte de los prisioneros.

Llevado el caso a los tribunales, la decisión de la Sala Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid (en consonancia con otros pronunciamientos judiciales) dictaminó que si bien no podía permitirse un chantaje al Estado y menos aun a cuestionar medidas de política penitenciaria – que no estaban reñidas, por cierto, con los derechos fundamentales de los presos – las autoridades estaban autorizadas a alimentar a los presos por la fuerza. Pero en otros pronunciamientos judiciales de distintas sedes se sostuvo que esto no era posible y en consecuencia debería alimentarse a los huelguistas solo cuando ellos hubiesen perdido la consciencia, medida ésta que fue cuestionada

6 Manuel Atienza *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas* en "Isonomía", núm. 1, 1984. Véase también Manuel Atienza – Rodolfo L. Vigo *Argumentación Constitucional. Teoría y Práctica*, Ed. Porrúa, México D.F. 2014.

por la opinión pública. Mediante sendos recursos de Amparo conoció el hecho el Tribunal Constitucional, que en varias sentencias concordó con el primer punto señalado, con diversos argumentos.

El problema es delicado y los argumentos de ambos lados son interesantes. Pero podemos presentar uno más: ¿Por qué interferir la huelga de hambre? Al fin y al cabo cada uno es dueño de sus actos y de sus destinos y la adopción de la huelga es una decisión personalísima y libérrima. Y quien lo hace conscientemente, debe atenerse a sus consecuencias. Esta es finalmente la postura a la que apunta Aienza, con lo cual queda en evidencia la complejidad del tema y la dificultad de llegar a una respuesta única y correcta.

Como se ve, son tres soluciones distintas. Pero ¿Cuál es la verdadera? Pues todas y ninguna. Estamos aquí en un caso delicado que los expertos denominan “casos difíciles”, en donde generalmente no solo es complicado llegar a una decisión final, sino que aun así, lo que se decida será en principio debatible, sin por ello restarle mérito a lo resuelto.

Y esto porque además, la estructura del ordenamiento jurídico lo permite. Pues está compuesto de normas – otros dicen, por trasposición del inglés “reglas” que en principio prefiero evitar – pero éstas siempre tienen en sí mismas, es decir, portan o incluye valores o principios, según quiera indicarse, que precisamente permiten este “juego” interpretativo que consiste en sacar o aplicar enfoques no siempre únicos y muchas veces variables. A lo que se añade un factor importante: el grueso del lenguaje jurídico y en consecuencia de las normas, está redactado en un lenguaje común, ordinario, coloquial, que tiende a la indeterminación. Por cierto, esto no niega la existencia de términos técnicos (hipoteca, imputable, contribuyente, etc.) pero en general el Derecho y su lenguaje resisten a ser formalizados y menos aún con algoritmos lógicos que nada aportan y nada dicen, como en su día lo subrayó von Wright al aceptar que la lógica moderna sirve muy poco al Derecho o quizá nada (lo que no obsta para que Ferrajoli dedique el tercero de los tomos publicados de su “Principia Iuris” a un innecesario y larguísimo “divertimento”).

5. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN ESTÁNDAR

Lo que se conoce como argumentación estándar es sobre todo aquella que ha tenido y tiene un mayor predicamento, a tenor no solo

del carácter teórico de tal postura, sino a la aceptación y la influencia que ha ejercido sobre todo en Iberoamérica, alimentado desde España con traducciones y libros de referencia. Me remito a Robert Alexy, conocido sobre todo por su obra sobre los derechos fundamentales y en especial la dedicada a la argumentación jurídica. Y si bien ambas – debidamente traducidas al castellano y a otros idiomas, con numerosos textos aclaratorios y ampliatorios del autor – guardan cierta relación entre sí, es posible aislarlas para el presente repaso. En efecto, es el libro titulado “Teoría de la argumentación jurídica” (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1977) el que más ha circulado y quizá el más sugestivo, a tal extremo que se han realizado eventos, certámenes y foros sobre lo que dicho libro dice o no dice⁷. Si nos acercamos a él vemos de inmediato que está compuesto de dos partes: una teórica y de antecedentes y otra de desarrollo del tema propiamente dicho. Alexy declara su deuda, entre otros, del pensamiento de Häbermas, que entendemos es su basamento teórico, por lo menos en lo esencial, pero para nuestros fines no lo desarrollamos aquí. La tesis básica de Alexy es que un enunciado normativo es correcto si es resultado de un procedimiento, y esto es precisamente lo que hará en la segunda parte de su libro y lo llevará a cabo en un desarrollo fatigoso, reiterativo, muchas veces elemental y superfluo, para llegar a una conclusión generalmente sabida. Y todo esto acompañado por fórmulas lógicas que muchos, sobre todo los jueces, no entienden y que además las considero innecesarias (el clásico libro de Alchourrón y Buligyn titulado “Sistemas normativos”, prácticamente prescinde del aparato algorítmico y lo reserva al final en calidad de breve apéndice). Para ello se sirve Alexy de una serie de reglas y formas del discurso práctico de lo más detallados. Lo inicia con lo que llama las “reglas fundamentales” que son, básicamente, la no contradicción, la sinceridad, la universalidad y el uso común del lenguaje. Continúa con las “reglas de razón” que al final junta en seis grupos de reglas y formas de justificación interna, inmensamente largas y explicati-

7 Vid. un resumen de sus tesis en Robert Alexy *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995 (son sus conferencias en dicha Universidad) así como de David Sobrevilla *La filosofía del derecho alemana actual*, Fontamara edit., México 2008, pp. 25-123 y más ampliamente Alejandro Nava Tovar. *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, Antropos -Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona 2015.

vas y que aquí no tocamos. A eso siguen las reglas sobre la carga de la argumentación que son técnicas; las formas de la argumentación, las reglas de fundamentación y las reglas de transición. Se extiende también en una fatigosa descripción de formas de interpretación que reúne en seis grupos y formas de argumentos jurídicos especiales (a contrario, analogía y ad absurdum).

Aspectos que vale la pena señalar en todo este desarrollo, son las ideas siguientes:

- 1) El razonamiento jurídico es de carácter práctico y se desarrolla argumentativamente.
- 2) No existe una solución única y correcta para los problemas en cuestión, sino varias pero deben ser bien construidas y más bien razonables.
- 3) Señala la distinción entre “reglas” (mejor hubiera sido decir simplemente “normas”) y “principios”. Las primeras son el derecho positivo, los segundos son en buen sentido los valores, metas o ideales que encierran las reglas, si bien en esto no hay mucha aceptación, pues se han planteado diferencias en las que aquí no entramos.
- 4) Los “principios” no tienen jerarquía. La única respuesta correcta es que son una idea regulativa, aun cuando no se cumpla.
- 5) La subsunción como método tradicional, sigue siendo útil para la interpretación y aplicación del Derecho, pero es insuficiente.
- 6) La ponderación tiene un rol importante que jugar, sobre todo cuando existen de por medio valores o principios referidos a derechos fundamentales.
- 8) La ponderación es inevitable, se podría decir, en los “casos difíciles” y sobre todo cuando hay un aparente encuentro o desencuentro entre “principios”. Pero aclaremos que como decía Couture, en el trajín diario tribunalicio, los “casos difíciles” no pasan del 10% o menos de la carga procesal.
- 9) Importancia en la “ponderación” tiene la fórmula del “peso”, símil tomado de la experiencia diaria –pesar un objeto material como un lapicero o un libro – que nos ayuda a ver mejor cuál de los términos de referencia debe adoptarse y que al final es lo que nos orienta. Pero cuya utilidad es más que discutible.

Lo expuesto es algo muy somero, del cual hay que extraer ideas básicas: la argumentación es parte del discurso práctico, la observación de un procedimiento orientado por reglas que hay que seguir y el uso de la ponderación en casos difíciles, recurriendo a la fórmula del peso, de ser el caso⁸.

Ahora bien, la construcción teórica de Alexy es algo muy elaborado, es una maraña muy propia de lo que Giovanni Papini llamaba la “bruma germánica” que consiste en exagerar el análisis minucioso de lo que debería hacerse, pero que de repente nadie hace o muy pocos⁹. De hecho, es más que improbable que un Juez utilice las pautas de Alexy para hacer una buena interpretación y menos aún que lea su obra. Se trata pues de algo ingenioso para lucirlo en una feria o en un circo, pero que no tiene ninguna utilidad práctica, salvo que lo redactemos de nuevo en forma más simple, menos enrevesada y más práctica y además lo aligeremos de tantos elementos obvios que nadie discute. Y si bien esto ha despertado como de costumbre el elogio exagerado y áulico de muchos, hay otros que han denunciado este preciosismo vano que además se ha olvidado de la realidad. No obstante esto, el planteo de Alexy puede ser útil como un análisis de lo que debería hacerse en el plano teórico, aun cuando quizá nadie

8 La fórmula del peso la ha abordado Alexy en forma independiente en diversos ensayos. Véase el incluido en el libro *El principio de proporcionalidad en el derecho comparado*, Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro, coordinadores, Palestra editores, Lima 2010, conjuntamente con otras valiosas colaboraciones.

9 Véase este párrafo escrito hace más de ciento cincuenta años: “...el filósofo digno de tal nombre, debe buscar y procurar en todos sus escritos estas dos cualidades mencionadas: claridad y precisión. Y esforzarse siempre en parecerse no a un impetuoso torrente, sino más bien a un lago de Suiza, que por su sosiego aparece más claro cuánto más profundo, dejando ver su fondo desde el primer momento. **La clarté est la bonne foi des philosophes** dijo Vauvenargues. El pseudo-filósofo en cambio, siguiendo la máxima de Tayllerand, tratará por todos los medios de ocultar, bajo sus palabras, sus pensamientos o mejor, su falta de pensamiento, atribuyendo a falta de perspicacia del lector la oscuridad de sus filosofemas. Así se explica que en algunos escritos, los de Fichte por ejemplo, el tono didáctico degenera con frecuencia en injurioso y hasta curándose en salud, se llegue a echar en cara, por anticipado, al lector por su incapacidad” (cf. Arthur Schopenhauer *De la cuádruple raíz del principio de razón suficiente*, Edit. Losada, Buenos Aires 2008, cap. 1

lo hace. Útil para el académico, puede ser inútil y un estorbo para el operador práctico del Derecho.

6. “CRITERIOS” ESPECÍFICOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: EL PLANTEO DE KONRAD HESSE

Desde hace algunos años se ha difundido ampliamente en la comunidad constitucional iberoamericana los principios interpretativos que se desprenden de la obra de Konrad Hesse y que según él, justificarían plenamente que la interpretación constitucional sea específica. O sea, no solo tenga su razón de ser sino que la diferencia de todas las demás. Ellos son, como se sabe, los que mencionamos resumidamente:

- i) Unidad de la Constitución.
- ii) Concordancia práctica.
- iii) Conformidad funcional.
- iv) Efecto integrador.
- v) Fuerza normativa de la Constitución.

En primer lugar, y como lo he señalado en alguna otra oportunidad, me parece que hablar de principios en materia constitucional no es lo más adecuado. El uso del vocablo “principio” se estila sobre todo en disciplinas axiomáticas o en todo caso físico-naturales, en relación con ciertos puntos que justifican el desarrollo entero de todo un cuerpo de conocimiento que se desprende de aquéllos. No es este el caso de la materia constitucional, en donde no tendría sentido tener tantos “principios” sin ninguna relación entre sí y que más bien estorban. Más aún teniendo en cuenta que todos ellos deben actuar en forma conjunta. Y si es así, no son en realidad principios sino “elementos”, como quería Savigny o “criterios” que pueden enumerarse en gran número.

Otro punto a tener en cuenta es que en realidad, la existencia de “principios” o “criterios” en materia constitucional no implica que deban dejarse de lado los que son clásicos y que fueron formulados para el Derecho Privado, en especial desde Savigny. Y es normal que así sea, pues mientras que el Derecho Privado tiene un desarrollo sostenido desde inicios del siglo XIX y en forma casi indetenible hasta nuestros días, el Derecho Público, si bien nace por la misma época, solo tiene su consolidación mucho más tarde. En realidad, desde fi-

nes del siglo XIX, por especial mérito de la dogmática alemana de la cual es suprema representante la Teoría del Estado de G. Jellinek, que se publica, como se sabe, en 1900. Y que según el certero apunte de Löewenstein, no ha tenido desde entonces – ni dentro ni fuera de Alemania – un digno heredero. Más aun, su desarrollo ha sido por lo demás oscilante y con altibajos y ha tenido, como dirían De Vergotini y Fix-Zamudio, diversas navegaciones o ciclos que se suceden y superan hegelianamente desde entonces, viviendo en la actualidad el que se inició en la segunda posguerra, es decir, a partir de 1945, en que sin negar lo antiguo, aparecieron nuevas inquietudes y afanes y así hasta nuestros días (época que con muy mal gusto, ha sido calificada de “neoconstitucionalista” en forma por demás cursi e innecesaria).

Pues bien, veamos los “principios” o “criterios” que señala Hesse y que han tenido tan extendida aceptación, a tal extremo que muchos creen que es la doctrina dominante en Alemania, lo cual no es del todo exacto. Sobre esto punto ha llamado la atención Virgílio Afonso Da Silva que no solo señala que la postura de Hesse es una más entre tantas otras, sino que ella en rigor no tiene ninguna característica que sea propia de lo constitucional¹⁰. Veamos algunos de estos:

- a) Unidad de la Constitución: Algo obvio. El ordenamiento jurídico y sus parcelas deben ser una unidad global y también en sus respectivos ámbitos cada una de las disciplinas jurídicas. Es evidente que el Derecho Civil es una unidad, como lo es el Penal y si no lo son por algún problema de la dogmática, deberá buscarse que así lo sea.
- b) Efecto integrador: Tampoco es exclusivo de la Constitución. Alcanza y afecta a todo el universo jurídico.
- c) Fuerza normativa de la Constitución: Algo evidente, sin olvidar que cualquier norma de cualquier código sustantivo tiene esa misma fuerza o debería tenerla, pues de lo contrario dejaría de ser Derecho.

Y así con todas las demás...Son “principios” que alcanzan a todo el ordenamiento jurídico en general y no son privativos del tex-

10 Cf. Virgílio Afonso da Silva, organizador, *Interpretação constitucional*, Malheiros editores, São Paulo 2005 que incluye su valioso texto sobre “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”.

to constitucional. Con lo cual podríamos llegar a la conclusión - así Guastini - de que la interpretación constitucional no tiene en realidad ninguna peculiaridad que la haga distinta a las demás y se diferencia solo por la materia o texto al cual se aplica.

7. RASGOS DIFERENCIADORES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Sin embargo, podemos intentar ir más allá y analizar otras cuestiones, o sea, otros criterios o conceptos que hay que tener en cuenta y que si bien no hacen que la interpretación constitucional sea distinta a las demás interpretaciones, la hacen algo “peculiar” o en todo caso “significativa”. Aclaro: no es independiente ni autónoma, pero si “peculiar” y con algunos “rasgos” que la identifican¹¹. Veámoslo con calma.

- a) Lo primero es que la Constitución es el texto que en forma más elevada se encuentra en el ordenamiento jurídico. Es decir, está en lo más alto de la pirámide, si queremos usar esta fórmula de Kelsen que éste tomó de su discípulo Merkl. La Constitución, en esta época y desde que inició su última navegación en la segunda posguerra mundial, está por encima del resto del ordenamiento, lo condiciona y lo que pase con ella o por ella, irradia al resto del ordenamiento al cual condiciona. Es el fenómeno que a fines de los ochenta del siglo pasado intuyó Favoreau y desarrolló en ensayos posteriores y que denominó como “constitucionalización del derecho”. Esto como consecuencia de que hoy en día - en Europa, pues en América lo era desde el siglo XIX, si bien no muy observado en la práctica - la Constitución no es más un instrumento político, sino sobre todo un texto normativo, tanto como lo es el Código Penal o el Código Civil. Así, una interpretación constitucional debe tener presente esto, pues lo que a ella atañe se expande a otras áreas y las afecta, lo que no sucede en

11 Algo de esto he adelantado en mi ensayo *La interpretación constitucional como problema* de 1993, que puede verse en la “Revista de Estudios Políticos” núm. 86 octubre - diciembre de 1994 y ahora en mi libro *La Constitución y su dinámica*, Palestra editores, Lima 2006. El presente texto en cierto sentido resume, precisa y actualiza lo expuesto anteriormente y que he desarrollado en clases dictadas en la Maestría de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Lomas de Zamora (2013-2015) y en otros centros académicos.

otras ramas del Derecho (una interpretación penal no tiene por que afectar, en principio, a la normativa laboral o mercantil).

- b) Pero existen también otros elementos: la deferencia al legislador democrático. O dicho de otra manera: cuando se interpreta la Constitución o desde ella, hay que tener en cuenta que al margen de la Justicia, la seguridad es uno de los fines del Derecho. Y por otro lado, dentro de un Estado que se rige por leyes, éstas son dadas por el legislador que representa la voluntad popular – en amplio sentido rousseano – y debe dársele su sitio. Eso hace que en la interpretación constitucional de las leyes tenga presencia un criterio denominado “presunción de constitucionalidad”, que lo es “*iuris tantum*” y que ha desarrollado la jurisprudencia norteamericana desde hace más de cien años (en lo que ha ido muy por delante del constitucionalismo europeo, que recién lo descubre pero que lo reinterpreta en clave germánica, es decir, en forma no cartesiana).

Ligado a lo anterior, se encuentra la llamada “previsión de consecuencias” tan ligada al manejo de un Estado y que ha dado lugar a toda una tipología de sentencias que ha creado la doctrina y la jurisprudencia italianas, sobre la base de algunos atisbos alemanes. Y es que una cosa es anular un contrato y muy otra anular un impuesto por inconstitucional y lo que ello conlleva. Por cierto, que no creo que sea esto especialmente constitucional, pero en esta materia me parece que es relevante.

- c) Los derechos humanos han existido desde siempre, como es sabido y así lo ha testimoniado la historia. Y sus violaciones han sido endémicas y además de un radio de protección bastante restringido. Piénsese solo en la libertad individual y recuérdese que la esclavitud existió en los países más civilizados hasta bien avanzado el siglo XIX. Y en otro tipo de derechos ha habido algo parecido: el voto ha sido negado a las mujeres, en términos generales, hasta 1940 –años más, años menos – y otras formas de discriminación todavía existen. Pero es indudable que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 marca un hito importante en el aspecto normativo e internacional, si bien solo en 1966 se aprobarán los Pactos complementarios de derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales.

Pero lo importante es que la defensa y proclamación de los derechos humanos a nivel constitucional – con el nombre más usado de derechos fundamentales – solo ocurre desde esa fecha y no antes. Con lo cual toda interpretación constitucional debe tener entre sus metas la defensa y protección de los derechos humanos.

- d) Se debe al politólogo italiano Gaetano Mosca el concepto de “fórmula política” que en nuestro ámbito ha difundido y usado Pablo Lucas Verdú y luego Raúl Canosa Usera, y que aquí utilizo con cierta libertad. Y ella se refiere a lo siguiente: en todo Estado existe un tipo de gobierno: presidencialismo, neo presidencialismo, parlamentarismo, monarquía, etc. Es lo que se conoce como formas o sistemas de gobierno y sobre las cuales hay gran variedad, no solo en su desarrollo sino además en sus características: no existe “el” parlamentarismo sino “los” parlamentarismos. Pues bien, salvo casos especiales como es el de los países emergentes fruto del fenómeno de la descolonización de la década de 1960, se acepta que estos regímenes o modelos de gobierno son productos históricos, que tienen su razón de ser y que hay que respetarlos, pues no se les puede cambiar como quien se cambia de camisa. Pero es obvio que si ese gobierno es democrático en teoría y en la práctica, hay que defenderlo en sus principios y esa debe ser uno de los criterios o elementos que orienta una interpretación constitucional. O dicho en otras palabras, la interpretación constitucionalidad debe ayudar a la “governabilidad”, no en los aspectos menudos del trajín diario, sino en los grandes temas y dentro de un marco de razonabilidad.

8. LO QUE REALMENTE HACEN LOS JUECES: EL PLANTEO DE POSNER

Si a un juez le llevamos a la mano la “Teoría de la Argumentación Jurídica” de Alexy y se la explicamos, es probable que no entienda nada y que quizá no le interese. Aún más: probablemente le parezca inservible. Verá, como lo hemos dicho, un enhebrado de apotegmas, algoritmos, fórmulas y otras tautologías que lo dejarán atónito. Lo más probable es que el juez – más aun en materia constitucional – tenga otros criterios, quizá no tan alambicados, pero no por ello menos certeros y sobre todo más realistas. Es decir, los jueces y más aun los de la más alta jerarquía, tienen determinadas ideas, criterios o conceptos que los aplicarán en la vida diaria de los tribunales, que

quizá coincidan con las elaboradas teorías de la argumentación, pero será por casualidad como en la fábula, donde el burro tocó la flauta sin darse cuenta.

Y esto viene a cuento por un importante libro de Richard A. Posner¹² que ha sido traducido libremente – pero sin desdibujar su contenido – con el título de “Cómo deciden los jueces”. Pues bien, su autor, académico y magistrado, quiere poner en claro lo que piensan y sienten los jueces – todos ellos pero dando preferencia al Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos – y en consecuencia como fallan finalmente. El empeño es importante, pues demuestra cómo en el fondo los jueces se orientan para fallar, como lo pone en evidencia ayudado por material empírico, que si bien no es definitivo, es sin lugar a dudas demostrativo. Y es que en efecto, grandes jueces norteamericanos – John Marshall, Oliver Wendell Holmes y Earl Warren – eran gente talentosa, que con perspicacia marcaron rumbos sin tener ninguna o muy poca formación académica – con la excepción de Holmes -. Lo que nos interesa está resumido en el primer capítulo de la obra, que reseñamos aquí para los fines que nos interesa.

En el preámbulo o introducción, recuerda el autor una frase de Ivan Karamazov que dice así: si Dios no existiese, todo estaría permitido. Esto dio motivo a que Sartre, en una de sus famosas conferencias parisinas de la segunda posguerra llegase a decir que, precisamente, como Dios no existía, todo estaba permitido y tocaba al hombre construir su moral, su destino y sus fines. Trastocando la frase, dice Posner que si no existiera el ordenamiento jurídico, los jueces podrían hacer cualquier cosa. Pero el legalismo, agrega el autor, existe y por tanto a los jueces no les está permitido hacer cualquier cosa, sino ceñirse a la ley y a la Constitución. Pero algo pueden hacer y ello en virtud del uso de esa libertad que el propio ordenamiento le permite. Y por eso es que el autor trata de explicar cómo hacen lo que hacen.

Posner agrupa en nueve las teorías que formula para explicar el comportamiento de los jueces:

- i) Actitudinal: consiste en identificar las opciones o preferencias políticas que los magistrados proyectan sobre las sentencias, que

12 Cf. Richard A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge 2008; hay traducción castellana en la Editorial Marcial Pons de Madrid.

se refleja en la política de nombramientos o su relación con los grupos políticos o sus propias opciones políticas.

- ii) **Estratégica.** Que consiste en pensar en función de los efectos que sobre la comunidad y las instituciones puede tener el fallo que dicten.
- iii) **Sociológica.** Está relacionada con la composición social de los colegiados, la presencia o no de mujeres en ella. Es decir, la composición de un tribunal o sala, tiene cierta decisión o peso en lo que se adopte.
- iv) **Sicológica.** Vinculado generalmente a la estructura psicológica de la persona, lo que son sus carencias, emociones, traumas o complejos muchas veces venidos de la infancia, etc.
- v) **Económica.** Los fallos deben ser útiles, tener un fin de utilidad en términos societarios, pues precisamente los jueces están para eso. Un caso especial lo constituye la premisa de que una buena judicatura garantiza la inversión foránea.
- vi) **Organizacional.** Toma en cuenta lo que es el cuerpo colegiado en su funcionamiento, como se ve a sí mismo, los precedentes que ha sentado y que debe seguir o apartarse de ello. El juez siente que se debe a esa organización.
- vii) **Pragmática.** Los jueces deben resolver problemas, no evitarlos. Y hacerlo de la mejor manera que sea útil a la sociedad.
- viii) **Fenomenológica.** Es un análisis en primera persona que se hace el juez y tal como él se percibe.
- ix) **Legalista.** Se ve al juez como cumplidor de la ley a la cual debe servir y eso debe ser mostrable. Es decir, así debe ser visto por la comunidad.

El planteo de Posner es importante, pues va más allá o más acá de las teorías rebuscadas que buscan reducir a rituales algebraicos cómo decide un juez o cómo debe hacerlo. Los materiales mostrados por Posner son claros en el sentido que otros son los elementos que orientan a un juez, generalmente de un amplio espectro. Lo que queda claro y el mismo Posner lo dice, es que son elementos referenciales, no son absolutos y además ninguno de ellos es válido aisladamente. Posner incide en el juez como ser humano, sujeto a presiones, con opciones o preferencias políticas como cualquiera, con complejos que muchas veces no ha superado, con la opinión que emiten los me-

dios que muchas veces quieren imponerse a los jueces, entre otros factores.

Como toda tesis bien armada, ésta es sugestiva y tiene un amplio campo explicativo, pero en lo que no es feliz es en la nomenclatura que utiliza, como el nombre “actitudinal”...o el “fenomenológico”... que más valiera haberlos cambiado por otros más cómodos. Pero lo importante es haber señalado esto puntos, muy dentro del sentido pragmático que tienen las instituciones y los enfoques norteamericanos. Esto no impide, por cierto, que con tales puntos de partida las sentencias sean elaboradas con una lógica interna y con *sindéresis*.

A un lado dejamos por cierto los comportamientos anormales o atípicos, como hemos visto en los últimos tiempos en la América Latina, cuando la corrupción invade el ámbito del Ministerio Público y la Judicatura. Pero ese es un problema distinto y grave, ajeno a estas líneas.

9. LO QUE QUEDA DESPUÉS DE HABER ELIMINADO TODO, O CASI

Lo que queda después de este inmenso esfuerzo de los últimos sesenta años es, más que un método, un manojo de ideas en torno a la interpretación, a su necesidad, a la importancia que tiene y sobre todo del especial significado que implica la interpretación constitucional, precisamente porque ella puede alterar, modificar o reinterpretar el resto del ordenamiento jurídico, cosa que no lo hace ninguna otra rama del Derecho. Igualmente haber precisado que la “subsunción” es insuficiente y que la “argumentación” es, en principio, de utilidad¹³.

Lo primero que hay que hacer, en nuestro criterio, sería partir de lo que gráficamente señaló en los años treinta del siglo pasado, el jurista norteamericano Jerome Frank: esto es, que los jueces como todos los demás no son ángeles sino hombres comunes y corrientes, a los

13 Una postura crítica contra la teoría de la Argumentación no ha tardado en aparecer; cf. Rolando Tamayo y Salmorán *Juris Prudentia: More Geometrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, Fontamara edit., México D.F. 2013; Manuel Atienza y Juan A. García Amado *Un debate sobre la ponderación*, Palestra editores, Lima 2012 y sobre todo *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica* a cargo de Enrique P. Haba y con intervenciones del mismo Haba que inicia el debate y Manuel Atienza, Óscar Sarlo, Juan A. García Amado y Roque Carrión W. (Palestra edit. Lima 2015).

cuales el Estado les ha confiado una tarea excepcional. Ese es, pues, el punto de partida. El hombre de carne y hueso con sus problemas y los estímulos a los cuales responde, que están bastante bien pintados en los esquemas de Posner. Y ver qué debe hacer el juez para superar esas taras, complejos o limitantes que tiene o podría eventualmente tener, en vista del deber que implica su cargo.

En segundo lugar, hay que tener presente que el Juez vive en un entorno cultural y social, que otorga o da importancia a ciertos valores, que son, por así decirlo, los que tiene una determinada comunidad que a su vez se refleja en las normas. Y que no puede ignorar.

En tercer lugar, tener cuidado con los casos difíciles o de carácter político o cercanos a él, como son los que llegan a los más altos tribunales (cortes supremas, tribunales o cortes constitucionales) en donde hay que tener presente otras coordenadas.

En cuarto lugar, el sentido común y las reglas básicas de la lógica clásica son más que suficientes para resolver gran parte de los problemas (los principios clásicos de identidad, no contradicción, tercio excluido; las falacias no formales; las argumentaciones tradicionales tales como el contrario sensu, a simile, a fortiori, ad absurdum, etc.).

Finalmente, recurrir a la ponderación y con muchas reservas a la fórmula del peso, indudable mérito de Alexy. Pero que puede ser peligrosa si no se maneja con prudencia. Y además, pensar que en muchos casos puede ser eliminada o dejada de lado.

Y tampoco está de más un poco de intuición para ver las cosas, como han señalado algunos autores desde el primer Savigny.

Aun así, al final y sobre todo en los casos difíciles, habrá cierto margen de discrecionalidad que desemboca en un acto de voluntad. Es decir, luego de diversas consideraciones el juez tomará una decisión que deberá ser razonable en concordancia con el ordenamiento, pero que no será posiblemente la única.

Al fin de cuentas, sin querer y después de tantos rodeos hemos vuelto a Kelsen: la interpretación es un acto de voluntad, no frío ni aséptico sino como consecuencia de una serie de factores de diverso orden.

Es difícil desdeñar los inmensos esfuerzos realizados por los juristas en las últimas décadas, sobre todo en el campo de la "argumentación", inmensa literatura en donde se ha dicho de todo, pero

centrada en aspectos accesorios que sirven de poco o quizá nada. Por lo menos si lo comparamos con lo que existía antes. Son como anteojos con mejores lunas que nos ayudan quizá a ver mejor lo que ya existía o precisar algo que permanece oculto. Pero el problema que surge en un proceso interpretativo o argumentativo, es prácticamente el mismo que hubiéramos obtenido antes y sin la seguridad de que el resultado sea el mejor o el más elaborado.

10. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La interpretación y sobre todo la interpretación constitucional han motivado una intensa polémica o debate en las últimas décadas, inspiradas a su vez por las nuevas teorías que surgen en la década de los cincuenta del siglo pasado. Como de costumbre, se ve sobre todo lo que se hace en Alemania. Se olvida muchas veces que hay importantes contribuciones en Francia y en Italia. Y se soslayaba - hasta hace poco - las contribuciones de los Estados Unidos, que han visto y resuelto estos problemas desde el siglo XIX. Y como de costumbre, cuando se abordan estos problemas surge la manía clasificatoria y enredada de cierta tradición germánica, aquejada aún más por el uso indiscriminado de la lógica formal, de presentar todo en una sicosis de números y ecuaciones que generalmente no se entienden y sirven de poco. En fin de cuentas, como dice el viejo aforismo, se construyen cañones para matar moscas, creando artefactos en forma desmedida e innecesaria.

Toda esta literatura de vértigo, fruto del encandilamiento que provoca lo oscuro y poco comprensible, no ha ayudado gran cosa. Al final, la interpretación y sobre todo la interpretación constitucional en la medida que lo hacen los que toman decisiones, es algo complicado en ciertos casos, pero que se resuelve de una manera diferente, en donde no existe la solución única, pero si la razonabilidad de lo resuelto, que decididamente no puede ser ni arbitrario ni incoherente.

Bastaría para ello la enumeración de unos pocos, no muchos, criterios, elementos o ideas-fuerza para arribar a buenos resultados. La historia jurisprudencial de los Estados Unidos así lo demuestra con creces y su conocimiento nos puede ser de utilidad¹⁴.

14 Una mirada panorámica puede verse Mark Tushnet *The Constitution of the United States of America. A contextual analysis*, Oxford and Portland, Oregon

2015 y T. Alexander Aleinikoff *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Palestra editores, Lima 2015. Una importante antología en *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Susan J. Brison y Walter Sinnott-Armstrong, editores, Westview Press, Boulder (Colorado) 1993.

CAPÍTULO VIII

NOTA ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA *

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. 2. Delimitaciones. 3. Los conceptos y su uso. 4. La interpretación en movimiento. 5. Quienes interpretan. 6. Nuevo tipo de sentencias. 7. La legislación procesal constitucional. 8. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y su labor de intérprete. 9. El control de la reforma constitucional. 10. Las sentencias interpretativas y el precedente. 11. La cosa juzgada constitucional. 12. El futuro de la interpretación constitucional.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El tema al que se contraen las presentes líneas tiene diversos supuestos. El primero, sin lugar a dudas, es que la interpretación constitucional existe. Y que tiene ciertas peculiaridades que la diferencian de las que se dan en otros ámbitos del Derecho. Y teniendo en cuenta que durante mucho tiempo solo se utilizó un tipo de interpretación para todas las ramas del Derecho, y solo en forma tardía, sobre todo desde mediados del siglo XX, se puso en evidencia la necesidad de la interpretación constitucional como tarea específica. Y sin olvidar que con anterioridad hay algunas contribuciones puntuales, pero muy circunscritas y sin la fuerza de irradiación suficiente. Y es por eso que desde hace algunas décadas, sobre todo a partir de los años cuarenta del siglo pasado, se empieza a hablar de la interpretación constitucional como necesaria y además peculiar, si bien alimentada por principios generales. Esto se da también en la América Latina, y ha avanzado mucho en los últimos tiempos.

Pero hablar o escribir sobre el tema que nos ocupa implica varios aspectos que hay que tener en cuenta. En primer lugar la literatura

* Publicado en "Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol" nums. 58-59, Valencia (España) 2009 y con anterioridad y con otro título en "Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias" a cargo del Daniel Sabsay y Pablo Manili (varios tomos).

existente, considerando no tanto artículos o ensayos sueltos, sino libros publicados, ya que de esta manera tenemos una constancia orgánica de una preocupación académica y no de un entusiasmo que podría ser pasajero. En América Latina esto se refleja a fines de los años cuarenta del siglo pasado, y luego se sucede una lista algo escueta de libros sobre lo mismo, lo que se acelera en los últimos años (sobre todo en el Brasil, cf. Virgilio Afonso da Silva, coordinador, *Interpretação constitucional*, Malheiros editores, São Paulo 2005).

Y al lado de las contribuciones bibliográficas, hay que ver el desarrollo de la legislación positiva. Es sabido que las Constituciones de nuestros países solo hacen referencia tangencial a la interpretación, la cual, curiosamente, la asignan casi en exclusiva al Congreso o ente legislativo, como si fuese el único con capacidad de interpretar, cuando en realidad hoy es quizá el que menos interpreta (Const. de Costa Rica, art. 121, Const. de Colombia, art. 150, Constitución de Uruguay, art. 85, Constitución del Perú, art. 192, etc). Al mismo tiempo, en legislación especializada de carácter penal, civil, tributario, laboral, etc., se insertan criterios que deben tenerse presentes al momento de interpretar, y que son bien conocidos. Y esto se acentúa en el caso de leyes especiales que regulan determinados procesos constitucionales o cuando se tienen leyes generales o más aun cuando se trata de Códigos Procesales Constitucionales, que en nuestra América no son más de dos actualmente, como se verá más adelante.

Otro aspecto a considerar es cuáles son los órganos que interpretan y cómo lo hacen, de acuerdo a su conformación, competencias y formas o maneras de reclutamiento de sus miembros. Y es evidente que al margen de las atribuciones de los órganos legislativos, se da hoy día una nueva realidad. Y es la existencia de órganos independientes, con funciones específicas, que son las cortes o tribunales constitucionales, que además han hecho incursiones en temas que antes no se trataban. Y esto en paralelo con lo que siguen haciendo o empiezan a hacer las Cortes Supremas debidamente facultadas para realizar interpretaciones o que simplemente se las atribuyen.

Y finalmente las sentencias interpretativas que emiten esos tribunales o esas cortes supremas, que tienden a crecer con el tiempo, dando cuenta así de una jurisprudencia reiterada y abundante, que vive al margen y a veces a contrapelo de los textos escritos.

Toda esta realidad es lo que globalmente se puede calificar como interpretación constitucional tal como se da en la América Latina, y cuyo estudio global aún no ha sido emprendido. Por eso el presente ar-

título se limita a dar unas pinceladas sobre esta compleja realidad, cuyas fuentes lamentablemente siguen dispersas y a la espera de alguien que las reúna en un conjunto más armonioso y de mayor alcance.

2. DELIMITACIONES

El tema de la interpretación constitucional es relativamente nuevo como ya se indicó. Y si bien es cierto que la interpretación en sentido general es muy antigua, los principios o en todo caso los puntos centrales de ella solo han sido sistematizados avanzado el siglo XIX, sobre todo desde la gran teorización de Savigny, que fue muy usada en el Derecho Privado y que mantiene su utilidad. En materia de Derecho Público hubo algunos intentos por aquella época - sobre todo en la doctrina constitucional norteamericana y luego en la italiana - pero no se fue muy lejos.

Y esta acotación tiene un punto de partida referencial. Y es que el tema de la interpretación constitucional es reciente, porque para que ella interese de a verdad es necesario que lo que se interpreta, o sea, la Constitución, sea atractiva como objeto de estudio y además que sea considerada como un referente obligatorio en un determinado orden social. Pero todos sabemos que en Europa la Constitución fue tradicionalmente considerada como un instrumento de carácter político, y por eso es que ni el control constitucional ni la exégesis constitucional llegaron a tener importancia. Y esto cubre todo el siglo XIX y gran parte del XX. En realidad, el primero que a nivel europeo sistematiza una serie de principios que llevan a la conclusión de que la Constitución es un orden jurídico que se aplica y que hay que respetar, es Hans Kelsen en su gran obra *Teoría general del Estado* (1925 y de la que hay traducción castellana realizada por Luis Legaz Lacambra y publicada por la Editorial Labor en Barcelona y en 1934). Y solo en 1928, en su célebre ponencia presentada a la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público (celebrada en Viena en abril de 1928) es donde plantea orgánicamente no solo la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento, sino el mecanismo para hacerla respetar, que él entendía como procedente solo a través de un órgano concentrado que era el Tribunal Constitucional que por entonces ya existía en Austria, y del cual Kelsen era magistrado y además relator permanente. Es decir, los dos aportes fundamentales que hizo Kelsen en su ponencia de 1928 fueron los siguientes: a) la Constitución es una norma jurídica que se aplica y que debe ser respetada por el

resto del ordenamiento, y b) el desconocimiento que de ella se haga, debe enmendarse o corregirse a través de un órgano ad-hoc, que es el Tribunal Constitucional (los textos de H. Kelsen están reunidos en *La giustizia costituzionale*, Giuffrè editore, Milano 1981).

No obstante este inicio pionero, el interés por la interpretación constitucional solo reingresa en forma sostenida en la década de 1970, y desde entonces ha tenido una amplia aceptación acompañada por una literatura cada vez más importante.

Y esto se ve también en nuestra América. En efecto, el tema de la interpretación existió desde siempre en nuestro continente, pero ha habido pocos tratamientos globales. Quizá el primero que lo hace con gran prolijidad y a nivel general, sea Carlos Maximiliano a través de su valioso ensayo *Hermenéutica e aplicação do direito*, Barcillos, Bertaso & Cia, Porto Alegre 1925 (hay ediciones posteriores). Pero ahí el tema constitucional no es el objetivo central, sino que es tocado marginalmente.

Pero quien lo trata de manera orgánica es el jurista cubano Eloy G. Merino Brito en su libro *La interpretación constitucional* Edic. Jesús Montero, La Habana 1949, que es en realidad una exposición y comentario de diversos principios que surgen de la práctica jurisprudencial norteamericana, así como de la doctrina que desde mediados del siglo XIX había hecho referencia a ella. El interés de Merino Brito seguramente se vio impulsado por la existencia en su país - en esa época - del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales como sala especializada dentro del Tribunal Supremo cubano, que tuvo una importante gravitación en el desarrollo jurídico del país, hasta que empezó un lento proceso de deslegitimación en 1952, para llegar a su inoperancia y desaparición total con el advenimiento de la revolución castrista (tímidamente en 1959 y formalmente en 1973 y luego en la Constitución de 1976, momento en el cual la Isla adoptó el llamado control político de constitucionalidad, acorde con los lineamientos de las democracias populares existentes entonces).

Es decir, el problema se plantea como un caso típico de desarrollo de la doctrina constitucional por un lado, y de la fuerza que va adquiriendo el constitucionalismo en nuestra América, por otro. No obstante que antes y después se erigirían dictaduras de diverso tipo.

Prueba de este interés lo demuestra el hecho de que Segundo V. Linares Quintana introduce en su monumental *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* un apartado dedicado al tema (en la prime-

ra edición en el tomo II publicado en Buenos Aires en 1953). Más tarde lo incorpora como “voz” en la prestigiosa “Enciclopedia Jurídica Omeba” (Buenos Aires, tomo XVI, 1967). Y posteriormente publica un grueso y muy documentado *Tratado de la interpretación constitucional* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998) que ha reeditado recientemente en dos tomos (el segundo de los cuales, en rigor, se limita a ser una valiosa compilación de ensayos del autor que no tiene que ver mayormente con el título de la obra).

A nivel general es importante, por su alcance y variedad de enfoques, el libro compilado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Interpretación constitucional*, 2 vols., Edit. Porrúa, México 2005 que reúne más de 80 colaboraciones de autores latinoamericanos y europeos. Y que presenta un panorama amplísimo sobre lo que el concepto significa y que es uno de los mejores del idioma.

3. LOS CONCEPTOS Y SU USO

La literatura latinoamericana utiliza de manera preferente el término “interpretación” si bien no faltan autores que prefieren el empleo de la locución “hermenéutica”. Sin embargo, algunos como Carlos Maximiliano (en la obra citada) seguido en el ámbito castellano de la América Latina por diversos juristas como Linares Quintana, distinguen ambos términos. Según este punto de vista, la “hermenéutica” es un concepto general de carácter englobante y doctrinario que desarrolla los soportes teóricos respectivos. En tanto que el concepto “interpretación” designa la correspondiente área del Derecho sobre la que se trabaja. Así, la hermenéutica es la teoría general, y la interpretación es la que se aplica sectorialmente.

Pero se sabe que a nivel filosófico, existe toda una concepción o filosofía llamada hermenéutica, de la cual es destacado representante Gadamer. Pero que en el fondo apunta hacia lo mismo, si bien con un fondo filosófico determinado.

Conviene anotar que no obstante de tratarse de dos palabras distintas, ambas tienen idéntico significado en sus respectivos idiomas de origen. Así, “hermenéutica” es la palabra griega que al ser traducida por los autores latinos, la denominaron “interpretación”. Por lo que en principio no tendría sentido distinguir dos conceptos que en el fondo apuntan a lo mismo y que solo se diferencian por pertenecer a distintas familias lingüísticas. Pero no puede negarse la posibilidad

de que alguien pueda hacer diferencias, las precise y señale qué corresponde a cada una de ellas, lo que es perfectamente legítimo como criterio académico adoptado libremente, si bien es algo que considero innecesario. Es decir, no obstante ser términos idénticos, es factible crear diferencias entre ellos, si bien para fines académicos. Y sobre todo dejar en claro lo que se persigue y el sentido en el cual se usan cada uno de ellos.

En todo caso, y dejando de lado las preferencias en el ámbito filosófico y teológico, a nivel de análisis y doctrina jurídica se utiliza y aun más se prefiere el de interpretación, como algo que ha sido privilegiado por la doctrina. Y por tal motivo, y además por una mayor claridad, optamos por el de mayor uso extendido, esto es, el de "interpretación" (cf. Manuel Hallivis Pelayo, *Teoría general de la interpretación*, Ed. Porrúa, México 2007).

Y a partir de este vocablo, es perfectamente lícito hacer planteos y divisiones en torno a este filón teórico de indudable atractivo.

4. LA INTERPRETACIÓN EN MOVIMIENTO

Durante el siglo XIX nació y se desarrolló ampliamente la conocida Escuela de la Exégesis, que tuvo un predominio casi absoluto en la cátedra y en la academia europeas. Según esta tendencia, lo que importaba al momento de decidir casos cuestionados ante una autoridad, en especial la judicial, era aplicar la norma tal cual era ella. En tal sentido, fieles a la tradición europea en la cual los jueces eran parte del *establishment*, tenían que respetar la ley en cuanto que ella era la emanación de la voluntad popular, más aun considerando, como quería Montesquieu, que los jueces eran un poder nulo y debían limitarse a pronunciar las palabras de la ley, sin mitigar su fuerza ni su rigor. Era una concepción robótica en la cual el juez era casi un autómatas que aplicaba la ley sin chistar, con lo cual se producía lo que Pound llama –si bien con otro alcance– jurisprudencia mecánica.

Y para esto, había que buscar la voluntad del legislador, primero la voluntad real, y luego de pasados los años la voluntad presunta. O sea qué hubiera dicho el legislador si hoy viviera y tuviera que resolver estos problemas. O cómo lo de ayer hubiera respondido a los problemas actuales.

La idea de la exégesis era pues doble: por un lado los textos legales eran claros y transparentes, más aun cuando representaban el

sentido democrático de las instituciones con indudable legitimidad. Y en segundo lugar, el juez era un servidor fidelísimo de la ley y debía aplicarla sin dudas ni murmuraciones, pues además cumplía un papel de custodio de la legalidad y no de la constitucionalidad.

Indudablemente este apego a la ley fue una conquista importante en su época, pero como toda innovación fue poco a poco demostrando su insuficiencia, y conduciendo a una serie de paradojas que había que solucionar. Y fue así como finalmente, cercano ya el fin del siglo XIX, Geny se aprestó a darle el golpe de gracia a la Exégesis y al mismo tiempo abrir las puertas a otras inquietudes.

Pero esta referencia a la exégesis no solo es histórica. La hemos traído a cuento porque aun cuando parezca irreal se mantiene viva en la cultura jurídica tradicional de América Latina, sobre todo en los círculos que no han recibido las nuevas inquietudes y siguen pensando que esa es la labor del intérprete y la del juez: ser exégetas. Y con este título hay cientos de páginas escritas y además ensayos, monografías y libros que dan cuenta de esta adhesión, si bien con matices varios. Y esto no solo ha ocurrido por un natural desfase que a veces se vive, sino por una motivación ideológica: la ley no puede ser cuestionado, sino que debe ser aplicada literalmente, casi mecánicamente, y no ser sujeta a ningún tipo de manipulaciones por quienes, además, son servidores del Estado.

Pero ya en los años cuarenta y cincuenta del siglo pasado, se hicieron nuevos planteos en torno a la interpretación, en parte inspirados por algún sector doctrinario europeo, en parte por la doctrina jurídica norteamericana. Sintetizan este enfoque nuevo dos obras y dos autores importantes en nuestra área: Carlos Cossio (*El Derecho en el Derecho Judicial*, Edit. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1945) y Luis Recaséns Siches (*Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México 1956). En ellas se destaca el valor intrínseco de la interpretación y el importante rol del juez en el proceso interpretativo.

La interpretación constitucional no se encuentra aislada. Ella desarrolla y matiza sus propias modalidades, pero el mismo tiempo se alimenta y busca inspiración en las teorías generales de la interpretación. Dicho en otras palabras: no puede hablarse de interpretación constitucional como algo independiente y al margen del orde-

namiento jurídico, ya que ella siempre tiene un trasfondo teórico de carácter filosófico.

Así, en los últimos tiempos ha tenido una gran presencia en el mundo del Derecho la filosofía analítica, que es recepcionada, sobre todo, por la doctrina argentina (Alchourrón, Bulygin, Carrió, Nino, Vigo) y que encuentra eco en otros países del área (Francisco Miró-Quesada, Tamayo y Salmorán). Pero a nivel constitucional son pocos todavía los que incursionan con este instrumental (de excepción es Lucio Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino 2007).

Y esto ha hecho que la interpretación constitucional avance mucho, sobre todo en los últimos años, al compás no solo de alientos teóricos, sino de necesidades sentidas en un mundo cada vez más globalizado.

5. QUIENES INTERPRETAN

Como siempre se ha interpretado normas, existe toda una literatura que responde al tema de quiénes interpretan y sobre todo con que alcance.

Quizá la más antigua interpretación ha sido la realizada por los doctrinarios, que incluso en ciertos periodos de la historia tenían poder decisivo para hacer lo que hacían (como en ciertas épocas de la Roma antigua). Y esta interpretación se mantiene, pero es indudable que no tiene la fuerza que otras tienen, no obstante su superioridad teórica.

La otra interpretación que se ve y que es muy frecuente, es la que realiza el propio órgano que sanciona y emite la ley, esto es, el órgano legislativo. Tiene la ventaja de que quien la hace tiene un clarísimo mandato popular que es muy respetable y además un alcance general y vinculante del que otros carecen. Pero aun siendo muy importante esta labor interpretativa, es evidente que ella tiene serias limitaciones, ya que no siempre dicho órgano está dedicado a esta labor ni necesariamente emite interpretaciones cada vez que ellas se requieren. Por tanto, para efectos prácticos esta interpretación dada por el órgano legislativo es valiosa, pero no tiene la trascendencia que se espera. Se le ha llamado "interpretación auténtica" no porque sea la única válida y verdadera, sino porque tiene fuerza para imponerse, a diferencia de las demás, que carecen de este "imperium". Pero aun

así tiene un alcance relativo, pues el legislador, por lo general, no es muy proclive a las interpretaciones normativas. Y más aun cuando los parlamentos de nuestros días dedican poco tiempo a la tarea legislativa.

Lo que hoy ha alcanzado una importante cuota de poder es la interpretación a cargo de los jueces, o sea, de los funcionarios a quienes el Estado ha otorgado jurisdicción para resolver los conflictos que a diario se presentan en nuestra sociedad. Y en donde vemos que cada vez se incrementa la denominada “judicialización de la política” y la “judicialización de la vida cotidiana”.

Así las cosas, aun cuando no sea algo cimero a nivel doctrinario ni tampoco tenga la legitimidad que otros tienen, para efectos prácticos la interpretación que llevan a cabo los jueces es de una importancia superlativa, por lo que analizar este tema se presenta como una tarea impostergable. Más aun, en la práctica y visto el incremento de los problemas que buscan solucionarse en la vía judicial, la interpretación de los jueces tiene una mayor repercusión y un alcance más vasto que la legislativa. Y con una inevitable gravitación en el mundo cotidiano.

Y si pasamos de aquí al aspecto constitucional, la importancia se acrecienta. Esto es especialmente importante en aquellos países que tienen un poder judicial organizado y que además tiene la facultad, sea a través del control difuso o con atribuciones abstractas propias del modelo concentrado, de tomar decisiones que afectan el entramado constitucional en última instancia. Así tenemos, para solo referirnos a los casos más relevantes, a las cortes supremas de la Argentina, México y el Brasil.

Pero al lado de estos casos tradicionales de poderes judiciales que entregan a sus cortes supremas el control de constitucionalidad, existen otros órganos encargados de ello y que son más recientes. Me refiero por un lado a los tribunales constitucionales. Y por otro a las salas constitucionales que existen al interior de las cortes supremas pero que tienen autonomía y funcionamiento pleno para esta función específica. Y aún más, una actividad sorprendente.

Ambos modelos son interesantes y en cierto sentido riesgosos. Por un lado los tribunales constitucionales (Guatemala desde 1965, Ecuador desde 1996, Perú desde 1979, Colombia desde 1991, Bolivia desde 1998, Chile desde 1970) avanzan grandemente en aspectos de

defensa e interpretación constitucionales. Y en no menor escala lo hacen las salas constitucionales, que si bien son parte de la Corte Suprema de cada país, actúan con independencia, como es el caso singular de Costa Rica, a la que hay que agregar las salas constitucionales de El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela (en el caso de esta última, su Sala Constitucional se prestó primero al juego político chavista y hoy está intervenida y manejada desde afuera).

Tenemos pues que al clásico papel que desempeña la Corte Suprema, se han añadido las Salas constitucionales independientes y los tribunales constitucionales (en Colombia se llama Corte Constitucional y en Guatemala, Corte de Constitucionalidad). Estos últimos son órganos de poder concentrado que existen al margen de los poderes (como es el Perú) o dentro del área judicial, pero con independencia (Colombia y Bolivia). Y las Salas Constitucionales al interior de las Cortes Supremas.

Estos modelos se caracterizan en cuanto a su jurisprudencia se refiere, por resolver gran cantidad de procesos, que sin ser muchos en comparación con los asuntos que resuelve el Poder Judicial, son de mayor impacto. Y por otro lado, porque en su labor interpretativa han demostrado gran audacia creativa, produciendo sentencias que se alejan por completo de la matriz clásica y que sin lugar a dudas plantean complejas cuestiones en materia de interpretación constitucional. Y que al mismo tiempo reflejan un activismo que puede caer en excesos o convertirse en temerario.

6. NUEVO TIPO DE SENTENCIAS

El avance de la interpretación constitucional va de la mano con la irrupción de los tribunales constitucionales desde la década de los sesenta. De hecho, hay que mencionar que la presencia de ellos es importante para la consolidación democrática, pero también puede ser un obstáculo para ella. En todo caso es útil tener presente que en principio los tribunales constitucionales no son indispensables para la gobernabilidad, pero pueden ayudarla (cf. AA.VV. *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2007). Y tan es así que se ha demostrado que las dictaduras o los gobiernos que intentan imponerla, no son partidarios de los tribunales constitucionales como puede verse en casos recientes. Así, cuando Pinochet dio el golpe de Estado en Chile en

1973, lo primero que hizo fue desactivar el Tribunal Constitucional, que sin lugar a dudas lo entorpecía en sus propósitos. Lo mismo hizo Fujimori en 1992, al interrumpir el proceso democrático peruano. Y en fecha más reciente los tribunales constitucionales han sufrido la arremetida de gobiernos que pretenden - a estas alturas - experiencias socializantes y autoritarias que la propia historia ha enterrado (Bolivia, primero y Ecuador en fecha más reciente).

Y también se ve en países que no cuentan con tribunales constitucionales, pero que sí tienen el poder de llevar a cabo controles mediante la solución de conflictos y más aun cuando ello conlleva una interpretación que hacen los jueces, sean ordinarios o constitucionales.

Como norma general, los tribunales constitucionales se sienten más libres para actuar que los jueces ordinarios. Pesa en los poderes judiciales una fuerte carga procesal que no es constitucional estrictamente más que en un 10% o menos y que en cierto sentido dificulta su labor. La judicatura ordinaria muestra generalmente cierta insensibilidad frente al problema constitucional, proveniente del origen de los jueces y de los valores que deben conservar. Y algo de esto se salva en el caso de las cortes supremas en determinados países (México, Brasil y Argentina). Pero como los tribunales constitucionales no están formados por gente que hace una carrera con espíritu burocrático, se sienten más libres de actuar, pues además, por lo general y vencido su mandato, no retornan al cargo y no tienen porque pagar o devolver favores.

Dentro de esta libertad interpretativa que manejan los operadores jurídicos, resalta sobre manera lo que hacen los jueces o magistrados constitucionales, en especial aquellos que están vinculados a cortes o tribunales constitucionales, que son órganos ad-hoc y que tienen funciones delimitadas y diferenciadas del órgano judicial. Más aun cuando tienen menos ataduras que los órganos judiciales tradicionales.

Clásicamente las sentencias eran consideradas estimatorias y desestimatorias. Las primeras podían ser totales y parciales, e igual las segundas. Y podía también darse la inadmisibilidad -falta de requisitos materiales- o la improcedencia -por falta de requisitos formales-. Pero ahora existen otras modalidades, que iniciadas por la doctrina alemana en los años sesenta, han sido desarrolladas y

ampliamente estudiadas y estructuradas por la doctrina italiana, seguida por la correspondiente jurisprudencia constitucional, que ha llegado a nuestra América y se encuentra en tribunales constitucionales (Colombia, Perú, Bolivia) y también en las cortes supremas que tienen esa facultad (cf. A Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2004).

Así, tenemos ahora una modalidad muy rica de sentencias cuya tipología va en continuo aumento y de las que aquí nos limitamos a señalar algunas de ellas y en especial las más relevantes:

- a) sentencia manipulativa: como su nombre lo indica, se manipula la norma para que diga una cosa más o distinta de lo que es para mejorar un enfoque o permitir una salida al problema planteado. Este tipo de sentencia es genérica y permite a su interior una variedad de matices que veremos luego, uno de ellos el roce que puede tener con el legislador, creándose de esta manera un problema de legitimidad.
- b) sentencia aditiva: la norma se interpreta de manera tal que a lo que dice se añade un nuevo contenido que se desprende de ella y termina buscando, adaptando o mejorando sus alcances vía interpretativa, pues se amplían los supuestos de aplicación o sus consecuencias. Es, con creces, la más importante de las que genéricamente se conocen como “manipulativas”.
- c) sentencia sustitutiva: que se caracteriza por eliminar una decisión y remplazarla por otra.
- d) sentencia exhortativa: mediante la cual no se toma ninguna decisión y se insta al legislador para que haga algún cambio determinado en la legislación para evitar la intervención del juez constitucional. Se basa en criterios de previsión y seguridad.
- e) sentencia reductora: es lo opuesto a la aditiva.
- f) sentencia diferida: se pronuncia por un determinado punto de vista, pero que será aplicado en un tiempo posterior o cuando suceda algún acontecimiento futuro. Produce lo que se llama “vacatio sententiae”.

Como se ve de estas simples modalidades expuestas, hoy en día y a través de la sentencia constitucional, se puede optar por gran variedad de soluciones, que van más allá de lo que literalmente se expresa en la norma.

Existe pues una interpretación constitucional, preferentemente asumida por tribunales o cortes constitucionales, que siguiendo matrices europeas avanza notablemente y sobre todo mucho más allá y más audazmente de lo que hacen los jueces ordinarios (en especial en los tribunales constitucionales de Colombia, Perú y Bolivia).

Importante aspecto que hay que considerar es que se ha adoptado en estos casos una distinción sutil entre la “disposición” y la “norma”. La primera es la envoltura, esto es, el continente que puede abarcar muchos elementos y que forma parte de un texto normativo. Lo segundo es el contenido, que denominamos como norma, porque ella realmente decide o actúa en determinada manera y señala lo que hay que hacer. Así entendido, tenemos que un artículo de la Constitución o de determinada ley, puede tener varias palabras expresadas en cinco líneas y quizá con dos o tres incisos, todo lo cual es la “disposición”. Pero la “norma” son esos elementos que están a su interior y que encierran variedad de matices, entendiéndose que una disposición puede tener varias normas, todas ellas con mandatos de que algo debe hacerse o no hacerse. Y en virtud precisamente de las distintas sentencias interpretativas, es perfectamente posible que se declare constitucional una norma y otras no, o que se “manipule” una norma y otras no, o como sucede en veces, se declare inconstitucional una norma y otras no, dejando a salvo la disposición. E incluso puede llegarse al extremo de que una determinada norma quede remplazada por un texto que el propio intérprete prepara y adiciona.

Esta tarea interpretativa a la que son proclives sobre todo las cortes o tribunales constitucionales, muestra un indudable ingenio, con lo cual se avanza tan imaginativamente que muchas veces pueden llegarse a excesos que traen más complicaciones de las que resuelven. Esto es, se ha avanzado muchísimo y a la larga puede ser contraproducente, lo que recomienda prudencia en los magistrados constitucionales, cuidando el tremendo poder que les ha dado la Constitución. Y a ello ayudan o deben ayudar las críticas de una comunidad jurídica vigilante y en especial la opinión pública culta (cf. Humberto Nogueira Alcalá, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Palestra editores, Lima 2006).

7. LA LEGISLACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL

Uno de los aspectos novedosos de los últimos años ha sido la proliferación de legislaciones en el ámbito procesal constitucional,

pues se ha pasado de legislar los procesos constitucionales en situación de dependencia (por ejemplo, en los códigos procesales civiles y procesales penales) a hacerlo en leyes especiales. Así, en países del Caribe (República Dominicana) Centro América (El Salvador, Panamá) y también en la América del Sur (Brasil parcialmente, Colombia y Bolivia) los instrumentos procesales se encuentran alojados en los códigos procesales comunes. Pero se dan situaciones en las cuales hay leyes que intentan ubicar todo el entramado normativo en un solo texto legal (como es el caso de la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica de 1989 o la antigua ley peruana de habeas corpus y amparo de 1982 o la ley cubana del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de 1949). Pero también existen leyes dispersas, como en el caso de Argentina (Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data) que pre - existían o han sido sancionadas después de la reciente reforma constitucional (1994), situación similar a la que acontece en el Brasil. Hasta llegar al caso paradigmático del Código Procesal Constitucional, que busca sistematizar la materia en un instrumento único, primero sancionado por la provincia argentina de Tucumán (en 1999, pero sin que haya sido imitado por ninguna de las provincias argentinas, no obstante algunos proyectos en ese sentido) y el reciente y más comprensivo Código Procesal Constitucional del Perú (2004). Lo importante del dispositivo legal peruano es que contiene un título preliminar que establece determinados principios que sirven y orientan al juez constitucional o a quien hace sus veces y que tiene un adecuado desarrollo de todos los procesos constitucionales y de los órganos que los tramitan. Y además con un alcance nacional y no solo provincial.

El movimiento de codificación en materia procesal constitucional, aun incipiente, va a impulsar el avance de la actividad jurisprudencial y decididamente a una mayor actividad en el campo interpretativo. Y por cierto una actividad más intensa en la doctrina.

8. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU LABOR DE INTÉRPRETE

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido en la última década una labor muy destacada. Ella, como se sabe, conoce aquellos casos que le deriva la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es meramente consultiva, a diferencia de la Corte que es un órgano jurisdiccional.

Y esa actividad se ha visto acentuada sobre todo por la existencia de gobiernos autoritarios que desconocían elementales derechos humanos, con lo cual la gente así afectada recurría a la Corte, como único camino para detener los excesos a los que eran sometidos en sus propios países.

Esta triste situación, así como la distancia y al mismo tiempo el desconocimiento de nuestras realidades, ha hecho que la Corte tenga un papel descollante e incluso que haya ido más lejos de lo que hubiera sido deseable, incurriendo en excesos procesales y en condenas a veces poco atinadas y desproporcionadas. La Corte, por ejemplo, ha optado por hacer observaciones y críticas a determinados dispositivos constitucionales cuya vigencia no dependía del gobierno de turno y al cual llamaba la atención como si tuviera responsabilidad en lo sucedido y como si no hubiera hecho lo posible para remediarlo (como es el caso de Chile en función de textos normativos que venían de la dictadura). O una excesiva complacencia en el caso de excesos cometidos por grupos terroristas, en donde no solo se condenaba al Estado agresor - lo cual es perfectamente entendible - sino que se le obligaba a una serie de reparaciones inaceptables, como el hecho de poner el nombre de terroristas muertos a una calle o hacerles una ofrenda pública o pedir expresas y públicas disculpas a sus familiares dentro de un amplio espectro de "reparaciones" lo cual realmente es un exceso (esto, por otro lado, a contrapelo del denominado "Derecho Penal del enemigo" que en varios de nuestros países ha tenido acogida, si bien con diversas modalidades y matices). Los extremos son malos y no es bueno responder así a los notorios excesos que cometen los Estados. Lo que no impide señalar algunos casos en los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido interpretaciones interesantes, como es en el caso de Barrios Altos, en donde señaló que la amnistía, si bien era una prerrogativa de cada Estado y ubicada en el área del Poder Ejecutivo, no podía llevarse a cabo libremente y en todos los casos, sino que en algunos de ellos no procedía cuando eran auto-amnistías y se trataba además de graves violaciones de derechos humanos (cf. Sergio García Ramírez, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, México 2002).

Pero es un hecho que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sientan criterios que sirven para hacer interpretaciones de carácter constitucional en el doble sentido que inter-

pretan la Constitución y también el resto del ordenamiento. Y a la larga obligan al legislador o lo impulsan a hacer reformas constitucionales (como se ha visto en México y más recientemente en Chile en 2005).

Aspecto importante que hay que destacar es un hecho relativamente nuevo. Cual es que la Corte Interamericana ha interpretado sus propias sentencias, a pedido de las partes y en una sentencia posterior. Con lo que tenemos lo siguiente: una sentencia inicial emitida por la Corte, que luego es interpretada por otra, que muchas veces termina ampliándola en su sentido con elementos nuevos. Así, en los últimos tres años, la Corte Interamericana ha resuelto diez demandas de interpretación, mientras que las diez anteriores las resolvió entre 1997 y 2004.

9. EL CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Como es sabido, la Constitución democrática es aquella que surge de la voluntad popular y con el asentimiento de ésta. Es lo que se acepta desde Sieyès en adelante, anotándose que este poder de darse una Constitución, es lo que calificó en ese entonces - en término que sigue usándose hasta ahora - como poder constituyente originario. Es decir, la capacidad, sin ataduras políticas aun cuando pudieran existir algunos condicionamientos, para dictarse un texto fundamental que está destinado a regir en el futuro por tiempo indeterminado.

Al lado de esta realidad, existe el problema del cambio y de cómo esto puede afrontarse. Uno de ellos, que arranca desde fines del siglo XVIII es el poder de reforma, respaldado por la llamada teoría del poder constituyente derivado. O sea, la capacidad de hacer modificaciones a la Constitución vigente por un método o dentro de unos límites fijados con anterioridad.

Y sobre esto existen varias modalidades. Se hacen modificaciones constitucionales parciales o totales, y a través de un órgano calificado o por el poder legislativo ordinario y muchas veces se busca confirmar mediante una consulta popular lo que se ha hecho. Y esto lleva a mencionar los límites de la reforma constitucional, que ha sido materia de intensos debates.

Y como consecuencia de lo anterior, saber si el órgano jurisdiccional máximo (la Corte Suprema en los países que la consideran como tal, o las Cortes o Tribunales constitucionales, en donde los

hay) puede o no controlar las reformas constitucionales. Y sobre esto hay un debate muy extenso, entre los que sostienen que las reformas no pueden ser objeto de control jurisdiccional y los que creen que sí pueden hacerse. Y dentro de esta modalidad hay variantes.

Así, la Corte Suprema argentina, en decisión cuestionada por la doctrina, ha hecho un pronunciamiento sobre los límites de la última reforma constitucional. Por otro lado, el Tribunal Constitucional peruano ha tenido pronunciamientos no solo sobre la validez de la actual Constitución de 1993, sino sobre la reforma parcial de ella (no obstante que la Constitución no da esta atribución a dicho Tribunal). O el caso especial de la Corte Constitucional colombiana que por expreso mandato constitucional puede entrar a revisar y analizar una reforma constitucional, pero solo en el aspecto procesal o procedimental (como se vio en el caso de la reforma que habilitaba a Uribe un nuevo período presidencial).

El tema, por cierto, no es pacífico, pero es indudable que esta atribución, le haya sido otorgada o no por el legislador o el legislador constituyente, avanza y es difícil que retroceda. Y como es obvio, todo control se hace siempre y necesariamente a través de una sentencia que a su vez representa un tipo de interpretación con todas sus consecuencias. Lo que nos pone de nuevo sobre el serio problema de los límites de la interpretación constitucional.

10. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS Y EL PRECEDENTE

La familia del *civil law*, o para decirlo en términos más técnicos, la familia romanista o romano-civilista, estuvo siempre apoyada en la importancia del legislador y en la misión que correspondía al juez dentro del Estado constitucional: aplicar la ley, fruto de la voluntad popular y no entrar en disquisiciones con ella. Y esta ha sido la tendencia general del siglo XIX y gran parte del XX. Pero como ya hemos señalado, esto ha ido cambiando paulatinamente, en forma lenta y casi imperceptible, pero no por ello menos eficaz.

Se ha dado así el fenómeno de que sistemas jurídicos pertenecientes al sistema romanista, reconocen la labor de los jueces a través de sus sentencias interpretativas y las hacen valer en el ámbito jurisdiccional. Esto de por sí contribuye a enriquecer la vida del Derecho en sociedad, y resulta aumentando el valor de las actuaciones judiciales. Y su influencia en el resto del ordenamiento jurídico.

De hecho, en muchos de nuestros países se nota este avance de la tarea interpretativa que tienen los jueces, lo que se aprecia en forma cada vez más creciente, si bien existen algunos que han optado por esta tesitura mucho antes que el resto. Es el caso, para no agotar la lista, de México, Colombia, Brasil y Argentina, en donde la jurisprudencia de los tribunales contribuye a enriquecer la aplicación del Derecho, lo cual se vuelve orientador para los futuros casos. Y por esto, en los países mencionados y en otros más recientemente, la jurisprudencia interpretativa tiene cada vez mayor importancia, lo que se advierte, sobre todo, en aquellos con tribunales o cortes constitucionales como es el caso de Guatemala, Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia.

Paralelo a este avance, existe otro elemento importante como es el valor del precedente, al cual en cierto sentido se sienten obligados los mismos jueces en el futuro y el resto de jueces en los casos que tengan a su cargo. Se advierte así una influencia horizontal y vertical, o sea, hacia el mismo nivel y hacia abajo.

El tema del precedente, como se sabe, ha sido tomado de la familia jurídica del *common law*, y está relacionado con el viejo principio del *stare decisis*, o sea, dejar las cosas como están. Lo cual quiere decir que hay que estarse a lo decidido y no debe tocarse este principio en casos futuros. Lo cual genera cierta seguridad y predictibilidad, por un lado. Pero por otro puede causar inmovilismo, ya que si todo está dicho, no hay que preocuparse por hacer más cosas o algo distinto.

El problema del precedente es, pues, cómo se forma y opera, cuánto dura y sobre todo cómo se modifica. Y en esto ha habido grandes discusiones, que no han amainado.

La solución debería buscarse, salvando las inevitables distancias, en el modelo norteamericano que le sirve de inspiración y que sin lugar a dudas funciona y sin tropiezos en el país del norte.

Lo primero que hay que advertir es que el derecho sajón no solo es un derecho de jueces, sino además un derecho de casos. Es decir, si bien es cierto que cada vez hay más legislación escrita - tanto a nivel estatal como federal - los jueces y los casos se presentan siempre. Y así cada caso se resuelve en su momento y si luego viene otro igual, se le estudia y se busca una solución que en cierto sentido se suma a la anterior y así sucesivamente. Es decir, un problema origina una determinada resolución judicial que tiene una respuesta concreta por

parte de la judicatura. Y luego vienen otros que se le suman en la misma línea, lo que da motivo a que con el tiempo se tenga una cantidad de casos apreciables que establecen pautas de conducta para casos futuros. Y si se llega a un caso que explica todo y con alcances generales, estamos entonces en un alto en el camino que servirá para iniciar una segunda navegación en el mundo de los casos y que como es orientador, se llamará por eso *leading case*, o sea, caso líder que conduce o guía y al cual se remiten de ahora en adelante. Estos casos líder (como son por ejemplo en el ámbito constitucional *Roe vs. Wade* o *Miranda vs. Arizona*) son luego seguidos por otros que los complementan, desarrollan o afinan y así quedan. Hasta que llegados a una situación distinta, el principio que los rige es modificado expresamente por otro, como en su momento lo fue *Plessy V. Fergusson* (1896) modificado expresamente por *Brown vs. Board of Education* de 1954, que fijó el principio de la no segregación racial en las escuelas públicas.

Lo importante que hay que señalar es que los casos son acumulativos, avanzan lentamente y cuando llegan a un estado de madurez, en un largo lapso, se fijan y se convierten en orientadores durante varios años, hasta que terminan afianzándose con diversos aditamentos o eventualmente remplazados por otros. Y todo esto lentamente, con la prudencia que caracteriza al mundo sajón. Es decir, en forma pausada y acumulativa. Con lo cual se supera el dilema teórico entre inmovilismo y cambio.

Pero esto no siempre es seguido en nuestros países, que han tomado de este sabio proceso solo determinados aspectos y no otros. O quizá los han interpretado mal. Y tiene además un ejemplo extremo en el caso del Tribunal Constitucional peruano que ha entrado en un vértigo de definiciones y excesos que no son recomendables y que han creado muchos problemas. (cf. AA.VV. *¿Guerra de las Cortes?*, Domingo García Belaunde, coordinador, Palestra editores, Lima 2008).

En síntesis, la fijación de la jurisprudencia de los tribunales, su alcance interpretativo, las nuevas envolturas que producen sobre un cuerpo legal ya existente, hace que cobre importancia la actual jurisprudencia de los más altos tribunales, y además que la interpretación en materia constitucional quede fijada, en gran medida, por los jueces, ordinarios y constitucionales. Así lo podemos ver en las "tesis"

emanadas de la Suprema Corte mexicana y en las llamadas “sumulas vinculantes” en el Brasil (cf. Jose Afonso Da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros editores, São Paulo 2005 y André Ramos Tavares, *Nova Lei da Súmula Vinculante*, Editora Método, São Paulo 2007). Que al igual que en otros países (Argentina, Colombia, Venezuela) sirven para orientar las futuras resoluciones de los jueces. Y que tienen predicamento en tanto tales fallos sean considerados como adecuados y razonables en las circunstancias en que fueron emitidos. Y cuya modificación, parcial o total, puede producirse en algún momento.

11. LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Como consecuencia de la actividad jurisprudencial de los últimos años, se ha desarrollado o puesto en evidencia algunos problemas en relación con las sentencias, que es lo que clásicamente se conoce como “cosa juzgada”, que si bien se mantiene como principio, ha sido cuestionada en sus efectos o mejor dicho, se han relativizado sus alcances. De esta manera, sobre todo a partir de la creación de la Corte Constitucional en Colombia, se ha desarrollado la teoría de la “cosa juzgada constitucional”, que es la que dicho órgano produce en su actividad diaria (cf. Marco Gerardo Monroy Cabra, *La interpretación constitucional*, Edic. Lib. del Profesional, Bogotá 2002)

Pero esta opción, sin lugar a dudas válida, ha sido mal interpretada por el Tribunal Constitucional peruano, que ha hecho una distinción artificiosa entre “cosa juzgada constitucional” y “cosa juzgada legal”, con lo cual lo único firme y duradero es lo primero y no así lo segundo. Esta última podría incluso impugnarse, según este temerario criterio, ante el Tribunal Constitucional, si es que por ventura una sentencia emanada de la Corte Suprema en definitiva instancia, se considera lesiva de algún criterio que en alguna oportunidad hubiese establecido el mencionado Tribunal. Con lo cual se crea *in limine* una peligrosa inseguridad.

Aspecto interesante y relacionado con lo anterior, es la tesis de la existencia de una “cosa juzgada inconstitucional”, que está contemplada en la legislación brasileña y que ha causado un gran debate alrededor de ella (cf. Ivo Dantas y Rafaella Maria Ch. de Lacerda, *Teoria da inconstitucionalidade*, Editora Ltr., São Paulo 2007).

De acuerdo con la teoría que hemos mencionado, habría la posibilidad de que exista cosa juzgada, o sea sentencias interpretativas - pues todas lo son en mayor o menor medida - que contradigan los principios constitucionales, y aun más, que ella pueda ser revisada en un procedimiento preestablecido y a cargo de un órgano especial (que puede ser la Corte Suprema o un tribunal o corte constitucional).

De hecho, siempre cabe que una determinada materia pueda ser objeto de una sentencia firme que al final termine violando determinados principios o aspectos constitucionales. Y esto es algo que no puede descartarse, más aun en épocas como las nuestras, de expansión de los derechos fundamentales y de la presencia de un nuevo derecho: el derecho a exigir derechos. Pero aun así, por razones de seguridad jurídica es mejor mantener en reserva o con alcance restringido la revisión de estos casos, por las complicaciones que genera. Y los múltiples problemas que puede causar por su impacto en nuestras sociedades, tan movidas y sin las tradiciones que otras tienen.

12. EL FUTURO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El Estado constitucional es un producto de la llamada “revolución atlántica”, que se inicia tímidamente a fines del siglo XVIII, se afirma lentamente durante el siglo XIX y adquiere nuevos bríos a partir de la primera posguerra (o sea a partir de 1918). Pero el tema de la interpretación constitucional tiene una aparición tardía, en especial a partir de la cuarta década del siglo XX. Y si bien existían con anterioridad algunos aportes interesantes desde el siglo XIX (en especial en los Estados Unidos y por reflejo de este país en la Argentina) la conciencia de su importancia es tardía.

Y este tópico tiene varias modalidades de las que señalamos solo algunas. Y es que el acto interpretativo, que es original, distinto a los demás y además creador, se inicia desde la Constitución hacia la ley y no al revés. Dicho en otras palabras, es una interpretación que baja y no una que sube: antiguamente se interpretaba la Constitución desde la ley y hoy se hace precisamente al revés: o sea, la ley es vista desde la Constitución. Esto hace que el mirador del cual se parte sea distinto, y con las consecuencias que tiene el hecho de que el referente obligado sea una Constitución que por lo general tiende a durar en el tiempo. Como el caso de las vigentes constituciones mexicana de 1917 y argentina de 1853-60, aun con sus varias reformas, más

de 600 en el caso de México. Y cuando hay países que tienen una constitución vigente desde hace varios años (Costa Rica desde 1949, Guatemala desde 1985, Brasil desde 1988, Colombia desde 1991, Perú desde 1993, Chile desde 1980, si bien con múltiples y significativas reformas, como en parte la han tenido todas).

Y la situación es ésta: se tiene en cuenta un texto, que puede tener muchos o pocos años, pero en todo caso ha sido afectado por el tiempo y las palabras y las situaciones pueden tener hoy día otro significado o contexto distinto al que existía en el momento en que fue sancionado. Y sin olvidar que a diferencia de los cuerpos legales, las constituciones no se redactan en lenguaje ceñido y técnico, sino más bien fluido y no siempre preciso. Ya que al fin y al cabo, las constituciones son opciones políticas que se traducen en un ropaje jurídico, no siempre adecuado.

Lo que trae como consecuencia que cada vez la Constitución, desde el punto de vista operativo, se asemeje más a lo que deciden las cortes supremas o cortes o tribunales constitucionales, con lo que esto significa.

La situación así descrita es importante señalarla, pues lleva implícita una exigencia que podría esquematizarse así: esmerarse en que los jueces respondan realmente a una carrera profesional seria e independiente o a un nombramiento altamente calificado. Y por otro, la necesidad de que la comunidad jurídica - como lo es en los Estados Unidos - sea vigilante atento y crítico responsable de los rumbos jurisprudenciales, como sucede en ese país en función de lo que hace su Corte Suprema federal.

Dentro de este rubro, es importante auspiciar - más allá de lo que actualmente existe - la edición ordenada y crítica de la jurisprudencia relevante en materia constitucional, que si bien se da a nivel general, no se ve que ella trascienda el ensayo o la publicación periódica. Es importante que los manuales que circulan de uso para la comunidad jurídica, no sean únicamente áulicos de las decisiones de carácter constitucional, sino críticos de ella (la mayoría de los manuales que circulan en la América Latina, con pocas excepciones, dan demasiada importancia a la normatividad existente, esto es, a la dogmática, sin hacer cuestionamientos críticos de la jurisprudencia, como si se ve en otros ordenamientos cercanos al nuestro, como es España).

Todo esto ayudará sin lugar a dudas, a que la interpretación constitucional, incorporada irrevocablemente a nuestro quehacer jurídico cotidiano, se constituya en un verdadero soporte de nuestra vida jurídico-constitucional.

Lima, marzo de 2008

CAPÍTULO IX

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL: EXTENSIÓN Y LÍMITES

SUMARIO: 1. El precedente como concepto. 2. Las familias jurídicas. 3. El "common law". 4. El "common law" en los Estados Unidos. 5. Su irradiación en el resto de nuestra América. 6. Súpula vinculante en el Brasil. 7. ¿Creación del derecho?. 8. La creación de precedentes. 9. Precedente constitucional y creación del Derecho. 10. Un desliz semántico: la "autonomía procesal" en la experiencia peruana. 11. Algunas consideraciones finales. 12. Bibliografía.

1. EL PRECEDENTE COMO CONCEPTO

Como tantas palabras en el idioma castellano, el de "precedente" puede significar muchas cosas. En sentido general es algo que "antecede en el tiempo y en el espacio a otra cosa o persona que se toma como referencia" o "precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos" según como lo definen algunos diccionarios cuyas definiciones transcribimos. Y esto tiene una aplicación de orden general. Así, en materia de protocolos diplomáticos u oficiales, alguien siempre precede a alguien, o sea, va delante de él, con lo cual se entiende que hay un cierto orden o prelación. Se ve también en los actos litúrgicos; en el ordenamiento de las instituciones (por ejemplo en las Fuerzas Armadas). Lo mismo puede decirse desde el punto de vista cronológico, cuando denota que por antigüedad o edad alguien va delante de otra o que cierta obra o idea antecede a otras. Sin embargo, en el aspecto jurídico esto tiene una fisonomía específica y tiende a concentrarse en el aspecto judicial, o sea, dentro de lo que comúnmente se llama administración de justicia, impartición de justicia o servicio de justicia. Aquí es en donde el concepto de "precedente" tiene un mayor valor y adquiere una connotación especial que, por cierto, tiene muchas aristas y en donde existe abundante doctrina que no es pacífica. Pero este tópico es propio de un sistema jurídico determinado, o si se quiere, de una tradición jurídica que lo hizo nacer, lo desarrolló y luego tuvo un efecto expansivo en el resto

del globo terráqueo, como veremos más adelante al tratar de las familias jurídicas.

Adelantemos que en el mundo del “common law” lo que se usa simplemente es la palabra “precedente” a secas y como consecuencia del principio de “stare decisis”, que está referido a lo que hacen los jueces al resolver casos sometidos a su despacho y por el cual toman en consideración la jurisprudencia existente con anterioridad. Esto quiere decir que el precedente se aplica a todo el universo jurídico y así se le llama. Cuando por el contrario se centra en un área determinada como la que aquí nos interesa, entonces se habla de “precedente constitucional”, o sea, que afecta al mundo constitucional, pues hay otro mundo de precedentes vinculados a las áreas civil, penal, mercantil, etc. Por el contrario, en la América Latina en un principio se pensó básicamente en el precedente constitucional, por su importancia, si bien hoy se encuentra en otras ramas del Derecho. Y este traslado de una institución perteneciente a una tradición jurídica a otra, es lo que se conoce como “fenómeno de la recepción”, que por lo general crea problemas de acomodamiento, de inserción y además cierto tipo de resistencias, mayores en el mundo constitucional que, por ejemplo en el mundo comercial, en donde figuras norteamericanas como el “leasing” se han acomodado perfectamente y con éxito. Esto, como se comprenderá, ha motivado que no sean pocos los que cuestionen esta “copia” o “trasplante” de una institución de un sistema a otro, con multitud de razones que aquí no vamos a analizar. Pero al margen de lo que estas críticas signifiquen, es obvio que el “precedente” se ha instalado entre nosotros y así hay que considerarlo pues no nos abandonará. El problema es otro: cómo debe ser y cómo se aplica.

2. LAS FAMILIAS JURÍDICAS

Para mejor ubicarnos, tengamos presente que así como hay lenguas, culturas y religiones esparcidas en todo el mundo, existen distintos sistemas jurídicos que han sido materia de estudio de los comparatistas y que hay que tener presente. Así, podemos tomar como referencia la obra del gran comparatista francés René David (cf. *Les grands systèmes de droit contemporains*, L.G.L.J, París 1969; hay traducción castellana) que distingue cuatro “familias” jurídicas:

- a) Familia romano – germánica: Es la que se ha formado sobre la base del Derecho Romano en el llamado “corpus iuris civile”. Es también conocido como sistema romano – civilista. En el mundo anglosajón se conoce como “civil law system” a todos aquellos que proceden de Roma. René David, quien por lo demás ha modificado su original planteo sobre esta materia, señala que agrega el calificativo de “germano” en homenaje al esfuerzo desplegado por las universidades y los profesores alemanes - sobre todo en el siglo XIX - en el estudio, sistematización y difusión del Derecho Romano; por eso prefiere la expresión “romano – germánica” que “brevitatis causa” puede denominarse simplemente como “derecho” o “familia romanista”.
- b) Familia del “common law”, que se origina en la Inglaterra del siglo XIII y que se cristaliza a través de un largo y lento proceso. El “common law” junto con los derechos romanistas, son las dos familias - o si se quiere “tradiciones” - que imperan actualmente en el mundo occidental, con las modificaciones y transformaciones que el tiempo y las circunstancias han puesto en cada lugar. Partiendo de Inglaterra, se encuentra en países que fueron antiguas colonias, como es el caso de los Estados Unidos, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, etc.
- c) Familia de los derechos socialistas, inspirados en la filosofía marxista y que han surgido en oposición radical a los derechos occidentales. Aparece primero en Rusia a raíz de la revolución comunista de 1917 y luego se expande lentamente con diversos matices, a otros países del entorno (las llamadas Democracias Populares, Yugoslavia, China, etc.). Tras la caída de la URSS en 1991, ha quedado enormemente limitada y de aplicación prácticamente reducida a la actual China, que por lo demás en lo económico practica una economía de mercado que ha virado cada vez más hacia el capitalismo. Y en lo que América se refiere, el caso peculiar de Cuba, que ha emprendido un viaje de retorno aun lento y no precisado.
- d) Derechos religiosos y tradicionales: Son aquellos basados fundamentalmente en sistemas filosóficos y religiosos de antigua data. Pueden mencionarse especialmente el Derecho musulmán, el Derecho hindú, el Derecho judío, el Derecho japonés, etc. Este tipo de Derecho es lo que predomina en el Oriente y mantiene

- sobre todo en determinados países - una sorprendente actualidad que alcanza incluso al mundo político.

La clasificación anterior no desdice la diversa multiplicidad que existe al interior de cada una de dichas "familias", ni tampoco la especificidad y carácter nacional que pueden tener muchas de ellas. Incluso las mutuas influencias recibidas. El Derecho latinoamericano es ubicado, como es fácilmente comprensible, dentro de la familia romano - germánica o romano - civilista. O simplemente "romanista", como usaremos aquí.

3. EL COMMON LAW

Nace como ya se ha dicho en Inglaterra, lo que hoy conocemos como Reino Unido que incluye Inglaterra propiamente dicha, Escocia, Gales e Irlanda del Norte. Este lugar apartado del continente europeo ha tenido una historia muy accidentada y peculiar, pasando de mano en mano de acuerdo a las invasiones y sucesivas ocupaciones (desde los celtas, la ocupación romana, hasta las últimas expediciones germánicas y nórdicas). Pero el punto de quiebre lo constituye el año 1066 con la llamada invasión normanda que encabeza Guillermo el Conquistador y que marcará un antes y un después. La organización del país empieza entonces, en forma lenta pero segura y ya no se detendrá. Incluso será una monarquía con una vida agitada y voluble pero sin interrupciones, salvo el caso del protectorado de Cromwell (1653-1658). Es en esa época, principios del siglo XIII en que se empieza a armar lentamente la estructura judicial - o sea, el sistema de justicia - que conlleva a la larga cierta uniformidad de las normas y de su aplicación. De esta suerte, el Rey enviaba jueces itinerantes para resolver los conflictos que se daban a lo largo del territorio y que periódicamente se reunían en Westminster para intercambiar experiencias y acordar puntos de vista comunes para crear un modelo estándar en el país, y que no tuvo en cuenta el Derecho romano - que había cesado de aplicarse siglos atrás y parcialmente - sino las costumbres y usos de los pobladores que antes habían estado sometidos a los pueblos más disímiles con cierto predominio germánico. Se trata de un derecho práctico, no teórico, que se formula y ordena con la idea de que sea el derecho común de la isla y por eso su nombre de "common law". Es hecho por jueces y no son leyes sino casos que se acumulan con el tiempo. Ya a fines del siglo XV es una tendencia generalizada, con lo cual el cuerpo de casos tiende a ser orientador y

a ser considerado el “derecho de la tierra”. Esto no impide, por cierto, que el Parlamento sancione leyes, pero son todavía muy pocas, y llegado el caso no pueden ir contra el “common law” (este es, como se sabe, el principio sostenido por el juez Coke en el célebre caso *Bonham* de 1610).

Surge así la teoría del *stare decisis*, o sea, atenerse a lo resuelto, que en terminología cotidiana es lo que constituye el precedente, o sea, la norma previa que debe ser seguida si las situaciones son similares. Al principio los precedentes eran persuasivos, es decir, algo así como recomendaciones en aras de crear una igualdad de trato y de uniformar criterios jurídicos creando cierta predictibilidad en casos futuros, reforzando la seguridad jurídica. Luego vino su carácter más vinculante entre los siglos XVI-XVII: el gran teórico es el jurista Blackstone que en su día sistematiza todo el derecho inglés y que además tendrá una gran influencia en las colonias de América. Y finalmente su carácter obligatorio a mediados del siglo XIX, cuando en paralelo empieza a aumentar la legislación.

Los precedentes trajeron muchos problemas que fueron materia de debate. Lo primero era si eran obligatorios o solamente persuasivos. La doctrina distinguió entre precedentes obligatorios, cuasi-obligatorios, declarativos y persuasivos. Y también el nivel, o sea, si era vertical - de arriba hacia abajo - u horizontal. O si eran “declarativos” de algo que ya existía, o meramente “constitutivos”.

El siglo XX ve precisarse mucho más este debate. Incluso hay problemas no resueltos. Y si bien con excepciones, al final se llega a la conclusión de que solo lo resuelto por el más alto tribunal era obligatorio, o sea, la Cámara de los Lores a través de su Comité judicial compuesto por doce lores, llamados “Law Lords”. Hoy existe desde el 2005 y en funciones desde el 2009 la Corte Suprema del Reino Unido, que ha consistido en un simple traslado de los “Law Lords” a un ente independiente y que fue creado para ofrecer una percepción de independencia en el máximo tribunal, pues la separación de poderes nunca ha existido en Inglaterra (ficción, como se sabe, creada por Montesquieu). Los tribunales ingleses son un cuerpo aparte e independiente y con una estructura muy compleja fruto de la evolución política del país, pero a la nueva Corte Suprema van muy pocos casos: casi todos se resuelven en los tribunales inferiores. Lo importante es que solo el tribunal más alto de la organización puede apartar-

se de sus precedentes (Corte de Apelación, y por cierto la Corte Suprema del Reino Unido) si bien la elasticidad del precedente es algo relativa.

Importante es tener en cuenta que se ha distinguido desde un primer momento la “ratio decidendi” – o “holding” – que es el argumento o argumentos centrales de una decisión y que en puridad son el precedente – del “obiter dicta”, que son consideraciones colaterales del tribunal que no tienen mayor importancia (si bien podrían servir en el futuro para nuevos pronunciamientos judiciales, al igual que los votos singulares).

Finalmente, hay que señalar que los precedentes no modifican las leyes – muchas veces se crean a partir de éstas – pero las leyes puede modificar precedentes.

4. EL COMMON LAW EN LOS ESTADOS UNIDOS

Curiosamente en los Estados Unidos se empieza a utilizar el precedente solo a partir de la independencia, o sea, desde fines del siglo XVIII y por tanto va a ser más flexible que en el Reino Unido.

Algunas características que podemos observar son las siguientes:

- a) El seguimiento de un precedente no significa que sea obligatorio, pues es modificable si se considera erróneo o injusto.
- b) Se presta atención al desarrollo político y social de la nación, lo que ha permitido incluso que cambien criterios jurisprudenciales con motivos de hechos tales como la Guerra de Secesión (1861-1865) y que inciden en los derechos civiles.
- c) Los que lo cambian son por lo general los altos tribunales, es decir, las cortes supremas de los estados o de las que hacen sus veces. Siendo un país federal, no es de extrañar que se utilicen precedentes de cortes de otros estados, pues los de la Corte Suprema federal con sede en Washington son relativamente escasos, si bien muy importantes (el último y de gran repercusión es el referido al matrimonio homosexual de junio de 2015: *J. Obergefell vs. Huges*).
- d) Los cambios en los precedentes se guían sobre todo por la utilidad social, en un pueblo eminentemente pragmático y en donde

el Derecho se concibe como un instrumento para la convivencia pacífica.

- e) La existencia de un país federal, que además tiene Constitución escrita y ha tenido tan rápida expansión geográfica (sobre todo en el siglo XIX) y tanta influencia a nivel mundial, ha hecho que el precedente haya crecido mucho y tenga gran influencia.
- f) El único precedente realmente válido y de alcance general es el que emite la Corte Suprema federal, la cual no se considera ligada por sus precedentes anteriores, si bien trata de hacerlo. Esto obliga a los tribunales estatales.

Los precedentes tienen varias aristas, algunas de las cuales son las siguientes:

- a) Los casos resueltos - me refiero a los del máximo tribunal - no se llaman necesariamente precedentes. Son resoluciones judiciales que fijan posiciones y que por tanto tienden a ser seguidas, en menor o mayor medida, por el resto de los tribunales tanto los de las federaciones como los estados. Su aceptación opera en principio, pero su firmeza solo la da el tiempo y la observación de la que es objeto.
- b) La obligatoriedad de los casos tiende a aumentar conforme ellos se repiten y se ratifican. En tal sentido, un precedente bien puede ser fijado por un solo caso, pero no tendrá la misma fuerza sino es reiterado por otros posteriores que lo confirman. De esta manera, la fuerza de un caso que lo lleva a convertirse en precedente nace precisamente en el hecho de que la primera vez que éste aparece es fruto de un desarrollo lento en donde se fijan criterios y luego se repiten. Es decir, van antecedidos por una serie de casos que construyen lentamente lo que luego será el rompecabezas armado en su totalidad.
- c) Los precedentes no son eternos, pero tienden a durar y sobre todo cambian cuando hay que hacerlo. Por ejemplo, el famoso caso "Plessy vs. Ferguson" de 1896 que estableció el principio de separados pero iguales solo fue revocado en 1954, al prohibirse la segregación racial en las escuelas públicas ("Brown vs. Board of Education"). Otros no menos célebres son el de "Miranda vs. Arizona" (1966) y el del aborto "Roe vs. Wade" (1973) que siguen vigentes, con diversas matizaciones.

- d) La obligatoriedad del precedente se incrementa con el tiempo. Y cuando en el camino surge uno muy notorio y de gran repercusión, se convierte en un caso paradigmático que confirma lo anterior y señala rumbos hacia el futuro. De ahí el término “leading case” que es más bien de uso periodístico.
- e) Existen varias maneras de matizar y atenuar el precedente, como son las técnicas de “distinguishing” y el “limiting” y que se emplean cuando se advierte que las situaciones no son iguales o que deben ser precisadas. En situaciones así se apartan de un precedente y lo hacen más acotado. Y en relación con el tiempo pueden ser retroactivos (o sea, para las partes involucradas) o prospectivos, hacia un futuro que puede ser cercano o lejano.
- f) Y por cierto pueden ser revocados (“overruling”) total o parcialmente y con modulaciones en el tiempo.

5. SU IRRADIACIÓN EN EL RESTO DE NUESTRA AMÉRICA

Como es sabido, la influencia de los Estados Unidos fue muy importante en las recién independizadas colonias españolas, a las cuales antecedieron en el tiempo. A diferencia de la Revolución Francesa que cambió de un régimen a otro pero que siguió siendo el mismo país (antiguo régimen a nuevo régimen, cambio de monarquía a república) los Estados Unidos se independizaron de una potencia externa, nacieron como país y se dieron su propia organización que antes no existía: estructura federal y régimen presidencial. Todo esto fue prontamente conocido entre nosotros por la difusión efectuada por los viajeros, por los cronistas y sus publicaciones, por la lectura de “El Federalista” y la influencia de los manuales de la época prontamente traducidos al castellano y sobre todo por el clásico “La democracia en América” de Tocqueville cuyo primer tomo fue publicado en francés en 1835 y traducido casi de inmediato al castellano. Y si bien la herencia legal fue romanista (fuentes romanas, derecho castellano y legislación de Indias) algo llegó del “common law” sobre todo a nivel constitucional, como lo demuestra la experiencia de varios de nuestros países. Esto se refleja a fines del siglo XIX en donde comienza a cobrar verdadera importancia la jurisprudencia que los autores empiezan a compilar y sistematizar, y que luego tendrán importante papel en el desarrollo jurídico del área. Así vino de suyo

la importancia de los casos decididos judicialmente, o sea, de la jurisprudencia y de sus alcances. Veamos algunos de ellos:

- a) En México la importancia de la jurisprudencia se manifiesta en las llamadas “tesis” (aislada y de jurisprudencia) que constituyen el criterio jurídico utilizado en los casos más importantes y que se han desarrollado ampliamente y que originalmente estaban centrados en la Suprema Corte de Justicia y en los tribunales colegiados de circuito. Pero lo característico fue la obligatoriedad de la jurisprudencia resuelta en procesos de Amparo, donde ella se consolida cuando es producto de una votación mínima de ocho (8) jueces si lo adopta el Pleno de la Suprema Corte y de cuatro (4) si lo hacen las salas. A lo que debe añadirse que es necesaria una ratificación ininterrumpida de cinco (5) sentencias consecutivas en el mismo sentido, luego de lo cual surge su carácter imperativo, pudiendo ser contradicha o modificada en el futuro. En materia de Amparo esto opera desde 1882 y continúa en la reciente reforma constitucional del Amparo llevada a cabo en 2011. En la actualidad, la jurisprudencia obligatoria se encuentra a todo nivel, siempre que medien las condiciones para ello; las que no lo obtienen, tienen la categoría de “tesis” que son las que no alcanzan la formalidad de cinco sentencias consecutivas en una sola dirección y que pueden ser aisladas y “tesis de jurisprudencia” que es obligatoria.

También hay que considerar que en materia de acciones abstractas de inconstitucionalidad y en controversias constitucionales (conflictos de atribuciones y de competencias entre órganos y poderes del Estado) se puede establecer jurisprudencia (obligatoria) en un solo caso, siempre que exista una votación de ocho (de los once magistrados) en el pleno de la Suprema Corte de Justicia. Así como cuando se trate de resolver una contradicción de criterios entre Tribunales Colegiados de Circuito.

- b) La Argentina fue un gran receptor de la influencia norteamericana desde el siglo XIX y se acentúa en el siglo XX si bien adquiere fisonomía propia a partir de 1930. En el mundo jurídico la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es importante, al extremo que en alguna oportunidad ha tenido creaciones judiciales garantistas, como son los casos de Siri (1957) y Kot (1958) si bien no fueron creaciones “ex nihilo”. Es decir,

en estos dos procesos se pedía protección para ciertos derechos fundamentales a través de un recurso de Habeas Corpus y la Corte Suprema lo que hizo fue crear pretorianamente el proceso de Amparo por una reconducción interesante: acomodó el proceso de Habeas Corpus existente para la libertad individual y lo reconvirtió en uno para la protección de los demás derechos distintos a la libertad ambulatoria y le dio nuevo nombre. Fue una creación interesante pero no salió de la nada, y por cierto no fue creación procesal sino en todo caso conversión procesal. Es un poco lo que sucedió en el famoso caso "Marbury vs. Madison": la Corte Suprema norteamericana no creó ninguna forma procesal, pues se trataba de un caso que venía como "writ of mandamus", en el que se aprovechó para desarrollar una facultad implícita que permitió a la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de una ley. O sea, afirmar el principio de supremacía constitucional.

El precedente como tal no existe en la Argentina. Lo que hay son casos que se conocen, se siguen, se observan y crean una corriente de opinión favorable en el resto del ordenamiento. Incluso esto se ve en su manera de citar: primero va el nombre de las partes y luego la publicación donde aparece: "Fallos 239:1156 en donde el primer número es el tomo y el segundo la página.

- c) Colombia tiene una Corte Constitucional desde 1991 creada en la Constitución de ese año, en la cual se recogió novedades y tradiciones que venían de atrás, en especial en materia de control constitucional. Sin embargo, y pese a la utilización de su artículo 230, la figura del precedente no está consagrada expresamente en la dogmática, lo que ha hecho que exista cierta resistencia en adoptarlo, pues no era considerada fuente del Derecho, lo cual fue además materia de un intenso debate doctrinario. Pero en los últimos años la figura del precedente se ha abierto paso a golpe de sentencias de la Corte Constitucional, con una general aceptación, si bien no tiene la fuerza que si tiene en otras partes, presentándose más bien como un fuerte precedente persuasivo. E igual ha sucedido en otros temas como producto de la intensa actividad tribunalicia de la Corte Constitucional.
- d) En el Perú como en el resto de América Latina, se ha seguido siempre la jurisprudencia de la Corte Suprema, si bien en for-

ma no compulsiva, sino persuasiva. Incluso el Pleno de la Corte Suprema de Justicia cuando se enfrentaba a problemas nuevos y complejos, tomaba acuerdos que se condensaban en un documento que bajo el nombre de "Circular" y con fecha precisa y firma del Presidente de la Corte, era remitido a todos los jueces del país a través de los titulares de cada distrito judicial y en calidad de "recomendaciones", que con el tiempo adquirieron mayor fuerza (véanse los "Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia", cuyo primer tomo se publicó en 1906 y que continúa en curso). Esta situación fue en parte matizada con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1979 y que se instaló en 1982, con facultades de conocer en casación, básicamente, los procesos de Habeas Corpus y Amparo. Tiempo después se aprobó la ley 23506 en 1982, que es la primera ley que regula en su integridad ambos procesos constitucionales, y que incluye por vez primera el precedente en su versión clásica y así consta en su artículo 9:

Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución.

La importancia de este texto de 1982 es que es el primero que incorpora en el derecho positivo peruano el concepto de "precedente". Y que en cierta forma es tomado de la vertiente norteamericana. Lo que viene después no se entiende sin este primer paso.

En la actualidad la normativa vigente se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional vigente desde mayo de 2004 y que dice así:

Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos

de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente

A diferencia del enunciado normativo de 1982 que pasó casi inadvertido, el de 2004 tuvo una gran influencia y fue prontamente imitado en otras aéreas del ordenamiento peruano (el primero fue la modificatoria introducida en el entonces vigente Código de Procedimientos Penales pocos meses más tarde a través del artículo 301-A, del cual es prácticamente una copia y al que siguieron otros similares).

Adicionalmente existe la curiosamente denominada “doctrina jurisprudencial”, de menor valor y con menos fuerza y más bien con sentido orientador (art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Si bien muchas veces el propio Tribunal Constitucional no la sigue.

La jurisprudencia vinculante emanada del Tribunal Constitucional no es muy numerosa (no pasan de cincuenta desde el año de su creación) pero no ha sido ni firme ni coherente; es decir, no ha tenido un norte definido. A lo que debe agregarse que desde agosto de 2014 se ha creado “ex nihilo” un precedente en el caso “Vásquez Romero” que ha yugulado la actividad del Tribunal Constitucional con tendencia al abandono del garantismo.

El Poder Judicial por su parte ha tenido en los últimos años ciertos enfrentamientos con el Tribunal Constitucional por diferencia de criterios, si bien en los demás ámbitos trata de unificar su jurisprudencia a través de “Acuerdos Plenarios”, adoptados en la Sala Plena de la Corte Suprema en materias diversas (laboral, civil, mercantil, penal, etc.). La misma tendencia, con matices diversos, se ha extendido a la administración pública (INDECOPI, Tribunal de Contrataciones del Estado, Tribunal Registral, etc.)

- e) Bolivia ha creado con la Constitución de 2009 un Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) y luego ha aprobado un Código Procesal Constitucional en 2012, que ha tenido un funcionamiento sin estridencias, pero sin poder apartarse demasiado del poder político. El mencionado Código, como si estuviésemos en pleno siglo XIX, dice que en materia interpretativa debe primar la intención del legislador constituyente (art. 2) si bien reconoce otro tipo de fuentes. Pero su artículo 15 señala claramente la vinculatoriedad de las decisiones de dicho Tribunal que alcanza

a las instituciones del Estado y a la Administración, lo que no impide, por cierto, cambiar de criterio en el futuro. Ello sin embargo remonta en sus orígenes al artículo 44 de la ley 1836 de 1998, que dispone la obligariedad y vinculatoriedad de las decisiones del entonces Tribunal Constitucional, si bien en forma no muy precisa pues no tenía reconocimiento de fuente de Derecho y además tuvo problemas en su aplicación, en especial por cierta resistencia de la Corte Suprema. El actual texto constitucional de 2009 confirma en su artículo 203 la vinculatoriedad de los fallos en sede constitucional, con lo cual el problema ha quedado zanjado en este punto. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional no ha hecho más que acentuar la existencia de un precedente constitucional, si bien no petrificado.

6. SÚMULA VINCULANTE EN EL BRASIL

La doctrina brasileña es acorde cuando sostiene que la unidad del sistema reposa necesariamente en la observancia del precedente y esto desde tiempo atrás. Todo ello centrado en el Supremo Tribunal Federal, el más alto del país, el de mayor extensión en la América y con una estructura federal que se pronuncia a través del llamado "Recurso Extraordinario" pensado básicamente en problemas constitucionales.

En este país existe desde 1964 lo que se conoce como "súmula", o sea, una sumilla presentada en un párrafo de pocas líneas, que establece una determinada directriz en una materia determinada y de carácter genérico. Lo peculiar de esta súmula es que brota o nace de un caso concreto y de él se extraen principios o directrices que se vuelcan en esta súmula o resumen que, como decimos, es de pocas líneas y que tiene un lineamiento teórico-doctrinario. La súmula clásica no es un precedente, sino una simple guía u orientación para los usuarios del servicio de justicia y para los jueces. Era una facilidad para el litigio y para el litigante, pero no eran obligatorias. De ahí su diferencia con los precedentes de otros países, pues era algo así como una capsula principista de enunciados generales que además no eran obligatorios y que por su carácter abstracto permitía aplicaciones flexibles... Eran sobre todo una orientación para jueces y litigantes, si bien con indudable utilidad.

Sin embargo, mediante expresa reforma constitucional (llamada enmienda en la terminología brasileña) se creó en diciembre de 2004 la llamada “súmula vinculante” (EC-045) al modificarse el artículo 103A de la Constitución vigente de 1988.

Algunas peculiaridades de este dispositivo son los siguientes:

- i) Obliga a todos los poderes públicos y a la Administración.
- ii) Se aprueba por los dos tercios de los miembros del Supremo Tribunal Federal, sobre un tema que haya recibido pronunciamientos anteriores en materia constitucional y que el Supremo Tribunal considere necesario consolidar.
- iii) La súmula vinculante puede ser modificada por el mismo Tribunal.

Sigue la forma de las anteriores súmulas, pero tienen mayor alcance y la misma forma de presentación; además, son aprobadas con cautela y no son numerosas. Y por cierto, a diferencia de las anteriores son vinculantes y esto desde 2004, si bien las primeras súmulas vinculantes se aprobaron recién en mayo de 2007.

La “súmula” clásica no es en realidad un precedente: es una simple guía para los procesos judiciales de carácter orientador. La “súmula vinculante” no llega a ser tal, pero se le aproxima, tal como puede verse en la ley reglamentaria aprobada en 2006. Y porque además tiene esa vinculatoriedad que es su distintivo. Pero es difícil decir que pueda ser un precedente, pues su construcción y manera de presentarse se asemeja más a una regla o norma general que a un precedente judicial o jurisdiccional.

7. ¿CREACIÓN DEL DERECHO?

El concepto de “creación” no es unívoco y más bien está relacionado con la capacidad de que surja algo nuevo sin antecedentes, o sea, que salga de la nada y que no tenga relación alguna con lo existente. En tal sentido, el significado primigenio de la “creación” en su origen bíblico es que surge algo donde no había nada. De ahí viene la frase “creatio ex nihilo”. Este, pues, sería el sentido fuerte del concepto de creación, que en realidad casi no tiene uso, pues con tantos siglos de civilización y más aun de intercambios entre los pueblos y las culturas, añadido esto a la globalización de las últimas décadas, es casi imposible que pueda hablarse estrictamente de una creación “ex

nihilum". Incluso, en el campo de las creaciones científicas, como decía Freud, uno siempre se apoya en quienes lo han precedido, por lo que cabe admitir un sentido fuerte y un sentido débil de "creación". En lo primero, creación hoy por hoy es sumamente difícil y altamente improbable. En lo segundo, es frecuente que esto ocurra en diversos campos.

En el campo del Derecho la situación esquemáticamente es así: en un principio los dos sistemas o familias jurídicas vigentes en Occidente eran creadoras y esto se aprecia en el período formativo del Derecho romano- la codificación justinianea es un condensado final - y en el desarrollo del "common law", en donde sobre la base de usos y costumbres ancestrales, se van creando instituciones y prácticas que se asentarán con los años.

En ambos sistemas ha habido debate sobre el tema, pero mientras que en el "common law" la idea es más bien pacífica en el sentido de que existe o se acepta la creación judicial y dentro de determinados límites, en el mundo romanista la situación ha sido a la inversa. Y eso se debe en gran parte a la estructura del sistema. Así, mientras que el eje central en el "common law" es el juez, en el mundo romanista es la ley o si se quiere el Código.

La Revolución francesa trajo consigo, fruto de los excesos del "ancien régime", la figura de un juez que no podía invadir los ámbitos del cuerpo legislativo, depositario de la voluntad popular y por tanto, debería ser un fiel cumplidor de la ley. Para eso surgió, si bien con antecedentes, la Corte de Casación que inicialmente dependió del parlamento.

Lo que no se advirtió en un primer momento es que cuando un juez resuelve, pasa "grosso modo" por dos momentos: interpretación de la ley y aplicación al caso concreto. Esto fue identificado como un silogismo en el cual la norma era la premisa mayor, el caso en debate la premisa menor de la cual salía una conclusión. Es lo que luego se ha llamado la "subsunción" que existe hasta ahora, si bien acotada para determinados casos, en especial los llamados "fáciles". Es decir, no era un paso, sino dos. Aun así, la doctrina era clara; el juez debería limitarse a aplicar la ley en sentido estricto y nada más. Fruto de esta concepción nació la Escuela de la Exégesis - a raíz de la aprobación del Código de Napoleón - la cual tuvo una gran ascendencia durante todo el siglo XIX, con decisiva influencia en Francia y en el resto de

Europa, y por cierto en la América Latina. En el siglo XX la situación cambiará lentamente, y en forma acelerada, sobre todo después la Segunda Guerra Mundial, en donde se amplió grandemente el espectro del Derecho al cual se superpuso una normativa supranacional, que en años iba a cambiar el panorama. Y esto coincidente con el renacimiento del iusnaturalismo, que se refleja en diversos hechos y actitudes, sobre todo en la llamada “fórmula Radbruch”, planteo acuñado por este famoso teórico alemán después de la Segunda Guerra Mundial, modificando así su criterio anterior a la guerra.

Y es que en sentido débil, toda aplicación del Derecho supone cierto nivel de creación. Pues hoy es pacífico admitir que, a) las leyes no cubren todo el panorama ni el universo de problemas, b) tampoco resuelven o tienen la solución de todos los que se presentan, c) el ordenamiento contiene tal cantidad de instituciones y de principios, que pueden usarse precisamente para afrontar situaciones no previstas, d) las leyes envejecen y no siempre pueden prever problemas que surgen tiempo después de que ellas entraron en vigencia y e) los jueces no pueden dejar de fallar en ningún caso.

Cabe recordar que ni siquiera en el clásico positivismo se niega esta posibilidad. Así, Kelsen, autor emblemático al sustentar la necesidad y conveniencia teórica de un Tribunal Constitucional (en su famosa ponencia de 1928) estableció la calidad de “legislador negativo” de ese órgano, con lo cual dio a entender que la “expulsión” de una norma es en puridad creación, pues moldea, modifica y altera lo existente. Y más tarde, al publicar la primera edición de su célebre “Teoría Pura del Derecho” en 1934, acotó que la norma es un marco abierto a varias posibilidades y que el juez escoge libremente una de ellas, no por un acto de conocimiento, sino de voluntad.

El caso más palpable o si se quiere más notorio, es el pensamiento jurídico norteamericano que nace modernamente con Oliver W. Holmes, continúa con Roscoe Pound y tiene su más agudo representante en Jerome Frank, quien lo dice claramente y sin ambages: los jueces crean derecho y para hacerlo tienen en mente una serie de datos de diverso orden: psicológico, histórico, social, político, etc. Y así sucesivamente, con variantes hasta nuestros días.

El problema pues no es saber si los jueces crean Derecho - pues admitimos que lo hacen - sino en saber cómo lo hacen y dentro de

qué límites. Y aquí hay varios problemas, de los que enunciamos solo algunos:

- a) Toda creación debe ser considerada estrictamente necesaria, si bien dentro de este concepto débil, hay creaciones de poca monta y otras de mayor calado.
- b) La creación debe ser efectuada recurriendo a otros elementos del Derecho positivo, en la medida de que sea aplicable.
- c) Debe tenerse presente el marco constitucional y los valores que consagra y adicionalmente el ordenamiento supranacional, más aun si es que el Estado se ha adherido a tales instrumentos internacionales, sobre todo los de derechos humanos.
- d) Toda decisión debe observar mínimamente las reglas de la lógica elemental y los principios lógicos clásicos (no contradicción, identidad, etc.)
- e) Debe tenerse presente las consecuencias de tal decisión, sin que esto sea el único criterio a tomar en cuenta.
- f) Debe salvarse en la medida de lo posible las opciones adoptados por el legislador (para lo cual existen varios medios, como la distinción entre “disposición” y “norma”).
- g) En pocas palabras, lo que se “crea” no debe ser arbitrario, es decir, debe ser razonable

8. LA CREACIÓN DE PRECEDENTES

La creación del precedente está en cierto sentido vinculado con la “creación” del derecho y por cierto con la especial manera de cómo el o los jueces ven el Derecho. Un precedente normalmente rompe la lógica de sus antecedentes y postula algo nuevo o distinto a lo anterior y con la pretensión de provocar seguimientos. Lo que falta por ver es si es un precedente o no. En términos generales, la distinción entre “jurisprudencia” (decisión de los tribunales) y “precedente” no es fácil, ya que todo precedente es una resolución judicial, pero no toda resolución constituye un precedente. El otro problema por ver es cómo distinguir y darnos cuenta de que estamos ante un precedente, lo cual depende de cada ordenamiento. Así, en el sistema norteamericano la jurisprudencia es orientadora e irradia su ejemplo en el resto del sistema judicial, como factor sobre todo persuasivo para el resto de la judicatura. Que ésta lo siga o no, depende de mu-

chos factores en lo que no vamos a entrar aquí. Pero cuando se trata de casos de cierta trascendencia que las cortes o tribunales repiten o reiteran, podemos decir que estamos ante un precedente, pues por la naturaleza del sistema - "stare decisis" - tienden a perdurar y a imponerse. El reciente caso resuelto por la Corte Suprema en materia de matrimonio homosexual tiene ese alcance, y si bien es reciente, es obvio que provocará seguimientos y será un precedente importante.

Ahora bien, lo relevante de la génesis del precedente en el sistema norteamericano, es que sus elementos se forman lentamente, caso por caso y en forma acumulativa, hasta que llega un momento en que lo que eran atisbos o adelantos parciales, se configuran y a partir de ahí empiezan a regir en forma plena; es el caso "Miranda...." que pese a matizaciones, sigue vigente y lo aplica la policía en todos los estados de la Unión.

El caso peruano es distinto: el artículo VII del Código Procesal Constitucional establece - si bien con antecedentes que se remontan a 1982 - la existencia de un precedente vinculante cuando el Tribunal Constitucional así lo determine, lo cual debió haberse entendido de la mejor manera, como una facultad pero prudente. Pero lamentablemente, si bien pocos en número, su elaboración ha sido algo errática: han nacido generalmente en un solo acto - como Minerva nació entera y con armadura de la cabeza de Zeus - sin relación con el tema en cuestión y además contrariando normas e incluso violando la propia Constitución a la cual interpretan en forma mañosa (como la limitación del recurso de agravio constitucional en los últimos años) si bien felizmente en cuanto a su número no son muchos.

En otras situaciones como la argentina, los precedentes se imponen solos y con el tiempo, y en este sentido está más cerca de la tradición norteamericana. Igual podríamos decir del caso colombiano, si bien es más reciente.

9. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y CREACIÓN DEL DERECHO

De acuerdo a lo señalado, los precedentes en general existen en el mundo romanista, pero enormemente diferenciados de los que se dan en el mundo anglosajón, del cual nos separan muchos matices. Pero es obvio que la idea es que los precedentes existan, en cierta manera para ordenar la producción judicial y en parte para dar seguridad a los justiciables y favorecer la igualdad entre ellos (o sea,

no ser tratados en forma distinta en situaciones iguales). Siempre existirá el problema de cómo se llegó a ello y que parte se impone sobre el resto, bajo qué modalidades y por cuánto tiempo. Eso a la larga depende de muchos factores siendo el más importante tener presente que ellos no son eternos, sino más bien sometidos a los rigores del tiempo y de la evolución social, política y económica de una determinada comunidad. Y que además no tiene eficacia plena, que de sus partes unas son de seguimiento y otras no y adicionalmente que pueden ser matizados, precisados, modificados y revocados, total o parcialmente.

Y por cierto, dentro de todo ello, los precedentes generalmente- pero no siempre- contienen aspectos creativos pero en el sentido que hemos anotado anteriormente, o sea, no son absolutamente nuevos sino relativamente nuevos, si bien se dan casos de precedentes que rompen con todos los antecedentes e instauran algo nuevo, como puede verse, sobre todo, en el mundo norteamericano.

En cuanto a los precedentes, es obvio que ellos abarcan o tienden a abarcar a todo el Derecho o a varias de sus áreas. Así, existen precedentes –algunos persuasivos, otros obligatorios según los ordenamientos– que recaen en aspectos civiles, penales, laborales, etc. Y también constitucionales. Es decir, existen precedentes constitucionales que son tan precedentes como cualquiera: es decir, son parte de una teoría general del precedente que los explica. La única diferencia de los precedentes constitucionales en relación con los que no lo son, es que ellos son determinantes para el ordenamiento en su totalidad. Así, mientras que un precedente en cortes ordinarias es importante y altera, modifica o encauza conductas en ciertas aéreas o zonas del ordenamiento, el que tiene naturaleza constitucional tiene un mayor campo de influencia y cualitativamente es más valioso, sobre todo por su carácter expansivo.

10. UN DESLIZ SEMÁNTICO: LA “AUTONOMÍA PROCESAL” EN LA EXPERIENCIA PERUANA

Uno de los aspectos más curiosos de la experiencia jurisprudencial peruana es la llamada “autonomía procesal” que el Tribunal Constitucional se ha arrogado desde el año 2005. Para eso partió de dos consideraciones: a) la tesis de Peter Häberle quien sostiene que el “derecho procesal constitucional” no es más que “derecho constitu-

cional concretizado” y por tanto aquél no debe tener relaciones en la medida de lo posible con el derecho o teoría procesal, y b) la monografía de Patricia Rodríguez Patrón sobre la *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional* editada por Civitas en 2003, precedido por otros trabajos de la autora. Veamos cada uno de ellos:

- a) La tesis de Häberle sobre la inexistencia del “derecho procesal constitucional” es algo aislado en el pensamiento jurídico alemán, en donde el término se encuentra firmemente aceptado, como puede verse en los manuales de la materia. Aun más, existe acuerdo en que el Tribunal Constitucional Federal (TCF) debe ceñirse a las normas y figuras procesales, si bien en virtud de la incomplección de la ley que regula su actividad puede tomarse ciertas licencias para su mejor funcionamiento y con determinadas limitaciones.
- b) Patricia Rodríguez Patrón analiza una práctica jurisprudencial y le da un nombre que considera práctico y explicativo. El término alemán “*verfahrensautonomie*” significa en realidad “autonomía procedimental”, o sea, los pasos varios que se dan al interior de un proceso y no sobre el proceso en sí mismo. La autora lo reconoce expresamente y dice que lo usa por comodidad y para distinguirlo de la “autonomía reglamentaria”, pero como quiera que es el único texto que durante años circuló sobre el tema en el ámbito iberoamericano, fue apropiado para sus usos por el Tribunal Constitucional peruano y de esa manera justificar sus excesos y también algunos estropicios, cuando a mediados de la década del 2000 entró en un activismo inusual. Hubo pues una mala traducción y de parte del receptor un entendimiento perverso.

Algunos reparos que pueden oponerse a esta tesis son los siguientes:

- El Derecho en cuanto tal es una unidad y para efectos prácticos cada rama o área del Derecho no es autosuficiente. En tal sentido, se distingue con validez hasta ahora la presencia de un derecho sustantivo al lado de un derecho adjetivo o instrumental. Decir que el Derecho Procesal Constitucional es un derecho constitucional concretizado – al margen de que sea una metáfora feliz– es lo mismo que decir que el Derecho Procesal Civil no es

más que “derecho civil concretizado”, lo que entendemos no ha sido postulado por nadie.

- Hay que tener cuidado con el uso de una palabra polivalente como es el de “autonomía”, ya que etimológicamente puede significar no depender de nadie, pero también regirse por sus propias normas (*auto* y *nomía*, darse así mismo normas que lo regulan) En tal sentido, se dice que determinados órganos del Estado son autónomos, como por ejemplo los clásicos poderes del Estado y en ciertos países el Ministerio Público. En este caso, es obvio que los fiscales actúan con autonomía, pero eso no significa que no investiguen ni menos que acusen sin pruebas, pues tienen normas que regulan sus actuaciones. Por tanto, en esta línea es claro que los Tribunales Constitucionales son autónomos, pero ellos se rigen por la Constitución, en primer lugar y secundariamente por las leyes relativas a su organización y los procesos que se llevan ante él. No tienen, pues, autonomía externa y menos en relación con terceros pues aquí existen límites.
- Decir que existe una “autonomía” procesal es lo mismo que decir que existe una autonomía de la voluntad o una autonomía en un proceso penal o administrativo. La autonomía bien entendida es capacidad de crear algo de la nada y eso no es factible en normas de orden público como son las normas procesales y que además, representan una garantía contra la arbitrariedad. Existe, si se quiere, “autonomía relativa”, que en el fondo es aptitud o capacidad de interpretación o integración y teniendo como marco el orden jurídico. Más que autonomía estamos ante un “principio de elasticidad” de la norma procesal como lo señala la moderna doctrina. Y por cierto de la capacidad de los jueces al resolver casos sometidos a su jurisdicción.
- Cuando el Tribunal Constitucional peruano ha invocado la “autonomía” es precisamente para incurrir en desatinos o hacer estropicios, como fue, por ejemplo, violar la Constitución en varios casos, como en forma reciente lo ha hecho en el caso “Vásquez Romero” en donde ha desactivado las salas del Tribunal Constitucional, ha desaparecido el derecho a la instancia consagrado en la Constitución y ha yugulado el derecho de defensa y a ser oído, que son derechos fundamentales de las partes.

- Otra argumentación recae en los siguientes temas: a) la incomplección de la ley reguladora de la actividad del TCF que es más bien parca en sus enunciados, y b) la insuficiencia de los métodos de integración jurisdiccional del Derecho. Esto es, llenar vacíos y siempre al interior de un proceso y generalmente desprendidos de la ley o en aplicación analógica. Y todo para el mejor logro de sus fines, sobre todo en la fase de ejecución. Dentro de este espectro se modelan nuevos tipos de sentencias, ampliamente desarrollados por la doctrina y jurisprudencia italianas. Son, pues, “perfeccionamientos”, “afinamientos” y “precisiones” a partir del proceso que no afecta la división de poderes ni menos el ordenamiento constitucional. Se trata de una “autonomía” acotada, o mejor dicho vista la impropiedad del nombre, de elasticidad y discrecionalidad que, dicho sea de paso, la tienen todos los jueces en todo tipo de procesos. Si esto no se observa, como se ha visto en varios casos del Tribunal Constitucional peruano, estamos simplemente ante una arbitrariedad descontrolada.

Si se revisa bien los fundamentos del libro mencionado de la Rodríguez Patrón, se podrá advertir por de pronto que la “autonomía procesal” que estampa en el título por comodidad y que pone entre comillas para resaltar su peculiaridad – o quizá su arbitrariedad - no existe en los hechos, pues lo que se da es una “autonomía procedimental” que tiene muchos límites y que en la práctica se limita a la integración del orden jurídico con elementos tomados de otras partes del ordenamiento procesal alemán o con interpretaciones ingeniosas. Es decir, mucho ruido y pocas nueces que ha terminado “justificando” situaciones no queridas por la autora.

En el caso concreto del Tribunal Constitucional peruano, al margen de ciertos casos esperpénticos (por ejemplo, haber creado un amparo contra amparo, un recurso a favor del precedente, el *per saltum* en la ejecución, haber modificado el sentido de “sentencia estimatoria” entendiéndola al revés, haber nombrado un fiscal supremo desconociendo que esa facultad lo tiene por mandato constitucional el Consejo Nacional de la Magistratura, haber resuelto un conflicto universitario utilizando el Código Civil, etc) lo que señala la doctrina favorable a la tesis creadora de la “autonomía” son, básicamente los siguientes:

- Creación del *amicus curiae*.
- Incorporación del litis consorte facultativo.
- Creación del “partícipe”.
- Informe de hechos en las audiencias.
- Adecuación de plazos.
- Reconversión de ciertos procesos para una mejor consecuencia de los fines que se pretende.
- Tipología de las sentencias constitucionales.

Como se ve, estos temas son inocuos, no rompen ninguna prohibición normativa y en última instancia esto lo hace cualquier Tribunal que se estime y sin necesidad de recurrir a conceptos inatingentes como el de “autonomía procesal”. Pero es solo el Tribunal Constitucional el que incurre en excesos notorios “contra leggem” y “contra constitutionem”. Más aun, cuando con no disimulada soberbia se proclamó hace algunos años como “vocero” del poder constituyente, encargo que nadie le ha asignado.

11. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

En los principales países de la América Latina fue importante desde un principio la ley y su fiel cumplimiento. Pero esto fue poco a poco matizándose y ya en el siglo XX se dio una mayor importancia a lo resuelto por los jueces. Esto es, la jurisprudencia en diversas áreas, en especial las clásicas de orden civil y penal, que si bien no eran compulsivas, eran orientadoras y buscaban sistematizar lo existente y sobre todo que se presenten claros signos de predictibilidad para los justiciables. Esto fue algo temprano en algunos países y más tarde en el resto. Pero el movimiento a favor de esta jurisprudencia más o menos vinculante se hace extensivo a partir de los años cincuenta del siglo pasado y aun antes. Es ahí cuando las influencias y corrientes de opinión dejan de guiarse únicamente del Derecho francés y español, y empiezan a considerar el mundo sajón norteamericano. Esto último, evidentemente, como producto de las inversiones que se realizan en nuestros países y además por un mejor conocimiento de la tradición del “common law” y de los intercambios universitarios, culturales y comerciales. Pero en general este fenómeno de la recepción empieza en el siglo XIX y se proyecta en el XX. Dentro de él aparece la figura del “precedente” que con este nombre o sin él se incorpora a nivel

constitucional en forma plena a partir de los años 80 del siglo pasado. Y esto nos muestra en términos generales dos extremos: por un lado el precedente peruano, bastante ceñido. Y por otro, la experiencia argentina y en cierto sentido la colombiana, que son más flexibles, más la primera que la segunda. El caso del Brasil es curioso, pues siendo posterior a la normativa peruana tiene obligatoriedad pero con un diseño y armado “sui generis”, que lo coloca como un esfuerzo distinto a lo que es frecuente en el resto de la América Latina, aun cuando quizá los fines que se persigan sean los mismos.

La incorporación del “precedente” no deja de suscitar problemas y cuestionamientos, ya que es una institución propia de una familia jurídica distinta a la nuestra y aun más la forma como se incorpora y sus modalidades. Pero pasado el tiempo, la figura del precedente se ha incorporado a nuestros ordenamientos, en especial el constitucional y no retrocederá. Es decir, no obstante su origen foráneo llegó para quedarse. Pero permanece como tarea pendiente saber cómo opera, qué alcanza, cuáles son sus modalidades y con qué características. Y sobre todo que no caiga en arbitrariedades y excesos. Y son las experiencias surgidas a su amparo las que motivan cuestionamientos y reflexiones que siguen vivas y además en forma no pacífica. Ese es el reto que ante sí tienen abogados, jueces y académicos.

12. BIBLIOGRAFÍA

Sobre el tema del precedente, la literatura, sobre todo en inglés, es inabarcable. Lo existente en el ámbito hispánico es generalmente de divulgación y de segunda mano, al margen de traducciones no siempre acertadas. Aquí nos limitaremos a lo esencial. Un enfoque panorámico, cf. Th. F.T. Plucknett, *A concise history of common law*, Little, Brown and Co, Boston 1956. En lo referente a los Estados Unidos, cf. Mark Tushnet, *The Constitution of the United States of America. A contextual analysis*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2015 y André y Suzanne Tunc, *El derecho de los Estados Unidos de América: instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, UNAM, México 1957 (trae un largo capítulo sobre el precedente). Sobre Inglaterra, cf. Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, 10th edit., Routledge 2013. Sobre el precedente en general, vid. Michael J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford University Press, N. York 2008; Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, N. York 2008, Thomas G. Hansford y James F.

Springs II, *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court*, Princeton University Press, N. Jersey 2008 y Saul Brenner y Harold J. Spaeth, *Stare Indecisis. The alteration of precedente on the Supreme Court: 1946-1992*, Cambridge University Press, N. York 2006 (provocador desde el título). Un panorama global sobre el tema lo desarrolla Akhil Reed Amar, *America's Unwritten Constitution*, Basic Books, N. York 2012 (entre lo "no escrito" figura en lugar destacado las interpretaciones de la Corte Suprema federal). Entre aquellos que han escrito sobre el tema en castellano, yendo directamente a las fuentes y sin intermediarios (lo cual no es usual) destacan el de Ana Laura Magaloni Kerpel, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw-Hill, Madrid 2001 y Victoria Iturralde Sesma, *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid 1995; en línea similar se encuentra Robert S. Barker, *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*, Edit. Grijley, Lima 2014 (si bien escrito originalmente en inglés, el autor lo hizo especialmente a mi pedido y para ser traducido y publicado en el Perú, primero en 2009 en una revista especializada y luego revisado y con agregados en 2014 como libro). Sobre el problema de la creación en el Derecho, cf. Eugenio Bulygin, *Los jueces ¿crean derecho?* en "Isonomía", núm. 18, abril de 2003 y más ampliamente Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, FCE, México 1956 (con reimpressiones).

En lo referente a países, anotamos los siguientes. Para México véase Ignacio Burgoa *El juicio de Amparo*, Edit. Porrúa, México 1995, pp. 817-836 y los más recientes relacionados con las modificaciones constitucionales: Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, *El nuevo juicio de Amparo. Guía de la reforma constitucional y de la nueva ley de Amparo*, UNAM-IMDPC-Porrúa edit., México 2013; Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho de Amparo*, UNAM-Porrúa edit., México 2011 y la voz *Jurisprudencia judicial* a cargo de Ezequiel Guerrero Lara en "Enciclopedia Jurídica Mexicana", Edit. Porrúa-UNAM, tomo IV, México 2002. Para la Argentina, Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 3 tomos, Buenos Aires 1996-1997; Néstor P. Sagüés, *Manual de Derecho Constitucional*, Edit. Astrea, Buenos Aires 2007 y Daniel A. Sabsay, dirección y Pablo L. Manili, coordinación, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Edit. Hammurabi, 5 tomos, Buenos Aires 2010-2016. En el caso de Colombia: Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Universi-

dad Externado de Colombia, Bogotá 2005; Diego E. López Medina, *El derecho de los jueces*, Edit. Legis, 2da edic., Bogotá 2008; Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Grupo editorial Ibáñez, 4ta edic., Bogotá 2012; Manuel F. Quinche Ramírez, *Derecho Constitucional Colombiano*, Edit. Temis, Bogotá 2015. En el Perú: Susana Castañeda Otsu, Directora, *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Edit. Grijley, Lima 2010; Jhonny Tupayachi Sotomayor, Compilador, *El precedente constitucional vinculante en el Perú*, Edit. Adrus, 2da edición, Lima 2014; Luis Castillo Córdova, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Edit. Gaceta Jurídica, Lima 2014; AA.VV., *Código Procesal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 3ra edic., Lima 2008 (contiene todos los antecedentes, desde su primera versión puesta en circulación en 2003 en calidad de anteproyecto y que circuló ampliamente, hasta el proyecto final, el debate parlamentario y la aprobación del texto oficial a principios de 2004). Un comentario detenido de la ley 23506 y sus antecedentes, cf. Alberto Borea Odría, *Las garantías constitucionales: Hábeas Corpus y Amparo*, JVC ediciones, Lima 1992. De acuerdo a datos proporcionados por la revista "El Magistrado", núm. 61, agosto de 2016, en el periodo enero-julio de ese año, se instalaron y sesionaron cinco plenos jurisdiccionales en la Corte Suprema peruana. Sobre la "autonomía procesal" véanse César Landa Arroyo, *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú* en AA.VV., "Proceso y Constitución", Giovanni F. Priori Posada, editor, Ara Editores-PUCP, Lima 2011 y Gerardo Eto Cruz, *Una problemática no resuelta en la jurisdicción constitucional en Latinoamérica. ¿Tienen autonomía procesal los tribunales constitucionales?* en la obra del mismo autor: "Constitución y procesos constitucionales", Edit. Adrus, tomo II, Lima 2013. Un análisis crítico en Juan Monroy Gálvez, *La Teoría del Proceso a la luz lánguida del Tribunal Constitucional peruano: Sobre la presunta "autonomía procesal constitucional"* en "Revista Peruana de Derecho Público", núm. 16, enero-junio de 2008. En el caso de Bolivia: *Sistematización de la jurisprudencia constitucional y precedentes obligatorios en derecho procesal penal*, Tribunal Constitucional y Cooperación Técnica Alemana, José Antonio Rivera, Consultor, tomo I, Sucre 2008; AA.VV. *Realidad y perspectivas del constitucionalismo boliviano*, Memorias del 2do Congreso Boliviano de Derecho Constitucional, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba 2014 (trae un interesante artículo de Jorge Asbun sobre

el precedente) y AA.VV. *Código Procesal Constitucional*, Coordinadores, Richard E. Cardozo y William Herrera Nuñez, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba 2014. En el Brasil: Gilmar Ferreira Mendes y Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, São Paulo 2013; Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, Edit. Rev. Dos Tribunais, 2ª. Edic, Sao Paulo 2011(hay traducción castellana, incompleta) y André Ramos Tavares, *Nova ley da Súmula Vinculante. Estudos e Comentários á Lei 11.417 de 19.12.2006*, Editora Método, 2da edic., São Paulo 2007. La edición de la Constitución hecha por la prestigiosa editorial Saraiva en 2014 recoge hasta ese momento 32 súmulas vinculantes en un periodo de 10 años, cada una con una extensión aproximada de cinco líneas condensadas en un párrafo.

Las únicas fuentes sobre la denominada “autonomía procesal” se encuentran en los trabajos de Patricia Rodríguez Patrón, interesantes pero sin mayor conocimiento del mundo procesal que, como decimos, ha sido interpretada antojadizamente en los predios peruanos y en algunos países del área y además partiendo de una traducción incorrecta que soslaya la diferencia entre “procedimiento” y “proceso”. Ellos son: *La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su Derecho Procesal* en “Revista Española de Derecho Constitucional”, núm. 62, mayo-agosto de 2001 en donde leemos a pie de la página 129, nota 16: “Aquí hemos preferido la traducción de *Verfahrensautonomie* por “autonomía procesal” para evitar equívoco respecto a la “autonomía reglamentaria””; *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Thomson-Civitas, Madrid 2003 y *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, Iustel, Madrid 2005 en donde señala que “...la polivalencia del concepto de autonomía ha contribuido a su diversidad de aplicaciones que se alejan de las primeras asociadas al Derecho Privado....una de esas aplicaciones ha tenido como objeto a la potestad de los órganos constitucionales de regular todo aquello que tiene que ver con su organización y funcionamiento” (pág. 36) que es la “autonomía normativa”...las otras dos que estudia la autora son la “autonomía organizativa” y la “autonomía presupuestaria” (sic).

Entre los relativamente escasos estudios generales en el área, señalamos: Alejandro M. Garro, *Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: Las lecciones del Derecho Comparado* en “Revista Española de Derecho Constitucional”, núm. 24, septiembre-

diciembre de 1988; José Antonio Rivera Santivañez *Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional* en “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, núm. 9, 2005; Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro, Coordinadores, *Estudios al precedente constitucional*, Palestra edit., Lima 2007 y Eduardo Oteiza, *El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina* en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, núm. 10, 2007.

Útiles me han sido la información y criterios intercambiados con diversos colegas, entre los que menciono a Eduardo Ferrer MacGregor, Edgar Carpio Marcos, Luis Sáenz Dávalos, Francisco Morales Saravia, Pablo L. Manili, Alan E. Vargas Lima, Luis Castillo Córdova y Edward Alexander Dyer Cruzado. *Last, but not least*, Robert S. Barker, por las valiosas orientaciones que me dio en referencia al precedente en el mundo sajón.

Lima, septiembre de 2016.

CAPÍTULO X

UN LARGO VIAJE EN BUSCA DE UNA NUEVA DISCIPLINA. O CÓMO APARECIÓ EL “DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL” EN AMÉRICA LATINA*

SUMARIO: 1. Liminar. 2. Las primeras indagaciones. 3. Los efectos de la Guerra Civil española. 4. La producción procesal de Alcalá-Zamora y Castillo (1933-1938). 5. La producción argentina de Alcalá-Zamora y Castillo (1942-1946). 6. El significado y los alcances del nuevo concepto: “derecho procesal constitucional”. 7. Sigue: los alcances del nuevo concepto. 8. Lo que pasó en México (1946-1956). 9. De 1956 en adelante: enfrentando una realidad. 10. ¿Convergencia, divergencia o vidas paralelas? Europa y América Latina.

1. LIMINAR

El nombre y la disciplina “derecho procesal constitucional” está en circulación en nuestra América desde hace ya un buen tiempo. Diría yo que más de treinta años, si bien sus orígenes son muy anteriores. Y con ello se quiere significar el problema del control de la constitucionalidad de las leyes, la defensa de la jerarquía normativa y de los derechos fundamentales, que es la versión interna de lo que a nivel internacional se conoce como derechos humanos. O si se quiere, viendo el grado de recepción en la dogmática, el de derechos constitucionales (que son aquellos derechos fundamentales que son recogidos en las constituciones de los Estados).

Este problema, o si se quiere, esta materia, es objeto de estudio y tratamiento desde mediados del siglo XIX, de manera especial en

* El presente texto es una síntesis de mi intervención en el Seminario “Sistemi e modelli di Giustizia Costituzionale”, que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bologna, el 31 de marzo de 2009. Y ha sido publicado en diversas compilaciones y revistas. La versión que ahora se presenta ha sido revisada, corregida y se la han hecho algunos ajustes y ampliaciones (diciembre de 2012).

México y en la Argentina, pero también en otros países como Colombia y Venezuela. Y en cuanto tal, fue estudiado dentro del amplio campo del Derecho Constitucional y en los manuales al uso.

Posteriormente y a partir de la década de 1930 se emplea el término “jurisdicción constitucional” y solo más tarde se empezará a usar el de “derecho procesal constitucional”. Sin embargo, persiste entre nosotros el uso de ambos conceptos, toda vez que no se da una clara diferenciación teórica entre ambos, y se mantienen posiciones distintas y a veces encontradas sobre lo que debemos significar con cada uno de ellos.

Es decir, los conceptos “derecho procesal constitucional” y “jurisdicción constitucional” encierran variedad de enfoques en lo referente a sus fundamentos teóricos, a su configuración y a sus alcances. Si bien en cuanto a aplicaciones o desarrollos prácticos, los desacuerdos son menores y más bien existe gran cantidad de planteos o aproximaciones comunes, que son aceptados, más o menos en forma pacífica.

En Europa, por el contrario, se da el caso de que desde la década de los sesenta del siglo XX y aun antes, se usa el más ambiguo y tradicional de “justicia constitucional”, de preferente uso en Italia, Francia y España. Pero en ninguno de estos países se ha intentado una fundamentación teórica rigurosa y menos lidiar con sus problemas de configuración jurídica, lo cual llama la atención, teniendo en cuenta el poderoso movimiento jurídico europeo que a ello se consagra y los avances notables que tiene en otras áreas. Por cierto, que hay excepciones, como es el caso de Charles Eisenmann en la década de 1920 y más recientemente a Mauro Cappelletti (década de 1950), Jesús González Pérez (en 1980) y Louis Favoreu (década de 1980).

El propósito de estas líneas es indagar por el origen científico de la disciplina llamada “derecho procesal constitucional”, en la medida que tratamos de fijar cuándo se usa el nombre por primera vez o por lo menos en forma indubitable, qué cometidos se le asigna y que alcances y temas le corresponden. Y esto sucedió a mediados de la década de 1940, en la Argentina y como fruto de la labor académica de un gran jurista español: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Si bien, como en todo, ello fue fruto de un largo proceso de maduración que se inició varios años antes.

2. LAS PRIMERAS INDAGACIONES

De antigua data son los conceptos de “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional”, relativamente fáciles de ubicar y con una concreción sencilla (pues los términos de justicia civil o justicia penal se usaron desde épocas muy tempranas, aun cuando esto ya se ha superado largamente). Y adicionalmente, el más nuevo de “derecho procesal constitucional”. Pero es bueno hacer un breve *excursus* sobre ellos.

El más conocido, por lo menos en el ámbito europeo, es el de “justicia constitucional”. Que se emplea para describir los procesos que se llevan ante los órganos calificados o competentes. Acerquémonos a dicho concepto, tal como se emplea, en forma tan difundida, en Italia.

Cabría explicarse o por lo menos intentar ver, cómo así se ha impuesto el término de “justicia constitucional” para designar a los tópicos que trata la Corte o un Tribunal Constitucional. En el caso de Italia, la primera vez que esto se discute es a raíz del “Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil”, que se lleva a cabo en Florencia (30 de septiembre – 3 de octubre de 1950), al cual asisten eminentes maestros de Europa y de América y algunas personalidades sobresalientes del mundo procesal, como es el caso de Enrico Redenti, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti, entre otros. Y por cierto, aprobada y en vigencia la Constitución de 1947, pero aun sin funcionar la Corte Constitucional, era evidente que ésta era uno de los temas más interesantes y en todo caso el que más desafíos presentaba en aquel momento, ya que carecía de antecedentes en el país. Es decir, los aspectos procesales que presentaba la nueva Constitución italiana. A lo que se dedicaron una buena parte de las intervenciones, pero usando conceptos tales como control constitucional, legitimidad constitucional, ilegalidad o ilegitimidad constitucional, leyes inconstitucionales y otros términos parecidos.

En aquella época, el concepto “justicia constitucional” no se usaba. Las valiosas contribuciones de Mauro Cappelletti empiezan en 1955 con su libro sobre la jurisdicción constitucional de las libertades, en donde lo que se emplea es el de “jurisdicción constitucional”. Y así lo hará en otros textos sucesivos, dependiendo en algo del contorno en el cual se mueve (cuando publica textos en inglés y en los Estados Unidos, usa preferentemente el término frecuente allá de “judicial re-

view"). No obstante, es curioso observar que en un primer momento Cappelletti utiliza literalmente el concepto "derecho procesal constitucional" en un homenaje a su maestro Calamandrei, a quien considera el fundador de esta disciplina en Italia (cf. *In memoria di Piero Calamandrei*, CEDAM, Padova 1957, pág. 76, nota 97), que usará en el futuro muy eventualmente. Sin embargo, ya a mediados de la década de 1960, empieza a usarse en Italia el concepto de "justicia constitucional" que hoy está ampliamente extendido. Pero aun así, muchos manuales de la época (como el de Biscaretti di Ruffia) prefieren el de "jurisdicción constitucional".

Ahora bien, ¿de donde viene este uso? Tengo la impresión de que fue tomado de la publicística francesa, que la creó en la década de 1920 y gracias a Charles Eisenmann. Este jurista, discípulo de Kelsen en Viena, no solo presentó su tesis doctoral sobre "la justicia constitucional en Austria" en 1928, sino que el mismo año tradujo con la aquiescencia de Kelsen, la famosa ponencia de éste sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución. Según Eisenmann, así como hay una justicia civil que tiene que ver con las leyes civiles, y una justicia administrativa relacionada con las leyes administrativas, existe una justicia constitucional que se encarga y trata las leyes constitucionales. Pero solo en cuanto éstas son afectadas por otras normas, es decir, cuando la Constitución es puesta en entredicho o desconocida por otras leyes de inferior jerarquía. Y esto por cuanto la Constitución tiene el carácter de suprema en relación con el resto del ordenamiento y hay que usar determinados instrumentos para defenderla, que son de carácter jurídico. Eisenmann asumía, pues, que la Constitución es un documento jurídico y que existía la pirámide normativa, en lo que seguía fielmente a su maestro. Esto explica porque Kelsen no tuvo ningún inconveniente en aceptar que Eisenmann añadiese en el título de su traducción al francés el membrete de "justicia constitucional", no solo porque el original en alemán no tenía título alguno (fue presentado al Encuentro de Profesores Alemanes de Derecho Público realizado en Viena en abril de 1928, dentro de una temática amplia) sino porque Eisenmann creía que la justicia constitucional era un instrumento jurisdiccional que defendía la Constitución y no otra cosa. Lo cual demuestra que pese a su enorme cultura, Kelsen no había visto el problema procesal que podría traer la defensa de la Constitución, lo cual era perfectamente explicable en la Francia en aquella época y también en el resto de Europa. Es cierto que existían algunos

avances en el mundo del proceso, y en la misma Alemania en fecha relativamente reciente gozaba de gran influencia la obra fundamental de Adolf Wach (1885). Y por cierto la de James Goldsmichdt, que publicaba en la misma época en que Kelsen escribía. Pero nada hace suponer que Kelsen los conociera. De hecho, el texto fundamental de Kelsen de 1928 descansa en la armazón teórica que había elaborado tres años antes en su famosa obra "Teoría General del Estado" (*Allgemeine Staatslehre*) y ella, si bien menciona el problema de la constitucionalidad de las leyes, se apoya básicamente en la literatura clásica sobre Teoría del Estado, sin referencia alguna con el mundo procesal.

Por circunstancias que habría que dilucidar con calma en otra oportunidad, no obstante que el mundo académico francés privilegiaba el uso de "jurisdicción constitucional" en la década del 20, a la larga se impuso el planteo de Eisenmann, que se generalizó sobre todo con la puesta en marcha del Concejo Constitucional en 1958. Entiendo, pues, que ese planteo que viene de Francia, llega no solo a Italia años más tarde, sino también a España, pero con mucha anterioridad (lo usa Legaz Lacambra a principios de la década de 1930, seguramente por influencia de Eisenmann). Y de ahí se extiende a otros lugares.

En América Latina no fue así. Y esto por especiales circunstancias históricas que conviene recordar.

3. LOS EFECTOS DE LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA

Después de la llamada Gran Guerra, que tuvo efectos devastadores y que marca el inicio de una nueva época, los sucesos de mayor envergadura son la Guerra Civil española (1936-1939) y la Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Y si bien ambas se desarrollan con independencia, es indudable que la primera en cierta manera condicionó o afectó, si bien parcialmente, el desarrollo de la segunda. De hecho, si España no hubiera atravesado por una guerra civil como lo hizo, lo más probable es que hubiera participado en la Segunda Guerra Mundial, si bien es difícil decir en que bando se hubiera ubicado.

Pero como consecuencia de ellas, se dio un fenómeno interesante. En la Segunda Guerra Mundial salieron huyendo de Alemania y de algunos países europeos, científicos e intelectuales de muy diversa especialidad hacia otros continentes. En especial a América, sobre todo a los Estados Unidos.

En el caso de la Guerra Civil española, con el triunfo del franquismo, hubo una diáspora de los no-franquistas, algunos republicanos y otros que en estricto no lo eran, que fueron a parar a los hospitalarias tierras de la América Latina, sobre todo a la Argentina y a México. Estos dos países fueron los preferidos por la migración española, y dio cabida al término de “transterrados” que algunos españoles en el exilio acuñaron (en especial José Gaos).

Entre estos se encontraban dos españoles: un importante político y humanista y un joven y promisorio profesor y jurista. Eran Niceto Alcalá-Zamora y Torres y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, padre e hijo respectivamente. El padre había sido el primer Presidente de la República española durante un periodo relativamente largo (1931-1936) de donde salió por una conjura política de la época. El segundo era un joven profesor dedicado al área del Derecho Procesal, con importantes publicaciones en esa época y vinculado, como su padre, a las fuerzas republicanas o en todo caso, nada simpatizantes con las fuerzas de Franco. Que al final se impusieron sobre las demás, instaurando una larga dictadura que duró casi cuarenta años.

Ahora bien, en España la Constitución republicana de 1931 había creado el Tribunal de Garantías Constitucionales, siguiendo el modelo austriaco, pero con ciertas licencias. Entre ellas, un proceso especial, el Amparo, tomado de la experiencia mexicana. Y esto hizo pensar que se estaba ante un nuevo tipo de jurisdicción, distinto de las demás y que motivó, como era de esperarse, grandes reflexiones.

Y a esto no era ajeno Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, catedrático en esa época - o sea, el más alto nivel académico dentro de la universidad española - en la especialidad de Derecho Procesal y en la Universidad de Valencia. Tenía además una sólida formación y un amplio conocimiento de las corrientes procesalistas de la época, y esto se confirmó años después, cuando alcanzó un alto sitial en la disciplina.

Pero fue precisamente este exilio, forzado por las circunstancias, lo que hará posible años más tarde, la concreción y difusión del concepto “derecho procesal constitucional”.

4. LA PRODUCCIÓN PROCESAL DE ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1933-1938)

La producción de Alcalá-Zamora y Castillo en materia procesal ha sido abundante y cubre largos años. Conviene aquí, sin embargo,

señalar las que nos interesan para los fines de esta comunicación. La primera es una conferencia sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales que era una novedad absoluta en el constitucionalismo español, y que fue incorporado siguiendo el ejemplo de Austria y en menor grado de Checoslovaquia (éste último, como se sabe, no solo es posterior al austriaco desde el punto de vista de la dogmática - aun cuando lo precedió en la normativa constitucional - sino que no tuvo ninguna trascendencia y al final desapareció como Tribunal y en la actualidad no existe el país que lo albergó: Checoslovaquia desapareció en 1992). Así, dentro de las atribuciones que se incorporan al nuevo Tribunal, Alcalá-Zamora señala dos:

- 1) Recurso de inconstitucionalidad de las leyes, que se toma de Austria, y
- 2) Recurso de Amparo, en defensa de las garantías individuales.

El más novedoso en el ámbito europeo era el recurso de Amparo, que era un proceso especial para la defensa de las llamadas garantías individuales (o sea, derechos individuales) que tomaron, si bien de manera algo libre, de la experiencia mexicana. Esto se debe a que en esa época y durante largos años, vivió en Madrid el constitucionalista mexicano Rodolfo Reyes, que estuvo muy vinculado con la comunidad jurídica española, a la cual hizo conocer en detalle como funcionaba el Amparo mexicano, que de esta manera hizo su ingreso al Derecho español (y hasta ahora se mantiene, si bien con otra estructura y fines). Reyes había llegado a España por razones políticas y ahí publicó mucho: era hijo de un prestigiado pero discutido líder porfirista que combatió la revolución mexicana, el general Bernardo Reyes y además hermano de quien luego sería un escritor y ensayista de fama: Alfonso Reyes (cf. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de Amparo en México y España*, Edit. Porrúa, México 2002, pp. 123-135).

Dicha conferencia, que editó en folleto (cf. *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Editorial Reus, Madrid 1933) hizo referencia a algunos conceptos de orden procesal que con el tiempo tendrán gran importancia: las "partes" y el "proceso constitucional", los cuales precisamente se llevaban ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Y en paralelo publica su *Programa de Derecho Procesal*, Librería Porto, Santiago de Compostela 1933, en donde acuña el término "derecho procesal constitucional" para referirse a

las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Tribunal de Cuentas pero sin mayores datos y en forma muy diluida e imprecisa, propio de quien entra a un área nueva y no transitada.

Más tarde, elabora un largo ensayo titulado “El Derecho Procesal de España desde el advenimiento de la República al comienzo de la guerra civil”, que publica en la *Rivista di Diritto Processuale Civile* en 1938, en donde dentro de un espectro más amplio vuelve a tratar esos temas. Y además se refiere expresamente a una “legislación procesal constitucional”.

Se trata pues de lo siguiente: a raíz de la introducción en la Constitución española de una nueva institución como es el Tribunal de Garantías Constitucionales, se presentan nuevos problemas relacionados con algo novedoso, como es la existencia de “procesos constitucionales” que se llevan o desenvuelven precisamente ante un órgano *ad hoc*, que tiene carácter jurisdiccional. Y que justamente son el acicate para estas reflexiones si bien no muy precisadas todavía, en relación con el nuevo nombre: “derecho procesal constitucional”.

5. LA PRODUCCIÓN ARGENTINA DE ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1942-1946)

El estallido de la guerra civil sorprende a Niceto Alcalá-Zamora y Torres cuando estaba de viaje por el norte de Europa y enterado del saqueo de su casa e incautación de sus bienes personales, decide no volver a España y con sus hijos, entre ellos el procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, se asilan en el país vecino. Los dos, pues, parten a Francia y ahí permanecerán de 1936 a 1940; primero en París y luego en Pau, cerca de la frontera española y con el proyecto de irse a la Argentina. La derrota francesa y la ocupación de París por los alemanes en 1940, aceleran su viaje a América, a la que parten desde el puerto de Marsella.

El viaje de los Alcalá-Zamora a América duró 441 días....la guerra había estallado y los conflictos e incursiones andaban por todas partes, sin descartar los bloqueos en alta mar y los innumerables controles y visados. Y eso explica las numerosas paradas, esperas y rodeos que tuvieron que hacer en ese periplo relativamente corto, pero que resultó inmensamente largo. Solo se puede comprender esta penosa travesía si apreciamos en toda su dimensión una película que puede ser considerada como clásica: “Casablanca” con la inolvidable

actuación de Humphrey Bogart e Ingrid Bergman. Pues curiosamente también los Alcalá-Zamora tuvieron que recalar en Casablanca...

Al final, llegaron a Buenos Aires en los primeros días de 1942 y ahí permanecieron varios años (cf. Niceto Alcalá-Zamora, *441 días..... Un viaje azaroso desde Francia a la Argentina*, Edit. Sopena Argentina, Buenos Aires 1942). El padre, Niceto Alcalá-Zamora y Torres, se resistió en regresar y murió en el exilio en 1949. Años más tarde, con todos los honores, fue repatriado en 1979 a España, vuelto el país a la democracia.

Pues bien, lo que hizo inmediatamente Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, fue conectarse de inmediato con el mundo procesal argentino y se dedicó a dictar clases y otras tareas de orden académico. Y algo parecido hizo su padre. Pero el hijo además tuvo una excelente idea y fue así como juntando diversos ensayos suyos publicados en los últimos años, los reunió en un libro con el siguiente título: *Ensayos de Derecho Procesal. Civil, Penal y Constitucional*, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1944, en donde incluyó los dos ensayos que hemos mencionado anteriormente, no así el *Programa*. Con lo cual el nombre "derecho procesal constitucional" quedó así recogido y plenamente consagrado en el título de un libro que contenía gran cantidad de textos alusivos.

Un segundo paso, en cierto sentido decisivo, lo dio a raíz de sus colaboraciones con la "Revista de Derecho Procesal" que por aquel entonces dirigía el gran procesalista Hugo Alsina y que se publicaba en Buenos Aires. Aquí tenía a su cargo una sección destinada a lo que llamó "miscelánea de libros procesales" y en donde publicaba un poco de todo. Y en especial reseñas bibliográficas, que años más tarde, con otros materiales, reunió en dos gruesos volúmenes.

Es en esta revista donde publica un comentario sobre el artículo de Emilio A. Christensen, titulado *Nuevos recursos de amparo en la legislación procesal argentina. Los writs de mandamus e injunction*, aparecido en la "Revista del Colegio de Abogados de Santiago del Estero", núm. 2, diciembre de 1944. Ahí destaca los Códigos de Procedimiento Civil y Procedimiento Penal de Santiago del Estero de 1941, a partir de los cuales ha tenido una larga expansión el Amparo, que fue incorporado por vez primera en la Convención Reformadora de Santa Fe (1920), así como de los esfuerzos por hacerlo extensivo a nivel federal, lo que, como se sabe, será creación pretoriana en 1957

y legal en 1966. Añade que es un error haber llevado el Amparo a un Código de Procedimiento Civil, puesto que el Amparo tiene naturaleza procesal constitucional y merece una ley especial. Agrega que es lo mismo que un Habeas Corpus, que no debería estar en un Código de Procedimiento Penal. Que cuando una constitución consagra el Amparo y el Recurso de Inconstitucionalidad, independientemente de la jurisdicción y del procedimiento, son instituciones que pertenecen al derecho procesal constitucional (sic) que es "tan inconfundible con el proceso civil o el proceso penal, como estos pueden serlo entre sí" ("Revista de Derecho Procesal", 2da parte, año III, 1945, pp.77-78).

En él, al analizar el contenido y detectar que en algunas provincias argentinas existe el Amparo, si bien es cierto, que de manera algo distinta al modelo mexicano, y por otro el Habeas Corpus, de origen sajón para resguardar básicamente la libertad y seguridad personales, deduce que no están debidamente ubicados. Esto es, lamenta Alcalá-Zamora que el Amparo se regule en el código de procedimientos civiles y el Habeas Corpus en el código de procedimientos penales. Señala luego que tales instrumentos procesales trascienden el ámbito civil y el penal y más bien defienden valores constitucionales, por lo que sería mejor ubicarlos en una legislación procesal constitucional, término y concepto que había utilizado y analizado en años anteriores. Y que todo esto no correspondía al derecho procesal civil o al derecho procesal penal, sino al "derecho procesal constitucional". Y así lo dice con todas sus letras.

De esta suerte, el término *derecho procesal constitucional* quedó firmemente asentado y por escrito, si bien de manera algo sucinta. Apuntado levemente en su *Programa* de 1933 y luego en su libro compilativo de ensayos de 1944, lo redondea ahora con motivo de una reseña bibliográfica al año siguiente.

Dicho en otras palabras: el periodo 1944-1945 marca la definición y el uso de un nuevo concepto: el "derecho procesal constitucional". Y en forma tan clara que de aquí en adelante ya no habrá retrocesos.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, procesalista español con vastos conocimientos del moderno Derecho Procesal, exiliado político que vive en la Argentina, consagra un nuevo término: Derecho Procesal Constitucional. Y además crea o consolida una nueva disciplina en sus rasgos básicos. Y esto en un breve periodo: 1944-1945, si bien anticipado por una intuición de 1933.

Más tarde, en 1947, reiterará ese aserto en un libro que publica en México, a donde entonces se había trasladado y en donde permanecerá más de treinta años. Pero es interesante señalar que un profesor español, con su propia experiencia en la península, que viaja a la Argentina donde había entonces una importante escuela procesal, y que luego radicará en México, forja el concepto, lo difunde y lo hace conocido. Y esto en un periodo breve: 1944-1945 o si se quiere 1944-1947. Él es pues quien crea el *nomen iuris* y sienta las bases de la disciplina, como fruto de una larga dedicación al tema, si bien no en forma exclusiva, pues cultivó también otros temas.

6. EL SIGNIFICADO Y LOS ALCANCES DEL NUEVO CONCEPTO: "DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL"

La pregunta que surge de inmediato es cómo así surge el concepto en medio de tan especiales y azarosas circunstancias. Y creo que podemos agruparlas en las siguientes consideraciones.

Europa, como sabemos, vivió siempre alejada del control constitucional en sentido estricto, o sea, en sentido jurídico. Y no podía instaurar ningún control porque partía de la convicción de que la Constitución era básicamente un instrumento político que se defendía políticamente (concepto interesante, pero incompleto). Pero es a partir de Kelsen que se inicia una onda, de alcance limitado por cierto, de considerar a la Constitución en sentido fuerte, o sea, con valor y fuerza jurídicas. Y esto lo logra con su doctrina de la pirámide jurídica - que recoge de su discípulo Merkl - y lo expresa en su libro sobre el Estado de 1925 ya mencionado. Y sobre todo en su ponencia de 1928, que divulgó primero en la comunidad germánica y luego, y más ampliamente, en el mundo francés, con lo cual alcanzó una difusión muy extendida que sobrepasó el continente europeo. Y todo esto reforzado por la existencia de los tribunales constitucionales, entre ellos, el austriaco que es el más importante. El checoslovaco fue una experiencia breve y en parte fracasada. Y también el Tribunal de Garantías Constitucionales español, creado por la Constitución de la Segunda República de 1931, si bien su ley y funcionamiento solo es de 1933. El Tribunal español tuvo una experiencia interesante, pero corta, pues prácticamente dejó de funcionar con el estallido de la Guerra Civil en 1936. Los tres fueron los únicos en su género que existieron en el período de entreguerras.

Por tanto, el estímulo que tuvo Alcalá-Zamora fue muy claro. Por un lado, era profesor y tratadista de Derecho Procesal, que tenía frente a sí a un órgano jurisdiccional como era el Tribunal de Garantías Constitucionales, el que entre otras funciones tenía a su cargo los dos procesos constitucionales ya mencionados. Y todo ello reforzado por los planteos teóricos de Kelsen, a quien se conocía muy bien en el mundo hispánico, directamente y a través de algunas traducciones de sus obras, hechas muy tempranamente (en 1934 apareció la traducción castellana de su "Teoría General del Estado"). Por tanto, teníamos por un lado los planteos kelsenianos; por otro, la experiencia austriaca y cierta literatura en torno a ella. Y finalmente, la presencia en su propio país de un órgano jurisdiccional con fines constitucionales y con carácter "concentrado". Todo esto fue suficiente para que Alcalá-Zamora y Castillo se diese cuenta de que estaba ante una realidad jurídico-procesal relativamente nueva, pero en la que nadie antes había reparado. Esto es, una "materia prima" distinta a las existentes que reclamaba un nombre y una fisonomía propios, porque era algo diferente. Y por eso lo calificó como "derecho procesal constitucional" por vez primera.

7. SIGUE: LOS ALCANCES DEL NUEVO CONCEPTO

Posteriormente, como queda dicho, Alcalá-Zamora y Castillo viajó a México contratado por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y en donde laboró durante treinta años (1946-1976). Y ahí publicó un nuevo texto en 1947: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, en donde dedica unas líneas a confirmar y ampliar su planteo original.

Ahora bien, Alcalá-Zamora por razones algo largas de explicar y sobre todo no muy sabidas - aquí tenemos que movernos con presunciones - no desarrolla orgánica ni sistemáticamente esta nueva disciplina que él había dado nombre y descubierto, sino más bien se dedicó a otros temas procesales y ni siquiera se extendió mayormente sobre el Amparo mexicano, seguramente porque no le atraía mucho, pues siempre consideró que era - a esa época - un "cajón de sastre". Pero de lo poco que escribió al respecto, cabe deducir algunas inevitables conclusiones:

- a) Existe una jurisdicción constitucional, si por ella entendemos la capacidad estatal de poder resolver conflictos o litigios de orden constitucional e imponer sus decisiones.
- b) Para esto, lo más adecuado es una magistratura constitucional especial, esto es, *ad hoc*, lo cual solo se logra mediante la existencia de un tribunal especial, como es el modelo europeo. Alcalá-Zamora, como fácilmente se aprecia, no era simpatizante y quizá no conocía mucho el llamado “control difuso” o americano, que sin embargo debió haber visto en funcionamiento durante su estancia en la Argentina. Pero su pensamiento era claro: solo existía jurisdicción constitucional con un tribunal o corte constitucional.
- c) Existe o debe existir una legislación procesal constitucional, que precisamente reúna y compendie toda esta materia, entre la cual tienen un papel importante los “procesos constitucionales”.
- d) La jurisdicción constitucional, o sea, el órgano encargado de dicha materia, así como los procesos constitucionales, son algo que juntos forman algo distinto y que son parte fundamental de un nuevo “corpus iuris”, para el que acuñó un nuevo nombre.
- e) Frente a esta realidad, es necesario saber donde ubicar este “corpus” al que entiende claramente como de carácter procesal, pues no puede ser de otra manera. Y como no puede ser civil ni penal, entonces es constitucional.
- f) Queda así configurada y fundada una nueva disciplina que llama “derecho procesal constitucional” a la que asigna un contenido mínimo: magistratura constitucional y procesos constitucionales. Y una ubicación precisa: el mundo procesal.
Por tanto, lo que hizo Alcalá-Zamora fue lo siguiente:
 - i) detectó el hecho o materia prima existente,
 - ii) lo calificó debidamente como procesal,
 - iii) le dio el nombre completo de “derecho procesal constitucional”,
 - iv) dibujó el contorno de la disciplina como en un mapa militar,
 - v) pero no la desarrolló en cuanto a su contenido y detalles.

El porqué Alcalá-Zamora y Castillo luego de ubicar la materia prima, dibujar sus contornos, darle nombre y objetivos no la desarrolló, es algo difícil de explicar. Es un poco lo que hizo Moisés según el

relato bíblico: sabía donde estaba la tierra prometida, lo que se esperaba y lo que ahí existía, pero tan pronto arribó a sus puertas al frente de su pueblo, no entró en ella.

Algo parecido sucedió con Alcalá-Zamora: tras fundar una nueva disciplina y dejar un bando con sus anotaciones, se desentiende de su hallazgo y se dedica a otros menesteres.

8. LO QUE PASÓ EN MÉXICO (1946-1956)

Cuando llegó a México, Alcalá-Zamora y Castillo se encontró con un panorama cultural interesante, pero que en materia procesal se encontraba muy atrasado. Fue obra suya haber introducido ahí los avances más significativos del moderno Derecho Procesal, las nuevas tendencias de la teoría general del proceso, así como los matices y enfoques en el proceso civil, penal y laboral, especialmente, así como algunos desarrollos del Derecho Procesal mexicano. Pero sobre todo se dedicó a formar gente, y de su fecundo magisterio salieron discípulos con luz propia como son los casos de Héctor Briseño Sierra, Cipriano Gómez Lara, Sergio García Ramírez, Santiago Oñate Laborde, entre otros.

Sin embargo, el único que se enfrentaría académicamente al problema procesal constitucional sería Héctor Fix-Zamudio, quien con motivo de optar el título profesional de licenciado en Derecho, presenta la tesis titulada "La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana" (ensayo de una estructuración procesal del Amparo) editada para esos fines en 1955 (180 páginas). La obra pretende contribuir, como lo dice expresamente, a la consolidación de la más nueva de las disciplinas, el Derecho Procesal Constitucional, que se debe a Kelsen, según afirma (tesis equívoca que adoptó de Alcalá-Zamora, que así lo expresó en más de una oportunidad, seguramente por un recato personal). Pero enfocado al proceso de Amparo, máxima institución mexicana de tradición centenaria. La tesis está dedicada a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que lo orientó, y a su maestro José Castillo Larrañaga. Por la índole de este trabajo, si bien impreso como libro, lo fue en corto tiraje (probablemente no más de cincuenta ejemplares) por lo que no tuvo mayor difusión. Sin embargo, luego de la respectiva sustentación en enero de 1956, publicó ese mismo año algunos de sus capítulos en una prestigiosa revista: "La justicia" que circuló ampliamente, si bien no tuvo mayor aceptación, como sucede

siempre con las aportaciones radicales, como las que aquí se presentaban. Y años más tarde, reprodujo íntegra esta tesis en su primer libro *El juicio de Amparo* (Editorial Porrúa, México 1964) conjuntamente con ensayos afines.

La postura netamente procesal de Fix-Zamudio demostrada en este periodo (1955-1956) representa un punto de quiebre importante, pues es una sistematización, si bien no muy extensa, de lo que es la nueva disciplina y que es realmente pionera, pues antes que él nadie había hecho ese intento. Y por otro, es un encuadramiento del Amparo en el Derecho Procesal, lo que por aquella época no se admitía en México, que vivía bajo la influencia académica de Ignacio Burgoa, autor de un importante manual sobre el Amparo, que tuvo una influencia arrolladora durante varios años. Y que si bien tenía una presentación muy sugestiva, se apoyaba en supuestos teóricos muy atrasados.

Es indudable, pues, que el ciclo tímidamente abierto por Kelsen en 1928 con su famoso texto fundacional, el atisbo del nuevo nombre hecho por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y sus sólidas aportaciones posteriores, en especial las del periodo 1944-1947, tendrán un remate, por así decirlo, en 1955-1956 con los estudios de Fix-Zamudio.

En síntesis, podría decirse que el precursor inmediato es Kelsen, el fundador de la disciplina es Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y el artífice o forjador de ella es Fix-Zamudio (apoyado en la moderna procesalística, y en especial en los planteos de Couture y de Calamandrei).

Sin embargo, es de advertir algunos hechos en cierto sentido contradictorios en este itinerario intelectual. En primer lugar, Kelsen ve muy claro la necesidad de que exista la jurisdicción constitucional, que a su vez reposa en el principio de la supremacía de la Constitución, y que esto se lleve a cabo por un órgano *ad hoc* ante el cual se siguen determinados procedimientos, algunos de los cuales desarrolla con bastante claridad. Pero no va más allá. Ni siquiera atina a ubicar adecuadamente al Tribunal Constitucional, al cual encomienda la tarea de ser un legislador negativo; esto es, casi como si fuese un monodientes. Y menos aun piensa en una nueva disciplina. Y al poco tiempo se desentiende del tema.

Por otro lado, Alcalá-Zamora y Castillo, montado sobre los hombros de Kelsen, confirma la existencia de esta región nueva y extiende

el acta de su fundación, se da cuenta de cuál es su contenido y los fines que persigue y que ésta tiene naturaleza procesal. Y además, le da un nombre y un contenido específico que ha permanecido hasta ahora. Pero no llega más lejos.

Finalmente, luego del espléndido escorzo que nos pinta Fix-Zamudio, se aleja lentamente de él y un poco como que se olvida del tema, quizá debido a la influencia italiana o francesa. Y deja de lado el concepto de “derecho procesal constitucional” e inicia toda una larga teorización sobre la “justicia constitucional”, declarando que ésta es la más adecuada para denominar este campo de control de constitucionalidad, en el que introduce gran cantidad de variantes doctrinarias con carácter englobante. Incluso cree que el concepto de “jurisdicción constitucional” es muy estrecho, solo válido dentro del modelo concentrado (cf. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: 1940-1965*, UNAM, México 1968). Y solo más tarde, a finales de la década de 1980, inicia un lento retorno al concepto primigenio y a su caracterización teórica con multitud de matices y agregados. Y con nuevos desarrollos que plasma en artículos y ensayos de largo aliento, que hemos analizado en otra oportunidad.

9. DE 1956 EN ADELANTE: ENFRENTANDO UNA REALIDAD

Lo que pasó después es realmente curioso. Tanto en la Argentina como en México, en donde había adquirido su mayoría de edad esta nueva disciplina, se desentendieron de ella. No le dieron mayor importancia y aun más: en cierto sentido se detuvo la investigación en torno a sus alcances.

Tan solo en la década de 1970 es que el tema se vuelve a tocar. En la Argentina, donde después de la estancia de Alcalá-Zamora cayó en el olvido su contribución en este punto, correspondió a Néstor P. Sagüés afrontar este problema e iniciar una verdadera cruzada para su aceptación. Y en México, solo Fix-Zamudio continuó su estudio, pero sin incidir en su planteo teórico de 1955, sino en otros aspectos colaterales. Y en cierto sentido esto tiene un nuevo impulso en noviembre de 1977, cuando se lleva a cabo en Sochagota (Colombia) un encuentro sobre “la jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, cuyas ponencias se publicarán algo tarde (en 1984 y a cargo de la Universidad Externado de Colombia). Y que será de gran estímulo para los estudiosos latinoamericanos.

La década de 1980 representa, por así decirlo, el inicio de la etapa de normalización de esta nueva disciplina, porque a partir de aquí:

- a) se suceden nuevas publicaciones sobre la materia,
- b) se fundan agrupaciones académicas para su cultivo,
- c) se convocan eventos académicos para discutir sus diferentes tópicos,
- c) se aprueba diversa legislación dedicada a los procesos constitucionales, y
- d) se retoma el nombre de “derecho procesal constitucional” y lentamente se avanza en pos de su consolidación.

Hoy en día tenemos, por solo mencionar las publicaciones, gran infinidad de libros con este título: “Derecho Procesal Constitucional”, entre los cuales destaca el Brasil, con más de diez (10) manuales con ese nombre y sin contar las reediciones de muchos de ellos. Además, hay que tener presente los congresos llevados a cabo (sobre todo en la Argentina y México) así como la legislación especializada: un Código Procesal Constitucional aprobado en 1999 en la provincia argentina de Tucumán, de alcance local pero sin ninguna influencia en el resto del país. Y el Código Procesal Constitucional aprobado y vigente en el Perú desde 2004, y al que siguen otros intentos similares. Así como revistas especializadas: en España el “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, que no obstante su título recoge contribuciones de carácter procesal y que dirige Francisco Fernández Segado. Y la “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional” editada en México y a cargo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor. A lo cual hay que sumar la puesta en marcha, en 1989, del Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, refundado en 2003 con el nombre más apropiado de Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, que ha realizado varios encuentros en distintas ciudades de América Latina.

En síntesis: todo un movimiento de afirmación de un “derecho procesal constitucional” que se extiende largamente en nuestra América Latina en forma predominante. Y aun cuando en algunos círculos se usa también el de “jurisdicción constitucional” y en otros miméticamente el de “justicia constitucional”, se entiende que son cosas idénticas e intercambiables. Pero no son de uso muy extendido.

Los problemas que existen son más bien otros: no solo el problema del nombre, que se ha ido asentando cada vez más. Sino sobre todo el problema del contenido y además de su naturaleza y en donde ubicarlo. Dentro de un planteo general la ubicación del “derecho procesal constitucional” ha pasado por tres tesis: la primera es aquella que sostiene que el Derecho Procesal Constitucional es parte del Derecho Constitucional y como una suerte de emanación de éste. Ella tiene sus años y si bien con pocos adeptos, goza de amplia aceptación en Italia. La segunda es la tesis mixta, que es la que hasta ahora cuenta con más adeptos en la América Latina. Por ella se entiende una disciplina mitad procesal y mitad constitucional, que goza de ambos atributos siendo una especie de *tertium quid*. Finalmente, está la postura procesal o procesalista, que es la posición de Alcalá-Zamora y de Fix-Zamudio y que ha tenido varios seguidores y que se abre paso lentamente, pero que como es analizada básicamente por constitucionalistas, no ha tenido mayor desarrollo. Más aun, los procesalistas se han desentendido de este enfoque, y se han centrado en los problemas constitucionales del proceso - o de los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal - que es algo distinto a los procesos constitucionales, que son el meollo o núcleo central del Derecho Procesal Constitucional. Y tampoco ven claro a esta temática como una rama del Derecho Procesal, sino, generalmente, como parte de las ramas o disciplinas procesales ya existentes.

Y por último está el problema de los procesos constitucionales en América Latina. Tienen entre nosotros una venerable antigüedad, aun cuando solo en los últimos años han alcanzado un reconocimiento procesal constitucional. Son ellos el Amparo (creado en la Constitución de Yucatán en 1841 y luego a nivel federal en México en 1847 con numerosas variantes a partir de su extensión a otros países) y el Habeas Corpus (en 1830 en el Brasil). A los que han seguido otros de naturaleza análoga.

En conclusión: el uso preferente y creciente en América Latina del término “derecho procesal constitucional” como una disciplina nueva, que tiene autonomía, que trata entre otros temas los procesos constitucionales, es un hecho evidente e incontestable, por más que los detalles y los enfoques sigan siendo materia de discusión. Vale aquí el hermoso aforismo de Pascal, que podemos adoptar libremente: “no me buscarías, sino me hubieras encontrado” (*Pensamientos*, 553).

10. ¿CONVERGENCIA, DIVERGENCIA O VIDAS PARALELAS? EUROPA Y AMÉRICA LATINA

Tenemos, pues, que afrontar nuestras diferentes realidades. Y es que tanto América Latina como la Europa continental parten de situaciones distintas. Y frente a ellas adoptan nombres y posturas diferentes.

Por un lado, la América Latina desde mediados del siglo XIX adoptó e hizo suyos, por influencia creciente de los Estados Unidos de América, diversos métodos de control del poder, como era el control de la constitucionalidad de las leyes y la adopción de ciertos instrumentos especiales que en realidad eran procesos de carácter constitucional y en defensa de los derechos individuales. Cuando el nombre nace y luego se extiende en nuestra América por obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, lo único que hace es limitarse a reconocer un hecho que existía desde hace décadas y darle el nombre que le corresponde y delinear su contenido y ubicación. Y esto con el rigor necesario para saber de que se trataba, si bien no hizo un desarrollo orgánico de sus tesis. Pero el concepto, olvidado por mucho tiempo, resucitó y empezó a andar, como los hechos de los últimos veinte años lo acreditan.

En Europa nada de esto se conocía. El tema en cuanto tal aparece sobre todo en la década del veinte del siglo pasado y es solo Kelsen el que intenta una fundamentación de uno de sus problemas fundamentales, pero sin darle un nombre ni menos aun imaginarlo como una disciplina rigurosa y autónoma. Ni de carácter procesal. Kelsen en aquel momento era magistrado del Tribunal Constitucional austriaco y tenía suficientes conocimientos prácticos para haber dado un paso adelante. Pero no lo hizo. Toda su teorización, como expresamente lo dice, descansa en su magistral "Teoría del Estado" y no en la Teoría del Proceso. Y nunca más hizo precisión adicional alguna, por lo que es difícil imaginar que pensaba Kelsen sobre esto. Es decir, a diferencia de lo sucedido en América Latina, Kelsen no se tropezó con un "corpus" existente, sino que lo creó - o ayudó a crearlo - desde su mente de jurista, al que con posterioridad trató de precisar teóricamente.

Pero por esa misma época, varios publicistas franceses hablaban de "jurisdicción constitucional" e incluso uno de ellos (Marcel Waline) pensó que ésta existía en Francia. Pero este país solo alcanza este

estadio en momento muy tardío: se inicia en 1971 y se cierra, por así decirlo, con las reformas de julio de 2008.

En cuanto a Italia, la situación era parecida. Fue la Constitución de 1947 la que abrió el debate en 1950 y lo continuó desde entonces, agravado por la singular estructura y competencias con las que fue creada la Corte Constitucional. Y recién en la década de 1960, se empieza a usar en forma bastante limitada, el concepto de “justicia constitucional” que se hará muy extendido a partir de 1970. Y para intentar explicarse lo que hacia la Corte Constitucional.

Es decir, aquí en América Latina, primero tuvimos la “realidad” y luego vino la “teorización”, si bien tardía. En Italia, por el contrario, fue al revés: crearon primero una institución por un *fiat* del constituyente de 1947, lo que obligó a darle nombre y a buscarle un sentido, lo que hicieron mucho más tarde. Se trata, pues, de dos itinerarios distintos, separados incluso por los años y por los precedentes históricos. El problema del control constitucional nace en América Latina a mediados del siglo XIX, mientras que en Europa lo será solo en la década de 1920 y en forma muy acotada. Y ampliamente solo después de la Segunda Guerra Mundial.

Así las cosas, con distinto origen histórico, con otro tipo de desarrollo, con diferente configuración de sus órganos de control y con estructuras políticas distintas, es difícil llegar a un entendimiento o si se quiere a conceptos o modelos comunes o afines y menos a un *corpus* teórico de fundamentación. Solo queda la comprensión y la mutua tolerancia, bajo el entendimiento de que al fin y al cabo, recorreremos caminos parecidos y no iguales. Pero persiguiendo los mismos fines y sin descartar aproximaciones e influencias recíprocas, que se han dado en los últimos años. Así como desarrollos e hibridaciones en la diversidad de experiencias existentes.

Pero no está demás esperar que el propio desarrollo jurisprudencial de los tribunales constitucionales europeos, propicie una postura más afín con los predios del procesalismo científico y busque para ello un lugar aparte y distinto del Derecho Constitucional y en consecuencia más cercano al Derecho Procesal¹.

1 Por la índole propia de la exposición, no se incorporan referencias bibliográficas sino solo las indispensables que están en el cuerpo del trabajo. A ellas añadimos como mera referencia, las siguientes: AA. AA: *La ciencia del*

Derecho Procesal Constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho; Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Coordinadores, UNAM et al., México 2008 (únicamente el tomo I dedicado a los aspectos teóricos y del que hay edición peruana a cargo de la editorial Grijley, Lima 2009); Francisco Fernández Segado, *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho comparado*, Edit. Dykinson, Madrid 2009 (solo el tomo III, dedicado en parte a la América Latina); Luca Mezzetti et al. *La Giustizia Costituzionale*, CEDAM, Padova 2007 (sobre todo la primera parte); Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional. Origen científico: 1928-1956*, Marcial Pons editor, Madrid 2008; Domingo García Belaunde, *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, Edit. Porrúa, México 2008 (segunda edición en IDEMSA, Lima 2009); Gerardo Eto Cruz, *Syllabus del Derecho Procesal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima 2009, ib. *El Derecho Procesal Constitucional; su desarrollo jurisprudencial*, Edit. Temis, 3ra edic., Bogotá 2011 y Osvaldo A. Gozaini, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Porrúa, 2 tomos, México 2011. La manera como los procesalistas abordan la temática de su disciplina en relación con la Constitución y su defensa, puede verse, entre otros, en las siguientes dos obras: José Garberí Llobregat, *Constitución y Derecho Procesal*, Cuadernos Civitas, Madrid 2009 y Nelson Nery Junior, *Princípios do processo na Constituição federal*, Edit. Revista dos Tribunais, São Paulo 2010.

CAPÍTULO XI

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA

Uno de los temas a los que se refiere este evento, es el “Derecho Procesal Constitucional” y todo lo que este concepto significa y envuelve. Como el tópico es tan amplio, me limitaré a uno de sus aspectos teóricos y de fundamentos que, curiosamente, casi no ha llamado la atención o ha sido tratado muy de pasada por los estudiosos. Y es el de la “naturaleza jurídica” de esta disciplina. Esto significa buscar lo que es, sus características, para qué sirve y sobre todo donde se ubica. Implica por cierto un concepto y además un contenido. En términos generales, abarca lo que podríamos llamar control constitucional, o sea, supervisión y vigilancia de la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico. Que en rigor, solo existe desde que nace el concepto moderno de Constitución, o sea, desde fines del siglo XVIII y principios del XIX.

Entiendo que es fácil encontrar ejemplos en los siglos anteriores - y podríamos remontarnos a los griegos - para comprobar de que no solo se daban ordenamientos que encausaban conductas - llamémoslo derecho o como fuera- sino que existían escalonamientos y determinadas formas o autoridades que vigilaban que ciertas normas o valores estuviesen unas por encima de otras. Es decir, desde siempre ha habido una especie de control dentro del entramado normativo, compuesto en su origen por normas morales y religiosas, y más tarde de normas jurídicas en sentido técnico.

* El presente texto publicado en “Pensamiento Constitucional”, Lima, núm 16, 2012, es una versión reelaborada de la ponencia presentada en el VII Encuentro de Derecho Procesal Constitucional (Santo Domingo, Rep. Dominicana, 2-4 de marzo de 2011). Aquí ha sido objeto de una revisión y ampliación, así como de algunas precisiones adicionales sin afectar el momento en el cual fue presentado (diciembre de 2015).

Ahora bien, para entrar en nuestro tema digamos algo sobre lo que es el “derecho procesal constitucional” y la manera cómo se le concibe modernamente. Y esto es tremendamente complejo, pues no existe una tendencia o doctrina pacífica en cuanto a su ubicación, estructura y naturaleza, que son, si se quiere, el soporte de la disciplina y su razón de ser. Y tampoco unanimidad ni total coincidencia en apreciar la manera como actúa y para qué sirve, especialmente en lo relacionado con los procesos, que son la manera moderna de resolver los conflictos en la sociedad actual. Pero aquí nos centramos sobre todo en la primera parte.

Su “naturaleza”, pues, no es pacífica. Y esto por cuanto los dos grandes modelos inspiradores de todo lo que ha venido después, como son el modelo americano y el modelo europeo, no tuvieron ideas claras al respecto, ni mucho menos de lo que ello significaba. En el primero, nacido en el célebre caso “Marbury vs. Madison”, el juez Marshall se encontró con un tremendo problema que tenía un claro matiz político, que gracias a su indiscutible genio supo manejar exitosamente. Y para él el problema era muy simple: distinguir que era superior, si una Constitución o una ley. Y como lo era la Constitución, entonces alguien tenía que hacer esa constatación y declarar que esa ley que atentaba contra la Constitución no era aplicable. Y ese alguien no podía ser otro sino el Poder Judicial. Marshall lo que hizo fue poner en claro el principio de la supremacía constitucional, o sea, que la Constitución tenía un valor jurídico y no un valor político, como pensó la Europa del siglo XIX y gran parte del XX. Y además otorgó esa facultad al Poder Judicial, que lo podía hacer en cualquier circunstancia. Por eso, nada que se parezca al “derecho procesal constitucional” existe en los Estados Unidos, en donde lo que preocupa es el respeto a la Constitución y como hacerlo efectivo. Y esto en todos los niveles y en todas las áreas. Y así ha sido desde entonces.

Por su parte, el gran teórico del modelo concentrado que es Kelsen, llegó a las mismas conclusiones - a inicios del siglo XX - pero le dio una solución distinta y así fue como surgió la figura del Tribunal Constitucional, que luego otros imitaron. En su gran escrito teórico de 1928 no ve el problema de ubicación, lo que se comprueba con dos hechos: por un lado, sostiene que toda su argumentación se basa en su “Teoría General del Estado”, que había publicado en 1925, o sea, poco antes. Y además, que dicho Tribunal Constitucional era un legislador negativo, es decir, un complemento del parlamento y no su

rival. Por cierto, Kelsen, entonces magistrado del Tribunal Constitucional austriaco, conocía de procedimientos y de ciertas figuras procesales por su práctica diaria, pero no más que eso. Y todo su empeño se inspira en la idea de la supremacía constitucional.

Vemos, pues, que los creadores de los dos modelos clásicos de jurisdicción constitucional, uno en 1803, otro en el período 1920-1928, no tenían clara idea de lo que hacían desde un punto de vista de su ubicación y de su naturaleza conceptual. Y lo mismo puede decirse de los demás modelos e hibridaciones que surgieron a partir ellos, ya muy avanzado el siglo XX. Y esto puede explicar porqué el tema sigue siendo materia de discusión y de razonamientos muy variados y no necesariamente coincidentes.

Para afrontar algo mejor la situación, conviene quizá remontarnos a ciertos conceptos básicos, que nos son comunes a quienes vivimos en sistemas jurídicos de carácter o impronta romanista (el problema del "common law" es algo que dejamos para otra ocasión). Y es lo siguiente: el Derecho Romano nace lentamente antes de nuestra era y se consolida y unifica recién en los primeros siglos del cristianismo con una culminación, por así decirlo, en el "Corpus Juris Civile" (529 d.C) divulgado o estudiado en el Digesto y en las varias Institutas que se conocen. En la práctica, el Derecho Romano se sistematiza en el siglo VI, y luego tendrá una larga difusión y será objeto de minucioso estudio y análisis en la Edad Media y así llega a los Estados modernos (del siglo XVII en adelante).

El Derecho Romano como tal fue una unidad...es cierto que se distinguía a su interior el Derecho público del Derecho privado, que aun cuando cuestionado en nuestros días, sigue prestando utilidad. Pero, en rigor, todo era Derecho dentro del gran "corpus juris". En cierto sentido, tan solo el Derecho Mercantil- con diversas leyes como las de Amalfi - y el Derecho Internacional - a partir de Suárez - tienen una vida y desarrollo independientes, si bien toman mucho del Derecho Romano clásico. Pero en términos generales el Derecho Romano - y los derechos nacionales que le siguieron - eran una unidad, un todo inescindible. Y así lo fue por mucho tiempo.

Las cosas cambiaron notablemente en el siglo XIX, con la aparición de la codificación moderna - antes la hubo, pero con otros alcances - y más en concreto con los códigos napoleónicos, de los cuales el

más importante fue el Código Civil de 1804, de tan larga influencia en Europa y en la América Latina. Precisamente este Código originó una inmensa literatura en grandes y numerosos volúmenes y creó una importante escuela: la de la Exégesis, que prácticamente copó todos los medios académicos europeos - y latinoamericanos - durante el siglo XIX. Este Código creó en rigor el Derecho Civil como rama autónoma dentro del Derecho general. Y luego el Derecho Penal, como otra rama que partió del Código Penal de 1810: el primero dentro del Derecho privado, el segundo dentro del Derecho público. Fueron los primeros en aparecer como tales - con ciertos antecedentes, por cierto - y siguen siendo los más representativos, si bien hoy la proliferación de ramas jurídicas ha ido en aumento constante, lo cual a veces hace olvidar que a la larga el Derecho es uno solo, si bien con multitud de matices.

Ahora bien, el Derecho Romano consideraba dos tipos de normas - entre otras más que aquí no detallamos- unas que establecían una facultad, una prerrogativa o una atribución (por ejemplo, como propietario de un bien inmueble) y otra la manera cómo defenderlo frente a terceros (o sea, si existe alguna invasión a mi bien o es afectado por medidas adoptadas por terceros) y en este caso empleo ciertos medios o acciones destinados a defender mi propiedad. No obstante, gran parte del siglo XIX consideró que el Derecho seguía siendo sólido y sin más divisiones que las que existían. Así, gráficamente se decía que el Derecho era una persona en descanso, sentada, que representaba lo que hoy llamamos derecho sustantivo. Y cuando defendía su propiedad, era la misma persona la que se ponía en pie y actuaba.

Tan solo a mediados del siglo XIX y más en concreto en 1868, es que Oscar Bülow en su famosa obra "La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales" proclama la autonomía de la "acción", si bien antecedido por la polémica Windscheid - Muther. O sea, el hombre que se paraba no era el mismo que el hombre que actuaba. Y distinguió un derecho sustantivo, que era el hombre sentado, de un derecho adjetivo, que era el hombre en acción. Y es a partir de ahí que se inicia esa diferencia entre "tener algo" y "defender ese algo". Lo que se confirma a fines del siglo XIX (sobre todo en Adolf Wach) y principios del siglo XX en Italia (Chiovenda y sus discípulos).

Por cierto, la independización de la Acción como algo propio, se aceptó muy lentamente. Por un lado, había el problema de derechos que no tenían acción, o sea, forma de defenderse – si bien esto fue fácilmente superado en el tiempo – y por otro, había acciones que no tenían nada que defender, es decir, acciones vacías que no prosperaban porque no tenían ninguna pretensión válida (diríamos hoy en términos modernos).

Sin embargo, esta diferenciación fue aceptada muy lentamente. Todavía a fines del siglo XIX y principios del XX, existían códigos y manuales que incluían dentro del Derecho Civil, a las acciones judiciales destinadas a defender esos derechos. Esa tendencia a considerar las acciones conjuntamente con los derechos - en el ámbito civil y penal sobre todo – ya no existe más. Se ha impuesto lentamente la idea de la existencia de un derecho aparte, con su propia dogmática y sus propios principios que la rigen, que es el Derecho Procesal, que con el tiempo pasa de ser “adjetivo” a ser “instrumental”. Por cierto, el hecho de que tenga su respectiva independencia, no significa que deje de ser parte del Derecho como conjunto normativo. Lo que sucede es que se ha abierto una nueva área dentro del gran todo, que se mueve con sus propias reglas.

Y todo eso dio nacimiento no solo a la independización de varias áreas dentro del mundo del Derecho, sino al tratamiento científico del Derecho como tal, que se inicia con Savigny y con Ihering y que culmina Kelsen, a principios del siglo XX. Es decir, nuestro Derecho de bases romanistas, tiene su partida de nacimiento hace más de dos mil años. Pero el Derecho como ciencia solo nace en rigor en el siglo XIX, al compás de la codificación y su expansión y crecimiento.

Todos los autores están acordes en que aun existiendo el Derecho Procesal como disciplina autónoma, hay que tener presente que:

- a) Es parte o rama del mundo jurídico,
- b) Necesita y se complementa en forma irremediable con el Derecho sustantivo.

En efecto, si tengo una propiedad (derecho sustantivo) y no tengo como poder defenderla (derecho procesal) es obvio que estamos ante una inconsecuencia y una debilidad del sistema. O ante un derecho inútil.

Nadie, pues, ha negado que las disciplinas procesales requieren del derecho sustantivo. Y éste no funciona, no opera y no sirve sin

aquéllas. Hay pues un reclamo mutuo, pues ambas se necesitan. Pero unión no es confusión. Aun así, pueden mantener su autonomía y de hecho la tienen, como se ve en el caso del proceso civil y el proceso penal, que son los procesos clásicos por excelencia. Y se confirma viendo la doctrina y los correspondientes códigos de cada cual. Dice acertadamente Carnelutti: “el proceso es un método para la actuación del derecho: sirve al derecho (y a su vez) el proceso es servido por el derecho, por lo cual la relación entre derecho y proceso es doble y recíproca”.

Un problema aparte, que aquí no desarrollamos, es el problema de la constitución y contenido del Derecho Procesal. Es decir, el Derecho Procesal se desdobra en varias ramas, como hemos dicho, pero existió y en parte existe la tendencia a considerarlas, a veces, como autónomas. Pero lo que se acepta cada vez más, es que el Derecho Procesal es uno solo, es autónomo y tiene varias ramas que de él se desprenden. Existe, pues, una Teoría General del Proceso (o una teoría general del Derecho Procesal), que sirve para explicar todo ello y del cual se desprenden varias ramas o parcelas con sus propias peculiaridades (tesis de la unidad del proceso).

Ahora bien, en cuanto al tema que nos ocupa, cabe anotar que el concepto “derecho procesal constitucional” aparece por vez primera en 1944, en una publicación de carácter compilativo que hace Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, entonces en duro exilio en Buenos Aires (si bien, como ahora se sabe, lo usó en un programa de curso en 1933 y en ensayos posteriores, pero en forma imprecisa y sin mayor conciencia de su alcance). Y lo desarrolló más explícitamente en una reseña bibliográfica que publicó en 1945 en la “Revista de Derecho Procesal” que dirigía Hugo Alsina en esa ciudad. Y la confirmó en 1947, en un importante volumen que publicó en México, a donde se trasladó y en donde vivió más de treinta años. El concepto, pues, quedó así fijado y de ahí se trasladó a otros lugares. Pero su primer desarrollo teórico y sistemático lo hace uno de sus discípulos en 1955 (Héctor Fix - Zamudio) en la tesis de licenciatura que presenta ese año en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y que defendió en enero de 1956, con la correspondiente aprobación. Es decir, si queremos centrar el periodo fundacional de la disciplina de manera compacta podríamos decir que es el periodo 1944 - 1947,

o si se quiere verlo de manera más comprensiva: 1944 - 1955. Después de esta fecha vino mucha literatura y muchos matices, que aquí no podemos desarrollar.

Alcalá-Zamora y Castillo encontró y detectó varias cosas: que existían procesos constitucionales, pero que estaban subsumidos en los procesos civiles y penales, lo cual era inadecuado pues los valores a defender eran distintos; que por tanto había que separarlos y ubicarlos en un lugar que tratase los procesos constitucionales en exclusiva, que tenía que ser una disciplina nueva a la que había que dar una denominación específica, que no podía ser otra que el “derecho procesal constitucional”, como rama del Derecho Procesal. Y ésta fue la concepción del fundador de la disciplina, y varios más lo siguieron en este planteo (que comparte Fix-Zamudio, pero quien luego ha tenido una evolución peculiar que toca otros temas y otras perspectivas).

Evidentemente, si tenemos algo que defender – principios y valores constitucionales – y lo hacemos siguiendo un “iter”, un camino con sus propias estaciones, que al final termina en una decisión que obliga a las partes y eventualmente a terceros con órdenes claras (de persona o ente que tiene jurisdicción) estamos ante un proceso, que lógicamente pertenece al Derecho Procesal, pero que tiene matices propios. Así fue de claro Alcalá-Zamora y Castillo, si bien por razones difíciles de entender, se desentendió del tema muy pronto y solo volvió a él esporádicamente.

Esta, pues, es la primera tesis que entra en circulación.

La otra tesis que entra en la liza, es la del constitucionalista alemán Peter Häberle que sostiene que el “derecho procesal constitucional” es parte del Derecho Constitucional (sobre todo a partir de 1973) y que continúa y amplía en ensayos posteriores. Su basamento es el siguiente:

- a) Los preceptos constitucionales se concretizan, se hacen realidad, a través del proceso constitucional. Es decir, el “derecho procesal constitucional” no es más que “derecho constitucional concretizado”. Häberle sostiene que para esta tesis le ha servido de referencia aquella que sostiene que el derecho procesal penal no es más que derecho constitucional concretizado.
- b) Porque el Derecho Procesal Constitucional es la continuación de lo constitucional, y es lo que hace el Tribunal Constitucional

cada vez que resuelve con autonomía los problemas que se le presentan. Y que le permiten no seguir necesariamente lo que señala el resto del ordenamiento procesal.

La tesis de Häberle ha sido luego desarrollada por juristas italianos, como lo veremos más adelante, pero en realidad olvida muchas cosas. Como son:

- i) Que todos los procesos son siempre concretizaciones de un derecho sustantivo.....así, y con ese criterio podemos concluir que el Derecho Procesal Civil es parte del Derecho Civil y el Derecho Procesal Penal es parte del Derecho Penal, tesis que por cierto hoy nadie defiende.
- ii) Que el Derecho es una unidad, pero que permite a su interior divisiones o ramas, como son por ejemplo en el lado sustantivo, la creación del Derecho Laboral, que se desgajó del Derecho Civil, o el Derecho Procesal Administrativo que se independizó del Derecho Procesal Civil. Aun ahora, existen algunas legislaciones civiles que tratan el Amparo y algunos códigos penales que legislan el Habeas Corpus, olvidándose que son típicos procesos constitucionales.
- iii) Que todas las ramas del Derecho pueden separarse y eso no afecta al conjunto.
- iv) Que toda rama procesal, cualquiera de ellas, depende siempre de un derecho sustantivo, y es la única que puede hacerlas efectivas, o sea, que se conviertan en realidad, sobre todo frente a agresiones del exterior.
- v) Que hace más de cien años, con la independización de la “acción” y la concreción de una “teoría de la acción”, existe una disciplina procesal con autonomía, si bien su destino es servir de complemento al derecho sustantivo. Y vice-versa, sin Derecho Procesal, los derechos sustantivos no sirven de nada.

Por otro lado, no deja de ser llamativo que Häberle defienda su tesis con base a jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, y destaque sus giros en esos procesos, que curiosamente los adjudica al mundo constitucional.

Luego de la concepción “procesal” y explicada con más detalle la concepción “constitucional” del Derecho Procesal Constitucional,

veamos la que, al parecer, tiene bastante acogida en nuestro medio latinoamericano. Es la tesis mixta que en 1981 formula por vez primera Néstor P. Sagüés, basándose en el argumento de la dependencia de ambas. Es decir,

- a) El Derecho Procesal Constitucional no puede desligarse del Derecho Constitucional, en donde encuentra su sustento.
- b) El Derecho Procesal Constitucional vive y se alimenta de ambas, o sea del Derecho Procesal y del Derecho Constitucional.
- c) El Derecho Procesal Constitucional defiende la Constitución directamente y está entremezclada con ella.
- d) Las instituciones, los conceptos y los principios del Derecho Procesal Constitucional vienen del Derecho Procesal, unos, y del Derecho Constitucional, otros. Es decir, tienen dos vertientes independientes una de la otra, que se complementan pero sin perder su independencia. Es decir, no hay integración, sino complementación y apoyo.
- e) No pudiendo ser enteramente ni la una ni la otra, y teniendo de ambas, debe ser mixta sin que esta hibridación la desfigure ni le afecte. Más aun cuando su contenido - órganos y procesos - si bien separados teóricamente, actúan conjuntamente y en estrecha colaboración.

En fecha más reciente, Pablo L. Manili ha intentado una fundamentación adicional precisando que la "acción" no puede desligarse del "derecho tutelado", o sea, el "proceso de amparo", en cuanto defensor de un "derecho" como la propiedad, no puede separarse de esta última, que precisamente se encuentra en la Constitución. Acción y Derecho son, pues, inescindibles y por eso la disciplina es mixta: la tesis "procesalista" significaría una ruptura que no es posible. Por tanto: "sostener que el Derecho Procesal Constitucional es meramente procesal significa negar esa interacción" (sic).

Hubo una época en la cual se hablaba de disciplinas mixtas, pero en relación con su ubicación en el Derecho Público o en el Derecho Privado. Así, aquellas nuevas disciplinas que no entraban en el esquema dicotómico de público-privado, las alojaban en un "tertium quid" que era el derecho mixto. Pero esta tendencia, que surgió allá por los años treinta del siglo pasado, prácticamente ha desaparecido de los manuales y textos de teoría o ciencia del Derecho, pues se piensa que con todas sus imperfecciones, la teoría romana sigue pres-

tando sus servicios. Y sin olvidar que ella es un producto histórico y tiene un uso y un sentido convencional.

Por otro lado, la descripción de la “mixtura” puede también aplicarse al Derecho Procesal Civil, como es fácilmente comprobable. Y defender la no independencia de la “acción” es olvidarse de más de un siglo de legislación y doctrina que sostienen lo contrario y que han hecho posible el Derecho Procesal Civil, entre otros.

Con esta tesis de la mixtura se resucita al parecer una postura decimonónica, y que además se basa en argumentos no muy consistentes. De hecho, no ha tenido mayor desarrollo, si la comparamos, por ejemplo, con la tesis unitaria que defiende Häberle y que ha acogido ampliamente la doctrina italiana.

Ahora bien, el Derecho Procesal Constitucional tiene una parte genérica y otra específica. Me pregunto ¿dónde está lo constitucional? Algunos dirán: en el derecho que defiende. Pero eso que es constitucional, pertenece a la Constitución y al Derecho Constitucional, y no existe ni en las leyes ni en los manuales de Derecho Procesal Constitucional que conocemos.

La mixtura tiende a ser una postura cómoda para una disciplina nueva y nos ayuda a pisar mejor el terreno. Pero teóricamente no se sostiene. Demuestra desconocimiento de lo que es la teoría procesal e incomprensión de lo que es un proceso, y en especial un proceso constitucional. A favor de esta tesis puede darse un argumento profesional: quien intente iniciar un proceso constitucional, no puede ignorar los fundamentos constitucionales de su pretensión, y en tal sentido se da una mixtura en la defensa o en el patrocinio a un cliente. Pero lo mismo puede decirse de las demás ramas: el que tiene un problema civil (propiedad, sucesiones, etc.) no puede avanzar con éxito si no conoce la doctrina civil así como el proceso civil. E igual podríamos decir del proceso penal: no se le puede llevar a cabo si desconocemos el Derecho Penal. Por tanto, si este planteo lo llevamos al extremo, tendríamos la conclusión- inevitable por cierto - de que todos los derechos procesales son mixtos, lo que no deja ser un absurdo. El Derecho es uno solo, y todas sus ramas se ayudan y benefician mutuamente. Pero en virtud de lo que se persigue, es que en el siglo XIX se inició esta separación en ramas o disciplinas jurídicas, que continúa hasta el presente. Y que no podemos desconocer.

Existen otras posturas de orden menor, aisladas y sin mayor predicamento, que son por así decirlo peculiares. Así, algún sector de la doctrina brasileña señala que el Derecho Procesal Constitucional no es otra cosa que la parte “constitucional” que existe en toda doctrina procesal. Con lo cual nuestra disciplina sería solo un conjunto de principios orientadores del proceso y nada más que eso. Y los temas constitucionales serían defendidos por las clásicas disciplinas procesales: civil y penal.

Lo anterior no deja de ser interesante, pero deja de lado un problema importante: lo que desde la década de los sesenta del siglo pasado, Favoreu denominó como “constitucionalización del derecho”, fenómeno típico sobre todo de mediados del siglo XX, y diría yo que se inicia en el periodo de la primera posguerra.

Como todos sabemos, la primera Constitución del mundo se dio en los Estados Unidos en 1787 y fue un texto relativamente breve. Luego la siguieron otras iguales o más extensas, pues se limitaban a regular solo dos aspectos: los poderes del Estado y el estatus de los ciudadanos. Pero esto cambió a partir de 1918 en que advino el constitucionalismo social – hoy sin embargo sujeto a revisión – y entonces los textos se alargaron de forma cada vez más creciente. La vigente Constitución de la India de 1949 inaugura la serie de textos extensos, y es hoy en día la más larga del mundo. Y luego otras siguieron su ejemplo (la Constitución de Yugoslavia de 1963, etc.). Con anterioridad, la vigente Constitución de México de 1917 (con una serie indefinida de reformas que oscila entre 200 y 600, dependiendo del enfoque con que se les mire) es la más extensa que existe, después de la de la India. Entre los textos recientes latinoamericanos resalta el brasileño de 1988, el venezolano de 2001, ambos bordeando los 400 artículos, y el ecuatoriano de 2008, de más de 500 artículos. Y sin considerar divisiones internas y disposiciones finales (que son tan constitucionales como las que van al interior) así como el preámbulo (cuando lo hay).

Ahora bien, la amplitud de las constituciones, o mejor dicho su excesiva extensión (si nos atenemos al número de palabras que contienen los textos) obedece a un fenómeno de crecimiento del Derecho, de aumento de las expectativas, de desconfianza del legislador y del deseo de que todo esté reflejado en la Constitución, sino en su totalidad, por lo menos en sus aspectos fundamentales. Y así hoy en día las constituciones no se limitan a un largo catálogo de derechos – que

viene de atrás – sino a aspectos financieros, mercantiles, de comercio interior y exterior, turismo, aspectos internacionales, principios de orden penal, principios del mundo procesal, organización interna de los poderes del Estado, etc. De manera tal que en la Constitución, hoy más que nunca, es cierto lo que Pellegrino Rossi señaló en sus conferencias parisinas (década de 1840), o sea, que ella encierra los títulos de todos los capítulos que conforman el ordenamiento jurídico. El mundo jurídico, como señala Favoreu, termina “impregnado” de las ideas o principios constitucionales. Y esto en niveles que varían de texto a texto, en especial desde la década de 1960.

Por lo tanto, es inevitable, por esa característica que tiene la constitución actual, que la doctrina procesal encuentre sus fundamentos e incluso sus desarrollos básicos en el orden constitucional, al igual que lo tiene el mundo penal o financiero. Es decir, existe una fundamentación constitucional del proceso, que da origen a que el proceso hoy en día tenga, de manera inequívoca, una base o fundamento constitucional (lo cual fue visto pioneramente por Couture) y actualmente es criterio bastante extendido entre los procesalistas (así, Luiz Guilherme Marinoni).

El Derecho Procesal tiene hoy un necesario fundamento constitucional del que antes carecía y eso obliga al procesalista a conocer ese mundo constitucional que antes ignoraba. Y ello ha llevado a algunos (como es el caso de Fix-Zamudio) a pensar que existe una disciplina que denomina “derecho constitucional procesal”, que sería una rama del Derecho Constitucional que estudia lo que de procesal existe en las constituciones. Este planteo bien podría dar nacimiento a una disciplina con autonomía “didáctica”, o sea, con fines de enseñanza, pero no a una autonomía “científica” que no se sostiene. Y aun didácticamente tampoco le veo mayor utilidad. Es decir, perfectamente puede un procesalista estudiar los fundamentos constitucionales de su disciplina, sin que por ello su enfoque deje de ser procesal. Y por otro lado, el constitucionalista no puede dejar de estudiar la parte procesal que figura en la Constitución, sin que por ello deje de ser constitucionalista (así José Afonso da Silva en relación con la carta brasileña de 1988).

Por tanto, la separación del Derecho en varias ramas debe obedecer a dos criterios: uno es la perspectiva con que se le aborda y otro es el objeto de estudio, ambos debidamente combinados y llegado

el caso matizados. Pero la existencia de una disciplina “mixta” no pasa de ser una solución ingeniosa, como para salir del paso y quizá de utilidad transitoria, ya que tarde o temprano debe buscar su sitio dentro del resto del ordenamiento y su sistemática. En lo personal, si considero al Derecho como sistema, no sé en donde puedo alojar a una disciplina “mixta” que curiosamente tiene en su denominación la palabra “proceso”.

¿Cuáles son las críticas que se han hecho al enfoque “procesal” del Derecho Procesal Constitucional? Han sido varias y de diverso calado, como veremos más adelante. Pero lo más lamentable es que la postura “mixta” y la “constitucional” tienen en común ignorar el mundo procesal y carecer de una óptica epistemológica que les permita ver bien el ordenamiento y su sistemática y quizá, no tener interés en hacerlo. Por otro lado, los procesalistas se han desentendido del problema y para efectos prácticos no les interesa y probablemente ni lo entienden. De tal manera que ambos mundos, el constitucional y el procesal, que son necesarios para el manejo de la nueva disciplina, se ignoran mutuamente sin plantearse seriamente el problema al cual podrían aportar mucho.

Pero al margen de estas digresiones de orden teórico hay que ver una realidad que es innegable: y es que la problemática procesal constitucional (sea como fuere que la denominen según la tradición europea o latinoamericana) ha sido tomada, casi en su totalidad, por los constitucionalistas, que son los que más se preocupan y más publican sobre el control constitucional, los órganos constitucionales encargados de ello (sea el control concentrado o difuso, en sus diversas variantes y modalidades), los procesos que se tramitan y las demás atribuciones que diversas legislaciones les han adosado. Y en tal sentido, vista esta realidad de carácter empírico, me atrevo a pensar que sería altamente recomendable que los cultores de esta disciplina, constitucionalistas en su mayoría, pongan interés en estudiar, en serio y sin anteojeras, que es y qué significa la doctrina del Derecho Procesal. De esta manera sabrán realmente lo que esto significa y podrán adherirse a esta postura, o en su caso rechazarla. Pero en esta última tesitura, lo harán con una mayor fundamentación y solidez de lo que he visto hasta ahora.

Un caso interesante que conviene analizar es la experiencia italiana, que se ha desarrollado grandemente y además ha tenido aportaciones originales. El problema se lo planteó la doctrina procesal en fecha tan temprana como 1950 (30 de septiembre - 3 de octubre) a raíz del Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en Florencia, a donde concurren figuras muy destacadas del mundo procesal de entonces y lo mejor que tenía Italia en la vitrina (Carnelutti, Redenti, Calamandrei, etc.). Pero pasado el tiempo, y dejando a salvo las incursiones de Calamandrei y su discípulo Mauro Cappelletti, todo volvió a lo que era antes.

Italia, como sabemos, carecía de un control constitucional, que lo incorporaron por vez primera en su Constitución de 1947 a través de su Corte Constitucional, que solo empezó a funcionar en 1956 y con competencias tasadas. Aun más, el control era privativo de la Corte Constitucional y por tanto los manuales de Derecho Constitucional empezaron a incluir, dentro de su tratamiento, a la Corte como órgano constitucional.

Y así fue hasta mediados de los años sesenta del siglo pasado, en donde dando un paso adelante, algunos de los más importantes manuales usaron el membrete de "jurisdicción constitucional" (Mortati, Biscaretti di Ruffia, Spagna Musso, Virga, Themistocle Martínez, Lavagna, Crisafulli) sin mayores precisiones. Pero es en esta década que empieza a imponerse el concepto de "justicia constitucional" para referirse a todo lo que hace o dispone la Corte Constitucional y así figura en diversos manuales (Paladin, Pegoraro, Barbera y Fusaro, Bin y Pitruzzella, entre otros). Es decir, así como hay una justicia civil o una justicia penal, también debe haber una justicia constitucional, usando un término bastante arcaico. Y así ha sido desde entonces, con la diferencia que la "justicia constitucional" se ha ido ampliando y han aparecido cursos dedicados únicamente a la justicia constitucional (incluso doctorados) y manuales con el mismo fin. Entre estos últimos, el de más envergadura es el publicado por Zagrebelsky (primera edición, muy pequeña, en 1977 y segunda y última edición en 1988, prácticamente rehecha y muy ampliada). Zagrebelsky, quien más tarde sería magistrado y presidente de la Corte Constitucional, tuvo una única intervención en unas jornadas en 1989 en la cual se planteó el problema del "derecho procesal constitucional", de manera aguda y en cierto sentido intuitiva, pero luego se desentendió del tema. Le han atraído más los problemas teóricos del Derecho y de la

democracia y anda por esos derroteros. Y su manual, o mejor dicho, su pequeño tratado, sigue siendo una obra de muy altos quilates, pero envejecida por el paso del tiempo.

A fin de subsanar este vacío, hay otros que se han lanzado a la tarea de cubrirlo y existen varios manuales, de diversa magnitud y proporciones, sobre la “justicia constitucional” y sus temas (Augusto Cerri, Federico Sorrentino, Stefano M. Cicconetti, Alfonso Celotto, Luca Mezzetti - de especial interés por su amplitud de miras - Roberto Romboli - gran propulsor, analista y difusor de los “procesos constitucionales” a través de una publicación trienal - Alessandro Pizzorusso, Lucio Pegoraro, etc.

Sin embargo, el gran manual de justicia constitucional que circula con profusión en Italia en los últimos años es el conjunto preparado por Antonio Ruggeri y Antonino Spadaro (“Lineamenti di giustizia costituzionale”, 4ta edición, Torino 2009) que prácticamente ha pauteado el ritmo de estudio de la disciplina en dicho país. Pues bien, si revisamos con calma el índice de su manual, vemos que desarrolla temas como los siguientes: composición y funcionamiento de la Corte Constitucional, antecedentes, tipo de resoluciones, tipos de procesos o juicios, etc. Es decir, todo está centrado en un órgano jurisdiccional que se encarga básicamente de procesos de carácter constitucional (salvo la facultad de la Corte Constitucional de enjuiciar al presidente de la República por determinados delitos, que hasta ahora no ha hecho y que en realidad lo debe hacer usando el Código Penal y Procesal Penal, por razones obvias).

Es decir, en el manual de Ruggeri y Spadaro, así como en todos los demás, se trata básicamente de la estructura de una corte constitucional (que es jurisdiccional) y de todo lo que ella hace y puede hacer (que son procesos, de distinta composición y estructura) así como la variedad de sus pronunciamientos. Entonces valdría la pena preguntarse: ¿Por qué llamar “justicia constitucional” al estudio de un órgano jurisdiccional y de los procesos que resuelve? En el fondo, tales manuales desarrollan y exponen el “derecho procesal constitucional” tal como se da en Italia. Y nada más que eso.

Ahora bien: ¿Qué postura se ha adoptado en Italia sobre el concepto de “derecho procesal constitucional”?

Podríamos señalar algunas, que son las principales:

- a) La primera postura, que corresponde a un buen número de publicistas, es la abstención. El tema no les interesa o lo desconocen. Saben que existe la Constitución y unas cuantas normas sobre el funcionamiento de la Corte Constitucional y eso les basta. Esto se ve claramente en el jurista práctico o abogado en ejercicio.
- b) Otros como Ruggeri y Spadaro - pero sobre todo el primero - sostienen la tesis háberliana: o sea, la "justicia constitucional" (así la llaman en Italia) es parte del Derecho Constitucional, una de sus ramas, al igual que el Derecho Parlamentario. Aun más, en última instancia "justicia constitucional" y "derecho procesal constitucional" son nombres equivalentes, pero más vale usar el primero.
- c) La postura singular de Pizzorrusso, que tras algunas vacilaciones, ha optado por el de "justicia constitucional" que lo considera fungible con el de "derecho procesal constitucional", o sea, como algo que por su parecido o similitud lo puede reemplazar, enunciado que no ha desarrollado.
- d) Un planteo importante es el de Lucio Pegoraro, quien sostiene que el concepto de "derecho procesal constitucional" es muy estrecho, pues se limita a los procesos constitucionales (privilegio del procedimiento y de la forma) y por tanto mejor es usar el de "justicia constitucional" que es más amplio y comprensivo y abarca otros temas. Por cierto, decir que el "derecho procesal constitucional" solo se preocupa de los procesos, es lo mismo que decir que el "derecho procesal civil" solo se ocupa de los procesos civiles, lo cual es de una absoluta inexactitud. Y un desconocimiento de lo que es la doctrina procesal y de sus relaciones con el derecho sustantivo.

Quizá convenga decir algo sobre lo que es el Derecho Procesal como disciplina, tal como lo entiende hoy la Teoría del Derecho y la doctrina procesal más acreditada. Y es que el Derecho Procesal tiene, si se quiere, dos grandes partes: la primera de carácter teórico, de fundamentos, y que normalmente incluye una referencia histórica; la segunda es el eje alrededor del cual se mueve la disciplina, y que son tres conceptos, discutidos es cierto, pero válidos, como son la acción, la jurisdicción y el proceso, que dan origen a múltiples desarrollos. Todo esto es parte del Derecho Procesal, que a su vez puede desdoblarse en varias ramas según el objeto a tratar; si es civil, pues saldrá de ahí el Derecho Procesal Civil y así sucesivamente. Y en cada una

de estas ramas puede distinguirse a su vez una parte aplicada: por ejemplo, si el Derecho Procesal Civil se aplica a la Argentina, tendremos el “derecho procesal civil argentino”, que tratará lo que sucede en ese nivel en el respectivo país. Así las cosas, es fácil advertir que estos elementos hay que tenerlos presentes a fin de poder afinar bien nuestra postura de cara a lo que debe ser o donde debe estar ubicado el Derecho Procesal Constitucional. Y que lamentablemente muchos parecen desconocer.

La postura italiana es decididamente rica, muy matizada y digna de estudio. Por otro lado, igual criterio se sigue en Francia y en España, en donde no se ha dado –hasta donde sabemos – ninguna de estas interesantes disquisiciones que hemos visto en Italia, y de las que esperamos nuevos planteos en el futuro.

Resumiendo lo anterior podríamos decir que tenemos dos situaciones: por un lado la diferencia entre la América Latina que prefiere el término “derecho procesal constitucional”. Y por otro el de Europa, que en términos generales opta por el de “justicia constitucional”, como es el caso de los países mencionados anteriormente. Y al parecer, no habrá entre ellos ningún acercamiento, ya que nadie se atreve a dar el primer paso y menos aun a plantearse teóricamente el problema en cuanto tal ni tampoco en estudiarlo. Y en cuanto a la naturaleza del primero, existen básicamente las posturas reseñadas, de las que prefiero la “procesal”, a la que me adhiero.

En lo que a nosotros se refiere, o sea, en la problemática y ámbito latinoamericanos, el tema ha sido tratado en forma específica y por vez primera, en el VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (marzo de 2011) en donde más que un debate, que realmente no se dio, hubo varias exposiciones de las diversas posturas, a las que aquí he hecho referencia. Pero lo importante es haber dejado sembrada la inquietud y que despierte el interés de los colegas y de las nuevas generaciones¹.

1 A fin de evitar una bibliografía detallada de los temas que aquí se abordan, me permito remitir a dos libros míos donde el lector interesado encontrará mayores elementos de juicio y abundante bibliografía: *El derecho procesal constitucional en perspectiva* (2009) y el colectivo *En torno al Derecho Procesal Constitucional. Un debate abierto y no concluido* (2011), ambos editados en México por la Editorial Porrúa.

CAPÍTULO XII

LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Los primeros pasos en el siglo XIX. 3. Antecedentes del modelo concentrado. 4. Los primeros tribunales constitucionales. 5. Acercamientos. 6. Jurisdicción internacional. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. ANTECEDENTES

Como es de sobra conocido, los tribunales constitucionales son una creación europea, debido al espíritu innovador de Hans Kelsen, que se concretó en el período de entreguerras en Austria (1919) Checoslovaquia (1920) y España (1931).

Con posterioridad a 1945, la idea se extendió por el resto de Europa, con la reinstalación del Tribunal Constitucional austriaco (1945) y la formación de tribunales en Italia (1948) Alemania (1949), a los que siguieron otros más.

Se sabe que esta influencia ha trascendido el medio europeo, y existen tribunales constitucionales en países fuera de su órbita y últimamente, en países que volvieron a la democracia tras la caída de los regímenes comunistas del Este (Hungría en 1989, Bulgaria en 1991, República Checa en 1992, Estonia en 1992, etc.).

Pero poco se sabe sobre los tribunales constitucionales en América Latina, que son recientes y todavía no muy numerosos. Han tenido dificultad en ser aceptados por la opinión pública de estos países, lo que se ha logrado paulatinamente y tendrá cada vez mayor predicamento. Veamos algunos aspectos que nos servirán para entender mejor esta realidad.

2. LOS PRIMEROS PASOS EN EL SIGLO XIX

Los países independientes que hoy se conocen genéricamente como América Latina, fueron colonias de dos grandes imperios: el español y el portugués, si bien con características y modalidades dis-

tintas. Esto se inició en el siglo XV con el descubrimiento de América por parte de Cristóbal Colón en 1492, que hoy los estudiosos prefieren recordar como “encuentro de dos mundos” (ya que no tendría sentido preguntar quién descubrió a quién). Pero con motivo de la invasión napoleónica a la península ibérica en 1808, se sucedieron una serie de hechos políticos que repercutieron en las colonias hispanoamericanas, lo cual precipitó la independencia política de todos ellos, lo que se dio entre 1810 y 1824, quedando solo dependientes de la Corona española las islas de Cuba y Puerto Rico. Y así fue hasta 1898.

Pues bien, las dos grandes influencias que tuvieron los jóvenes países independizados en Hispanoamérica, fueron la francesa y la norteamericana.

La francesa influenció mucho en el aspecto político, y sobre todo, en la parte de los Derechos del Hombre, así como en la literatura de la época, en especial, los textos de la Ilustración. Y Estados Unidos era un ejemplo muy cercano y modélico, y en cierto sentido afín a los nuevos países, pues se había liberado de la tutela de un gran imperio, como era el inglés. De este ejemplo llegó, sobre todo, la forma presidencial de gobierno, así como el modelo federal, que mucho adoptaron en el siglo XIX y que aun hoy mantienen los países más extensos y poblados (como son México, Venezuela, Brasil y Argentina).

Desde el punto de vista de la literatura jurídica y política, fueron muy influyentes *The federalist papers*, y sobre todo *De la démocratie en Amérique*, del célebre Tocqueville, no solo porque se leyeron en sus versiones originales, sino por cuanto de ellas se hicieron traducciones al castellano en fechas muy tempranas (alrededor de 1840).

Esto sirvió y fue el factor determinante para que el típico modelo de control de constitucionalidad de las leyes, surgido del célebre caso *Marbury v. Madison* de 1803, se hiciese conocido y tuviese gran influencia. Fue así como los grandes lineamientos del llamado modelo americano o *judicial review* fue incorporado, es cierto que con matices, en la América Latina desde mediados del siglo XIX. El primer país que lo hizo fue México en 1841 y luego lo siguieron otros, en especial la Argentina en 1863, lo que se generalizó a fines del siglo XIX y principios del siglo XX.

A mediados del siglo XX, prácticamente todos los países de la América Latina habían incorporado el modelo americano de control de constitucionalidad en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

3. ANTECEDENTES DEL MODELO CONCENTRADO

El modelo europeo de control constitucional, conocido como “control concentrado” o “control abstracto”, reposa en la armazón teórica de Hans Kelsen, arquitecto del Tribunal Constitucional de Austria, concebido en 1919 y consagrado constitucionalmente en 1920, y que tuvo influencia en el período de entreguerras, lo que se reflejó en los tribunales que posteriormente se crearon en Checoslovaquia (1920) y España (1931), como ya se dijo.

Por tanto, la influencia europea se hace sentir recién a partir de la década del treinta del siglo pasado, pero ello no impidió que algunos países latinoamericanos tuviesen desarrollos originales que se acercaban al modelo europeo, aun cuando lo hicieron en forma independiente y con anterioridad.

Entre ellos, podemos mencionar a los siguientes:

- a) el modelo colombo-venezolano, así llamado por cuanto estos dos países, Colombia y Venezuela, fueron una unidad política hasta 1830, que se llamó la “Gran Colombia” y por lo tanto tuvieron un desarrollo histórico compartido hasta esa época, y luego influencias recíprocas.

Así tenemos que Colombia desde 1850 tiene el control constitucional de normas a nivel interno, y luego se perfecciona una acción de carácter general en 1910, mediante una acción popular de inconstitucionalidad, de efectos *erga omnes*.

Por su parte, Venezuela incorpora en su ordenamiento el control difuso de las normas en 1897, y el control abstracto, de alcance general, en 1893. Con anterioridad y en forma limitada a las leyes provinciales, lo había consagrado su Constitución de 1858.

Cabe advertir que los avances de estos dos países durante el siglo XIX, fueron en continuo desarrollo y encomendaron al Poder Judicial el control de constitucionalidad, y así lo fue durante más de cien años.

- b) El modelo cubano surge en la isla de Cuba en 1901, a raíz de su primera Constitución, y se reglamenta en ley especial de 1903, que crea el “recurso de inconstitucionalidad” de carácter general. Más tarde, la Ley Constitucional de 1934, concreta la Acción Pública de Inconstitucionalidad, con efectos generales.

Posteriormente, la Constitución de 1940 que estuvo en vigencia y aplicación plena hasta 1952, siguiendo el modelo español, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, que tenía similares competencias, si bien dicho Tribunal no era autónomo, sino que era una sala integrante del Tribunal Supremo.

El desarrollo político posterior a 1952, imposibilitó su funcionamiento adecuado y en los hechos el modelo desapareció con la llegada al poder de Fidel Castro (1959).

- c) Ecuador es un caso interesante. Por influencia de la Constitución española de 1931, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1945, pero no tuvo ninguna vigencia, pues fue derogado en 1946 por una nueva Constitución.

La institución, creada en 1945, tenía funciones consultivas y no ejercía ningún control, sino que instaba al Poder Legislativo para que derogase la norma inconstitucional. Al parecer, si bien el nombre fue tomado de la experiencia española, en el fondo se trataba de una nueva versión del Consejo de Estado francés, de tanta influencia en la vida política del Ecuador, pues se le encomendaba adicionalmente resolver en lo contencioso-administrativo.

El Tribunal de Garantías Constitucionales volvió a aparecer en la Constitución de 1967, pero sin atribuciones jurisdiccionales en materia constitucional y más reducida que las fijadas en 1945. La Constitución de 1978 lo reiteró con ese nombre e idénticas facultades, y sobre todo como un ente consultivo y con decisiones no vinculantes. Más adelante, expresas reformas en 1992 lo mantuvieron como tal, pero muy disminuido, pues creó en paralelo una Sala Constitucional al interior de la Corte Suprema de Justicia, que era la que en última instancia tenía competencias en materia constitucional. En cierto sentido, al hacer coexistir el Tribunal de Garantías Constitucionales con la Sala Constitucional de la Corte Suprema, la reforma de 1992 fue un retroceso, si se la compara en perspectiva con lo que había sido creado en 1945.

De expuesto puede concluirse que la experiencia en lo que al Tribunal de Garantías Constitucionales se refiere y en el período 1945 - 1992, fue bastante limitada, pues su actuación principal consistió en ser un órgano de apoyo al Poder Legislativo, al que

prestaba colaboración y al que rendía informe anual. Esta situación cambió a partir de 1996, como lo veremos más adelante.

Como puede verse de estos ejemplos, ha habido desde fines del siglo XIX, y más en concreto desde principios del siglo XX, un desarrollo interesante en el sentido de afinar el tradicional *judicial review* y buscar fórmulas más generales que anteceden al modelo europeo concentrado, que es posterior. La experiencia europea se hace sentir a mediados de 1930 y esto se refleja en las experiencias que se ven en ese período, del cual destaca, sobre todo, el modelo cubano de 1940, ya que la experiencia ecuatoriana de 1945 fue en su momento y hasta 1996, algo vacilante e impreciso, que no concretaba nada.

4. LOS PRIMEROS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

El modelo europeo iba a fijarse y asentar su influencia tan solo en el período de la segunda posguerra, y como consecuencia de los graves sucesos por los que había atravesado el continente europeo en años anteriores. Y por tanto, configurado este modelo, era natural que su ejemplo se extendiese más fácilmente en otras áreas geográficas.

Y así, tenemos los siguientes casos:

- a) Guatemala fue el primer país que, en puridad, introduce en su ordenamiento interno un tribunal constitucional. Y lo hace en su Constitución de 1965, con el nombre de Corte de Constitucionalidad.

Sin embargo, esta Corte era peculiar. Por un lado, no era un órgano permanente sino que se reunía solo cuando había causas que resolver y cuando esto ocurría. Y sus miembros no eran titulares, sino que era una selección de magistrados de diversas instancias, que sesionaban solo cuando existían causas pendientes. Es decir, no tenía magistrados permanentes. Y además, con competencias limitadas.

Por tanto, puede decirse que Guatemala es el primer país que introduce un tribunal constitucional, con efectivas competencias jurisdiccionales, pero que no cuaja en algo definitivo y con independencia, ya que en el fondo era una emanación del Poder Judicial.

Más bien, y en vista de las fallas del modelo así concebido, la Constitución guatemalteca de 1985 en vigencia, reiteró la institución de la Corte de Constitucionalidad, pero esta vez con magistrados adscritos a ella. Y además en forma independiente, habiendo tenido desde entonces una actividad jurisprudencial destacada, y en defensa del orden constitucional.

- b) Chile creó el Tribunal Constitucional en 1971, como consecuencia de una reforma a la entonces vigente Constitución de 1925, pero con muy limitadas competencias, y en la línea del modelo francés de control preventivo. Aun así, este Tribunal tuvo una actividad intensa y agitada y cesó de existir en 1973, como consecuencia del golpe de Estado de Pinochet, que instauró una dictadura que duró largos años.

Más tarde, la Constitución de 1980 actualmente en vigor, que preparó la dictadura con buena asesoría y que con cambios sustanciales ha perdurado hasta ahora, reintrodujo la figura del Tribunal Constitucional, siempre con competencias limitadas y con un control básicamente preventivo.

El Tribunal Constitucional chileno ha tenido una actividad normal, y es entre los de su tipo, el más discreto en la América Latina.

- c) El Perú introdujo, teniendo como referencia la experiencia española, el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1979, con atribuciones de control abstracto y también en casos de afectaciones directas a los derechos fundamentales. Esto es, con competencias tasadas e independientes en su administración y funcionamiento.

Con posterioridad, la actual Constitución de 1993 le cambió de nombre y amplió sus competencias. Lo denominó Tribunal Constitucional y como su antecesor, es autónomo e independiente del Poder Judicial.

El Perú es quizá el primer modelo que se introduce en América Latina, siguiendo de cerca la pauta europea.

- d) Colombia es un caso notable por su evolución jurídico-constitucional, ya que por un lado, sentó las bases de un modelo de control desde el siglo XIX, avanzó notablemente en el siglo XX y ya a mediados de este último, lo hizo con el otorgamiento de facultades al Consejo de Estado (tomado de la tradición france-

sa) y a la Sala Constitucional de la Corte Suprema (en 1979), en evolución interesante y discutida.

Por fin, luego de un largo debate, la actual Constitución de 1991 creó la Corte Constitucional, como parte de la llamada “Rama judicial”, que comprende a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Magistratura, la Fiscalía General y demás tribunales y jueces, pero con total autonomía administrativa y funcional. Ha tenido, por lo demás, una actividad intensa, con jurisprudencia creadora, que la coloca en un lugar destacado entre sus similares en América Latina.

- e) Ecuador, como se señaló anteriormente, introdujo en 1945 la institución del Tribunal de Garantías Constitucionales, pero sobre todo con carácter consultivo y dependiente del Poder Legislativo. Esto es, no podía ejercer un verdadero control de constitucionalidad y así fue durante muchos años. Desapareció en 1946, volvió a aparecer en 1967, fue reiterado en la Constitución de 1978 y sufrió reformas en 1992. Todo este largo periodo puede considerarse como de ensayo, pues no empuce el nombre, no ejercía competencias específicas ni vinculantes, y era un órgano dependiente del Poder Legislativo. Y así lo fue hasta 1996.

En este año, y mediante expresa reforma constitucional, se cambia de nombre a la institución, se le denomina Tribunal Constitucional, se le otorgan nuevas competencias y se le da autonomía frente a los demás órganos del Estado, con decisiones vinculantes. Esta nueva configuración que parte de 1996, se reitera en la posterior Constitución de 1998. La vigente Constitución sancionada en 2008 ha creado la Corte Constitucional con amplísimas competencias culminando así un largo proceso de maduración institucional.

- f) En Bolivia y mediante reforma a su Constitución de 1967, se introdujo el Tribunal Constitucional, con expresas facultades jurisdiccionales en 1994, pero considerado como parte del Poder Judicial, si bien es cierto que funciona con autonomía plena.

Pero por esos vaivenes de la política interior, el Tribunal boliviano solo se instala en 1999, pero será reemplazado en la Constitución de 2009 con un nuevo nombre: Tribunal Constitucional Plurinacional, cuyos miembros serán elegidos por el voto popular. Esto hace, sin lugar a dudas, cuestionable su funcionamiento,

que al igual que en el caso del Ecuador, tiene sobre sí un ambiente político enrarecido y una velada intromisión del poder político cuando están presentes problemas que afectan al gobierno de turno.

- g) El más reciente es el Tribunal Constitucional incorporado en República Dominicana en su Constitución de 2010, que reemplaza a la anterior de 2002. En la actualidad en dicho país existe una doble vía de control constitucional. La primera es la vía de excepción, control difuso o cuestión prejudicial, que se implantó por vez primera en la Constitución de 1844 y que tras un largo paréntesis ha vuelto a aparecer en la actual Carta (art. 188) a cargo del Poder Judicial, quien también conoce los procesos constitucionales clásicos (Amparo, Habeas Corpus y Habeas Data). El control concentrado apareció primero como atribución de la Corte Suprema (1924-1927), reapareció en 1994 y luego finalmente con el nuevo Tribunal Constitucional en 2010. Este Tribunal tiene muchas atribuciones, tales como la acción de control directo, control preventivo de los tratados, conflictos de competencia, los estados de excepción y demás que señale la ley. Tiene un total de 13 miembros y duran en el cargo 9 años, sin posibilidad de reelección, si bien se renuevan por tercios.

5. ACERCAMIENTOS

Al margen de lo expresado, hay que recordar que los demás países que tienen control constitucional, lo hacen a través del Poder Judicial, y en esto existen algunas modalidades de interés, que conviene resaltar.

El primero es México, que en virtud de sus reformas constitucionales de 1987 y 1994, ha convertido a la Corte Suprema de la Nación en un tribunal que solo resuelve asuntos constitucionales, con lo cual y en la práctica, es un tribunal constitucional. Pero la Corte Suprema no ha dejado de ser el máximo tribunal judicial de la Federación y tiene también funciones de carácter administrativo y judicial ordinario, con lo que se ha creado un desfase que en algún momento conducirá a la clase política mexicana, a buscar la separación de ambos órdenes.

México tiene una trayectoria interesante, pues por un lado, ha ido reformando y ampliando cada vez más los instrumentos procesales protectores de los derechos fundamentales, de los cuales es re-

ciente muestra los cambios introducidos en la Constitución vigente en materia de Amparo (junio de 2011), así como el papel cada vez más importante atribuido a la Suprema Corte, lo que ha llevado a un sector de la doctrina a sostener que la Suprema Corte de Justicia no es más que un tribunal constitucional, lo cual me parece excesivo. Una corte puede abocarse a problemas constitucionales en su mayoría, pero eso no significa que sea un tribunal constitucional, que obedece a una concepción distinta de lo que es un órgano de control. Y más aun cuando como en el caso de México, la Suprema Corte sigue siendo la cabeza del Poder Judicial de la Federación, como ya se adelantó.

El otro modelo es Costa Rica, que en 1989 creó la Sala Constitucional al interior de la Corte Suprema, y que ha tenido una intensa actividad jurisprudencial desde entonces. El caso de Costa Rica, que en cierto sentido se emparenta con la experiencia cubana de 1940, ha influido en otros países que lo han adoptado, como es el caso de Nicaragua, El Salvador, Paraguay y Venezuela. Pero con el agregado de que en dicho país la Sala Constitucional tiene todas las características de un tribunal constitucional europeo -o sea, autonomía funcional y administrativa y nombramiento especial de sus miembros- y que como característica propia resuelve problemas que incluso vinculan a las demás Salas de la propia Corte Suprema. Lo que ha creado algunas fricciones con las otras salas del máximo tribunal. Y que ha tenido una actividad jurisprudencial de sumo interés.

6. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

En América Latina existen varios tribunales supranacionales de distinto orden, pero casi todos ellos están vinculados con procesos comunitarios de integración, como es el caso del Tribunal de Justicia Andina (para los países de la comunidad andina), la Corte Centroamericana de Justicia, para los países centroamericanos, y algunos menos relevantes como es el caso del MERCOSUR (Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, con posteriores adhesiones).

En materia de derechos humanos existe en San José, Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como parte del sistema de la Organización de Estados Americanos (OEA) creada en la década de los setenta del siglo pasado y que ha tenido un importante rol en la defensa de los derechos humanos de la región.

En los últimos tiempos dicha Corte ha tenido diversos pronunciamientos (sobre todo en caso de torturas, desaparecidos, ejecuciones extrajudiciales, etc.) que han afectado y dejado de lado diversas leyes de los países miembros, con lo cual, sin querer, se ha convertido en un órgano de jurisdicción internacional que define algunos términos de las constituciones de cada país. Lo que hace, por cierto, en los casos que la jurisdicción doméstica no funciona o está agotada y no existan condiciones objetivas para la justicia en un determinado país.

Ha habido, pues, un proceso de ida y vuelta. En algún momento se pensó que era bueno reforzar la jurisdicción internacional para los efectos de mejor amparar los derechos humanos. Pero a mediados de los ochenta, se insistió en las vías nacionales, cuando las democracias volvían al continente latinoamericano. Pero nuevamente, se ha apelado a la jurisdicción internacional, de suerte tal que se da una retroalimentación entre los dos órdenes, el interno y el externo. Que sin lugar a dudas, ha sido provechoso para la protección de los derechos humanos.

7. CONCLUSIONES

Los países latinoamericanos, nacidos a la independencia política a principios del siglo XIX, adoptaron muy pronto la forma republicana de gobierno, con la excepción del Brasil que fue una monarquía hasta 1889. Y al hacerlo, tuvieron presente diversos documentos doctrinarios, algunos hechos espectaculares como la Revolución francesa, y en materia de control de constitucionalidad el modelo americano instaurado en 1803, más conocido como *judicial review*, y que se difundió ampliamente.

Y tal es el ejemplo que domina-con otros elementos más-en las primeras experiencias latinoamericanas de control constitucional, en donde si bien se sigue el modelo americano, no va a ser una copia servil sino creadora, que nos da lo siguiente:

- 1) modelo americano firme en sus lineamientos generales, como lo fueron, la Argentina y el Brasil en el siglo XIX y lo son todavía.
- 2) desarrollos peculiares, con innovaciones, que se dan a fines del siglo XIX, como es el caso de Colombia y Venezuela, originándose así lo que se denomina como control o modelo mixto y también del modelo concentrado, que se ve de manera especial en Cuba (1903-1940);

- 3) presencia de tribunales constitucionales, tomados de la experiencia europea, pero con matices, desde 1965, y
- 4) coexistencia de varios modelos de control constitucional, que partiendo de lo que fue la experiencia norteamericana, ha desembocado en nuevas figuras, en la cual coexisten diversos tipos de control.

Lo anterior demuestra que aun habiéndose adoptado en diversos países y en fecha reciente, el modelo europeo de control a través de tribunales constitucionales, ello no significa que la adopción haya sido mecánica, sino que se han introducido variantes, que los hacen peculiares en su desarrollo.

Aspectos que hay que destacar, si bien algo hemos adelantado, es aquellas cortes o tribunales supremos que hacen las veces de un tribunal constitucional, pero sin llegar a serlo, por la relevancia o cantidad de causas de carácter constitucional que resuelven. Es el caso del Brasil (en donde en los debates previos a la actual Constitución de 1988 se barajó la posibilidad de introducir un tribunal constitucional, pero que no prosperó). Y el de la Argentina, que en su reforma de 1994, precedida por el Pacto de Olivos, tampoco lo consideró.

En cuanto al real y efectivo funcionamiento de estos modelos, ello no ha sido óptimo, pues depende en gran parte del desarrollo político de estos pueblos, que todavía es incipiente. Y también en la madurez de las instituciones democráticas, algo que no está asentado en definitiva, pero hacia eso apuntan los esfuerzos de las élites políticas de nuestros pueblos.

8. BIBLIOGRAFÍA

Cada uno de los países latinoamericanos cuenta con bibliografía que trata el problema del control constitucional en cada uno de ellos, que varía en calidad y cantidad. Y que en conjunto es inmensa e inmanejable, motivo por el cual aquí hacemos referencia tan solo a panoramas generales sobre el tema.

El primer gran marco interpretativo lo hizo un profesor norteamericano que en la década del cuarenta y del cincuenta, hizo varios estudios sobre diversos aspectos puntuales del Derecho Público en Latinoamérica, y que ha condensado en un cursillo dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México en 1962, y publicado con el siguiente título: James A. C. Grant *El control ju-*

jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política. UNAM, México 1963. Puede verse también, Phanor J. Eder, *Judicial review in Latin America* en "Ohio Law Review", 1960.

Igualmente por su carácter precursor, el libro *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Ediciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1984 (reúne las actas del llamado Coloquio de Sochagota, organizado en Colombia por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, en noviembre de 1977, y que constituye el primer encuentro de los constitucionalistas del área, para tratar en profundidad y por vez primera la temática).

Otros textos son los siguientes: Allan R. Brewer - Carias, *Instituciones políticas y constitucionales*, 3ra edición, Univ. Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996 (en especial el tomo VI, dedicado a la justicia constitucional); Francisco J. Eguiguren Praeli, *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica, una visión comparativa*, Fundación K. Adenauer, Buenos Aires 2000; Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en América Latina*, Edit. Ingranusi, Montevideo 200; Héctor Fix Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1945-1965)*, UNAM, México 1968; id. *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, Edic. Porrúa y UNAM, México 1985; Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson *et alter*, Madrid 1997 (un gran panorama comparado); Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Fundap, México 2002, ib. *Derecho procesal constitucional*, Edit. Porrúa, 4ta edición, México 2003, 4 tomos (la más completa selección de textos sobre países y temas que existe en castellano) y Norbert Lösing, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Edit. Dykinson, Madrid 2002 (obra muy comprensiva, incompleta en relación con la edición alemana y además con una traducción descuidada, como se aprecia desde la incorrección del título).

Lima, mayo de 2003. Revisado en diciembre de 2012.

ENSAYOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL,
de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE se imprimió en la República Argentina en setiembre de 2018.

