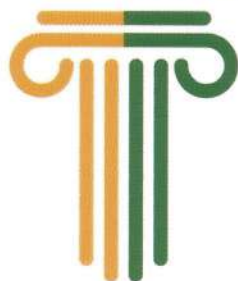




**TOMO II**

**COORDINADOR: JORGE LUIS CÁCERES ARCE**



**XV CONGRESO  
IBEROAMERICANO DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL**



**CONSTITUCIONALISMO:  
DEMOCRACIA A LA DEFENSIVA**

**Homenaje a Héctor Fix-Zamudio**

**LIBRO DE PONENCIAS**

 **GrupoMéxico**  
MINERÍA  
SouthernPerú



**Universidad Católica  
de Santa María**



XV CONGRESO IBEROAMERICANO  
DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
CONSTITUCIONALISMO:  
DEMOCRACIA A LA DEFENSIVA

Homenaje a Héctor Fix-Zamudio  
LIBRO DE PONENCIAS

Tomo II

Coordinador:  
Jorge Luis Cáceres Arce



FONDO  
EDITORIAL  
UCSM



---

BIBLIOTECA PERUANA  
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

---

59

INSTITUTO IBEROMERICANO  
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

XV CONGRESO IBEROAMERICANO  
DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
CONSTITUCIONALISMO:  
DEMOCRACIA A LA DEFENSIVA

Homenaje a Héctor Fix-Zamudio

LIBRO DE PONENCIAS  
Tomo II

**Miembros fundadores:**

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

**Sección Peruana**

José F. Palomino Manchego

*Presidente*

Dante M. Paiva Goyburu

*Secretario*

IIDC 2022



XV CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
CONSTITUCIONALISMO: DEMOCRACIA A LA DEFENSIVA  
Homenaje a Héctor Fix-Zamudio  
LIBRO DE PONENCIAS  
Tomo II

**Comité editorial:**

**Presidente:**

Jorge Luis Cáceres Arce

**Integrantes:**

Dante Paiva Goyburu

Jhonny Tupayachi Sotomayor

Julio Martín Fernández Huaranca

Editado por la Universidad Católica de Santa María  
Urb. San José s/n Umacollo  
Arequipa - Perú

Fondo editorial de la Universidad Católica de Santa María  
fondoeditorial@ucsm.edu.pe  
Coordinador: Rubén Collazos Romero

SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION, SUCURSAL DEL PERÚ  
Av. Caminos del Inca Nro. 171  
Urbanización: Chacarilla del Estanque  
Santiago de Surco  
Lima - Perú  
Teléf. (01) 5120440, 987554662

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú

Nº 2022-

ISBN:

Primera edición: septiembre 2022

Tiraje: 1000 ejemplares

Se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de:

Adrus D&L Editores S.A.C.

Calle San José N° 311 of. 314

Cercado - Arequipa

en el mes de septiembre de 2022

Diagramación:

José Luis Vizcarra Ojeda

jose.diagrama@gmail.com

Diseño de carátula:

Omar Suri

www.cromosapiens.com

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

**Comité editorial:**

**Presidente:**

Jorge Luis Cáceres Arce

**Integrantes:**

Dante Paiva Goyburu

Jhonny Tupayachi Sotomayor

Julio Martín Fernández Huaranca





# CONTENIDO

PRESENTACIÓN	
AREQUIPA: CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA.....	15
Manuel Alberto Briceño Ortega	
Ortega Rector de la UCSM	
PRÓLOGO.....	19
Jorge Luis Cáceres Arce	
Presidente de la Comisión Organizadora del XV	
Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional	
 <b>REFORMA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL</b>	
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIO	
DEMOCRATICO. PROBLEMAS Y SOLUCIONES .....	29
Luis López Guerra	
LA JUDICIAL REVIEW EN LA CONVENCIÓN	
CONSTITUCIONAL DE FILADELFIA	
Y EN EL PRIMER CONGRESO .....	59
Francisco Fernández Segado	
LA ELABORACIÓN Y IMPOSICIÓN	
DEL “NÚCLEO EXCLUYENTE” EUROATLÁNTICO	
(DERECHOS, FUENTES, TRADICIONES JURÍDICAS,	
Y EL ABANDONO POR LA DOCTRINA	
Y LA JURISPRUDENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO	
LIBERAL Y DEMOCRÁTICO).....	115
Lucio Pegoraro	

<p>EL ESTIGMA ANTIGARANTISTA Y ANTINSTITUCIONALISTA DEL ÚLTIMO PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ</p> <p>(PERIODO JUNIO 2014 - MAYO 2022) .....</p> <p>Ernesto Blume Fortini</p>	147
<p>LOS DEFECTOS DE ORDEN ESTRUCTURAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO: CONSECUENCIA Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN.....</p> <p>Hermógenes Acosta de los Santos</p>	157
<p>LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY N° 31399: BREVE INFORME PRESENTADO AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE .....</p> <p>Hubert Wieland Conroy</p>	173
<p>A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY N° 1840/2021-PE ¿REFORMAR O DEROGAR LA CONSTITUCIÓN? .....</p> <p>Raúl Chanamé Orbe</p>	185
<p>PROBLEMAS DE DISEÑO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE MODIFICACIÓN FORMAL DE LA CONSTITUCIÓN .....</p> <p>Diego Moreno Rodríguez-Alcalá</p>	197
<p>LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL URUGUAY Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS .....</p> <p>Rubén Correa Freitas</p>	225

## SISTEMA DE JUSTICIA Y REFORMA JUDICIAL

SISTEMA ARGENTINO. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. BREVE RESEÑA DEL ESTADO ACTUAL..... 249

Susana Cayuso

LA REFORMA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE: UNA OPCIÓN PARA LA PERMANENCIA CONSTITUCIONAL Y LA ESTABILIDAD POLÍTICA..... 267

Miguel P. Vilcapoma Ignacio

LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE Y SU TRATAMIENTO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..... 297

Luis R. Sáenz Dávalos

DERECHOS INNOMINADOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..... 341

Lelia Lourdes Lazo Cornejo

MARGEN DE APRECIACIÓN. ANÁLISIS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO..... 357

Julio Martín Fernández Huaranca

LA NECESARIA REFORMA JUDICIAL PARA ATENDER LOS CONFLICTOS FAMILIARES JUDICIALIZADOS ..... 381

Manuel Bermúdez-Tapia

APUNTES SOBRE LA PROPUESTA DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN EL PERÚ Y LA IMPORTANCIA DE PRESERVAR EL ORDEN CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO 397

Andrés Alonso Zúñiga Najarro

## CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SISTEMAS SUPRANACIONALES

GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS VERSUS IDENTIDADES CONSTITUCIONALES: LA PROTECCIÓN SUPRANACIONAL .....	411
Javier García Roca	
LA DEMOCRACIA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS .....	447
Eduardo Ferrer Mac-Gregor	
HACIA UN REENCUADRE CONCEPTUAL DEL CONTROL LATINOAMERICANO DE CONVENCIONALIDAD. EN PARTICULAR, SOBRE SU PAPEL CONSTRUCTIVO O POSITIVO. ....	493
Néstor Pedro Sagüés	
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y PODER CONSTITUYENTE: PRINCIPALES TÓPICOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO.....	509
Eduardo Esteva Gallicchio	
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL JUEZ CONVENCIONAL-CONSTITUCIONAL COMO PRESUPUESTO DE TODA REFORMA SOBRE LA JUSTICIA ....	531
Helder Domínguez Haro	
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA PROTECCIÓN AMBIENTAL ADMINISTRATIVA .....	545
Edith Cerna Landa	

## DEMOCRACIA REPRESENTATIVA AUTORITARISMO Y CRISIS ESTATAL

DECLIVE, RECESIÓN Y RESCATE DE LA DEMOCRACIA LIBERAL .....	565
Luca Mezzetti	
REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y CRISIS EN LATINOAMÉRICA.....	589
Francisco Miró Quesada Rada	
INQUIETUDES Y ANSIEDADES EN EL DERECHO Y EN LOS HECHOS.....	613
Jorge Reinaldo Vanossi	
GOBIERNOS NO REGULARES: REALIDAD POLÍTICA .....	631
Víctor García Toma	
LA CRISIS CONSTITUCIONAL REPUBLICANA, QUÉ NO DEBE IMITARSE.....	661
Jorge Luis Cáceres Arce	
REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y CRISIS EN LATINOAMÉRICA. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN LA ENCRUCIJADA DE LOS POPULISMOS.....	749
Jorge Alejandro Amaya	
INDULTO Y AMNISTÍA .....	779
Pablo Luis Manili	
JUVENTUD, CRISIS POLÍTICA Y ACTIVISMO CONSTITUCIONAL-IDENTIDAD .....	799
Fernando Calle Hayen	

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COMO ORDEN SOCIAL: REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL BICENTENARIO NACIONAL.....	819
Bruno Novoa Campos	

### **ESTADO FEDERADO Y ESTADO UNITARIO**

REFLEXIONES SOBRE LA IMPORTANCIA DEL MUNICIPIO COMO INSTANCIA DE GOBIERNO, SEA EN UN ESTADO UNITARIO (PERÚ) O EN UN ESTADO FEDERADO (MÉXICO)	827
José María Serna de la Garza	

ESTADO UNITARIO VS. ESTADO FEDERADO, APORTES Y DESVENTAJAS .....	845
Daniel Alberto Sabsay	

ESTADO UNITARIO VS. ESTADO FEDERADO, APORTES Y DESVENTAJAS .....	861
M. Josefa Ridaura Martínez	

## PRESENTACIÓN

### AREQUIPA: CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

La Constitución Política es la carta fundamental de una Nación, es la expresión del pacto social que los ciudadanos suscribimos para convivir en democracia. Ninguna persona puede ser ajena a ella, aún menos los gobernantes, cuando esto sucede la democracia está en peligro, el país al acecho, nuestros derechos y garantías en zozobra.

De ahí la relevancia del lema «Constitucionalismo. Democracia a la Defensiva» bajo el que se desarrolló en septiembre de este año el XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, coorganizado por la Universidad Católica de Santa María, la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Convencida no solo de su importante rol en la formación de capital humano y la creación de conocimiento avanzado, sino también en la vinculación con la sociedad en favor de la equidad y el desarrollo, nuestra casa universitaria ha reactualizado la buena fama de la ciudad de Arequipa como Capital Jurídica del Perú y ahora también sede del Constitucionalismo Iberoamericano en el año 2022.

El legado de arequipeños ilustres como Francisco Xavier de Luna Pizarro y Pacheco, Toribio Pacheco y Rivero, José María Corbacho y Abril, Francisco García Calderón Landa, Francisco Mostajo Miranda, José Luis Bustamante y Rivero, Víctor Andrés Belaunde Diez Canseco, entre otros,

da testimonio del calificativo singular, único e indiscutible de nuestra ciudad como capital de la jurisprudencia peruana.

Arequipa siempre tendrá laureles que renueven las lecciones históricas de libertad, derecho y dignidad. En este camino, nuestra casa superior de estudios ha dado pasos importantes y avanza firme gracias al trabajo académico de magistrados de tribunales y cortes constitucionales de Europa y América, de académicos, juristas e investigadores jurídicos de más dieciocho países iberoamericanos, de cincuenta expositores extranjeros y de un número similar de ponentes nacionales.

Me permito resaltar a los letrados Diego Valades, exprocurador general de la Nación de México; Domingo García Belaunde, padre del constitucionalismo peruano; Luca Mezzetti, profesor de la Universidad de Bolonia; Luis López Guerra, expresidente del Tribunal Europeo; Néstor Pedro Sagúes, maestro y exmagistrado argentino; y Eduardo Ferrer, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional tuvo 12 ejes temáticos en torno a los cuales giran las ponencias que presentamos compiladas en este libro: Jurisdicción Constitucional; Derechos Fundamentales; Interpretación Constitucional; Control de Convencionalidad; Cultura; Identidad y Pueblos Indígenas en la Constitución; Evolución y Transformación de los Derechos Fundamentales; Democracia Representativa; Autoritarismo y Crisis Estatal; Enseñanza del Derecho Constitucional e Historia Constitucional; Política y Derecho Internacional Humanitario; Constitución y Derechos frente a la Tecnología e Informática; Mujer y sus Derechos Constitucionales Inembargables; Género; Discriminación-Violencia Femenina; Regímenes Políticos Comparados; Régimen Constitucional-Económico.

La complejidad y amplitud de dichos temas han sido abordadas con rigurosidad académica y profesional durante los tres días de este gran evento jurídico bicontinental. Los dos tomos que presentamos contienen los resúmenes de todas las ponencias y conferencias; constituyen, por eso, un valioso aporte al estudio del derecho que la Universidad Católica de Santa María se honra en publicar.

Considero trascendental el compromiso de la Universidad Católica de Santa María en este magno Congreso, nunca tan acertado para la evolución



de las democracias iberoamericanas y que estamos seguros será un aporte histórico al Constitucionalismo Iberoamericano.

Todo redunda en los principios y valores que tiene nuestra licenciada y acreditada Universidad, con más de 60 años de servicio a la comunidad.

Este magno congreso no habría sido posible sin la notable labor de la Comisión Organizadora, a cuyos miembros agradezco y reconozco por su esfuerzo, dedicación y apasionamiento institucional que ratifican plenamente nuestro liderazgo en la vida universitaria.

Arequipa, septiembre 2022

Manuel Alberto Briceño Ortega  
*Rector de la Universidad Católica de Santa María*



## PRÓLOGO

**E**l Derecho Constitucional es la disciplina que está reservada al estudio y al desarrollo doctrinario, histórico, jurisprudencial y consuetudinario del Estado y de la Nación; como instrumento aliado en que descansa toda sociedad libre y digna.

Esta especialidad del derecho, esencializa la democracia para que las colectividades aprendan a convivir y se logren el desarrollo personal y corporativo. Ello se soporta en derechos, garantías y deberes que han sido producto de procesos políticos y dinámicas sociales.

Para consolidar y consustanciar las teorías en dicha materia la comunidad académica y profesional presenta el XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, bajo el lema “Constitucionalismo. Democracia a la Defensiva”, organizado por la Universidad Católica de Santa María a través de su Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, catalogada por sus generaciones de certificados, laureados, juristas y letrados en seis décadas de calidad, prestigio y profesionalidad.

También por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, legión de precursores y procuradores constitucionalistas peruanos, liderados por el pedagogo eterno Domingo García Belaunde e integrada por mujeres y varones ilustrados por el pensamiento motivado en la cautela interminable del Estado Constitucional y sus valores cívicos e históricos. Igualmente, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, inspirado por el maestro mexicano Héctor Fix Zamudio (1924-2021), profesor de la Universidad Autónoma de México por más de cuarenta años, precursor y mentor del Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos.

El doctor Fix tiene méritos y reconocimientos de alto nivel: Premio de Investigación de la Academia Mexicana de Ciencias; Premio Nacional de Historia en Ciencias Sociales y Filosofía; Doctor Honoris Causa por la Universidad de Sevilla, 30 años de investigador en Ciencias Jurídicas; Premio Unesco por su enseñanza en Derechos Humanos; Premio Nacional de Jurisprudencia, Profesor Honorario de la Católica de Santa María; por mencionar algunos.

“La responsabilidad pública consiste en remediar las deformaciones institucionales que dan origen a la pobreza, a la violencia, la arbitrariedad y la corrupción”; reza una de sus destacadas frases. Por si fuera poco, fue también durante 15 años Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica.

El maestro Fix Zamudio fue un ejemplo, un modelo, un intelectual a seguir; por eso es el personaje del XV Iberoamericano.

Además, contamos con el patrocinio académico del Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial y la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. Por supuesto, por el nivel del Congreso se ha recibido la respuesta positiva de prestigiosas empresas privadas de la República mestiza.

Este magno evento se gestó en mayo del 2018 en la reconocida Universidad de Buenos Aires (UBA) y contó con el decidido respaldo de Ernesto Blume y Domingo García, quienes sustentaron que la sede sea nuestro país, dada la coincidencia del Bicentenario de la Independencia Nacional; lamentablemente la pandemia impidió ello. Fue reprogramado para este año.

Debo resaltar que la fecha coincide con el 20 de septiembre de 1822, cuando se instaló el Primer Congreso Constituyente Peruano, presidido por el insigne sacerdote, político y abogado arequipeño Francisco Xavier de Luna Pizarro y Pacheco.

La actividad se cumplirá entre el 22 y el 24 de setiembre en las instalaciones de la Universidad Católica de Santa María, en su sede de Umacollo, donde intervendrán más de 60 expositores extranjeros de 18 naciones de Europa y América Latina y cerca de 40 ponentes peruanos, abordando doce ejes temáticos.

La decisión del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional fue unánime y se escogió a la Universidad Católica de Santa María de

Arequipa por sobradas razones: sesenta años de fundación de nuestra casa universitaria, por su demostración organizativa en el VIII y IX Congresos Nacionales de Derecho Constitucional (2005 y 2008) y los cuatro Congresos Nacionales de Derecho Procesal Constitucional IV, V, VI y VII (2013, 2014, 2018 y 2021), en compañía del Colegio de Abogados de Arequipa.

En la presentación del libro nuestro Rector de la UCSM ha destacado expresamente que Arequipa fue, es y será la Capital Jurídica del Perú.

Esta publicación oficial del XV Congreso está organizada en dos tomos que se estructuran por siete temas: Juicio Político y Acusación Constitucional (7 artículos); Vacancia Presidencial e Instituciones Constitucionales Orgánicas (6 artículos); Derechos Fundamentales (10 artículos); Reforma y Jurisdicción Constitucional (16 artículos); Control de Convencionalidad y Sistemas Supranacionales (5 artículos); Democracia Representativa, Autoritarismo y Crisis Estatal (9 artículos) y Estado Federado y Estado Unitario (3 artículos).

En total 57 ensayos redactados con rigurosidad, pertinencia y suma actualidad, con lo cual estamos ante el aporte válido y vigente en la materia constitucional de expertos de Europa y América.

Es inevitable mencionar la coyuntura política penosa que vive nuestra patria; aunque no es en *strictu sensu* circunstancial. Es un deterioro paulatino al que solamente lo puede salvar la institucionalidad; por eso cobra fuerza la frase motivadora del XV Iberoamericano: “Constitucionalismo. Democracia a la Defensiva”.

Porque estamos convencidos que la ciudadanía es una construcción cotidiana, firme y ética.

Porque estamos persuadidos que la democracia es un medio para el progreso, en la que el ciudadano hace política, participa, se hace responsable de sus acciones.

Porque estamos convencidos que la herencia intelectual de Arequipa es justamente mantenerse en ese “baluarte de la libertad” y que la historia testimonia y nos ha reservado como legado en forjadores del derecho constitucional.

Porque ésa es la labor de la Universidad, con tolerancia, responsabilidad, ética, libertad y honestidad.

Sin duda nuestro agradecimiento al Presidente del Instituto Iberoamericano, Diego Valades, por su aliento sincero y el reconocimiento a su cátedra ilustrada.

A la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, en su Presidente Víctor García Toma, por su fraterno liderazgo.

A la Universidad Católica de Santa María y a su primera autoridad, Manuel Alberto Briceño Ortega, por el decidido respaldo institucional.

A la Comisión Organizadora, por su dedicación inigualable.

Y, por supuesto, a Southern Perú por su auspicio financiero que contribuye a que usted tenga en sus manos estos volúmenes interminables que contienen miles de palabras inspiradas por intelectuales de distintas lenguas, distintas etnias, diversas nacionalidades; empero, todos con un ideal: la defensa inquebrantable del orden constitucional y de sus principios.

Termino con lo que sentenciaba el destacado constitucionalista arequipeño Enrique Chirinos Soto: “A la larga, la ley, el derecho, la Constitución, la libertad, la democracia: en una palabra, ganan siempre la partida”.

Arequipa, primavera del 2022.

Jorge Luis Cáceres Arce\*  
*Presidente de la Comisión Organizadora  
del XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*

---

\* Vicerrector Académico de la UCSM. Vicepresidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Exdecano del Colegio de Abogados de Arequipa. Fue Vicepresidente de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. Exconsejero de la Academia de la Magistratura. Y se desempeñó como Regidor Provincial de Arequipa.  
jcaceres@ucsm.edu.pe



**Universidad Católica  
de Santa María**

**“IN SCIENTIA ET FIDE EST FORTITUDO NOSTRA”**  
(En la ciencia y en la fe está nuestra fortaleza)

**SE NOMBRA COMISIÓN ORGANIZADORA DEL “XV CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL”. -**

**RESOLUCIÓN No. 28525-R-2022**

**Arequipa, 2022 mayo 24**

Visto el Of. No. 078-2022-FCJYP/IVABDC suscrito por los señores Decano (e) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto Víctor Andrés Belaunde Diez-Canseco;

**CONSIDERANDO:**

Que, mediante la Resolución N° 28512 de fecha 19-05-2022 se aprobó la ejecución del “XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional” mismo que viene siendo organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto Víctor Andrés Belaunde Diez-Canseco, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la Asociación Peruana de Derecho Constitucional a llevarse a cabo del 22 al 24 de septiembre del 2022;

Que, con Of. No. 078-2022-FCJYP/IVABDC suscrito por los señores Decano (e) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto Víctor Andrés Belaunde Diez-Canseco, se solicita se emita Resolución designando la Comisión Organizadora del “XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, adjuntando para tal efecto la lista detallada de los integrantes;

Que, en tal sentido, corresponde emitirse la Resolución de nombramiento correspondiente;

De conformidad con lo dispuesto por el Art. 89, inc. C) del Estatuto de la Universidad;

**SE RESUELVE:**

**PRIMERO**

Nombrar la Comisión Organizadora del “XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional” aprobado por la Resolución No. 28512-R-2022, según lo detallado en la relación que forma parte de esta Resolución.

**SEGUNDO**

Los Vicerrectorados Académico, Administrativo y de Investigación, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y el Instituto Víctor Andrés Belaunde Diez-Canseco, se encargarán del cumplimiento e implementación del presente.

Regístrese y comuníquese.



**DR. MANUEL ALBERTO BRICEÑO ORTEGA**  
RECTOR  
Universidad Católica de Santa María

## XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional

### FILIACIÓN DE ORGANIZADORES Y RESPONSABLES

#### Presidentes Honorarios del Congreso Iberoamericano:

1. Domingo García Belaunde
2. Francisco Eguiguren Praeli
3. Ernesto Blume Fortini
4. Miguel Vilcapoma Ignacio
5. Víctor García Toma

#### Presidente Ejecutivo:

Jorge Luis Cáceres Arce

#### Vice Presidentes:

1. Susana Castañeda Otsu
2. José Palomino Manchego
3. Gerardo Eto Cruz
4. Luis Saénz Dávalos
5. Carlos Hakanson Nieto

#### Director Ejecutivo:

James Fernández Salguero

#### Asistentes

Karen Isabel Florez Chilo  
Andrés Zúñiga Najarro  
Franco Farro Lozada

#### Secretarios Ejecutivos:

- ✓ Jhonny Tupayachi Sotomayor
- ✓ Bruno Novoa Campos

#### Tesorero:

Gerardo Zegarra Flórez

#### Directores Institucionales:

- ✓ Susana Távara Espinoza (Tribunal Constitucional)
- ✓ Paola Ordoñez Rosales (Tribunal Constitucional)
- ✓ Eduardo Meza Flores (Ministerio Público)



- ✓ Javier Fernández- Dávila Mercado (Poder Judicial)
- ✓ José Alfredo Lovón Sánchez (Universidad Católica de Santa María)
- ✓ José Suárez Zanabria (Universidad Católica de Santa María)
- ✓ Marco Falconí Picardo (Universidad Católica de Santa María)

**Coordinación Libro de Ponencias:**

- ✓ Dante Paiva Goyburu (Coordinador de edición)
- ✓ Jhonny Tupayachi Sotomayor
- ✓ Julio Fernández Huaranca

**Vocales:**

- ✓ Milagros Campos Ramos
- ✓ Saulo Peralta Franzis
- ✓ Nadia Iriarte Pamo
- ✓ Luis Roel Alva
- ✓ Pedro Grandéz Castro
- ✓ Víctor Boluarte Medina
- ✓ Boris Espezúa Salmón
- ✓ Fernando Berrios
- ✓ Luis Valdivia Salazar
- ✓ Max Murillo Celdán

**Coordinación de Talleres:**

- ✓ César Pastor Briceño (Coordinador General)
- ✓ César del Carpio Ugarte
- ✓ Lelia Lazo Cornejo
- ✓ Benjamín Carrasco del Carpio
- ✓ Julio Fernández Huaranca
- ✓ Eduardo Rivera García
- ✓ Jhosep Wilfredo Viza Colquehuanca

**Coordinación de Protocolo:**

- ✓ Maria Gracia Valdivia Corzo



# **REFORMA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**



# TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIO DEMOCRÁTICO. PROBLEMAS Y SOLUCIONES



Luis López Guerra\*

**Sumario:** 1. La evolución del debate sobre la justificación de los tribunales constitucionales. 2. Tribunales constitucionales, independencia e imparcialidad. 3. Selección y status de los miembros de los tribunales constitucionales. 4. La evolución de las funciones de los tribunales constitucionales. 5. Legitimidad del tribunal constitucional y procesos constitucionales. 6. Defensa e interpretación de la Constitución. 7. Soluciones ex post: sobre la evolución de la jurisprudencia y la reforma de la Constitución. Bibliografía.

**Palabras clave:** Constitución, tribunal constitucional, democracia.

*L*os tribunales constitucionales, como expresión de la justicia constitucional concentrada, cumplen una función esencial en muchos países para la garantía de la supremacía constitucional. Sin embargo en ocasiones, en la práctica, se han planteado problemas respecto de su imparcialidad e independencia, condiciones indispensables para su compatibilidad con el principio democrático. La presente exposición se ocupa de varios de esos problemas, y de las soluciones propuestas, relativas a la selección y estatus de los miembros de los tribunales

---

\* Universidad Carlos III de Madrid

Doctor en Derecho. Ejerció la Presidencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Fue Magistrado del Tribunal Constitucional español y Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial.

*constitucionales, a los procedimientos ante ellos y a las posibles vías de resolver confrontaciones entre esos tribunales y el poder legislativo.*

## **1. La evolución del debate sobre la justificación de los tribunales constitucionales**

La discusión sobre la compatibilidad entre la justicia constitucional (y su específica manifestación, los tribunales constitucionales propios del modelo “concentrado”) y el principio democrático ha sido una constante en la literatura y la práctica constitucional: en palabras de un distinguido constitucionalista español, “la condición complicada y difícil de las relaciones entre democracia y control jurisdiccional de la democracia pertenece a la naturaleza misma de las cosas”<sup>1</sup>. Pero los términos de la discusión sobre el tema han ido cambiando progresivamente, y hoy se plantean en forma en gran manera distinta a las bien conocidas polémicas que caracterizaron el mismo origen de la justicia constitucional y los tribunales constitucionales<sup>2</sup>.

Valga señalar desde un inicio que la discusión se enmarca dentro del continuo debate sobre el ajuste y compaginación entre los diversos principios que inspiran el constitucionalismo democrático y que representa un aspecto, si se quiere parcial, de ese debate. Como es bien sabido, el constitucionalismo democrático, como fórmula general, en su versión actual (tanto en la teoría como en la práctica) es resultado de la progresiva adopción de una serie de principios que requieren una cierta compaginación. Primeramente, los principios de separación de poderes y garantía de los derechos, proclamados en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789; más adelante el principio democrático, expresado en el sufragio universal; más recientemente, en el contexto europeo (en el norteamericano, como es bien sabido, tiene raíces anteriores) el principio de supremacía constitucional y su correspondiente garantía. Ahora bien, se trata de principios cuya aplicación necesita, para evitar conflictos y contradicciones, fórmulas de compaginación y encaje, habida cuenta de

---

1 GARRORENA MORALES, A., “El debate justicia constitucional-democracia en los procesos constituyentes de 1931 y 1978”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91(2011) pps. 31-68, p. 31.

2 Valga la referencia al respecto, por todas, a las obras de FERRERES COMELLA, V., *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, y *Constitutional Courts and Democratic Values*, New Haven, Yale University Press, 2009.

las circunstancias de cada país; será el “genio constitucional” de éste el que en cada caso encuentre los mecanismos de ingeniería constitucional que integren esos principios y que hagan posible una convivencia ordenada en un marco constitucional.

Desde esta perspectiva, los tribunales constitucionales aparecen en el primer cuarto del siglo XX, como una manifestación tardía del principio de supremacía constitucional que ya había sido proclamado por el Tribunal Supremo norteamericano a principios del siglo XIX. Bajo la bien conocida influencia kelseniana, se insertan, en una primera fase, en las Constituciones checoslovaca y austríaca de 1920, así como en la Constitución de la República española de 1931: en el continente americano encuentran su primera expresión en el “Tribunal de garantías constitucionales y sociales” establecido en la Constitución cubana de 1940. Pero es sobre todo, tras la Segunda Guerra Mundial, cuando este tipo de instituciones se extienden a un amplio número de países, paralelamente a la extensión y consolidación del constitucionalismo democrático: ciñéndonos a lo que suele denominarse mundo occidental, primeramente en Europa Occidental, posteriormente en Iberoamérica y, tras la caída del muro de Berlín, en los países del este y centro de Europa. Las características de esta variante kelseniana de la justicia constitucional son bien conocidas: en breve resumen, el establecimiento de un órgano jurisdiccional especializado, al que se atribuye jurisdicción para examinar la compatibilidad de las normas legislativas con la Constitución, mediante diversas vías procesales (señaladamente, en el modelo kelseniano puro, el recurso directo de inconstitucionalidad) y en su caso, para declarar su incompatibilidad, con las consecuencias derivadas.

La práctica ha mostrado que la inserción de este tipo de instituciones en el marco de los demás poderes constitucionales no deja de presentar dificultades. Desde la perspectiva del principio de separación de poderes, se plantean problemas respecto de la relación entre los tribunales constitucionales y el parlamento<sup>3</sup>, así como en lo que se refiere a la relación entre ese tipo de tribunales especializados, y el poder judicial ordinario. En relación con los derechos fundamentales, las cuestiones que suelen plantearse se refieren no sólo a si los tribunales constitucionales deben asumir, aparte del control de constitucionalidad, la función de proteger derechos

---

3 Ver sobre el tema AJA, E., (ed.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

constitucionales en casos individuales (mediante técnicas como el recurso de amparo, la tutela o la queja constitucional) sino también a qué tipo de derechos son o no protegibles por esas vías<sup>4</sup>, y adicionalmente, a cómo se coordina esa protección con las funciones de la jurisdicción ordinaria<sup>5</sup>. Y, sobre todo, y como ya se señaló, se plantea el encaje de las funciones de la justicia constitucional y de los tribunales constitucionales con el principio democrático; hasta qué punto el poder de revisión de las leyes, encomendado a unos pocos sujetos no elegidos por el pueblo, es compatible con la idea de la ley parlamentaria como expresión de la voluntad general a través de la mayoría del momento; la “dificultad contramayoritaria” o el “formidable problema”, en expresión clásica de Capelletti.<sup>6</sup>

En todo caso, y a pesar de la persistencia, desde el primer momento, de las discusiones sobre la conveniencia de la misma existencia de la institución, el hecho es que en la práctica se ha generalizado la creación de tribunales constitucionales; y en lo que se refiere a su justificación teórica, es general en la doctrina la aceptación de que por un lado, la garantía de la Constitución es una exigencia de la democracia; y por otro que esa garantía aparece como especialmente reforzada cuando la lleva a cabo un órgano de tipo jurisdiccional. Desde esta perspectiva, la existencia de un tribunal constitucional se justifica también a partir del principio de separación de poderes, en el sentido de que representa un “extrapoder” en términos de Néstor Sagüés<sup>7</sup>, esto es, una instancia distinta de otros poderes establecidos, y que supone la aplicación de la máxima de que “el poder frene al poder”. Esta separación garantizaría la autonomía e independencia del órgano<sup>8</sup>.

---

4 Ver SAGÜES, N., *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Internacionales, 2016, especialmente Capítulo X “Los tribunales constitucionales como agentes de cambio social”, pps. 201-220.

5 Sobre esta cuestión, PEREZ TREMP, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985; SERRA CRISTOBAL, R., *La guerra de las Cortes: la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1999.

6 Ver nota 2. En el ámbito iberoamericano, ver LANDA ARROYO, C., *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Palestra, 2007, 47-72

7 SAGÜÉS, N., “Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina”, en PEREZ TREMP, P., coord., *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, pp. 9-24, p. 10.

8 Al respecto, en palabras de BREWER CARIAS, A., “En ese contexto, que se trate de órganos de control cuyos miembros no son electos popularmente, y que pueden



Por otra parte, y en la práctica, la superación de la “dificultad contramayoritaria” se ha llevado a cabo por diversas vías; por un lado, al añadir a los tribunales constitucionales funciones adicionales que justifican su existencia por cuanto refuerzan los mecanismos constitucionales, como sería la defensa individual de derechos fundamentales, o la resolución de conflictos entre poderes, y señaladamente entre poderes territoriales; por otro, al añadir una legitimación democrática indirecta por medio de la selección de los miembros de esos tribunales por los representantes parlamentarios u otros poderes democráticamente elegidos, e incluso en algún caso, directamente por el electorado. En esto, cabe destacar que la selección de los integrantes de la jurisdicción constitucional especializada, como regla general, viene a diferenciarse netamente de los procedimientos seguidos en relación con los miembros de la jurisdicción ordinaria.

En todo caso, en los momentos actuales, la cuestión relativa a la compatibilidad con el principio democrático de la existencia y funciones de los tribunales constitucionales se sitúa ya en otras coordenadas. Como línea general, tanto en la teoría constitucionalista como en la práctica normativa en las Constituciones democráticas, se acepta plenamente el principio de la supremacía de la Constitución, y la necesidad de su garantía efectiva, así como que esa garantía se lleve a cabo por órganos jurisdiccionales (y en forma extendida, por órganos jurisdiccionales específicos, como los tribunales constitucionales). Los problemas que hoy se plantean se refieren, no tanto a la justificación de la institución de los tribunales constitucionales, como a su funcionamiento en la práctica. Y sobre todo en lo que atañe a un punto esencial: su carácter de órgano cuya independencia e imparcialidad

---

anular actos de órganos electos democráticamente, no es nada antidemocrático siempre que los dichos órganos de control de Constitucionalidad gocen de autonomía e independencia. Por ello, en definitiva, la legitimidad del control de constitucionalidad con lo que se mide es con la vara del funcionamiento de sistema democrático, en el sentido de que es absolutamente legítimo si se ejerce en el marco de un sistema de separación de poderes con autonomía garantizada de los órganos del Estado; resultando absolutamente ilegítimo si se ejerce por unos jueces constitucionales sometidos al poder ejecutivo o al legislador, y que, por tanto, no gozan de autonomía alguna” en *Democracia y justicia constitucional el tema de la democracia en la discusión sobre la legitimidad de la justicia constitucional y sobre el reconocimiento de las sentencias de los tribunales constitucionales en otras jurisdicciones\** Ponencia preparada para el XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 9-11 marzo 2022. <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2022/03/Brewer.-JUSTICIA-CONSTITUCIONAL-Y-DEMOCRACIA.pdf>

son requisitos fundamentales para su adecuado funcionamiento como guardián de la Constitución. Pues si estos requisitos fallan, la misma justificación de la institución desaparece.

## 2. Tribunales constitucionales, independencia e imparcialidad

En efecto, el problema hoy en lo referente a la relación entre tribunales constitucionales y principio democrático se plantea en términos funcionales: ¿hasta qué punto puede un tribunal constitucional evitar su politización, o más concretamente, su partidización? Se trata de una cuestión decisiva, puesto que la desaparición de las cualidades de independencia e imparcialidad de un tribunal constitucional afectaría a la misma esencia del principio democrático. Pues pertenece a esa esencia la existencia en cada momento de mayorías y minorías y de la alternancia en el poder de posiciones y organizaciones políticas, según obtengan el apoyo mayoritario del electorado en elecciones periódicas. El problema se plantea cuando el tribunal constitucional, como extra- o supra-poder, es utilizado bien para evitar que se traduzca a la práctica política la decisión mayoritaria del electorado, o bien para impedir que se formen nuevas mayorías que sustituyan a la posición dominante en cada momento. En otras palabras, cabe que el tribunal constitucional se encuentra subordinado a la mayoría del momento (con lo que desaparece su papel de guardián de la Constitución) o que, por el contrario, se vea controlado por posiciones minoritarias, que buscan bloquear desde instancias jurisdiccionales las decisiones respaldadas por el electorado.

No faltan ejemplos de la presencia de esos peligros. En cuanto a la interferencia de las mayorías en la actuación y composición de tribunales constitucionales, valga recordar, en el continente europeo, las denuncias, incluso por tribunales internacionales, de la injerencia por parte de mayorías gubernamentales y parlamentarias en el área de la justicia constitucional, a efectos de conseguir una subordinación de la institución a los poderes del momento. En lo que atañe a la partidización del tribunal por las mayorías en el poder, pueden citarse a este respecto las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Baka contra Hungría*,<sup>9</sup> o *Flor Polsce contra Polonia*, en que el Tribunal condena a ambos

---

9 Me remito a mi trabajo "Independencia judicial y procesos de depuración. De *Baka c. Hungría* a Comisión contra Polonia", en Juan Ignacio UGARTEMENDIA

Estados por la utilización de procedimientos de selección y remoción de jueces que vulneran el principio de independencia judicial; en el ámbito latinoamericano cabe recordar, entre otras, las injerencias en la composición y funcionamiento del Tribunal Constitucional del Perú durante la presidencia de Fujimori<sup>10</sup>. Y por lo que atañe a los intentos de utilización abusiva de la justicia constitucional por posiciones minoritarias frente a las mayorías parlamentarias (o al menos, la apariencia muy convincente de tal utilización) valga citar los retrasos sistemáticos en la renovación de los componentes del Tribunal Constitucional español, debidos al rechazo de las minorías a la elección de nuevos jueces, o (en un contexto de control constitucional difuso) las maniobras parlamentarias en el Senado norteamericano para evitar la designación de jueces que alterasen la orientación del Tribunal Supremo<sup>11</sup>.

Desde luego, la existencia de prácticas de este tipo, por mayorías y minorías, no supone forzosamente que el tribunal afectado pierda sus condiciones básicas de imparcialidad e independencia; pero sí supone que un elemento esencial para la legitimidad de todo tribunal, esto es, la apariencia de esas cualidades, se vea notablemente perjudicado, con la correlativa consecuencia de la pérdida de confianza ciudadana en su actuación, y por ende, en la legitimidad del sistema constitucional en su conjunto. En palabras del Presidente del Tribunal Constitucional español, Francisco Tomás y Valiente, en su famoso “Discurso de despedida”, en 1992, a las instituciones se les juzga, no solo por lo que hacen, sino por lo que se hace con ellas<sup>12</sup>.

---

ECEIZABARRENA J.I., y SAIZ ARNAIZ, A., *¿Está en peligro el Estado de Derecho en la Unión Europea?*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2021, 97-112.

10 Ver por ejemplo las consideraciones de CÁCERES ARCE, J. y TUPAYACHI SOTOMAYOR, J. en *El Control Constitucional en el Perú*, Arequipa, Academia de la Magistratura, 2015, pps. 39 y ssgs, bajo el significativo epígrafe “*La debacle del Tribunal Constitucional*”.

11 Ver a este respecto la ácida crítica de TRIBE, L.H., “Politicians in Robes” en *The New York Review of Books*, 10 de Marzo 2022, 39-42.

12 “Las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que por ellas se hace. Sin atribuir culpas ni repartir responsabilidades, tarea que no me corresponde, sí me permito afirmar que no parece que el incumplimiento del plazo para que las Cámaras procedieran a la renovación parcial del Tribunal Constitucional haya supuesto un beneficio para la imagen, ni de aquéllas ni de estas” (TOMÁS Y VALIENTE, F., “Discurso de despedida pronunciado en el Tribunal Constitucional el 8 de julio de 1992”, en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* (pp. 225-231).

La cuestión, pues, se refiere cada vez más, no a la legitimidad de la institución en cuanto tal, sino a las garantías de que el tribunal constitucional no va a ser utilizado, so capa de defensa de la Constitución, para imponer políticas que no cuentan con el apoyo de los ciudadanos, o, por el contrario, para impedir que cobren realidad políticas apoyadas mayoritariamente pero que, pese a no ser contrarias a la Constitución, sí son contrarias a posiciones ideológicas minoritarias que han conseguido controlar la composición del tribunal constitucional. En gran manera, pues, de lo que se trata es de verificar si las garantías (digamos “técnicas”) introducidas en el ordenamiento en lo que se refiere a la selección de los miembros del tribunal, y respecto del funcionamiento de éste, son suficientes para asegurar que va a actuar como un auténtico guardián de la supremacía de la Constitución, y no como un instrumento para que, bien las mayorías sorteen esa supremacía, bien para que las minorías ganen en sede jurisdiccional lo que perdieron en sede electoral. Pudiera decirse que las fórmulas seguidas en estas materias son simplemente cuestión de “ingeniería constitucional”, para utilizar la expresión de Giovanni Sartori<sup>13</sup>; pero no cabe minimizar su importancia, sobre todo teniendo en cuenta que la correcta adopción de esas fórmulas de “ingeniería” exige que se tenga en cuenta el contexto en que se van a aplicar, de manera que lo que podría ser aceptable en un contexto determinado puede resultar inapropiado, o incluso perjudicial en otro.

No cabe olvidar que en gran manera, las deficiencias en el funcionamiento práctico de determinadas instituciones pueden conducir a su descalificación como tales, a pesar de su relevancia como elementos esenciales del sistema constitucional. Las posiciones teóricas partidarias del “constitucionalismo político” críticas de la intervención de órganos jurisdiccionales en la vida política<sup>14</sup> pueden verse justificadas (o al menos

---

Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Me remito al respecto a mis consideraciones en “*Vexata quaestio: sobre las dilaciones parlamentarias en la designación de titulares de órganos constitucionales*” en *Revista de las Cortes Generales*, 108(2020), 71-104.

13 SARTORI, G. *Ingegneria Costituzionale comparata*, Milano, Il Mulino, 1995.

14 Así, BELLAMY, R., *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. Me remito al respecto a mi trabajo “Los retos al Tribunal Constitucional desde la perspectiva del constitucionalismo político” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25 (2021) pp. 11-34.

razonablemente defendidas) por los defectos en el diseño y funcionamiento real de esos órganos; y ese crítica se dirige, como es bien sabido, tanto a la jurisdicción constitucional como a la jurisdicción ordinaria y a órganos como los Consejos de la Magistratura<sup>15</sup>. No se trata pues de una cuestión menor.

¿Disponemos actualmente, a la vista de la práctica, de suficientes medios técnicos para mantener los requisitos indispensables de independencia e imparcialidad en la composición y funcionamiento de los órganos de la jurisdicción constitucional? Las líneas que siguen tratan de mostrar las ventajas e inconvenientes de algunos de esos medios, en el difícil equilibrio entre la ley como expresión de la voluntad popular, y la garantía jurisdiccional de la Constitución como norma suprema.

### **3. Selección y status de los miembros de los tribunales constitucionales**

Un primer conjunto de medios y fórmulas técnicas dedicadas a asegurar que los tribunales constitucionales no se convierten, desvirtuando su función, en agentes de las preferencias políticas de la mayoría en el poder, o de la minoría en la oposición, sería el representado por las técnicas de selección de los jueces constitucionales, y la garantía de su status durante su mandato. En este punto resulta evidente que el problema de la justificación democrática de la jurisdicción constitucional ha estado presente en muchos (si no la mayoría) de los procedimientos de designación de los componentes de los tribunales constitucionales. Debe señalarse en efecto que la puesta en práctica del mismo modelo kelseniano viene a establecer una diferencia al respecto con relación a la jurisdicción ordinaria; los miembros de los tribunales constitucionales son seleccionados en forma distinta a los miembros de esa jurisdicción (lo que suele conducir a la coexistencia de un tribunal supremo y un tribunal constitucional) y, además, se introduce un “elemento democrático” específico en la designación de los miembros de los tribunales constitucionales, esto es, la intervención en su designación, parcial o totalmente, de instancias parlamentarias. El afán de extremar esta legitimación democrática de los tribunales constitucionales ha llevado en algún caso a la previsión de que los miembros de esos tribunales sean

---

15 Por ejemplo, BOBEK, M., y KOSAR, D., *Global Solutions, Local damages: a Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe*, Brugge, College of Europe Research Papers in Law, 2013, y KOSAR, D., *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

elegidos por sufragio universal, como sería el caso de la Constitución Política del Estado Boliviano<sup>16</sup>.

Obviamente, esta intervención parlamentaria, en cuanto supone una correlación entre la representación parlamentaria, expresión de la voluntad popular, y la composición del tribunal, si bien provee una justificación democrática, no garantiza otros aspectos esenciales para un órgano jurisdiccional, como son la independencia e imparcialidad. Para ello otros elementos son necesarios en el proceso de selección. Uno de ellos es la previsión de mayorías reforzadas, de modo que la elección de los jueces constitucionales no dependa de un solo partido. A primera vista, cuanto mas fuertes sean esas mayorías, mayor será la necesidad de consenso. Sin embargo, debe señalarse que esta exigencia se ha visto en parte desvirtuada por la práctica del denominado sistema de cuotas, esto es, la atribución a los distintos grupos parlamentarios de un, digamos, porcentaje en lo que atañe a la composición de un tribunal constitucional según su fuerza cuantitativa en las Cámaras en el momento de la elección. Este sistema de cuotas ha sido llevado a la práctica en contextos muy distintos y no ha dejado de dar lugar a críticas. Por ello, la exigencia de mayorías reforzadas por sí misma no es garantía suficiente de imparcialidad e independencia, por lo que otros elementos del proceso de selección son necesarios para asegurar esas cualidades.

Cabe señalar así (lo que supone otra diferencia con la situación, en muchos países, de la situación de los jueces de la jurisdicción ordinaria) la duración limitada del mandato del juez constitucional. Esta duración limitada permitiría mantener una correlación dinámica y permanente entre la composición del tribunal y la evolución de la cultura y conciencia jurídica de la sociedad, representadas por el cambio en la representación parlamentaria; en principio, supondría un cierto rechazo inicial de la interpretación "historicista" de la Constitución, y la consideración, por el contrario, de la Constitución como un "instrumento vivo" que debe interpretarse de acuerdo con el contexto social del momento. Y en lo que se refiere a la duración del mandato, cabría considerar que una mayor garantía de independencia derivaría de que fuera de carácter prolongado; una duración de nueve años (como en España ) o de doce años (como en

---

16 Los artículos 182, 188, y 198 de la Constitución de Bolivia establecen que los magistrados de los Tribunales Supremo, Agroambiental y Constitucional serán elegidos por sufragio universal

Alemania) parece un término adecuado, mientras que mandatos inferiores (por ejemplo de cinco años, como en algunos países iberoamericanos) podrían considerar se excesivamente reducidos.

Ciertamente, la duración del mandato no ha dejado de plantear problemas relativos a la legitimación democrática del tribunal, en casos como el español actual, en que el retraso voluntario por parte de las Cámaras parlamentarias en la búsqueda de mayorías cualificadas puede suponer dilaciones de varios años en la renovación del tribunal constitucional, de forma que se rompe la buscada correlación entre evolución de la representación parlamentaria y la composición del tribunal. A este respecto, la utilización de fórmulas como la prórroga automática de los magistrados en sus funciones en tanto no se lleve a cabo la correspondiente elección parlamentaria no deja de plantear problemas; por una parte al colocar a los jueces constitucionales en esa situación en una posición forzosamente claudicante y fuera del principio de inamovilidad (pues pueden cesar en cualquier momento si así lo deciden las Cámaras) y por otra al dar una apariencia de manipulación partidista, prolongando el mandato de jueces elegidos en circunstancias parlamentarias (relación entre mayorías y minorías) que ya no se corresponden con el reparto de posiciones partidistas e ideológicas en las Cámaras<sup>17</sup>.

Una vía adicional para evitar (al menos la apariencia) de una influencia partidista en la designación (y actuación) de los miembros de los tribunales constitucionales es la renovación escalonada de sus miembros, de manera que la existencia de una determinada relación entre mayorías y minorías parlamentarias en un momento dado no se traduzca totalmente en una similar relación entre las posiciones ideológicas de los miembros del tribunal. Las renovaciones parciales por grupos de jueces (por ejemplo, de un tercio de sus miembros, como en el caso de España, en que se eligen cuatro jueces cada tres años) servirían para evitar que una relación determinada entre mayoría y minoría en el parlamento se reflejara en una larga relación similar en el órgano de control constitucional. Desde luego, esta fórmula no evita la adopción del sistema de cuotas, ni, por otra parte, impide los bloqueos parlamentarios a la hora de elegir jueces; en realidad podría pensarse si no resulta más conveniente que la renovación se

---

17 Sobre esta cuestión en España (donde los repetidos retrasos en la renovación parlamentaria del Tribunal se cuentan en años) me remito a mi trabajo citado en nota 12 "*Vexata quaestio...*"



produzca en forma individual, de manera que los mandatos de los jueces se computaran individualmente, y las renovaciones se llevaran a cabo en forma independiente, al acabar el respectivo mandato.

Ahora bien, si la forma de elección es relevante, en último término la auténtica garantía de la independencia e imparcialidad de un juez derivará de su status como tal, esto es, de que se encuentre protegido de influencias amenazas o presiones externas. Como es bien sabido, la técnica esencial para obtener esa protección consiste en la inamovilidad del juez, esto es, que durante su mandato no pueda verse destituido o removido de su cargo por una autoridad externa. La conjunción de esa inamovilidad con la duración razonablemente prolongada del mandato parecen así como fórmulas para “aislar” al juez constitucional de influencias externas, y proporcionarle así una fundada apariencia de independencia. Evidentemente, ello no puede suponer una radical irresponsabilidad del juez constitucional, pero sí una considerable restricción de las causas de remoción, y sobre todo la existencia de un procedimiento al respecto que suprima toda posibilidad y apariencia de intervención partidista. A este respecto, no deja de resultar discutible la presencia de procedimientos de *impeachment* o de “juicio político” que permiten a las Cámaras llevar a cabo la remoción de miembros de un tribunal constitucional. Más adecuada parece la fórmula consistente en dejar en manos del mismo tribunal (o en todo caso de una instancia jurisdiccional) la decisión de apartar a un juez en los supuestos tasados establecidos en el ordenamiento.

Finalmente, no cabe olvidar que en ocasiones la cuestión que se plantea, a efectos de asegurar la independencia e imparcialidad de un tribunal de influencias partidistas, es la de la selección de su Presidente. A este respecto, no faltan supuestos de reserva al mismo tribunal de esa elección, de forma que sean los mismo jueces los que elijan a su presidente. Desde luego, ello parecería, a primera vista, asegurar una mayor independencia; pero por otro lado, la experiencia ha venido a mostrar que la elección por los mismo jueces puede suponer la apariencia de existencia de posiciones separadas dentro del mismo tribunal, difícilmente aislables de motivos ideológicos o incluso partidistas. Quizás para evitar ese peligro podría resultar más conveniente la designación de la Presidencia del tribunal por un órgano externo; en el caso de la designación parlamentaria, claro está, con las debidas garantías de que esa designación no fuera resultado de influencias exclusivamente partidistas.



#### 4. La evolución de las funciones de los tribunales constitucionales

Los peligros de que la actuación de un tribunal constitucional pueda resultar en un detrimento del principio democrático (o de que tal apariencia resulte plausible) se encuentran también conexos a los procedimientos que desarrolla, que a su vez son consecuencia de las funciones que se le atribuyen. A este respecto, ya se ha señalado más arriba que se ha producido una evidente evolución en esas funciones, añadiéndose a la original de vigilancia de la supremacía de la Constitución otras como la defensa de derechos fundamentales, la resolución de conflictos territoriales o la supervisión de procesos electorales, por citar algunas. Y en lo que se refiere a esa función original (velar por la supremacía de la Constitución) debe señalarse que, por las mismas circunstancias en que se ha producido en muchos casos la creación de jurisdicciones constitucionales, en no pocas ocasiones se ha producido una cierta confusión (al menos en los términos) al identificar la garantía de la supremacía constitucional con la “defensa de la Constitución”, tareas que no tienen por qué ser coincidentes. Desde luego, ambas funciones parecieron identificarse en un primer momento; valga recordar la famosa polémica entre Schmitt y Kelsen sobre a quién correspondía la “defensa de la Constitución”<sup>18</sup>. La identificación entre ambas funciones puede también explicarse por el hecho de que en no pocas ocasiones la jurisdicción constitucional se ha creado en períodos inmediatamente posteriores a la desaparición de regímenes dictatoriales, de manera que esa jurisdicción pudiera considerarse como un arma más a la hora de evitar la vuelta atrás a ese tipo de regímenes. Por otra parte, las mismas características procesales del modelo kelseniano original parecen abonar esa visión de los tribunales constitucionales como “defensores de la Constitución”.

En efecto, el modelo concentrado kelseniano introduce como mecanismo procesal fundamental la acción de inconstitucionalidad, el “recurso abstracto” contra un texto aprobado por el Parlamento, incluso antes de que haya sido puesto en aplicación. Ahora bien, cabe dudar que ese mecanismo resulte el más apropiado a la hora de conjugar la garantía de la supremacía constitucional con el funcionamiento normal de un régimen democrático.

---

18 Me refiero, obviamente, a los conocidos trabajos de SCHMITT, C., *Der Hüter der Verfassung*, München, Mohr, 1931, y KELSEN, H., “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, *Die Justiz*, 6 (1931) pp. 576-628.

El recurso de inconstitucionalidad supone la grave acusación a la mayoría parlamentaria, por parte de los legitimados para ello (usualmente las minorías en un momento dado) de haber violado conscientemente los mandatos constitucionales, violación por otra parte tan evidente que no sería preciso siquiera que se hubieran verificado en la práctica los efectos de la norma impugnada. Supone por tanto una acusación de deslealtad constitucional, y la conversión de la controversia sobre políticas concretas en una controversia sobre la misma Constitución, que estaría necesitada de una continua defensa ante enemigos de consideración.

Desde la perspectiva de una convivencia civil pacífica, en que las posiciones en presencia, dentro de sus desavenencias, reconocen la legitimidad constitucional de los adversarios, el recurso directo de inconstitucionalidad, como arma de “defensa de la Constitución” no deja de aparecer como un incidente grave, al poner en duda la lealtad constitucional de la mayoría. Podría pues aventurarse que la frecuencia e intensidad en el uso de este procedimiento estaría en relación inversa con el arraigo y la estabilidad del sistema político, arraigo y estabilidad que requieren que las partes en presencia acepten la legitimidad de las otras partes, y su actuación, al menos en principio, dentro del marco constitucional. Si tenemos en cuenta la práctica política, cabría al menos apreciar una correlación entre el arraigo de los sistemas democráticos y la inexistencia, o el uso restringido, del “recurso abstracto”. Dejando de lado aquellos países en que no existe una jurisdicción constitucional, o esta se ejerce por vías de la jurisdicción ordinaria, valga recordar que en los países europeos líderes en la implantación del modelo de jurisdicción concentrada en la posguerra, esto, la República Italiana y la República Federal de Alemania, ambos ciertamente Estados democráticos consolidados, el recurso directo de inconstitucionalidad queda, o bien reducido a las disputas territoriales, y fuera de la disposición de las minorías parlamentarias, como en el caso de Italia, o bien, de utilización muy escasa, como en la República Federal de Alemania<sup>19</sup>. Situación ésta muy diferente de la española, en la que la frecuente utilización del recurso abstracto (y en su caso el recurso previo de inconstitucionalidad) por parte de la oposición del momento podría considerarse como reflejo de lo que

---

19 Entre 2016 y 2020, el Tribunal Constitucional alemán dictó 4 sentencias en recursos de inconstitucionalidad frente a 53 sentencias en cuestiones planteadas por jueces y tribunales; a lo largo de toda su historia, ha dictado 120 sentencias en recursos de inconstitucionalidad frente a 1.383 en cuestiones de inconstitucionalidad. *Jahresstatistik 2020*, <https://bit.ly/3nT6Qrz>. Cfr. mi artículo “Los retos...” citado en nota 14, p. 23.

en ocasiones se ha denominado “crispación” de la vida política, y de las más que frecuentes acusaciones cruzadas de deslealtad constitucional. El uso del recurso abstracto viene a colocar a los tribunales constitucionales en una difícil posición, al tener que resolver sobre cuestiones objeto del debate político inmediato, de manera que sus resoluciones difícilmente pueden escapar de una apreciación como victorias o derrotas de la mayoría o minoría parlamentaria. Y estas situaciones, que vienen a comprometer la imagen del tribunal constitucional, se hacen más posibles si se facilita y extiende la legitimación para impugnar las normas legales aprobadas por la mayoría, al aumentar el número de sujetos que pueden poner en duda la constitucionalidad de esas normas. Valga recordar, a estos efectos la diferencia entre el número de diputados exigido para la formulación de un recurso de inconstitucionalidad en la República Federal de Alemania (un tercio de los diputados del Bundestag) de los exigidos por la Constitución española (cincuenta diputados o cincuenta senadores).

Podría decirse que en aquellos regímenes constitucional-democráticos consolidados, en que los partidos en presencia aceptan la legitimidad constitucional de sus oponentes, la misma noción de “defensa de la Constitución” como función de la jurisdicción constitucional no es la más apropiada, por cuanto parece implicar la existencia continua de una “amenaza a la Constitución” o de unos “enemigos de la Constitución”, identificables como las posiciones políticas cuyas normas se llevan ante esa jurisdicción. Si bien la garantía de la supremacía constitucional aparece como tarea lógicamente derivada del sistema constitucional de fuentes, esa garantía no tiene por qué identificarse con la existencia de una situación de amenaza a los valores constitucionales (que requiera una “defensa” de los mismos) sino con la necesidad de precisar, caso por caso, el alcance y significado de los preceptos constitucionales en el ordenamiento y la compatibilidad con ellos, también caso por caso, de la normativa parlamentaria y su aplicación por las autoridades judiciales y administrativas. Y ello supone también unas consecuencias desde el punto de vista procesal.

## **5. Legitimidad del tribunal constitucional y procesos constitucionales**

En efecto, si bien la aplicación de la técnica propia del modelo kelseniano puro, esto es, el recurso abstracto y directo de inconstitucionalidad, formulado usualmente por la oposición minoritaria, no deja de plantear problemas respecto de la legitimidad democrática del tribunal constitucional, en cuanto obligado

a decidir sobre cuestiones objeto del debate parlamentario inmediato, y por ello susceptible de sospechas en cuanto a su identificación con alguna de las posiciones ideológicas y partidistas en presencia, otros procedimientos constitucionales pueden diluir de alguna forma la carga política de la actuación del tribunal y por ello las críticas a su identificación partidista, aún sin eliminarlas completamente. Tal sería el supuesto de aquellos procedimientos en que el tribunal hubiera de decidir sobre cuestiones no sujetas inmediatamente a la discusión política del momento, o en que la decisión del tribunal fuera parte de una cadena de decisiones en que otros sujetos también hubieran tomado parte, y en que no hubiera una inmediata relación entre el tema a resolver y la confrontación entre mayorías y minorías partidarias. En estos supuestos, la aducida contraposición entre voluntad del tribunal y voluntad de la mayoría se vería si no suprimida, sí al menos considerablemente dulcificada.

Tal sería, por ejemplo, el supuesto del llamado control concreto de constitucionalidad, esto es, el derivado por la remisión al juicio del tribunal constitucional, por medio de la cuestión de inconstitucionalidad, por parte del juez ordinario, de la aplicación en un caso determinado de la normativa legal, para verificar la compatibilidad bien de la misma norma con los mandatos constitucionales. Ello implica, por un lado, la posible y aún frecuente disociación del juicio de constitucionalidad con la existencia de contradicciones entre mayorías y minorías parlamentarias (pues la norma en cuestión puede ser bien políticamente irrelevante, desde la perspectiva partidista, bien heredada de épocas pasadas, y sin conexión con la discusión partidista del momento) con lo que no se plantea al menos inmediatamente una cuestión de mayor o menor legitimidad democrática de la decisión del tribunal; y por otro, que en el procedimiento se produce una colaboración entre tribunales ordinarios y tribunal constitucional, a la luz de un caso concreto, en que deben tenerse en cuenta consideraciones que van más allá de las meramente ideológicas. En este tipo de procedimientos, el sistema de tribunales constitucionales especializados utiliza las ventajas del sistema difuso de control de constitucionalidad (al implicar al juez ordinario en el procedimiento, y analizar la ley en su aplicación en casos concretos) con las ventajas del control concentrado, al encomendar la decisión última a un órgano especializado, y que tiene una forma de designación que asegura una conexión con la legitimidad democrática derivada de la representación popular.

Como es bien sabido, la vía del control concreto de constitucionalidad es la predominante en el caso italiano (que excluye, salvo en supuestos de conflictos territoriales el recurso directo) y en el sistema alemán de control de constitucionalidad. Y no cabe descartar que la aceptación popular de la actuación de estos órganos, y de su legitimidad democrática, al menos en comparación con otras situaciones en otros contextos, pueda atribuirse a esa peculiaridad procedimental, que aleja a los órganos de la jurisdicción constitucional de la inmediata confrontación entre opciones políticas. Valga señalar también la adopción de esta técnica, conjuntamente con la del control abstracto, en la Constitución española, y con las peculiaridades propias del caso, por la reforma de la Constitución francesa del año 2008.

Consideraciones similares podrían realizarse respecto de otro de los procedimientos hoy ya típicos de los tribunales constitucionales, esto es, el referente a la protección de derechos fundamentales en casos concretos, en la línea del recurso de amparo español, la *Verfassungsbeschwerde* alemana o la tutela colombiana. Desde luego, se trata de un procedimiento adjetivo al modelo kelseniano, como función añadida al menos desde las previsiones del Tribunal de Garantías de la Constitución de la Segunda República Española. En este tipo de procedimientos, no se plantea ya la cuestión de la legitimidad democrática del tribunal, por cuanto se resuelve sobre supuestos de aplicación de la Constitución en principio alejados de la revisión de la constitucionalidad de las leyes, si bien en algunos supuestos (como el de la autocuestión de constitucionalidad en el caso español) pueden conducir a ese resultado. Pudiera decirse, por el contrario, que la adopción de este tipo de procedimientos ha supuesto un reforzamiento de la aceptación popular de la institución, al menos a la vista de la extendida utilización de esa vía, que supone hoy sin duda la gran mayoría de los casos que llegan al Tribunal Constitucional español, o al alemán, por citar sólo dos ejemplos. Al versar sobre casos concretos, y al implicar usualmente la necesidad de una vía de agotamiento previo de las vías procesales, reúnen las ventajas ya citadas de la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, por un lado un cierto distanciamiento de las disputas partidistas, y por otro, la intervención previa en el procedimiento de otros sujetos jurisdiccionales. Bien es verdad, en todo caso, que en el supuesto de la exigencia de agotamiento de esas vías previas, la función de protección de derechos fundamentales por los tribunales constitucionales puede suponer que surjan conflictos jurisdiccionales entre esos tribunales y los órganos de la

jurisdicción ordinaria, cuyas decisiones pueden verse revisadas por los órganos de la jurisdicción constitucional de tipo concentrado; ya se ha hecho referencia a la llamada “guerra de las Cortes”, que en mi país, España, ha dado lugar a relevantes conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo<sup>20</sup>. Pero en este aspecto, nos encontramos ante cuestiones distintas de la aducida contraposición entre tribunales constitucionales y principio democrático, y que versan más sobre el principio de separación de poderes y la posición del poder judicial.

Por lo que se refiere a otra función usualmente atribuida a los Tribunales Constitucionales en Estados de estructura territorial compleja, esto es, la resolución de conflictos interterritoriales, no es pertinente el planteamiento de la cuestión referida a la legitimidad democrática del tribunal frente a la que puedan ostentar las partes afectadas; pues en un sistema inspirado en los principios democráticos como regla general, ambas partes en el conflicto gozarán de la misma legitimidad (Estados federados frente a Estado federal, Comunidades Autónomas frente a poder estatal) por lo que el pronunciamiento del tribunal en estos procedimientos, incluso en supuestos especialmente graves, supondrá en todo caso, y cualquiera que sea la parte vencedora, la ratificación de una pretensión formulada por una autoridad democráticamente legitimada. En este tipo de casos (que usualmente son de cierta complejidad técnica, y referidos a la distribución de competencias y funciones entre los poderes territoriales) el tribunal garantiza la supremacía constitucional no sólo por la preeminencia constitucional en el sistema de fuentes, sino también virtud del principio *pacta sunt servanda*, en cuanto asegura la vigencia del pacto federal originario plasmado en la Constitución<sup>21</sup>.

## 6. Defensa e interpretación de la Constitución

Como puede apreciarse, en todos estos procedimientos (cuestión de constitucionalidad, protección de derechos fundamentales, resolución de conflictos territoriales) las cuestiones que se plantean a un tribunal constitucional se refieren al mantenimiento de la supremacía constitucional en supuestos

---

20 Ver mi artículo “Los retos...” cit. en nota 14, p. 19.

21 Me remito a mi trabajo “La Constitución como pacto y el Tribunal Constitucional” en A. RUGGIERI, A. y GONZALES MANTILLA, G., eds. *Cultura constitucional y derecho viviente. Escritos en honor del profesor Roberto Romboli*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2021, tomo II, 1205-1229.

que no derivan (o no derivan directamente) de una confrontación entre mayorías y minorías parlamentarias, sino de reclamaciones y demandas de individuos o sujetos concretos, que pretenden el reconocimiento de unos derechos o competencias específicos. El planteamiento de este tipo de procedimientos, en sistemas constitucionales estables, en que se aceptan en forma general los principios y mandatos constitucionales, y se reconoce la legitimidad de las diversas posiciones político-partidistas, no se sitúa pues en el marco de una “defensa de la Constitución” sometida a un ataque continuo, sino más bien en el marco de una discusión sobre el sentido que debe darse a determinados preceptos constitucionales; esto es, más en el marco de la interpretación que de la defensa de la Constitución. En este tipo de procedimientos, el objetivo es establecer cómo debe interpretarse la Constitución en un supuesto concreto referido a un sujeto determinado; incluso, y yendo más allá, cómo debe interpretarse una ley a la vista de los mandatos constitucionales. Ello se hace particularmente evidente en los procedimientos relativos a la defensa de derechos individuales, en que, usualmente, no se pone en duda la constitucionalidad de la ley aplicable, sino su forma de aplicación en el caso.

Esta función interpretativa del tribunal constitucional, en sistemas constitucionales estables, se extiende incluso a los procedimientos de control abstracto de constitucionalidad, derivados de recursos directos referidos a la supuesta incompatibilidad de una norma legal con la Constitución. Pues no es infrecuente, incluso en ese tipo de procedimientos, la utilización de las llamadas sentencias interpretativas, en que el Tribunal, en su vertiente positiva, mantiene la constitucionalidad de un precepto legal impugnado siempre que se interprete de cierta forma, o, en su vertiente negativa, su inconstitucionalidad si es interpretado contrariamente a las instrucciones del tribunal. En estos supuestos, el destinatario práctico real de la sentencia (es decir, quien tiene que deducir las consecuencias de la misma) no es el parlamento que ha aprobado la norma, sino los órganos encargados de su aplicación, esto es, administraciones centrales o territoriales y órganos judiciales. El tribunal constitucional se convierte así en órgano depurados del ordenamiento jurídico, y orientador de la acción de los sujetos activos de ese ordenamiento. La “defensa de la Constitución” queda así en un segundo plano. La utilización de las sentencias interpretativas se muestra como una deferencia al legislador democrático, en el sentido de presumir que su voluntad real es la de aprobar textos que deben ser interpretados de



acuerdo con la Constitución (incluso si a veces esa interpretación no parece como la más evidente). El resultado es que tanto en recursos abstractos, como en otros tipos de procedimientos, el tribunal centra su trabajo en gran manera en la interpretación, no sólo de la Constitución, sino también, y principalmente, de la ley ordinaria, así como en instrucciones sobre su forma de aplicación.

Esta función interpretativa u orientadora del tribunal, distinta de la defensa de la Constitución, y que no presenta especiales dificultades desde la perspectiva democrática, se hace evidente si se tienen en cuenta las particularidades que, en la práctica, presentan los procedimientos de defensa de derechos fundamentales (en el caso español, el recurso de amparo). Como es bien sabido, en aquellos sistemas en que se ha introducido un recurso individual de este tipo ante el tribunal constitucional, su utilización se convierte en masiva, de manera que las demandas en este procedimiento no sólo suelen superar con mucho las correspondientes a otras vías de acceso al tribunal, sino que, debido a su número, la resolución sobre el fondo sustantivo de las mismas se convierte en una tarea inasumible para el tribunal, so pena de retrasos muy considerables o de resoluciones escasamente fundadas. Para enfrentarse con este problema, la solución adoptada en no pocos casos (por ejemplo, en los supuestos español y federal alemán) ha sido poner el acento en la fase de admisión de las demandas presentadas, llevando a cabo una selección que obedece, no solamente a criterios formales (como pueden ser las deficiencias en materia de plazos o legitimación procesal) sino también teniendo en cuenta su relevancia para esa función interpretativa y orientadora del tribunal; esto es, la importancia, podríamos decir, "sistémica" de la demanda y de la cuestión planteada, en cuanto su resolución pudiera servir no sólo para la reparación de la aducida vulneración de un derecho constitucional, sino también y sobre todo, para suministrar directrices a los poderes públicos (y, mediante el famoso "efecto sobre terceros", también a sujetos privados) sobre la interpretación del ordenamiento en su conjunto, a la vista de los mandatos y preceptos constitucionales. La aplicación de esta técnica se ha llevado a cabo sobre todo en relación con los recursos individuales de defensa de derechos; pero no deja de mostrar también muestras de aplicación, si bien en forma menos evidente, en lo que se refiere a procedimientos de control concreto de constitucionalidad, esto es, en procedimientos de cuestiones de inconstitucionalidad. Ello se lleva a cabo mediante la fórmula



consistente en considerar la cuestión “manifiestamente infundada”, esto es, mediante un juicio *a limine* que puede provocar la inadmisibilidad de la cuestión. La técnica en ambos supuestos, cuestiones de constitucionalidad y recursos individuales de amparo, es, *servata distantia*, similar a la denegación del *certiorari* por el Tribunal Supremo norteamericano frente a demandas dirigidas contra resoluciones de tribunales inferiores.

Es cierto que este tipo de fórmulas, restrictivas del acceso a los tribunales constitucionales, han sido objeto de frecuentes críticas. No obstante, y aparte de su posible inevitabilidad, si se quiere garantizar un funcionamiento aceptable de la institución, su existencia responde a una razón más profunda, como es la adopción por el tribunal constitucional de un papel, no de guardián de la Constitución, sino de intérprete y orientador de su aplicación. La cuestión de la contradicción entre control de constitucionalidad y principio democrático se ve así considerablemente matizada. La función de interpretación y orientación de la jurisprudencia constitucional viene a suponer, en definitiva, que lo relevante para el funcionamiento del sistema sean no tanto los fallos concretos en cada sentencia, sino sus fundamentos jurídicos, en que el tribunal expresa los criterios que deben regir el tratamiento de una materia, de acuerdo con su interpretación de los principios y mandatos contenidos en la Constitución<sup>22</sup>. Ello puede en algún supuesto dar lugar a alguna contradicción con aquellos preceptos constitucionales que atribuyen al poder legislativo la interpretación de la Constitución<sup>23</sup>; no deja de ser difícil concebir que un sistema de pluralismo interpretativo pueda resultar en soluciones coherentes. En todo caso, el monopolio del rechazo que se atribuye al tribunal constitucional parece que debe resultar finalmente en su primacía interpretativa, al conservar la capacidad de excluir aquellas normas o anular aquéllas actuaciones que no se ajusten a esa interpretación.

## **7. Soluciones ex post: sobre la evolución de la jurisprudencia y la reforma de la Constitución**

La progresiva introducción de métodos de selección y renovación de los miembros de los tribunales constitucionales, así como la evolución de sus

---

22 FERRERES COMELLA, V., “¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador?” en VVAA, *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?* Barcelona, Institut d’Estudis Autònoms, 2012, pps. 11-26, 18.

23 SAGÜÉS, N., “Desafíos...,” cit. en nota 7, p. 20.

funciones y, correlativamente, del peso relativo de los procedimientos ante esos tribunales han supuesto que, en las democracias consolidadas, la tensión entre el poder de revisión de la constitucionalidad de las leyes parlamentarias y el principio democrático que se encarna en la representación por el parlamento de la voluntad popular se haya reducido, y la legitimidad de los tribunales constitucionales se admita sin mayores problemas. Pero a pesar de ello, no desaparecen, en la práctica, situaciones en que la jurisprudencia consolidada de un tribunal constitucional en la interpretación y aplicación de la constitución y las leyes entra en contradicción abierta con las tendencias mayoritarias presentes tanto en la opinión pública (general y especializada) como en su representación parlamentaria, de manera que esa jurisprudencia se ve contestada, en forma consistente, por una mayoría social y política. En estos supuestos, obviamente, la tensión entre voluntad popular democráticamente expresada y jurisprudencia constitucional no contribuye a la estabilidad ni a la legitimidad del sistema.

Puede señalarse que en algunos supuestos se ha tratado de evitar esta tensión mediante la fórmula de excluir del principio de supremacía constitucional (y por lo tanto, del control de constitucionalidad por parte de la justicia constitucional) determinados mandatos constitucionales: tal sería el caso de la conocida como *notwithstanding clause* incluida en el artículo 33 de la Carta canadiense de derechos y libertades. Según esta cláusula, el parlamento nacional, o las legislaturas provinciales podrán declarar expresamente en un texto legal que ese texto tendrá vigor aún en contradicción con los derechos reconocidos en determinados artículo de la Carta. Como consecuencia, ese texto se convertirá en inmune a todo control jurisdiccional de constitucionalidad en relación con esos artículos; no cabrá, pues, una contraposición entre legitimidad democrática y legitimidad constitucional. Pero se trata de una fórmula claramente exótica en el panorama comparado, en que el principio de supremacía constitucional aparece como el eje de la gran mayoría de los ordenamientos<sup>24</sup>.

Como es también conocido, en ocasiones se ha tratado de resolver la oposición entre mayoría parlamentaria y jurisprudencia constitucional interpretativa (y defensora en su caso) de la Constitución por medios que no cabe sino considerar poco ortodoxos, como pudiera ser afectar

---

24 He tratado de este tema en "La vinculación del legislador desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional", en VVAA., *Com vinculen...* cit. en nota anterior, 27-38, p. 28-29.

irregularmente la misma composición del tribunal para ajustarla a los intereses de esa mayoría; ya se ha hecho referencia a los peligros que suponen técnicas como el juicio político para excluir a determinados jueces constitucionales, o la manipulación de los procedimientos de nombramientos de nuevos jueces. Pero se trata en estos supuestos de situaciones que pudiéramos denominar de patología constitucional, en el sentido de que no se corresponden con el funcionamiento que debe esperarse de un sistema constitucional en un Estado de Derecho.

Por ello, las dos vías que se ofrecen como remedio a una confrontación entre los deseos de una mayoría de carácter permanente expresada en la formación parlamentaria y la jurisprudencia constitucional aplicativa de la Constitución contraria a esos deseos son, por una parte, la alteración de esa jurisprudencia o bien, por otra la alteración de la Constitución misma. Ambas soluciones, tendentes a hacer compatibles el principio democrático y la supremacía constitucional presentan desde luego ventajas e inconvenientes.

Por lo que se refiere a la primera solución, esto es, la alteración de la jurisprudencia constitucional para adecuarla a nuevas concepciones sobre el sentido y aplicación de la Constitución, parece que en principio esa alteración responde a mecanismos como la renovación periódica y escalonada de los miembros de los tribunales constitucionales prevista en la gran mayoría de los casos. Tal renovación obedecería precisamente a la voluntad de adaptar la interpretación de la norma constitucional a nuevas realidades políticas, culturales y sociales. De hecho, la evolución de la jurisprudencia constitucional, a través de la separación de los propios precedentes y la práctica del *overruling* es un fenómeno observable tanto en contextos de sistemas de control constitucional difuso (como en la famosa evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano de *Plessy v. Ferguson* a *Brown v. Topeka*) como en sistemas de jurisdicción constitucional concentrada ; así, en España, valga señalar que la misma Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé expresamente en su artículo 13 que el Tribunal se aparte de su propia doctrina<sup>25</sup>; incluso en el ámbito de las jurisdicciones internacionales, una posibilidad de ese tipo (no infrecuentemente empleada en la práctica) puede encontrarse en el

---

25 “Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno”

artículo 30 del Convenio Europeo de derechos Humanos<sup>26</sup>. Ahora bien, si la evolución de la doctrina jurisprudencial constitucional se muestra como un fenómeno deseable en ocasiones, no deben olvidarse los problemas que puede plantear. La legitimidad de un Tribunal dependerá en gran parte de que ante la opinión pública sus decisiones aparezcan como consecuencia de una interpretación de la Constitución derivada de un análisis técnico riguroso y que cuente con una motivación convincente, y que no sean resultado de las meras preferencias ideológicas de los miembros del tribunal en cada momento. La consistencia y estabilidad de la jurisprudencia del tribunal constitucional es así parte de su misma justificación. Una variación frecuente de esa jurisprudencia, reflejando los cambios de la mayorías parlamentarias vendría a mostrar al tribunal como una mera proyección de la mayoría del momento, posición esta difícilmente compatible con la garantía de la supremacía constitucional.

La evolución de la jurisprudencia constitucional deberá pues responder también a criterios de seguridad jurídica, y de mantenimiento del mismo prestigio y legitimidad del tribunal. Lo que en el plano de los poderes legislativo y ejecutivo es aceptable y aún necesario en todo sistema democrático, esto es, la alternancia en cuanto a las opciones a adoptar por los poderes públicos, no lo es en lo que se refiere a la aplicación judicial de las normas y especialmente las normas constitucionales, si se quiere mantener una comunidad en la que las soluciones a los conflictos planteados ante los tribunales se basen en la preeminencia del Derecho y no en consideraciones de oportunidad o preferencia ideológica y partidista<sup>27</sup>. En consecuencia, el *overruling* aparecerá justificado, bien si viene a reflejar una progresiva y paulatina evolución de la jurisprudencia (manifestada por ejemplo en la presencia de votos particulares) bien una voluntad de superar contradicciones internas en esa jurisprudencia, bien si efectivamente son evidentes los cambios sociales y políticos con que la Constitución tiene que enfrentarse.

Por otro lado, la alteración de la jurisprudencia constitucional suele producirse como consecuencia de la introducción de cambios legislativos que, en espera de esa alteración, suponen una contradicción con la doctrina

---

26 “Si el asunto pendiente ante una Sala plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la Sala podrá, en tanto no haya dictado sentencia, inhibirse a favor de la Gran Sala”.

27 “La vinculación...” en VVAA., *Com vinculen...cit.*, en nota 23 p. 33.

jurisprudencial ya existente; por decirlo así, el legislador asume el riesgo de que el tribunal no acepte esa contradicción, mantenga su posición anterior y declare la inconstitucionalidad de la norma en cuestión; en tanto ello se produce, la situación es, claramente, de inseguridad jurídica.<sup>28</sup> La adaptación, pues, de la jurisprudencia constitucional a la evolución social y cultural de la sociedad requiere especiales condiciones, y desde luego, una explicación convincente, tanto por parte de los que la proponen como por parte del tribunal que la lleve a cabo.

La última vía, en el supuesto de contradicciones insalvables entre la (persistente) manifestación de la voluntad parlamentaria, expresión de la voluntad popular, y la doctrina establecida por el tribunal constitucional en cuanto a la interpretación y aplicación de la Constitución es, obviamente, la reforma constitucional. El principio democrático se ve así mantenido, por cuanto su expresión, por medio del poder constituyente (del llamado poder constituyente constituido), viene a establecer unos parámetros constitucionales distintos, en los que sí cabe la voluntad de la mayoría parlamentaria. De hecho, tal solución está explícitamente reconocida en la Constitución española, en que se prevé que el Gobierno o las Cámaras puedan requerir al Tribunal Constitucional que declare si la celebración de un tratado internacional exige una revisión de la Constitución, por contener cláusulas contrarias a la misma (art. 95). La reforma constitucional aparece así como la clave de bóveda del sistema de justicia constitucional (en sus versiones concentrada y difusa) para conjugar principio democrático y garantía de la supremacía constitucional. En realidad, se trataría de un cambio de índole procedimental; la nueva normativa se aprobaría por una vía determinada (la reforma constitucional) y no por otra (la vía legislativa).

La fórmula, en todo caso, no deja de presentar en ocasiones aspectos complejos. Por una parte, la reforma de la Constitución puede ser extremadamente difícil y aún imposible en la práctica. Pero además, la cuestión que puede plantearse es si la misma reforma de la Constitución está sujeta a un control jurisdiccional por parte del mismo tribunal constitucional. Si así fuera, la contradicción entre la voluntad de la mayoría y la doctrina

---

28 Como ejemplo, en el caso español, aun cuando la nueva regulación de la interrupción del embarazo, en 2010, establece un sistema de plazos que entra en cierta tensión con la doctrina anterior del Tribunal Constitucional, el recurso presentado contra esa regulación, el mismo año 2010, en el momento de escribirse estas líneas (julio de 2022) sigue sin resolverse.

jurisprudencial del tribunal constitucional que se quiere alterar podría tener difícil o imposible solución, si entra dentro de las competencias del tribunal el control de esa reforma.

Por un lado, parece que no resulta ilógico que el tribunal sí tenga esa competencia en lo que se refiere a los aspectos formales de la reforma, esto es, si ésta se lleva a cabo mediante los procedimientos establecidos en la misma Constitución; en la práctica, este tipo de control no es infrecuente. El problema surge si el tribunal tiene (o invoca) competencia para revisar la reforma constitucional en su contenido sustantivo, esto es, si es competente para verificar si se trata de una reforma constitucional inconstitucional en cuanto al fondo de la misma, aun cuando se hayan observado los trámites procedimentales adecuados. Ello puede ocurrir no sólo cuando la Constitución contiene expresamente cláusulas irreformables, sino también cuando el tribunal considera que hay, en forma implícita, reglas o principios constitucionales intocables, o bien (supuesto éste cada vez más posible) que esa reforma contradice compromisos internacionales expresados en forma de una regla “más alta”<sup>29</sup>. Pero aquí nos encontramos ya en supuestos de integración supranacional, en que el significado de los mismos conceptos de Constitución y democracia cobra nuevas dimensiones, y en donde la siempre compleja relación entre principio democrático y supremacía de la Constitución ha de contemplarse desde perspectivas que van más allá de los moldes clásicos del Derecho Constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

AJA, E., (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

BELLAMY, R., *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

---

29 Sobre este tema, DONAIRE VILLA, F. J., “Reforma constitucional inconstitucional y control jurisdiccional. ¿Is Spain different?” UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. A. y SAIZ ARBNAIZ, A. et. al. *Transformación y reforma constitucional. Desafíos y límites*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2022, pp. 245-270, y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., “El Derecho de la UE como límite al poder de reforma de la Constitución nacional”, en *ídem.*, pps. 301-319.

- BOBEK, M., y KOSAR, D., *Global Solutions, Local damages: a Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe*, Brugge, College of Europe Research Papers, in Law, 2013.
- BREWER CARIAS, A., *Democracia y justicia constitucional el tema de la democracia en la discusión sobre la legitimidad de la justicia constitucional y sobre el reconocimiento de las sentencias de los tribunales constitucionales en otras jurisdicciones*. Ponencia preparada para el XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 9-11 marzo 2022. <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2022/03/Brewer.-JUSTICIA-CONSTITUCIONAL-Y-DEMOCRACIA.pdf>
- CACERES ARCE, J. y TUPAYACHI SOTOMAYOR, J. *El Control Constitucional en el Perú*, Arequipa, Academia de la Magistratura, 2015.
- DONAIRE VILLA, F.J., "Reforma constitucional inconstitucional y control jurisdiccional. ¿Is Spain different?" en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. A., y SAIZ ARBNAIZ, A. et. al. *Transformación y reforma constitucional. Desafíos y límites*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2022, pp. 245-270.
- FERRERES COMELLA, V., *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997,
- *Constitutional Courts and Democratic Values*, New Haven, Yale University Press, 2009.
  - "¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador?" en VVAA, *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?* Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2012, pps. 11-26.
- GARRORENA MORALES, A., "El debate justicia constitucional-democracia en los procesos constituyentes de 1931 y 1978", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91 (2011), pps. 31-68.
- H. KELSEN "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?", *Die Justiz*, 6 (1931) pp. 576-628.
- KOSAR, D., *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.



LANDA ARROYO, C., *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Palestra, 2007.

LOPEZ GUERRA, L., "Independencia judicial y procesos de depuración. De *Baka c. Hungría* a Comisión contra Polonia", en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., y SAIZ ARNAIZ, A.,

*¿Está en peligro el Estado de Derecho en la Unión Europea?*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2021, 97-112.

- "Vexata quaestio: sobre las dilaciones parlamentarias en la designación de titulares de órganos constitucionales", en *Revista de las Cortes Generales*, 108(2020), 71-104.
- "La Constitución como pacto y el Tribunal Constitucional" en RUGGIERI, A., y GONZALES MANTILLA, G., eds., *Cultura constitucional y derecho vivoiente. Escritos en honor del profesor Roberto Romboli*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2021, tomo II, 1205-1229.
- "Los retos al Tribunal Constitucional desde la perspectiva del constitucionalismo político" en *Anuario Iberoamericano de justicia Constitucional*, 25 (2021) pp. 11-34-.

PEREZ TREMP, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SAGÜES, N., *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Internacionales, 2016.

- "Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina", en PEREZ TRMPS, P., coord., *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, pp. 9-24.

SARTORI, G. *Ingegneria Costituzionale comparata*, Milano, Il Mulino, 1995.

SCHMITT, C., *Der Hüter der Verfassung*, München, Mohr, 1931,

SERRA CRISTOBAL, R., *La guerra de las Cortes: la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1999.

TRIBE, L. H., "Politicians in Robes", en *The New York Review of Books*, 10 de Marzo 2022, 39-42.



TOMAS Y VALIENTE, F., “Discurso de despedida pronunciado en el Tribunal Constitucional el 8 de julio de 1992”, en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 225-231.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J .I., “El Derecho de la UE como límite al poder de reforma de la Constitución nacional”, en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., y SAIZ ARNAIZ, A., et. al. *Transformación y reforma constitucional. Desafíos y límites*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2022, 301-319.



# LA JUDICIAL REVIEW EN LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL DE FILADELFIA Y EN EL PRIMER CONGRESO



Francisco Fernández Segado\*

**Sumario:** 1. Los posicionamientos más significativos en torno a esta cuestión por parte de la Convención de Filadelfia: A) La idea de la Constitución como *the supreme law of the land*. B) La visión de la *judicial review* por los constituyentes. 2. La Constitución federal ante las Convenciones estatales de ratificación: A) Algunos posicionamientos sobre la *judicial review* en estas Convenciones. B) La Convención de Nueva York y el enfrentamiento doctrinal que desencadenó en los medios de comunicación: “Publius vs. Brutus”. C) La construcción dogmática desarrollada por Hamilton en el número LXXVIII de los *Federalist Papers* acerca de la *judicial review*: a) Proemio: las prevenciones de Madison en el número XLVIII frente al peligro de “*an elective despotism*”. b) La visión hamiltoniana del *judiciary* como “*the least dangerous branch*”. c) La doctrina de Hamilton acerca del *voiding power* del poder judicial. 3. El Primer Congreso, la *Judiciary Act* de 1789 y la *judicial review*. 4. Bibliografía.

**Palabras clave:** “Brutus”, Cláusula de supremacía, Convención Constitucional de Filadelfia, Convenciones estatales de ratificación, El Federalista, Alexander Hamilton, *Judicial review*, Ley del Poder Judicial Federal (1789), James Madison, “Publius”, Primer Congreso, Robert Yates.

---

\* Catedrático Emérito de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Doctor *honoris causa* por la *Università degli Studi di Messina* (Italia) y por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con sede en Lima. Autor de 36 libros y de más de medio millar de artículos publicados en obras colectivas y revistas científicas de una veintena de países de Europa y América Latina.

## RESUMEN

La concepción de la Constitución como ley suprema fue admitida claramente en la Convención Federal y la cláusula constitucional de supremacía lo confirma, pero el reconocimiento de la doctrina de la revisión judicial de la legislación suscitó mayor controversia. En cualquier caso, aunque los constituyentes no introdujeron en la Constitución una cláusula específica sobre la revisión judicial de la legislación, hay argumentos suficientes para entender que tal facultad judicial fue implícitamente admitida.

Algunas Convenciones estatales de ratificación de la Constitución dieron en el poder judicial federal un instrumento de control constitucional cuya competencia y también deber era declarar que la ley incompatible con la Constitución era nula.

Con ocasión de la Convención de Nueva York, la cuestión se planteó con toda claridad. En el número 78 del *Federalista*, Hamilton trató y defendió la revisión judicial de la legislación. Tras considerar que la Constitución contenía ciertas limitaciones específicas respecto del legislativo, escribió que las limitaciones de este tipo solo se podían mantener en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber debía de ser declarar nulas todas las leyes contrarias al sentido evidente de la Constitución. Frente a los seguidores de la teoría tripartita de la interpretación constitucional, Hamilton sostuvo, que era mucho más racional suponer que los tribunales habían sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y el poder legislativo, con la finalidad, entre otras cosas, de mantener al último dentro de los límites establecidos a su autoridad. Además, la interpretación de las leyes era una competencia propia y peculiar de los tribunales, y la Constitución, de hecho, era contemplada por los jueces como una ley fundamental.

Por último, el Primer Congreso, en la trascendental Sección 25 de la Ley del Poder Judicial (1789), según lo que parece, asumió que tanto los tribunales estatales como los federales iban a ejercer la facultad de revisar las leyes con fundamento en su constitucionalidad.

**1. Los posicionamientos más significativos en torno a esta cuestión por parte de la Convención de Filadelfia**

**A) La idea de la Constitución como *the supreme law of the land***

- I. Entre el 25 de mayo y el 17 de septiembre de 1787 se reunía en la *State House* de Filadelfia una Convención federal con la inicial intención de rehacer los *Articles of Confederation* de 15 de noviembre de 1777, a cuyo través habían sido gobernados “los Estados Unidos de América”, denominación dada a esta Confederación, desde 1781, año en que firmaron ese documento los dos representantes del Estado de Maryland. Últimos en hacerlo. Pocos años después, una Resolución del Congreso que representaba a los Estados Unidos, de 21 de febrero de 1787, resolvía la conveniencia de que el segundo lunes del mes de mayo entrante se celebrara en Filadelfia una Convención de delegados, designados por los diversos Estados “con el objeto único y expreso de revisar los Artículos de Confederación y de presentar dictamen al Congreso y a las distintas Legislaturas sobre las alteraciones y adiciones a los mismos que sean necesarias a fin de adecuar la Constitución federal a las exigencias del Gobierno y al mantenimiento de la Unión, una vez aprobadas por el Congreso y ratificadas por los Estados”.

Desde hace bastante más de un siglo viene siendo objeto de discusión doctrinal la cuestión de si los *Founding Fathers* tuvieron o no la intención de que el *federal judiciary*, esto es, el poder judicial federal, pudiera declarar sin ningún efecto una ley del Congreso de resultados de su transgresión de las previsiones constitucionales. Por destacar un ejemplo significativo, ya en 1905 Corwin, antes de pasar él mismo a abordar el tema, se hacía eco de la reciente posición contrapuesta sustentada al respecto por dos prestigiosas autoridades<sup>1</sup>. Y el paso de los años está lejos de haber desactivado esta polémica.

---

1 Recordaba Corwin, que Cotton, editor de las “*Constitutional decisions of John Marshall*”, refiriéndose a la *Marbury decision*, señalaba: “La sentencia es el inicio del sistema americano de Derecho constitucional. En ella, Marshall anunció el derecho de la Corte Suprema a revisar la constitucionalidad de las leyes de la legislatura nacional y de los actos del ejecutivo”, apreciación que apoyaba, entre otros argumentos, en que: ningún tribunal de Inglaterra tenía tal facultad; no había una expresa autorización para ello en las palabras de la Constitución; la existencia de tal facultad judicial había sido negada por las demás “ramas” del gobierno y por la mayoría dominante del país, y además, tal facultad no había sido anticipada claramente por los *Framers*. En una posición contrapuesta se situaba el Profesor McLaughlin, en su obra *Confederation and*

- II. La idea de la supremacía de un bloque normativo, que había de quedar en una posición de superioridad sobre el Derecho emanado de los Estados, y a la que se habían de anudar ciertas consecuencias jurídicas, estuvo muy presente desde el primer momento en la Convención de Filadelfia. Una prueba fehaciente de ello la encontramos en el hecho de que el 21 de marzo de 1787, esto es, en los mismos prolegómenos del Congreso Constituyente, por unanimidad, el Congreso aprobaba una resolución que anticipaba la *supremacy clause*. A través de la misma, se acordaba, “that the legislatures of the several states cannot of right pass any act or acts, for interpreting, explaining or construing a national treaty or any part of clause of it; nor for restraining, limiting or in any manner impeding, retarding, or counteracting the operation and execution of the same, for that on being constitutionally made, ratified and published, they become in virtue of the confederation, part of *the law of the land*, and are not only independent of the will and power of such legislatures, but also binding and obligation upon them”<sup>2</sup>. Ciertamente, esta cláusula venía referida a los tratados y se dirigía a las Legislaturas estatales, pero al margen de ello, la alusión que en ella se hacía a ese *law of the land* ya parecía anticipar, que se reconocía un bloque de normas de rango superior y de carácter vinculante, al que, innecesario es decirlo, debía incorporarse con un especial protagonismo la futura Constitución.

No se puede ignorar a este respecto, que los delegados de los Estados que se iban a reunir en Filadelfia el 14 de mayo de 1787, iniciando formalmente sus trabajos once días después y clausurándolos el 17 de septiembre, habían expresado su deseo de redactar una Constitución, pues desde el primer momento estuvieron de acuerdo en que no bastaba para la

---

*the Constitution*, pues aunque admitía que era difícil hablar con absoluta seguridad, deducía la facultad de la *judicial review* de la cláusula constitucional que extiende el poder judicial de los Estados Unidos a todos los casos “originados conforme a esta Constitución”. Consideraba McLaughlin, que por la fuerza de la lógica, si es que no a causa del propósito consciente de los miembros de la Convención, se concedió esta facultad judicial para declarar sin ningún efecto una ley del Congreso contraria al *law of the land*. Edward S CORWIN, “The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress”, en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, Vol. IV, pp. 616 y ss.; en concreto, p. 616.

2 *Apud* Robert Lowry CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence (Kansas), University Press of Kansas, 1989, p. 61.

consecución de sus fines con un a simple reforma de los “Artículos de la Confederación y Unión perpetua”, y por otro lado, de acuerdo con el apotegma ampliamente aceptado de Emmerich de Vattel, que ya antes había inspirado el pensamiento del célebre abogado bostoniano James Otis, los legisladores no podían alterar el texto constitucional sin que ello se tradujera en una anulación de su autoridad.

Vale la pena recordar algunas de las premonitorias reflexiones que Vattel (1714-1767), el gran jurista y filósofo suizo, hacía en su obra clave, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souveraines* (1758), cuyo impacto sobre el pensamiento jurídico norteamericano será enorme. En el capítulo III del Libro 1º de su libro, nuestro autor abordaba lo relativo a “la constitución del Estado y los derechos y deberes de las naciones a este respecto”<sup>3</sup>. En él, Vattel se planteaba la cuestión de hasta dónde llegaba la capacidad del poder legislativo: ¿Alcanza hasta modificar la constitución o, por el contrario, ésta no puede ser alterada por ese poder? La respuesta del suizo es de una asombrosa modernidad, no obstante haber sido escrita hace más de un cuarto de milenio:

“The question ---arguenta Vattel--- arises whether their power extends to the fundamental laws, whether they (the legislative power) can change the constitution of the State. The principles we have laid down lead us to decide definitely that the authority of these legislators does not go that far, and that the fundamental laws must be sacred to them, unless they are expressly empowered by the nation to change them; for the constitution of a State should possess stability; and since the Nation established it in the first place, and afterwards confided the legislative power to certain persons, the fundamental laws are excepted from their authority. It is clear that the society had only in view to provide that the State should be furnished with laws enacted for special occasions, and with that object it gave to the legislators the power to repeal existing civil laws, and such public ones as were not fundamental, and to make new ones. Nothing leads us to think that it wished to subject the constitution itself to their will. In a word, it is from the constitution, that the legislators derive their

---

3 Emmerich de VATTEL, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, (translation of the edition of 1758 by Charles G. Fenwick), New York/London, Oceana Publications Inc. / Wildy & Sons Ltd., 1964, reprinted, pp. 17-19.

power; how, then, could they change it without destroying the source of their authority?" (La cuestión que se plantea es la de si su poder ---el de los legisladores o poder legislativo--- se extiende a las leyes fundamentales, si ellos pueden cambiar la constitución del Estado. Los principios que hemos establecido nos conducen a decidir definitivamente, que la autoridad de estos legisladores no va tan lejos, y que las leyes fundamentales deben ser sagradas para ellos, a menos que sean expresamente facultados por la nación para cambiarlas, pues la constitución de un Estado debe poseer estabilidad, y ya que la nación la estableció en primer lugar y después confió el poder legislativo a ciertas personas, las leyes fundamentales están exceptuadas de su autoridad. Es claro que la sociedad tenía tan solo en consideración disponer que el Estado fuera equipado con leyes promulgadas para ocasiones especiales, y con ese objetivo dio a los legisladores la facultad de derogar las leyes civiles existentes y las públicas que no fueran fundamentales, y la de hacer nuevas leyes. Nada nos conduce a pensar que deseara sujetar la misma constitución a su voluntad. En una palabra, es de la constitución de donde los legisladores derivan su poder; ¿cómo, entonces, podrían cambiarla sin destruir la fuente de su autoridad?).

La argumentación de Vattel nos parece impecable. Su reflexión final de que la modificación por el poder legislativo de la constitución equivaldría a destruir la fuente de autoridad en que aquél se apoya es incontrovertible y deja manifiestamente puesta de relieve la idea de una constitución anterior a la propia existencia de tal poder, y en la que ese mismo poder justamente encuentra su razón de ser. Pero la constitución no sólo es anterior, sino también superior, pues no otra cosa se infiere de esta otra reflexión de Vattel:

"The constitution of a State and its laws are the foundation of public peace, the firm support of political authority, and the security for the liberty of the citizens. But this constitution is a mere dead letter, and the best laws are useless if they be not sacredly observed. (...) To attack the constitution of a State and to violate its laws is a capital crime against society; and if the persons who are guilty of it are those in authority, they add to this crime a perfidious abuse of the power confided to them" (La constitución de un Estado y sus leyes son el fundamento de la paz pública, el firme apoyo de la autoridad política y la seguridad para la libertad de los ciudadanos. Pero esta constitución es una mera letra muerta, y las mejores leyes son inútiles si no se respetan sagradamente. (...) Atacar la constitución de un Estado



y violar sus leyes es un crimen capital contra la sociedad, y si las personas que son culpables de ello son las que tienen autoridad, añaden a este crimen un pérfido abuso del poder que se les ha confiado).

Si la Constitución asegura la libertad de los ciudadanos y es el fundamento de la paz pública es obvio que se sitúa por encima de cualquier poder del Estado y por lo tanto, también del poder legislativo.

A la vista de todo lo expuesto, se puede entender que no hubiera necesidad en Filadelfia de transigir sobre la cuestión de si la nueva constitución que se pretendía elaborar tenía que ser la “suprema ley de la tierra”, pues este rasgo se iba a aceptar con toda naturalidad, a la vista de que, posiblemente, el más serio defecto de los *Articles of Confederation* había sido su fracaso en proporcionar al gobierno central un medio de hacer cumplir sus decisiones, siendo el resultado de ello, que el gobierno nacional era en la práctica inferior a los de los Estados miembros incluso en lo atinente a los objetivos que la Confederación pretendía inicialmente alcanzar.

III. Los constituyentes reunidos en Filadelfia iban a pasar a visualizar la Constitución como *the supreme law of the land*, y en sintonía con tal superioridad, las leyes aprobadas por el legislativo, con independencia ya de que se tratara de las Legislaturas estatales o del Congreso de la Unión, iban a considerarse válidas, y por lo mismo aplicables, tan solo si se hallaban de acuerdo con la Constitución. Enormemente significativa al respecto iba a ser la llamada cláusula de supremacía (*supremacy clause*) del párrafo segundo del art. VI de la misma Constitución, a cuyo tenor:

“This constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be *the supreme law of the land*; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding”. (Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se hagan de conformidad con ella, y todos los tratados celebrados o que se puedan celebrar bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país, y los jueces en cada Estado estarán obligados por ellos, aun cuando hubiese alguna disposición contraria en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado).

Aunque no es desde luego una interpretación pacífica entre la doctrina, a nuestro entender, en esa cláusula de superioridad o supremacía, de alguna manera, ya se hallaba latente la *judicial review*, pues de nada valía proclamar la superioridad de unos determinados textos normativos si los mismos podían ser transgredidos por los legisladores sin que mediase ninguna posibilidad de respuesta jurídica. Quiere ello decir que, por lo menos de modo implícito, la *supremacy clause* presuponía un mecanismo de fiscalización de las leyes, estatales desde luego, pero también de las federales, a los efectos de poder verificar su conformidad o disconformidad con la Constitución.

## **B) La visión de la *judicial review* por los constituyentes**

I. Más trascendencia que la visualización del precepto constitucional en que podía encontrar cobertura el ejercicio de la *judicial review* creemos que presenta intentar ver si, aunque fuera de modo implícito, los *Founding Fathers* hicieron suya esta doctrina, de la que había un buen número de precedentes tanto en la época colonial como, tras la Independencia, a nivel estatal. A lo largo del tiempo, en realidad hasta nuestros mismos días, la doctrina norteamericana ha venido prestando una particular atención a lo que se conoce como “the Framers intent”, esto es, a la posible recepción constitucional por los delegados estatales reunidos en Filadelfia de la doctrina de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, a cuyo efecto se ha venido atendiendo a una multiplicidad de variables, como por ejemplo, el proceso de selección de los miembros de la Convención de Filadelfia, las posiciones expresadas en la propia Convención, el proceso asimismo de selección de los miembros de las Convenciones estatales de ratificación de la Constitución federal, las posturas explicitadas en esas Convenciones, el debate público sobre la ratificación, los diversos acontecimientos de la época indiciarios de los puntos de vista sobre el *judiciary* mantenidos por los miembros de la Convención Constitucional...

Westin ha compendiado las diferentes posiciones sustentadas por la doctrina en estos cuatro bloques<sup>4</sup>: 1) Los *Framers*, conscientemente,

---

4 Alan F. WESTIN, “Introduction. Charles Beard and the American Debate over Judicial Review. 1790-1961”, en Charles A. Beard, *The Supreme Court and the Constitution*, Englewood Cliffs (New Jersey), Prentice-Hall Inc., 1962, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 5.

previeron la *judicial review* de las leyes del Congreso a través de específicos términos acogidos a tal efecto por la Constitución. 2) Los *Framers*, asimismo de modo consciente, asumieron que esta facultad judicial fluiría como la resultante normal de otras competencias dadas a los tribunales, al igual que de la propia lógica dimanante de una Constitución escrita que crea un gobierno limitado. 3) Los *Framers* se mostraron indecisos acerca de la *judicial review of legislation*, finalizando la Convención sin una resolución consciente respecto a si esta facultad judicial podía o no desarrollarse. 4) En fin, los *Framers* consideraron la cuestión de la *judicial review* y de modo deliberado la dejaron fuera de la Constitución, a causa de que una mayoría de ella no se hallaba convencida acerca de su acierto o necesidad. Durante décadas, han sido las posiciones segunda y tercera las que han concitado un mayor apoyo doctrinal, aunque también es cierto que la primera y la última han concitado de vez en cuando algún apoyo.

Centrándonos ahora en algunas posiciones doctrinales concretas, que nos parecen especialmente significativas, hemos de comenzar recordando a Thayer, quien en un clásico y muy conocido trabajo<sup>5</sup>, afirmaba: "In the Federal convention of 1787, while the power of declaring laws unconstitutional was recognized, the limits of the power were also admitted"<sup>6</sup>. Quizá haya sido

---

5 James Bradley THAYER, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. VII, 1893-1894, pp. 129 y ss.; en concreto, p. 140.

6 Creemos de interés precisar en una mínima medida cuáles son los límites a que alude Thayer. En esencia, podríamos reconducirlos a que solo cuando la contradicción de la ley con la Constitución sea evidente se podrá aplicar esa facultad de los jueces, planteamiento que desde luego encuentra precedentes doctrinales y jurisprudenciales en los primeros años de vida constitucional, de los que el propio autor se hace eco en su trabajo, y en los que nos parece que late el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Para Thayer, esta regla era "algo más que una forma de lenguaje, que una mera expresión de cortesía o deferencia" (James Bradley THAYER, en *Ibidem*, p. 143). Abundando en esta misma idea, escribía Thayer más adelante: "It can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, --so clear that it is not open to rational question. This is the standard of duty to which the courts bring legislative Acts; that is the test which they apply" (James Bradley THAYER, en *Ibidem*, p. 144). La argumentación con la que, a renglón seguido, Thayer sustenta su regla presenta una más que notable modernidad, pese a los más de 120 años transcurridos desde que su autor la formulara. Considera Thayer, que "esta regla reconoce que habiendo considerado las grandes, complejas y siempre amplias exigencias de gobierno, mucho de lo que parecerá inconstitucional a un hombre o cuerpo de hombres, puede razonablemente no parecerlo así a otro; que la Constitución admite con frecuencia diferentes

Beard, hace ya un siglo, quien de modo más rotundo, en un sólido y bien convincente trabajo, mostrara cómo la *Constitutional Convention* asumió la doctrina de la *judicial review*<sup>7</sup>. Y lo hizo precisamente en respuesta a la posición de quienes, como el *Chief Justice* de la Corte Suprema de Carolina del Norte, Walter Clark, el Decano William Trickett, de la *Dickinson Law School*, el Profesor Louis B. Boudin y algunos otros relevantes escritores jurídicos, negaban que los *Framers* hubieran autorizado ni explícita ni implícitamente que el *federal judiciary* se pronunciara sobre la constitucionalidad de las leyes.

En fechas no tan alejadas, ubicándose en similar posición, Wright señalaba que hay pruebas suficientes que demuestran que un cierto número de *Framers* asumieron que la *judicial review* sería ejercida tanto por los tribunales federales como por los estatales, en relación tanto a la legislación federal como estatal. Y aunque el número de manifestaciones al respecto no sea grande, el mero hecho de que tales puntos de vista fueren expresados y sólo muy raramente cuestionados, aunque ninguna propuesta expresa de constitucionalización de esta facultad de revisión judicial se hiciera, es indicativo de que se presuponía que ninguna sanción constitucional expresa se requería para el ejercicio de esta facultad judicial<sup>8</sup>. Hace pocos años, de modo similar, Prakash y Yoo argumentaban<sup>9</sup>, que los delegados a la Convención asumieron que la *judicial review* existía al margen de cualquier redacción constitucional que pudiera pensarse para autorizar de modo específico cualquier forma de revisión judicial (“prior to any language that could be thought to specifically authorize any form of judicial review”).

---

interpretaciones; que hay a menudo una variedad de opciones y de juicios; que en tales casos la Constitución no impone sobre la legislatura ninguna opinión específica, sino que deja esta variedad de opciones, y que cualquier opción que es racional, es constitucional”. “This is ---concluye Thayer--- the principle which the rule that I have been illustrating affirms and supports”. (James Bradley THAYER, “The Origin and Scope of the American Doctrine...”, *op. citr.*, p. 144).

- 7 Cfr. al respecto, Charles A. BEARD, “The Supreme Court - Usurper or Grantee?”, en *Political Science Quarterly* (*Pol. Sci. Q.*), Vol. 27, No. 1, March, 1912, pp. 1 y ss.
- 8 Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, Chicago & London, Phoenix Books, University of Chicago, 1967, reprinted, p. 16.
- 9 Saikrishna B. PRAKASH, and John C. YOO, “The Origins of Judicial Review”, en *University of Chicago Law Review*, (*U. Chi. L. Rev.*), Vol. 70, 2003, pp. 887 y ss.; en concreto, p. 953.

No han faltado, desde luego, interpretaciones contrarias o que han matizado sensiblemente las precedentes consideraciones. Entre ellas, quizá ninguna ha suscitado tanta polémica como la de Crosskey, cuya posición puede condensarse en estas palabras. “judicial review was not meant to be provided generally in the Constitution as to acts of Congress, though it was meant to be provided generally as to the acts of the states, and a limited right likewise was intended to be given to the Court, even as against Congress, to preserve its own judiciary prerogatives intact”<sup>10</sup>. Esta tesis de que la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes se pensó en sede constituyente como un instrumento de fiscalización casi exclusivo de la legislación estatal, esto es, como una suerte de “control de federalidad”, ha dado lugar a una notable, incluso agria, polémica. Sin ánimo de entrar en ella, aludiremos tan sólo, dada la personalidad del objetante, a las ácidas reflexiones vertidas por Hart, quien, cervantinamente, comienza diciendo, que el “Don Quixote of Chicago” “rompe demasiadas lanzas en sus violentos ataques (“his onslaughts”) contra los molinos de viento de la historia constitucional como para permitir una detallada revisión de cada aventura”<sup>11</sup>. Para Hart, si la transcrita afirmación de Crosskey finalizara con la palabra “states”, omitiendo el último inciso, uno podría haber dicho que tal tesis era muy discutible antes que muy clara, pero a la vista de la totalidad de su tesis, la posición de Crosskey se halla, siempre según Hart<sup>12</sup>, simplemente sin relación con la realidad. Con su modelo, “el caballero de La Mancha” (“the Knight of La Mancha”) ha construido su propio mundo de nunca jamás (“a never-never world of his own”), cuyo encanto, si es que lo tiene, reside en su ocasional iluminación de las paradojas y debilidades del mundo real.

Al margen ya de las polémicas, es claro que la Convención Constitucional, formalmente, dejó sin resolver la cuestión del órgano u órganos que habrían de reaccionar jurídicamente cuando las normas dotadas de esa superioridad o primacía fueran vulneradas por otras de rango inferior. Para captar el problema subyacente es importante tener presente, que en 1787 existía una cierta preocupación, a la que no escaparían los *Framers*, ante

---

10 William Winslow CROSSKEY, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, Vol. II, Chicago, The University of Chicago Press, 1953, p. 1007.

11 Henry M. HART, Jr., “Professor Crosskey and Judicial Review”, en *Harvard Law Review*, (*Harv. L. Rev.*), Vol. 67, 1953-1954, pp. 1456 y ss.; en concreto, p. 1456.

12 Henry M. HART, Jr., en *Ibidem*, p. 1457.

al peligro que podía acechar a los Estados de opresión por un distante gobierno federal, que se visualizaba en el temor hacia un “legislative despotism”<sup>13</sup>. Y no puede descartarse que a ese temor se uniera otro más irreal y abstracto si se quiere en relación al instrumento de la *judicial review*. Es posible que algunos de los *Founding Fathers* pensaran que esa idea omnipresente desde tiempos lejanos de un *fundamental law*, aunque plasmada ahora en una Constitución escrita, era, valga la redundancia, tan fundamental, tan diferente del Derecho ordinario, que su invocación tenía que ser un ejercicio político excepcional y muy delicado. En ello ha visto Wood una razón explicativa del hecho, a nuestro juicio hartamente discutible, casi nos atreveríamos a decir que casi por entero insostenible, de que buen número de delegados de la Convención miraran la nulidad judicial de la legislación con un sentido de temor y asombro (“with a sense of awe and wonder”)<sup>14</sup>. Pero sin descartar de raíz la existencia entre algunos de los delegados estatales de la preocupación señalada, no parece que pueda verse en la misma un obstáculo impeditivo de la suficiente entidad como para explicar la ausencia en la Convención de un debate en profundidad en torno al tema, que además, en absoluto fue ignorado, por cuanto, como ya se ha dicho, en la Convención no faltaron delegados que se mostraron claramente favorables a la *judicial review*; más aún, hay evidencia de que algunos de los *Founding Fathers*, Hamilton de modo muy particular, contemplaron la facultad de revisión judicial como una potestad a través de la cual una élite judicial independiente podía atenuar los excesos democráticos de las legislaturas mediante la afirmación de los “equilibrios políticos republicanos” (“the republican political balances”) inherentes a la Constitución<sup>15</sup>; por supuesto, otros delegados, una pequeña minoría en cualquier caso, se opusieron a esta doctrina<sup>16</sup>. Y desde luego, y esto es

---

13 Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1974, 2nd printing, p. 8.

14 Gordon S. WOOD, “The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less”, en *Washington and Lee Law Review*, (*Wash. & Lee L. Rev.*), Vol. 56, 1999, pp. 787 y ss.; en concreto, p. 796.

15 G. Edward WHITE, *The American Judicial Tradition* (Profiles of Leading American Judges), New York/Oxford, Oxford University Press, 1988, next expanded edition, p. 24.

16 De la relativa discusión habida en la Convención en torno a esta cuestión se ha hecho eco Beard. Cfr. al efecto, Charles A. BEARD, *The Supreme Court and the Constitution*, Englewood Cliffs (New Jersey), Prentice-Hall, Inc., 1962, pp. 46 y ss.



importante que se tenga presente, los *Framers* no arrancaron el concepto de *judicial review* del vacío; bien el contrario, ellos volvieron la vista atrás, a la declaración del Juez Edward Coke en el *Bonham's case* (1610). Esto parece que está fuera de cualquier duda<sup>17</sup>.

II. La *judicial review* llegó a ser un tópico para la discusión en la Convención solo después de que una propuesta emanada de Madison (el denominado *Virginia Plan*) para la adopción de un llamado *Council of Revision* hubiese sido considerada y discutida entre el 17 y el 21 de julio de 1787<sup>18</sup>. Tal órgano, que tenía precedentes en algunas Constituciones estatales, como sería el caso de la Constitución de Nueva York de 1777<sup>19</sup>, debía quedar integrado por el Presidente y por miembros del *Judiciary*, otorgándosele una facultad de veto frente a las leyes cuando ello se entendiere apropiado, lo que ha de presuponerse que acontecía cuando la ley entrase en contradicción con la Constitución. El *Council of Revision* fue rechazado, dando por cierto paso a la potestad de veto presidencial, al percibirse como una violación del trascendental principio constitucional de la división de poderes, pero también porque varios delegados, entre ellos dos tan notables como Elbridge Gerry y Rufus King, esgrimieron que la específica inclusión del *Judiciary* en ese Consejo era de todo punto innecesaria en cuanto que, como jueces, dispondrían de la facultad de llevar a cabo un control sobre la legislación (“a check on legislation”) a fin de pronunciarse sobre su constitucionalidad. Dicho de otro modo, estos delegados partían de la presuposición de que los jueces tenían entre sus facultades la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. En la misma

---

17 En similar sentido, Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1974, 2nd printing, p. 23.

18 En ello converge toda la doctrina que se ha ocupado del tema. Así, por ejemplo, P. Allan DIONISOPOULOS, and Paul PETERSON, “Rediscovering the American Origins of Judicial Review: A Rebuttal to the Views Stated by Currie and Other Scholars”, en *John Marshall Law Review*, (*J. Marshall L. Rev.*), Vol. 18, 1984-1985, pp. 49 y ss.; en concreto, pp. 56-57.

19 La Constitución newyorkina de 1777 creó un *Council of Revision* integrado por el Gobernador, el *Chancellor* y los miembros de la Corte Suprema del Estado, órgano que tenía como misión principal revisar la legislación y los proyectos de leyes y ejercer un veto limitado sobre su aprobación. Este órgano debió ejercer un gran atractivo sobre Madison, lo que le condujo a incorporarlo al llamado *Virginia Plan* (mayo de 1787), que poco después fue discutido en la Convención Constituyente.

dirección, un tan relevante estudioso del tema como Corwin, recuerda<sup>20</sup>, que cuando se debatió la proposición relativa al *Council of Revision*, varios relevantes delegados, como Gerry de Massachusetts, Wilson de Pennsylvania, Mason de Virginia y Luther Martin de Maryland, sostuvieron en diferentes momentos la facultad de la *Supreme Court* y del resto de los tribunales de pronunciarse, con ocasión de un litigio del que estuvieran conociendo, sobre la constitucionalidad de la legislación del Congreso.

Deteniéndonos ahora en algunas de esas intervenciones, cabe recordar, que Elbridge Gerry significó, que en algunos Estados, con general aprobación, los jueces habían dejado de lado leyes al considerarlas contrarias a la Constitución. Luther Martin, rechazando la fórmula del *Council of Revision*, declararía a su vez, que “as to the constitutionality of laws, that point will come before the Judges in their proper official character. In this character they have a negative on the laws. Join them with the Executive in the revision, and they will have a double negative”<sup>21</sup>. Y George Mason, el hombre al que la doctrina<sup>22</sup> ha otorgado el desempeño de un rol realmente protagonista en la redacción tanto de la primera Constitución de un Estado, el suyo propio, Virginia, como del *Bill of Rights* federal, esto es, de la primera Declaración de Derechos norteamericana, plasmada en las diez Enmiendas iniciales a la Constitución, propuestas al Congreso en su primera sesión y ratificadas finalmente el 15 de diciembre de 1791, se iba a manifestar de acuerdo con Martin acerca de la existencia de la *judicial review*, mostrando su discrepancia solamente respecto de la consideración del delegado de Maryland acerca de la existencia de “a double negative”, por cuanto para Mason los jueces tan sólo podían impedir en un caso la aplicación de las leyes: “They could declare an unconstitutional law void”<sup>23</sup>.

---

20 Edward S. CORWIN, “The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress”, en *Michigan Law Review*, (*Mich. L. Rev.*), Vol. IV, 1905-1906, pp. 616 y ss.; en concreto, p. 619.

21 *Apud* Mary Sarah BILDER, “The Corporate Origins of Judicial Review”, en *The Yale Law Journal* (*Yale L. J.*), Vol. 116, Number 3, December, 2006, pp. 502 y ss.; en concreto, p. 549.

22 Bernard SCHWARTZ, *Algunos artífices del Derecho norteamericano*, Buenos Aires/Madrid, Abeledo Perrot/Editorial Civitas, 1989, pp. 22-23.

23 Bien es verdad que tras esa afirmación George Mason apostillaría: “But with regard to every law however unjust, oppressive or pernicious, which did not come plainly under this description, they would be under the necessity as Judges to give it a free



Si el establecimiento de un “separate body of men” con vistas a que se pronunciara sobre la constitucionalidad de las leyes no dejaba de suscitar problemas<sup>24</sup>, la peculiar formación de los jueces, que Elliott caracterizaría como “the middlemen between the pure philosophers and the pure men of government”<sup>25</sup>, parecía capacitarles para esa tarea. En definitiva, se puede considerar un hecho constatado, que tanto algunos de los proponentes del *Council of Revision* como los delegados opuestos al mismo iban a admitir, que los tribunales se hallaban capacitados para revisar la validez de la legislación emanada del Congreso<sup>26</sup>. En todo caso, lo que resulta absolutamente incontrovertible es que los delegados reunidos en la Convención de Filadelfia tuvieron un conocimiento directo de que los tribunales estatales venían afirmando la facultad de aplicar la propia Constitución del Estado por encima de la legislación estatal que la contradijera, no obstante no apoyarse tal facultad en específicas disposiciones constitucionales. No ha de extrañar por lo mismo que Warren haya considerado, que “there was a very particular reason why the framers should desire and contemplate similar action on the part of the Federal Judiciary which they were establishing in the new Constitution”<sup>27</sup>.

III. La incoimplitud de las actas de la Convención<sup>28</sup> impide una nítida percepción de los posicionamientos en torno al tema que nos ocupa,

---

course”. *Apud* William Michael TREANOR, “Judicial Review Before *Marbury*”, en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), Vol. 58, 2005-2006, pp. 455 y ss.; en concreto, p. 470.

24 En 1890 Elliott escribía al respecto lo que sigue: “Nothing could be gained by establishing a separating body of men to pronounce upon the constitutionality of laws. Such a tribunal would be liable to err as the legislature. *Quis custodiet custodes? Tribuni aut ephori?*”. Charles B. ELLIOTT, “The Legislatures and the Courts: The Power to Declare Statutes Unconstitutional”, en *Political Science Quarterly* (*Pol. Sci. Q.*), Vol. 5, No. 2, June, 1890, pp. 224 y ss.; en concreto, p. 240.

25 Charles B. ELLIOTT, en *Ibidem*, p. 240.

26 En tal sentido, entre otros diversos autores, David P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court* (The First Hundred Years. 1789 - 1888), Chicago & London, University of Chicago Press, 1985, p. 70.

27 Charles WARREN, *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, New York and London, Johnson Reprint Corporation, 1968, p. 43. (First published in Boston by Little, Brown and Company, 1925).

28 Particularísima importancia tendrían al respecto las *Notes of the Debates* escritas por Madison. Dewey ha escrito que Madison fue tan consciente del significado político de sus *Notes*, que no quiso que fueran publicadas hasta que todos los miembros de la Convención hubieran muerto. Ello explicaría que ya en 1840, pocos años después

lo que puede contribuir a explicar que las interpretaciones doctrinales no sean coincidentes. Con todo, varios destacados autores, como quien fuera *Chief Justice* de la Corte Suprema, Charles Evans Hughes, en su clásica obra sobre la misma<sup>29</sup>, o Berger, en su espléndido libro *Congress v. the Supreme Court*<sup>30</sup>, han coincidido en otorgar notable relevancia al minucioso estudio llevado a cabo por Beard acerca de las posiciones de los *Framers* en torno a la *judicial review*, estudio al que ya hemos aludido y que, desde luego, nos parece bastante concluyente. En su cuidadoso análisis de las opiniones de los miembros de la Convención, Beard demuestra<sup>31</sup>, que de los 55 miembros de la Convención Federal que estuvieron presentes en sus reuniones, por lo menos un tercio de ellos mantuvo una escasa o nula participación en el debate, mientras que algunos otros, aún participando, tuvieron un mínimo peso en el mismo. Hubo 25 miembros que, por razones de su personalidad, capacidad y asiduidad (“by reason of character, ability and assiduity”) fueron el elemento dominante de la Convención (“the dominant element in the Convention”); pues bien, 17 de ellos se pronunciaron directa o indirectamente a favor del *judiciary control*, mientras que otros miembros menos influyentes también parecieron entender y aprobar esta función judicial. En relación a la misma cuestión, Wolfe<sup>32</sup> ha apostillado que, de entre quienes hablaron acerca de la *judicial review* en la Convención, sólo dos delegados rechazaron claramente que el *judiciary* pudiera disponer de tal facultad.

No es la anterior ni mucho menos una posición absolutamente pacífica entre la doctrina, ni lo ha sido nunca, tal y como ya hemos destacado. Hace ya un siglo, Trickett consideraba equívocos los datos que se desprenden

---

del fallecimiento de Madison, ocurrido en 1836, vieran la luz esas Notas. Cfr. al respecto, Donald O. DEWEY, “Crosskey versus Madison: James Madison and the United States Constitution”, (Book Review), en *University of Richmond Law Review* (*U. Rich. L. Rev.*), Vol. 19, 1984-1985, pp. 435 y ss.; en concreto, p. 436.

29 Charles Evans HUGHES, *The Supreme Court of the United States* (Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation), New York, Columbia University Press, 1928, p. 79.

30 Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, *op. cit.*, pp. 47-48.

31 Charles A. BEARD, “The Supreme Court – Usurper or Grantee?”, *op. cit.*, pp. 3-4.

32 Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review* (From Constitutional Interpretation to Judge Made-Law), New York, Basic Book Inc., Publishers, 1991, p. 74.

de los debates en la Convención Federal, con base en que, aunque Gerry, Martin, Mason y Wilson había reconocido la facultad de los tribunales de apreciar si una ley era o no constitucional, pudiendo rehusar aplicarla en este último supuesto, otros delegados relevantes como Mercer, Dickinson y el Gobernador Morris, habían rechazado que los tribunales dispusieran de tal facultad<sup>33</sup>. Tampoco la posición de Crosskey se ubica en la dirección favorable a la revisión judicial; para el destacado, y a la par polémico, Profesor de Chicago, la única evidencia relevante de las actas existentes de los debates de la Convención, esto es, de las anotaciones de Madison, es la que se conecta con el cuarto intento fallido (el 15 de agosto) del grupo Madison-Wilson de alcanzar su objetivo de un control judicial sobre la legislación nacional<sup>34</sup>. Recuerda el mencionado autor, que este cuarto y último intento se formalizó a través de una moción presentada por Madison, con Wilson como su segundo firmante, encaminada a otorgar a la *Supreme Court* una facultad de veto discrecional sobre la legislación. Crosskey va incluso más allá cuando sostiene que la *tripartite theory of constitutional interpretation* es la que prevaleció en el partido Federalista cuando se formó el primer gobierno, lo que, dada la cercanía en el tiempo de la Convención Constituyente, le conduce a presuponer que esa fue asimismo la interpretación prevalente entre los Federalistas en el *Constitutional Congress*. De acuerdo con esa teoría, cada departamento del gobierno era el juez constitucional de sus propios poderes constitucionales, y cuando la decisión de algún asunto particular implicaba la intervención de más de un departamento, la cuestión había de ser resuelta entre los departamentos interesados<sup>35</sup>.

La posición de Crosskey respecto al tratamiento de la doctrina de la *judicial review* por la Convención y, en particular, por Madison, exige de matizaciones inexcusables. La primera de ellas es que la postura de Madison no puede ser sublimada, pues en este punto es bien conocida por sus incongruencias y cambios de perspectiva. Incluso su propio biógrafo Irving Brant así lo reconoció. Por lo mismo, sus posicionamientos han de ser relativizados. Con todo, en la Convención, Madison se hizo eco del tema

---

33 W. TRICKETT, "Judicial Nullification of Acts of Congress", en *North American Review*, Vol. 185, May/August 1907, pp. 848 y ss.; en concreto, p. 849.

34 William Winslow CROSSKEY, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, Vol. II, Chicago, The University of Chicago Press, 1953, p. 1018.

35 William Winslow CROSSKEY, en *Ibidem*, Vol. II, p. 1035.

de la *judicial review*<sup>36</sup>, señalando francamente en un determinado momento, que “a law violating a constitution established by the people themselves would be considered by the Judges as null and void”. Madison cuestionaría que la *Supreme Court* pudiera tener jurisdicción en aquellos casos que, aún entrañando una interpretación constitucional, carecieran de naturaleza judicial (“judiciary nature”), lo que por cierto en nada contradecía la doctrina de la *judicial review*, y el mismo día que defendía tal postura, sostenía que una cláusula específica prohibiendo las leyes con efecto retroactivo que dañen una obligación contractual (“retrospective laws impairing contract obligation”), esto es, lo que a la postre sería la muy relevante *contract clause*, era innecesaria, ya que ---decía Madison--- “the prohibition on *ex post facto laws*, which will oblige the Judges to declare such interferences (with contracts) null and void”. Dicho de otro modo, una ley que vulnerara la mencionada cláusula constitucional (y en coherencia con ello habría que entender que cualquier otra) era nula y sin ningún valor, y así había de ser declarada por los jueces. Ello venía a entrañar que, de hecho, para quien habría de ser el cuarto Presidente de los Estados Unidos resultaba innecesario el establecimiento de una específica cláusula constitucional que habilitara a los jueces para inaplicar leyes que entendieran en contradicción con la Constitución, pues ante disposiciones legislativas de este tipo a los jueces no les cabía otra opción que considerarlas *null and void*. Ciertamente es asimismo, y ello es una prueba fehaciente de sus incongruencias, que un decenio después, en diciembre de 1798, Madison redactaba las *Virginia Resolutions*, en las que defendía el derecho de los Estados a decidir por sí mismos cuestiones de constitucionalidad, pero también lo es, que con posterioridad reconoció repetidamente la *judicial review*.

En resumen, al margen ya de las discrepancias doctrinales, no parece que puede haber duda de que la cuestión de la facultad judicial de revisión de la constitucionalidad de las leyes fue abordada por los delegados de la Convención, quizá no con la frontalidad que tan relevante tema habría requerido, muy posiblemente porque buen número de delegados consideraron que la *judicial review* era una función inherente al rol característico de los propios jueces, al relacionarla con la facultad propia de los jueces en cuanto “expositors of the law”, esto es, como comentaristas e intérpretes

---

36 Así lo corrobora en un artículo específicamente dedicado al tema Ketcham. Cfr. al respecto, Ralph L. KETCHAM, “James Madison and Judicial Review”, en *Syracuse Law Review* (*Syracuse L. Rev.*), Vol. 8, 1956-1957, pp. 158 y ss.; en concreto, p. 159.

del Derecho<sup>37</sup>, y nos atrevemos a sostener, que muy posiblemente esa fuera la última *ratio* por la que los delegados reunidos en Filadelfia no consideraron necesario dedicar una específica cláusula constitucional a la *judicial review*. Un significativo, y desde luego mayoritario (si se atiende a quienes realmente tuvieron protagonismo en la Convención), número de ellos se mostraron a favor de esta facultad judicial y, como ya se ha dicho, no consideraron inexcusable su constitucionalización al entender que la *judicial review* fluiría con toda naturalidad del rol característico que correspondía cumplir al *Judiciary*.

IV. Las interpretaciones que preceden no pueden, ni por supuesto pretenden, soslayar que los constituyentes, en último término, no sancionaron la plena aplicación del instituto de la *judicial review*. El silencio constitucional ha propiciado interpretaciones proclives a atisbar en la Convención una voluntad subyacente contraria a esta función judicial. Hace más de un siglo, Scott escribía: “The guiding spirits of the Convention were evidently reluctant to sanction the full application of this judicial function, at least in its use of testing states laws by the Constitution of the United States”<sup>38</sup>. Pero como es evidente, también cabe interpretar tal silencio, y tras lo hasta aquí expuesto nos parece bastante obvio, en un sentido contrapuesto, esto es, en el de que los delegados estatales en la Convención no consideraron necesario plasmar en el por lo demás muy conciso articulado de la Constitución una función judicial que no solo formaba parte del rol comúnmente atribuido al *Judiciary*, sino que, de resultas en gran medida de la *supremacy clause*, bien podía asimismo considerarse implícita en el articulado constitucional. A este respecto, Berger ha zanjado el tema en términos rotundos, al considerar<sup>39</sup>, que lejos de dejar un registro vago y conflictivo en cuanto a la *judicial review*, los *Framers* se pronunciaron de modo razonablemente claro acerca de que tal revisión judicial era parte del esquema constitucional (“was part of the Constitutional scheme”). Desde el principio hasta el final de

---

37 En forma análoga se manifiesta Corwin. Edward S. CORWIN, “Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review”, en *Michigan Law Review*, (*Mich. L. Rev.*), Vol. XII, 1913-1914, pp. 538 y ss.; en concreto, p. 561.

38 Austin SCOTT, “Holmes vs. Walton: The New Jersey Precedent”, en *The American Historical Review*, Vol. 4, No. 3, April, 1899, pp. 456 y ss.; en concreto, p. 465.

39 Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 335.

la Convención Federal, añade Berger, la disponibilidad de la *judicial review* fue repetidamente mantenida por los delegados que ejercieron el liderazgo, siendo pocas y débiles las voces de los disidentes.

Acabamos de aludir a cómo la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes podía entenderse implícita en algunas de las previsiones constitucionales, habiéndonos hecho eco específicamente de la cláusula de supremacía. Pero aún habría que añadir, que una interpretación sistemática de diversos preceptos constitucionales refuerza todavía más nuestra anterior apreciación<sup>40</sup>. Recordemos que la *supremacy clause* del Art. VI y la sección segunda del Art. III (“The judicial power shall extend to all cases in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority...”) suelen considerarse las normas que habilitan al *Judiciary* para el ejercicio de esta función. Es verdad que la formulación de la cláusula de supremacía no ha dejado de suscitar algunas dudas por parte de la doctrina. Autor tan versado en la materia como Corwin, hace ya un siglo, se planteaba en relación a esa cláusula algunos interrogantes<sup>41</sup>: ¿Por qué la Convención, una vez fijada la supremacía de la Constitución, consideró necesario ordenar a los jueces estatales que prefirieran la *supreme law of the land* frente a las leyes a ella subordinadas? Si se tiene en cuenta que cualquier doctrina de la *judicial review* debe descansar en parte sobre la idea de una ley superior a otra y si el hecho de la superioridad del Derecho nacional sobre el Derecho estatal no proporcionaba, a juicio de la Convención, la suficiente seguridad, ¿por qué no se entendía del mismo modo insuficiente la análoga superioridad de la Constitución respecto de las leyes del Congreso? La respuesta a estos

---

40 La conclusión que los *Framers* plasmaron en el texto constitucional, a juicio de Berger, es completamente inteligible hoy. “When the Article VI Supremacy Clause ---argu-menta este autor--- provision that laws made <pursuant to> this Constitution shall be <the Supreme Law of the Land> is real in conjunction with the Article III grant of jurisdiction to entertain <cases... arising under this Constitution>, it seems plain that courts were authorized to decide that laws which were not pursuant to the Constitution were not the <Supreme Law of the Land>. To the ordinary understanding, a claim that a federal <law> is not <pursuant> to the Constitution presents a question <arising> thereunder. The attempts to deprive those texts of their ordinary meaning seem to me altogether unconvincing, and they are repelled by the expressions of the Founders who pointed out that those provisions made judicial review available”. BERGER, Raoul (1974): 335-336.

41 Edward S. CORWIN, “Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review”, *op. cit.*, p. 545.



interrogantes no deja de ser relativamente clara: los jueces a quienes se dirige el mandato del Art. VI son jueces estatales, esto es, jueces de una jurisdicción independiente; por lo mismo, la Convención consideró que su deber de priorizar el Derecho nacional frente al estatal debía ser declarado en términos inequívocos.

En resumen, aunque los *Founding Fathers* no plasmaron en una cláusula constitucional específica la *judicial review*, hay argumentos suficientes, y en ello concuerda una gran parte de la doctrina, para entender que tal facultad judicial fue implícitamente admitida por los constituyentes norteamericanos, si es que no considerada como algo preexistente, en cuanto connatural a la propia función desempeñada por el *Judiciary*.

## 2. La Constitución federal ante las Convenciones estatales de ratificación

El Art. VII de la Constitución exigía su ratificación por las Convenciones de nueve Estados (de los trece en aquel momento existentes) para que la misma pudiese entrar en vigor, aunque tan solo en los Estados en que hubiese sido ratificada. Ello difería sensiblemente de lo establecido por los *Articles of Confederation*, que habían exigido la necesaria ratificación por los trece Estados. La trascendencia del proceso de ratificación, que algún autor ha tildado de “a sort of re-convention”<sup>42</sup>, iba a ir mucho más allá del mero cumplimiento de un mandato constitucional. Los *Founders* comprendieron a la perfección que la autoridad constitucional iba a proceder, sustancialmente, del proceso de ratificación. Ni la tradición del *common law* ni la del Derecho natural iban a ocupar la imaginación jurídica americana, pues como escribe Kahn<sup>43</sup>, los americanos pensaban que la creación de su identidad política había de verse en un acto de elaboración de Derecho positivo. Por lo mismo, el pensamiento político americano llegó a ser en gran parte “a matter of legal construction of the Constitution rather than abstract speculation”<sup>44</sup>. Ignorar esta circunstancia sería ignorar un hecho central sobre la naturaleza política americana y sobre la propia Constitución.

---

42 Lawrence GOLDSTONE, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Review*, New York, Walker & Company, 2008, p. 32.

43 Paul W. KAHN, *The Reign of Law (Marbury v. Madison and the Construction of America)*, New Haven and London, Yale University Press, 1997, p. 1.

44 Carl J. FRIEDRICH, and Robert G. McCLOSKEY, “The Roots of American Constitutionalism”, en la obra *From the Declaration of Independence to the Constitution*,

El proceso de ratificación enfrentó a los defensores incondicionales de la carta constitucional, que iban a ser llamados “Federalistas”, que vieron en ella un instrumento de fortalecimiento de una nación hasta ese momento fragmentada, con los que se oponían a la misma, que en un primer momento serían identificados, desde una óptica puramente negativa, como los “anti-Federalistas” (reunidos posteriormente en el que se denominaría partido Republicano, que lideraría Jefferson), que estaban convencidos de que la creación de una autoridad centralizada a la que se dotaba de poderes un tanto indefinidos y, por lo mismo, difícilmente controlables, era un primer paso hacia la tiranía.

La Constitución, como es de sobra conocido, omitió incluir en su articulado una declaración de derechos, según algún autor<sup>45</sup>, muy posiblemente por creer los delegados reunidos en Filadelfia que las libertades individuales se hallaban implícitas en la Constitución que ellos diseñaron. Y aunque así no fuera, pues la interpretación precedente no deja de ser discutible, es bastante probable que los delegados tuvieran muy presente que todo lo atinente a las libertades individuales era una competencia estatal. En cualquier caso, esta omisión ha sido considerada por la mejor doctrina<sup>46</sup> como el gran error táctico de la Convención (“the one great tactical miscalculation of the Convention”). Y desde luego, los anti-Federalistas hicieron un *casus belli* de la inexistencia de un *Bill of Rights*, lo que finalmente se resolvió a través del compromiso que supuso la incorporación (formalizada, como ya dijimos, el 15 de diciembre de 1791) de las diez primeras Enmiendas al texto constitucional. No es irrelevante recordar ahora que, cuando así quedó establecido, Madison se pronunció en el sentido de visualizar a los tribunales como los guardianes de aquellos derechos, añadiendo de inmediato: “they would be an impenetrable bulwark against every assumption of power in the Legislative or executive; they will be naturally led to resist every encroachment upon rights expressly stipulated for in the

---

edited by Carl J. Friedrich and Robert G. McCloskey, Indianapolis/New York, The Bobbs-Merrill Company, Inc., pp. VII y ss.; en concreto, p. LVIII.

45 Lawrence GOLDSTONE, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York, Walker & Company, 2008, p. 35.

46 Carl J. FRIEDRICH, and Robert G. McCLOSKEY, “The Roots of American Constitutionalism”, *op. cit.*, p. LV.



Constitution by the declaration of rights”<sup>47</sup>. En el fondo de su reflexión, Madison estaba visualizando al *judiciary* como el último garante de los derechos constitucionales frente a cualquier posible vulneración de los mismos por los otros dos poderes federales, lo que en el caso de provenir tal violación del legislativo, por intermedio de un texto legal, entrañaba el reconocimiento latente de la facultad de revisión judicial de esos actos legislativos vulneradores de derechos.

Añadamos que, junto a los derechos, la otra gran cuestión objeto de controversia en las Convenciones estatales de ratificación fue la relativa al *federal judiciary*. Los anti-Federalistas mostraron su profunda preocupación por las disposiciones constitucionales relativas al poder judicial, al temer que los tribunales federales se pudiesen convertir en una auténtica amenaza contra las libertades locales<sup>48</sup>.

#### **A) Algunos posicionamientos sobre la *judicial review* en estas Convenciones**

- I. En el ámbito del debate surgido en las Convenciones estatales de ratificación iba a hallarse presente, como no podía suceder de otro modo, la cuestión de la *judicial review*. En ellas, con el ánimo de calmar el temor que desencadenaba la posibilidad de futuros excesos por parte del Congreso, se dieron inequívocas seguridades acerca de que los tribunales declararían nulas las transgresiones de los límites

---

47 *Apud* Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, Chicago & London, Phoenix Books, University of Chicago Press, 1967, reprinted, pp. 26-27.

48 Familiarizados con un sistema judicial estatal en el que los jurados tenían un decisivo peso, al corresponderles la facultad de pronunciarse tanto sobre los hechos como sobre el Derecho aplicable, los anti-Federalistas temían que el Congreso pudiera crear tribunales federales en los que fuese competencia de los propios jueces determinar el Derecho y los hechos, lo que debilitaría el poder de los Estados. De ahí, como se admite generalizadamente por la doctrina, algunas de las previsiones incorporadas al *Bill of Rights*, y en particular, de las Enmiendas VI y VII. Esta última garantizaba el derecho a un juicio por jurados en aquellos casos civiles en que la cantidad en controversia superara los 20 dólares (“in suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars”). En cuanto a la primera, protegía adicionalmente el derecho a un juicio por jurados en procesos criminales (ya contemplado por el párrafo tercero de la Sección 2ª del Art. III de la Constitución), a través de la garantía de que el jurado sería extraído del distrito en el que el supuesto delito hubiese sido cometido. Adicionalmente, la Enmienda VII garantizaba que ningún hecho declarado por un jurado pudiera ser reexaminado por ningún tribunal federal, mas que de conformidad con “the rules of the common law”.

constitucionales que se llevaran a cabo por el Congreso. Por lo demás, parece claro que en estas Convenciones no se suscitaron voces disidentes, ni de condena de la *judicial review*, ni de reivindicación de la supremacía legislativa. La doctrina ha recordado<sup>49</sup>, que en al menos siete de esas Convenciones los líderes de los delegados declararon que la Constitución autorizaba la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. Por contra, en ninguna de esas Convenciones negó nadie que los tribunales pudieran rehusar hacer cumplir las leyes federales inconstitucionales. Ni nadie admitió en ellas en ningún momento que desconociera o ignorara el mecanismo de la revisión judicial.

Particular relevancia iban a tener los posicionamientos vertidos sobre esta facultad de revisión judicial en las Convenciones de Virginia y Nueva York, y ello por razones muy diversas, que van desde el enorme peso específico de esos Estados en la Unión, hasta el hecho de vital trascendencia que se suponía había de tener su posición sobre la Constitución en el éxito final del proceso de ratificación<sup>50</sup>, pasando por la enorme relevancia intelectual y jurídica de varios de los delegados intervinientes en el debate desencadenado por la cuestión que nos ocupa en el seno de esas dos Convenciones. La propia trascendencia de la controversia que al respecto se suscitó en el Estado de Nueva York nos conduce a dedicarle un epígrafe específico, centrándonos ahora en Virginia y en algunas otras Convenciones estatales en las que la cuestión tampoco pasó ni mucho menos desapercibida.

En la Convención de Virginia iban a intervenir personalidades tan relevantes como el Gobernador del Estado, Edmund Randolph, el presidente de la *Virginia Court of Appeals*, Edmund Pendleton y el propio John

---

49 Saikrishna B. PRAKASH, and John C. YOO, "The Origins of Judicial Review", en *University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, Vol. 70, 2003, pp. 887 y ss.; en concreto, p. 956.

50 Para comprender esta circunstancia conviene tener en cuenta que, *a priori*, se suponía que la resistencia a la ratificación era insuperable en cuatro Estados (New Hampshire, Maryland, Rhode Island y North Carolina), lo que dejaba a Virginia y Nueva York como Estados claves, pues si las previsiones se cumplían, sin esos Estados era imposible alcanzar los nueve necesarios que la Constitución exigía para que pudiese entrar en vigor. Las previsiones no se cumplieron en su totalidad, pues cuando Virginia, primero, y Nueva York después, ratificaron la Constitución, un total de once Estados, incluyéndoles a ellos, lo habían hecho. Sólo North Carolina y Rhode Island se seguían resistiendo.

Marshall, así como anti-Federalistas tan destacados como el anterior Gobernador, Patrick Henry, George Mason y James Madison.

Marshall iba a anticipar en sus intervenciones la doctrina que años después plasmaría en la *Marbury opinion*, haciendo hincapié en la idea de la *judicial review* como un efectivo instrumento de control sobre el Congreso. Vale la pena recordar algunas de sus reflexiones al respecto:

“¿Tiene el gobierno de los Estados Unidos ---se interrogaba John Marshall--- un poder para hacer leyes sobre cualquier materia? ¿Puede hacer leyes que afecten al modo de transferir la propiedad, a los contratos, a las demandas entre ciudadanos del mismo Estado? ¿Puede ir más allá de los poderes delegados? Si ellos hicieran una ley no autorizada por ninguna de las competencias enumeradas, tendría que ser considerada por los jueces como una infracción de la Constitución (“an infringement of the Constitution”) que ellos han de guardar. Ellos (en referencia ahora a los jueces) no considerarían que tal ley entrara en su jurisdicción. La declararían nula (“They would declare it void”)”<sup>51</sup>.

Madison confirmaría ante los delegados a la Convención de Virginia, que la Constitución autorizaba la *judicial review*. Ni siquiera los anti-Federalistas más furibundos negaron la existencia de la facultad de revisión judicial de la legislación federal. Su ataque provino justamente de la consideración de que este instrumento, que no cuestionaban, era ineficaz para combatir los posibles abusos del Congreso. Y así, Patrick Henry, su líder, esgrimió que el *federal judiciary* carecía de fuerza (“fortitude”) para ignorar las leyes inconstitucionales, pues no era lo suficientemente independiente del Congreso; éste, además, podía acusar (“to impeach”) a los jueces o, de modo alternativo, aumentarles sus salarios a fin de hacerlos más dóciles. Frente a la debilidad del poder judicial federal, Henry contraponía la fortaleza del *state judiciary*. “I take it ---diría Henry--- as the highest encomium of this country (Virginia), that the acts of the Legislature, if unconstitutional, are liable to be opposed by the Judiciary”<sup>52</sup>. Como se puede ver, el líder de los anti-Federalistas llevaba a cabo en la Convención de su Estado una defensa encendida de la virtualidad de la *judicial review*, y si algo recriminaba al *federal judiciary* iba a ser justamente el no ver en él la fortaleza suficiente

---

51 Charles A. BEARD, “The Supreme Court – Usurper or Grantee?”, *op. cit.*, p. 25.

52 *Apud* Saikrishna PRAKASH, and John C. YOO, “The Origins of Judicial Review”, *op. cit.*, p. 962.

para ser capaz de, como hacían los tribunales virginianos, oponerse eficazmente a las leyes federales inconstitucionales. Nadie pareció cuestionar en la Convención de Virginia la conveniencia de la *judicial review*.

- II. La controvertida cuestión, como antes dijimos, no iba a pasar desapercibida en otras Convenciones estatales. En la *Connecticut Ratifying Convention*, el 7 de enero de 1788, Oliver Ellsworth, que ocuparía la *Chief Justiceship* inmediatamente antes de Marshall, y a quien se atribuye de modo generalizado la paternidad de la *Judiciary Act* de 1789, en relación a la Constitución objeto de ratificación y al rol judicial frente a los posibles excesos que el legislador federal pudiera llevar a cabo, iba a mantener lo que sigue:

“Esta Constitución define la extensión de los poderes del gobierno general. Si la legislatura general, en alguna ocasión, pasara por alto sus límites, el departamento judicial haría un control constitucional (“a constitutional check”). Si los Estados Unidos van más allá de su competencia y hacen una ley que la Constitución no autoriza, es nula (“it is void”), y el poder judicial, los jueces nacionales, que, para asegurar su independencia, han de ser hechos independientes, la declararán nula. De otro lado, si los Estados van más allá de sus límites, si hacen una ley que es una usurpación respecto del gobierno federal, la ley es nula, y jueces rectos e independientes la declararán así...”<sup>53</sup>.

La visión del *federal judiciary* como garante de la Constitución a través de la revisión judicial es inequívoca por parte de este gran jurista, que estaba llamado a presidir el Tribunal Supremo unos pocos años después.

En la Convención de Pennsylvania, los opuestos a la ratificación no dudaban acerca de que la Constitución autorizaba la *judicial review* de las leyes federales, cuestionando tan solo (como acontecería con John Smilie y Robert Whitehill), al igual que sucediera en Virginia por parte de algunos anti-Federalistas, la eficacia de tal mecanismo judicial. Frente a tales dudas, James Wilson, de modo harto convincente, iba a incluir la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes entre los diversos “checks on the federal government”. Sus argumentos iban a ser enteramente convincentes:

---

53 *Apud* Philip B. KURLAND, and Ralph LERNER (edited by), *The Founders' Constitution*, Vol. IV, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1987, p 232.

“I say, under this Constitution, the legislature may be restrained, and kept within its prescribed bounds, by the interposition of the judicial department (...). (I)t is possible that the legislature, when acting in that capacity, may transgress the bounds assigned to it, and an act may pass, in the usual mode, notwithstanding that transgression; but when it comes to be discussed before the judges – when they consider its principles and find it to be incompatible with the superior power of the Constitution, it is their duty to pronounce it void. And judges, independent and not obliged to look to every session for a continuance of their salaries will behave with intrepidity and refuse to the act the sanction of judicial authority”<sup>54</sup>.

Tampoco en la Convención de Maryland faltaron alusiones en relación a la función de garantía y salvaguarda de la Constitución que el *federal judiciary* estaba llamado a cumplir. En tal sentido, Luther Martin se manifestaba con toda claridad, como muestran estas reflexiones: “Whether, therefore, any laws or regulations of the Congress or any act of its president or the officers are contrary to, or not warranted by, the Constitution, rests only with the judges who are appointed by Congress to determine; by whose determinations every state must be bound”<sup>55</sup>.

III. De los datos expuestos sería, desde luego, por entero exagerado extraer la conclusión de que el control judicial de constitucionalidad de las leyes fue objeto en las Convenciones de un detenido tratamiento y de una específica y generalizada aceptación. Que en buen número de ellas la cuestión salió a relucir, es evidente; que no fue objetada e incluso se aceptó por los anti-Federalistas, que vieron en la *judicial review* un instrumento de control de las posibles actuaciones inconstitucionales del Congreso, y que si algo objetaron frente a ella fue su convencimiento de que el *federal judiciary* no tendría la independencia suficiente para llevar hasta sus últimas consecuencias este mecanismo de fiscalización, también nos parece sustentable. Bien es verdad que, a modo de contrapartida, la *judicial review* de las leyes estatales llevada a cabo por el poder judicial federal no dejó de suscitar los más serios temores. En todo caso, lo que parece indiscutible es que el instituto de la *judicial review* fue planteado, debatido y, no sin ciertos matices, admitido en algunas de estas Convenciones.

---

54 *Apud* Saikrishna B. PRAKASH, and John C. YOO, “The Origins of Judicial Review”, *op. cit.*, p. 956.

55 *Apud* Charles A. BEARD, “The Supreme Court – Usurper or Grantee?”, *op. cit.*, p. 26.

Las Convenciones estatales de ratificación proyectaron el debate hacia los medios de comunicación. Fueron muchos los comentarios publicados en los periódicos y en diversos folletos acerca del significado de las previsiones constitucionales (innecesario es decir que *The Federalist Papers* vinieron a suponer el ejemplo paradigmático), lo que no cabe duda de que constituiría una fuente adicional de conocimiento del mayor interés, entre otras razones, por la personalidad y relieve de muchos de los participantes en ese debate público. Existe un amplio acuerdo entre la doctrina acerca de que tanto los escritores Federalistas como los anti-Federalistas convergieron en asumir que la Constitución autorizaba la *judicial review*, discrepando básicamente acerca de la operatividad de ese instrumento puesto a disposición de los jueces. Mientras los primeros se esforzaron por demostrar que la *judicial review* era un mecanismo de control de gran utilidad frente a los posibles excesos en que pudieran incurrir las dos grandes *branches* del gobierno federal, los segundos minimizaban su importancia por la supuesta falta de independencia del poder judicial federal. Vale la pena recordar las reflexiones publicadas en la edición del 21 de enero de 1788 del *Daily Advertiser* de Nueva York por John Stevens, Jr., bajo el seudónimo de “Americanus”, a modo de réplica frente a las objeciones a la Constitución hechas públicas por Edmund Randolph: “Constitution itself ---escribía quien suscribía como “Americanus”--- is a supreme law of the land, unrepealable by any subsequent law: every law that is not made in conformity to that, is in itself nugatory, and the Judges, who by their oath, are bound to support the Constitution as the supreme law of the land must determine accordingly”<sup>56</sup>.

En este contexto, en Nueva York, el debate público desencadenado por la ratificación iba a alcanzar su más altas cumbres. De ahí que le dediquemos un epígrafe específico.

## **B) La Convención de Nueva York y el enfrentamiento doctrinal que desencadenó en los medios de comunicación. “Publius vs. Brutus”**

I. Entre el 17 de junio y el 28 de julio de 1778 iba a tener lugar en la pequeña ciudad de Poughkeepsie, ubicada junto al río Hudson, la Convención de Nueva York. Su importancia era crucial para el

---

56 *Apud* Saikrishna B. PRAKASH, and John C. YOO, “The Origins of Judicial Review”, *op. cit.*, p. 966.



devenir de la Constitución. Se preveía un duro enfrentamiento entre partidarios y adversarios de la Carta constitucional, y la realidad de los acontecimientos no desmintió las previsiones, pues la Convención, que ha sido caracterizada como “an exercise in high drama”<sup>57</sup>, propició un memorable enfrentamiento entre el brillante, mercurio y versátil Alexander Hamilton<sup>58</sup> y el decidido líder estatal de los anti-Federalistas,

---

57 Lawrence GOLDSTONE, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, op. cit., p. 55.

58 La personalidad de Alexander Hamilton, nacido en las Antillas en 1757, y que bien puede ser considerado uno de los más cultivados juristas norteamericanos de la época, es digna de que le dediquemos una cierta atención. Comencemos señalando que Hamilton no sólo fue un agudo escritor, sino también, y en perfecta armonía con lo anterior, un lector omnívoro. Beloff recuerda, que incluso durante su servicio como capitán de artillería, en la primera parte de la guerra revolucionaria que condujo a la Independencia, Hamilton encontró tiempo para leer obras que, entre los antiguos, incluían a Cicerón, Demóstenes y Plutarco. Entre los modernos, leyó en aquella época los “Ensayos” de Bacon, el “Emilio” de Rousseau, los “Diálogos” de Hobbes, el “Carlos V” de Robertson, la “Historia de Francia” de Millot, la “Historia de Nueva York” de Smith y el “Diccionario de Industria y Comercio” de Ralt. Antes de que hiciera del Derecho su profesión, Hamilton había leído, entre otros autores, a Blackstone, Grocio y Pufendorf. (Max BELOFF, “Introduction”, en Alexanderr Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist or, the New Constitution*, edited by Max Beloff, Oxford, Basil Blackwell, 1948, pp. VII y ss.; en concreto, p. LVII).

Hamilton, que se convertiría con el paso del tiempo en el líder de los llamados *High Federalists*, rama del partido Federalista que terminaría enfrentándose a los *Federalists* del Presidente John Adams, según un sector de la doctrina, adoptó una posición favorable a una aristocracia adinerada y a una sociedad jerarquizada ((Douglass ADAIR, “The Authorship of the Disputed Federalist Papers”. Part I, en *The William and Mary Quarterly (Wm. & Mary Q.)*, Third Series, Vol. 1, No. 2, April, 1944, pp. 97 y ss.; en concreto, p. 107)), por lo que no debe en absoluto extrañar el dato, asimismo destacado por la doctrina, de que en la Convención Constitucional de Filadelfia Hamilton se mostrara mucho más preocupado por la seguridad de los derechos de propiedad que por la protección de las libertades civiles (Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, op. cit., p. 25). También Boudin ha destacado que tanto Hamilton como John Adams, desde el primer momento, estuvieron más interesados por la propiedad que por la democracia ((Louis B. BOUDIN, “Majority Rule and Constitutional Limitations”, en *Lawyers Guild Review (Law. Guild Rev.)*, Vol. 4, 1944, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 2)). Pero lo cierto será que, no obstante el contrastado conservadurismo de Hamilton, a éste autor corresponderá el mérito de sentar la primera gran construcción dogmática de un instituto de tanta trascendencia para el constitucionalismo futuro como estará llamada a ser la *judicial review*. Y desde luego, la construcción de Hamilton influirá extraordinariamente en la doctrina establecida al efecto por el *Chief Justice* John Marshall en su celeberrimo caso *Marbury vs. Madison*, hasta el extremo de poder sostenerse que Marshall seguirá muy de cerca la argumentación de Hamilton.

el Gobernador del Estado George Clinton. La Convención se prolongó durante más tiempo que ninguna otra, y posiblemente ofreció los más brillantes ejercicios dialécticos. Sin embargo, lo que hizo imborrable para la memoria la enconada lucha para la ratificación del código constitucional federal que tuvo lugar en esta Convención no fueron tanto los “enconados tortazos” (“slugfest”) ---dialécticos, claro está--- que según Goldstone<sup>59</sup> se dieron en la Convención, sino más bien el etéreo debate público que desde meses antes venía teniendo lugar en la ciudad.

La batalla literaria en relación a la ratificación constitucional se iniciaba el 27 de septiembre de 1787, muy pocos días después por tanto de que se pusiese punto final a la Convención de Filadelfia. La iniciaba el Gobernador del Estado de Nueva York, Clinton, en un artículo publicado bajo el seudónimo de “Cato”. Cinco días después, le replicaba Hamilton en una carta pública firmada como “Caesar”, término que no debe extrañar, pues es bien conocida la pasión de Hamilton por el mundo de la Antigüedad clásica, particularmente por el pensamiento romano y por el personaje del Cónsul *Caius Iulius Caesar*. En su artículo, Hamilton señalaba que había ciudadanos que para conseguir sus propios fines privados inflamaban las mentes bienintencionadas de los sectores menos inteligentes y formados de la comunidad. Tras otras dos cartas de similar cariz, Hamilton debió pensar que era necesario otro tipo de réplicas a los artículos de “Cato”, y ahí sin duda comenzó a fraguarse *El Federalista*.

El 18 de octubre, tres semanas después del primer artículo de “Cato”, el *New York Journal* publicaba un artículo firmado, como era muy habitual en la época, por otro seudónimo, esta vez “Brutus”, y dirigido “a los ciudadanos del Estado de Nueva York”. Sería el primero de un conjunto de 18 ensayos enmarcados asimismo en la polémica desencadenada por la ratificación de la Constitución federal, en una línea ideológica inequívocamente anti-Federalista, cuya publicación finalizó el 10 de abril de 1788. Aunque todavía hoy no se tiene absoluta certeza de la identidad de “Brutus”, la doctrina cree de modo generalizado que corresponde a Robert Yates<sup>60</sup>, quien, recordémoslo, fue uno de los delegados de Nueva

---

59 Lawrence GOLDSTONE, *The Activist. John Marshall...*, op. cit., pp. 55-56.

60 Robert Yates parece que eligió su seudónimo de “Brutus” con mucho cuidado. Aunque ese nombre se asocia ahora popularmente casi en exclusiva al hombre que, en nombre de la supuesta salvación de la República frente a la tiranía, dirigió la conjura que culminó



York en la Convención de Filadelfia. Yates se negaría a firmar el texto de la Constitución, lo que ya es bien significativo de su posición.

- II. Nueve días después de la publicación del primer ensayo de “Brutus”, en un periódico rival, el *New York Independent Journal*, se publicaba otro en ensayo suscrito bajo el seudónimo de “Publius”<sup>61</sup>, que vino a constituir, tal y como la doctrina admite generalizadamente, una respuesta a “Brutus”. Era el primero de los 85 artículos que, a cortos intervalos de tiempo, entre el 27 de octubre de 1787 y el 16 de agosto de 1788, habrían de publicar Hamilton, Madison y Jay en la ciudad de Nueva York<sup>62</sup>. En un primer momento (justamente hasta el 4 de

---

en el asesinato a puñaladas de Julio César el 15 de marzo del año 44 a. J. C. (Idus de marzo), cabe recordar que, hacia fines del siglo XVIII, los conocedores del mundo romano estaban también al corriente de la existencia de un personaje de nombre *Lucius Junius Brutus*, quien en el siglo VI a. J. C. encabezó con éxito una revuelta contra el último rey romano, Tarquinio el Soberbio, convirtiéndose de esta forma en uno de los fundadores de la República Romana. En cualquier caso, no cabe echar en el olvido la profunda admiración, a la que ya hemos aludido, que Hamilton sentía hacia Julio César. A este respecto, se ha escrito, que Hamilton “admired Caesar above all men who had ever lived”, para añadirse, que en su ambición de situarse en la más alta cima de su país fue “the one major leader among our Founding Fathers who had the desire, the will, and the capacity to attempt a policy of Caesarism in which he was the destined Caesar” ((WILLIAM and MARY NOTE, “A Note on Certain of Hamilton Pseudonyms”, en *The William and Mary Quarterly (Wm. & Mary Q.)*, Third Series, Vol. XII, No. 2, April, 1955, pp. 282 y ss.; en concreto, pp. 291 y 295)). Esta consideración no deja de contrastar con una específica afirmación que en su día hizo Alexander Hamilton, refiriéndose a su gran enemigo, Aaron Burr, que sería finalmente quien lo asesinara en un duelo artero, recurriendo al efecto a la figura justamente de Julio César: “If we have an embryo-Caesar in the United States ---declaró Hamilton--- this Burr”. ((*Apud* Thomas P. GOVAN, “Alexander Hamilton and Julius Caesar: A Note on the Use of Historical Evidence”, en *The William and Mary Quarterly (Wm. & Mary Q.)*, Third Series, Vol. 32, No. 3, July, 1975, pp. 475 y ss.; en concreto, p. 477)).

61 El seudónimo utilizado tiene que ver con *Publius Valerius*, un eminente estadista de la República Romana, cuya fama y poder se encumbraron después de que *Lucius Junus Brutus* muriera en la batalla contra el anteriormente mencionado Rey Tarquinio, intentando evitar que éste recuperara el Trono. Tan popular llegó a ser *Publius Valerius* entre la ciudadanía de Roma, que le fue concedido el tratamiento honorífico de *Publicola*, que según Plutarco significaba, en su versión inglesa “people-cherisher”, esto es, “el más querido por el pueblo”. Cfr. al efecto Lawrence GOLDSTONE, *The Activist. John Marshall...*, *op. cit.*, pp. 57-58.

62 A partir del ensayo aparecido el 27 de octubre, los sucesivos artículos fueron publicándose no sólo en el *New York Independent Journal*, sino también en otros periódicos, a intervalos por lo general de tres días, apareciendo por lo común dos ensayos al mismo tiempo. La publicación se interrumpió el 4 de abril de 1788 con el N° 77,

abril de 1788) se publicaron un total de 77, a los que se habrían de añadir otros 8 que aparecieron tras un pequeño lapso de tiempo. En marzo de 1788, cuando aún estaban apareciendo estos comentarios del texto de la Constitución que se pretendía ratificar, los primeros 36 artículos se publicaron de modo conjunto.

Como "Brutus", "Publius" no reveló su identidad, y el anonimato se mantuvo durante la década final del siglo y los primerísimos años del XIX, no obstante la enorme difusión de la obra no sólo en los Estados Unidos, sino también en gran parte de Europa. Finalmente, en julio de 1804, como su mortal duelo con Aaron Burr se revelaba muy cercano, Alexander Hamilton, quizá con la premonición de la muerte, tratando de poner sus asuntos en orden, tan sólo dos días antes del fatal duelo, hizo una corta visita a la oficina legal de su amigo Egbert Benson y, según los historiadores, ocultó ostentosamente en el libro de casos de su amigo un pequeño documento escrito de su propia mano, que revelaba que los ensayos del *Federalist* habían sido escritos a iniciativa suya y que "Publius" era de hecho un triunvirato, procediendo a identificar a los tres autores por los números de los diversos ensayos del *Federalista*. Aunque la precisa autoría de este casi centenar de artículos ha sido discutida<sup>63</sup>, hoy parece admitirse de modo bastante generalizado, que del total de 85 ensayos, John Jay, primer presidente de la *Supreme Court*, escribió 5, Madison, con certeza, 14 y Hamilton, con toda seguridad, 51. Otros tres fueron escritos de modo conjunto por Hamilton y Madison, resultando muy controvertida la paternidad de los doce restantes. Como puede apreciarse con estos datos, Hamilton no solamente fue quien tuvo la feliz iniciativa, sino que a él correspondió el protagonismo indiscutible de este texto que hoy creemos que puede considerarse uno de los libros señeros de la ciencia política de todos los tiempos.

Tras su aparición, la totalidad de los artículos se publicaron en dos volúmenes bajo el título de *The Federalist*, siendo de reseñar que los ensayos fueron poco después traducidos al francés, justamente a tiempo de que se hallaran en París en los frenéticos momentos de la Revolución.

---

reanudándose el 17 de junio y quedando definitivamente concluida el 16 de agosto, ya finalizada pues la Convención.

63 Cfr. al respecto, Douglass ADAIR, "The Authorship of the Disputed Federalist Papers" (Part I), *op. cit.*, p. 102.

Los ensayos del *Federalista* se concibieron con la presión propia de una gran crisis en los acontecimientos del momento, escribiéndose con una prisa que a menudo bordeaba lo frenético, y publicándose como si se trataran de las noticias más efímeras del momento. Autores norteamericanos de tanta relevancia como Bryce y Beard, tiempo atrás, o Rossiter, más recientemente, han valorado extraordinariamente esta impercedera obra. En su célebre libro *The American Commonwealth*, Bryce consideraba al *Federalist* como “el comentario clásico de la Constitución”, y en su no menos notable obra *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, Beard calificaría el *Federalista* de “un ejemplo maravilloso de argumentación”<sup>64</sup>, mientras que Rossiter consideraría estos ensayos “the most important work in political science that has ever been written, or is likely ever be written, in the United States”<sup>65</sup>, no obstante lo cual el propio autor admitiría que *The Federalist* iba a ofrecer pocos signos de inmortalidad a su nacimiento, apareciendo de hecho como uno de los cientos de salvas (“one of several hundred salvos”) en la ruidosa guerra de palabras que acompañó a la prolongada lucha desencadenada en torno a la ratificación de la Constitución, bien que Washington, con una visión trascendente, escribiría a Hamilton, indicándole que la obra seguiría mereciendo la atención de la posteridad una vez finalizadas las peculiares circunstancias a las que su publicación respondió. El propio Tocqueville consideraría al *Federalist* como “un valioso libro que, aunque se refiere especialmente a Norteamérica, debería ser familiar a los hombres de Estado de todos los países”<sup>66</sup>.

Los artículos de los *Federalist Papers* se escribieron con un propósito fundamentalmente práctico, siendo su redacción clara y con pocas ambigüedades. Son de modo primario un comentario a la Constitución de los Estados Unidos, que adquiere un enorme valor a la vista del significativo dato de que sus dos autores principales participaron activamente en la *Constitutional Convention*. Muy posiblemente, este especial protagonismo alcanzado por Hamilton y Madison en el proceso constituyente ha llevado a Furtwangler a visualizar los textos del *Federalist* como “seminal writings

---

64 Apud Gustavo R. VELASCO, “Prólogo”, en Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista*, op. cit., p. XI.

65 Clinton ROSSITER, “Introduction”, en Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers*, op. cit., pp. VII-VIII.

66 Alexis de TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Vol. 1, Madrid, Alianza Editorial, 1989, 2ª reimpr. en “El Libro de Bolsillo”, p. 398, nota 8.

of the Founders, ranking just after the Declaration of Independence and the Constitution itself as explanations of the shape of American politics and institutions”<sup>67</sup>. Pero como se admite generalizadamente, y algunas de las referencias de los autores precedentemente citados ya dejan claro, el *Federalista* es bastante más que un autorizado y valioso comentario constitucional. Propios y extraños, recuerda Velasco<sup>68</sup>, reconocieron desde un principio que, además de esta utilidad especial *El Federalista* posee un interés y un valor generales. Tomados uno a uno muchos de los artículos invitan a un estudio detenido por el tratamiento que llevan a cabo de temas tales como el federalismo, el gobierno representativo, el sistema de *checks and balances*, la *judicial review* o las garantías de los derechos.

*The Federalist*, en su momento, ejerció tan solo una pequeña influencia en el curso de los acontecimientos que se sucedieron al hilo del enfrentamiento en pro y en contra de la ratificación de la Constitución. “Publius” se dirigió de modo primigenio a una selecta audiencia de hombres cultos, razonables y bien situados socialmente, que en su gran mayoría ya estaban convencidos de la necesidad de un cambio en el sistema de gobierno. Hamilton y Madison ofrecieron sus propias respuestas a algunas de las más antiguas cuestiones planteadas por la teoría política, y como de nuevo señala Rossiter<sup>69</sup>, puede decirse con absoluta seguridad, que ninguna respuesta más elocuente, más sumamente cuidada e instructiva se ha dado nunca por una pluma americana a tales problemas. Como adicionalmente escribe Furtwangler<sup>70</sup>, “Hamilton and Madison have here set down their leading ideas about government in America. Even if they were not heeded when the first appeared, these essays contain the considered views of two of the architects of the Constitution, who soon became its leading interpreters. This idea has persisted for two centuries and still holds sway”. No ha de extrañar que haya sido así, y no solo por la relevante participación de los dos principales autores en el proceso constituyente, sino también, refiriéndonos ahora de modo específico al inspirador de estos comentarios y al principal autor de los mismos, porque Hamilton era un retórico natural,

---

67 Albert FURTWANGLER, *The Authority of Publius (A Reading of the Federalist Papers)*, Ithaca (New York) and London, Cornell University Press, 1984, reprinted, p. 17. (First published by Wesleyan University Press in 1961).

68 Gustavo R. VELASCO, “Prólogo”, *op. cit.*, p. XI.

69 Clinton ROSSITER, “Introduction”, *op. cit.*, p. XIV.

70 Albert FURTWANGLER, *The Authority of Publius*, *op. cit.*, p. 23.

en el mejor sentido de la palabra, esto es, escribía para persuadir, no para hacer un mero alarde de su frondoso conocimiento, y además, como se ha dicho<sup>71</sup>, dominaba con singular maestría esa habilidad indispensable en todo autor popular: el conocer cómo clarificar cuestiones complicadas sin caer en simplificaciones deformadoras.

**C) La construcción dogmática desarrollada por Hamilton en el número LXXVIII de los *Federalist***

*Papers acerca de la judicial review.*

**a) Proemio: las prevenciones de Madison en el número XLVIII frente al peligro de “*an elective despotism*”**

La obra que estamos comentando presenta para nosotros el interés básico de ofrecernos en uno de los comentarios escrito por Hamilton, el artículo LXXVIII<sup>72</sup>, primero de los dedicados al *federal judiciary*, esto es, al departamento judicial, una imponente construcción dogmática fundamentadora de la doctrina de la *judicial review*. En ese artículo, Hamilton sentará las bases de la facultad de revisión judicial de las leyes y actos contrarios a la Constitución, proporcionando, como escribe Treanor<sup>73</sup>, “a rich source of evidence on what one major thinker believed the scope of judicial review should be”.

Antes de centrarnos en la impecable construcción dogmática que de la *judicial review* iba a hacer Hamilton en el núm. LXXVIII del *Federalista*, conviene que nos detengamos mínimamente en algunas de las ideas expuestas por James Madison en el artículo XLVIII<sup>74</sup> de la misma obra,

---

71 Joyce APPLEBY, “Foreword”, en *The Revolutionary Writings of Alexander Hamilton*, edited by Richard B. Vernier, Indianapolis (Indiana), Liberty Fund., 2008, pp. VII y ss.; en concreto, p. IX.

72 El artículo LXXVIII, en su versión original, puede verse en HAMILTON, Alexander, MADISON, James, and JAY, John, *The Federalist or, the new Constitution*, op. cit., pp. 395-402. En su versión en español, en HAMILTON, Alexander, MADISON, James, y JAY, John, *El Federalista*, op. cit., pp. 330-336.

73 William Michael TREANOR, “Judicial Review Before *Marbury*”, en *Stanford Law Review (Stan. L. Rev.)*, Vol, 58, 2005-2006, pp. 455 y ss.; en concreto, p. 472.

74 El artículo XLVIII, en su versión original, puede verse en HAMILTON, Alexander, MADISON, James, and JAY, John, *The Federalist...*, op. cit., pp. 252-256. En su versión española, en HAMILTON, Alexander, MADISON, James, y JAY, John, *El Federalista*, op. cit., pp. 210-213.

reveladoras de la seria inquietud existente en torno a la necesidad de controlar la actuación del poder legislativo. El gran político virginiano contrapone el gobierno propio de una monarquía hereditaria con el de una república representativa. Mientras en el primero es el departamento ejecutivo el que debe considerarse justamente como la fuente de peligro (“the executive department is very justly regarded as the source of danger”), en el segundo, donde una multitud de individuos ejercen personalmente las funciones legislativas, hallándose continuamente expuestos por su incapacidad para deliberar regularmente y para adoptar medidas concertadas, a las ambiciosas intrigas de sus magistrados ejecutivos, se puede temer que la tiranía prenda en cualquier situación favorable (“tyranny may well be apprehended on some favourable emergency”). Madison no duda de la superioridad constitucional del departamento legislativo, que responde no sólo a lo que se acaba de decir, sino a otras diversas circunstancias:

“The legislative department ---escribe--- derives a superiority in our governments from other circumstances. Its constitutional powers being at once more extensive, and less susceptible of precise limits, it can, with the greater facility, mask, under complicated and indirect measures, the encroachments which it makes on the co-ordinate departments. It is not infrequently a question of real nicety in legislative bodies, whether the operation of a particular measure will, or will not extend beyond the legislative sphere”.

A modo de constatación de estas frecuentes usurpaciones por el legislativo de facultades propias de los otros departamentos, Madison, siempre en el número XLVIII, trae en su apoyo, de un lado, una famosa reflexión hecha por Jefferson en su conocida obra *Notes on the State of Virginia*, escrita entre 1781 y 1782, que comenzó a circular en París en 1785, hallándose Jefferson allí en funciones diplomáticas en representación de la Confederación, y de otro, a modo de verificación empírica, trae a la memoria lo expuesto en el Estado de Pennsylvania por el *Council of Censors*, reunido entre 1783 y 1784. Son célebres las palabras que Jefferson escribe en la obra citada, alertando frente a la tiranía del legislativo:

“All the powers of government, legislative, executive, and judiciary, result to the legislative body. The concentrating these in the same hands, is precisely the definition of despotic government. It will be no alleviation that these powers will be exercised by a plurality of hands, and not by a single one. One hundred and seventy-three despots would surely be as



oppressive as one. Let those who doubt it, turn their eyes on the republic of Venice. As little will it avail us, that they are chosen by ourselves. An *elective despotism* was not the government we fought for...". ("Todos los poderes del gobierno ---legislativo, ejecutivo y judicial--- recaen finalmente en el cuerpo legislativo. Concentrarlos en las mismas manos es precisamente la definición del gobierno despótico. No lo mitigará el hecho de que tales poderes sean ejercidos por una pluralidad de manos, en vez de serlo por una solamente. Ciento setenta y tres déspotas serán sin duda tan opresivos como uno solo. Que quienes dudan de ello vuelvan sus ojos hacia la república de Venecia. De poco nos servirá que los elijamos nosotros mismos. No hemos luchado por un *despotismo electivo*, sino por un gobierno no sólo basado sobre principios libres, sino donde los poderes del gobierno se encuentren tan divididos y equilibrados por diversos cuerpos de magistratura que nadie pueda trascender sus límites legales sin verse efectivamente detectado y contenido por los otros")<sup>75</sup>.

Poco después, Madison recuerda que, reunido en Pennsylvania en 1783-1784 el *Council of Censors*, al que la Constitución de ese Estado encomendaba averiguar si la Constitución se había conservado sin ser vulnerada en ninguna de sus partes, y si las ramas legislativa y ejecutiva del gobierno habían cumplido con su deber como protectores del pueblo, el *Council* constataba, "that the constitution had been flagrantly violated by the legislature in a variety of important instances".

La conclusión a la que Madison llegaba era inequívoca: "la sola determinación en un pergamino de los límites constitucionales de los diversos departamentos no es suficiente salvaguardia frente a las usurpaciones que conducen a la concentración tiránica de todos los poderes gubernamentales en las mismas manos". Es cierto que la ya señalada volatilidad del pensamiento de Madison en torno a la doctrina de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes le condujo a no aceptarla plenamente, pero como ha señalado Hobson<sup>76</sup>, quien habría de ser el cuarto Presidente de los Estados Unidos iba a aceptar un rol ampliado ("an enlarged role") para

---

75 Thomas JEFFERSON, "Notas sobre el Estado de Virginia", en Thomas Jefferson, *Autobiografía y otros escritos*, edición de Adrienne Koch y William Peden, Madrid, Editorial Tecnos, 1987, pp. 185 y ss.; en concreto, pp. 240-241.

76 Charles F. HOBSON, "The Origins of Judicial Review: A Historian's Explanation", en *Washington and Lee Law Review (Wash. & Lee L. Rev.)*, Vol. 56, 1999, pp. 811 y ss.; en concreto, p. 815.

el *judiciary*, a fin de ayudar a asegurar que el gobierno popular, o lo que es igual, el gobierno democrático, también fuera estable y justo (“stable and just”). En definitiva, la preocupación por establecer frenos frente a los posibles abusos de poder por parte del legislativo no iba a ser ni mucho menos exclusiva de Hamilton. Jefferson y Madison, por poner dos bien señeros ejemplos, no obstante situarse en las antípodas ideológicas de Hamilton, habían manifestado la misma preocupación.

**b) La visión hamiltoniana del *judiciary* como “the least dangerous branch”**

Centrando ya nuestra atención en Hamilton, hemos de comenzar recordando que, inmediatamente antes de centrarse en el núcleo central de su construcción dogmática sobre la *judicial review*, nuestro autor iba a proceder a una caracterización general de los tres departamentos del gobierno federal. En ella, el que fuera brillante Secretario del Tesoro (1789-1795) en el gobierno del Presidente Washington, iba a delinear una brillante y certera caracterización del *Judiciary*, departamento al que considerará siempre “el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución” (“the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them”). Esta caracterización, como se ve, la fundamenta Hamilton en la naturaleza de las funciones que está llamado a cumplir el poder judicial, que connota, en primer término, desde una óptica comparativa negativa, esto es, en atención a los roles que incumben al legislativo y al ejecutivo, de los que, por el contrario, carece el judicial; y en segundo lugar, positivamente, en atención a lo que es realmente peculiar en la actuación del judicial.

Desde una óptica negativa, Hamilton comienza destacando que el ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad (“holds the sword of the community”); por su parte, el legislativo no solo dispone de la bolsa (“commands the purse”), sino que prescribe las normas que han de regular los derechos y deberes de todos los ciudadanos. Frente a ellos, el poder judicial carece de influencia sobre las armas y sobre la bolsa; no dirige ni la fuerza ni la riqueza de la sociedad, y no puede adoptar ninguna resolución activa (“and can take no active resolution whatever”). A partir de esta caracterización, Hamilton identifica en términos positivos lo que considera realmente como el rasgo más identitario del poder judicial, un rasgo además en el que creemos que se ha de ver la



última clave de la legitimidad del ejercicio por este poder de su función de revisión de las leyes: “It may truly be said ---escribe Madison en obvia referencia al *judiciary*--- to have neither *force* nor *will*<sup>77</sup>, but merely *judgment*; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm for the efficacious exercise even of this faculty”. Prescindiendo de la última alusión, absolutamente indiscutible, de que el cumplimiento de las decisiones del judicial requiere de la ayuda del ejecutivo, lo que demuestra la debilidad en que se encuentra el primero respecto del segundo, es patente que el núcleo vital de la caracterización del *judiciary* reside en esos tres rasgos clave que identifican ese triunvirato de términos: *force*, *will* y *judgment*. El poder judicial carece de los dos primeros rasgos, esto es, de la fuerza y de la voluntad. Justamente porque carece de fuerza, requiere de la ayuda del ejecutivo para la eficacia de sus decisiones. Y carece de voluntad, que es tanto como decir de arbitrariedad, por cuanto sus decisiones se han de ajustar al texto de la ley. Y justamente a tal fin responde el único rasgo que en positivo va a identificar al poder judicial, *judgment*, esto es, juicio, apreciación, discernimiento; dicho de otro modo, empleo de las facultades intelectivas aplicadas al razonamiento jurídico para discernir e interpretar el Derecho aplicable en un *case* del que el juez o tribunal esté conociendo. Y es en base a esta clarividente caracterización en lo creemos que se podrá vislumbrar la legitimidad última de la función de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Hamilton llega a la conclusión final de que el departamento judicial es, sin comparación, “the weakest of the three departments of power”, y que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos, pero justamente por ello considera necesario establecer una serie de precauciones para posibilitarle que pueda defenderse frente a los hipotéticos ataques de los dos departamentos más poderosos. Asimismo, Hamilton entiende que, de resultas de la caracterización del poder judicial, éste en absoluto puede verse como una amenaza frente a la libertad. Admite nuestro autor que, en ocasiones, los tribunales de justicia han oprimido al pueblo, pero de inmediato precisa que éste no ha de temer ahora amenazas a su libertad provenientes de dicho poder: “the general liberty of the people can never be endangered from that

---

77 En el texto inglés que manejamos los términos *force* y *will* se subrayan especialmente al transcribirlos en letras mayúsculas; por nuestra parte los destacamos con las letras cursivas, que hacemos extensivas asimismo al término *judgment*, aunque en la versión inglesa no aparezca especialmente destacado.

quarter: I mean so long as the judiciary remains truly distinct from both the legislature and executive". Como se ve, Hamilton pone el acento de modo muy especial en la separación del judicial de los otros dos poderes, y a tal efecto muestra su conformidad con la famosa consideración de Montesquieu: "De los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto modo nulo"<sup>78</sup>, y en sintonía con ello muestra su acuerdo asimismo en que "there is no liberty, if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers".

Se ha dicho<sup>79</sup>, que con esta caracterización del *federal judiciary*, Hamilton estaba tratando de tranquilizar al pueblo del Estado de Nueva York, al que este artículo, como los restantes del *Federalista*, iba dirigido, y que con ello se situaba en una posición bien distinta de la mantenida por Marshall en la Convención de Virginia acerca del propio *judiciary*. En cualquier caso, esa supuesta debilidad del poder judicial federal no equivalía a su impotencia. Es a partir de esta visión general del *judiciary* como puede comprenderse en plenitud la doctrina hamiltoniana sobre el llamado *voiding power*, esto es, sobre el poder, que también es deber, de los jueces de declarar nulas las leyes que interpreten contrarias a la Constitución, verdadero núcleo central del número LXXVIII, que en cierto modo podría hacerse equivalente a lo que hoy llamamos *judicial review*, en el bien entendido de que establecer sin mayores precisiones esa equivalencia no dejaría de ser un tanto erróneo, sin que podamos entrar ahora en mayores detalles acerca de la cuestión. Tan sólo traeremos a colación la opinión de un estudioso del tema, Griffin, quien, frente a la fácil tentación de establecer una sencilla equivalencia entre el *voiding power* y la *judicial review*, escribe: "The critical point that is missed is that Hamilton's idea of the voiding power might have certain limiting conditions attached to its exercise that would make it quite remote from the contemporary institutions of judicial review"<sup>80</sup>.

---

78 MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Editorial Tecnos, 1993, 2ª ed., p. 110.

79 Lawrence GOLDSTONE, *The Activist. John Marshall...*, *op. cit.*, p. 61.

80 Stephen M. GRIFFIN, "The Idea of Judicial Review in the Marshall Era", en *Marbury v. Madison. Documents and Commentary*, edited by Mark A. Graber and Michael Perhac, Washington D. C., CQ Press (A Division of Congressional Quarterly, Inc.), 2002, pp. 61 y ss.; en concreto, p. 63.

**c) La doctrina de Hamilton acerca del *voiding power* del poder judicial.**

I. En su construcción sobre esta facultad del judicial, Hamilton toma como punto de partida la existencia de una “Constitución limitada”; tal es la traducción literal de su expresión, aunque a la vista de su significado, sería más lógico hablar de una Constitución que limita, que establece límites para los poderes constituidos, y de modo muy particular para el poder legislativo. En tal sentido, escribe nuestro autor:

“The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited constitution. By a limited constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no *ex post facto* laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of the courts of justice; whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing”.

La independencia judicial, que se ha considerado como un verdadero tópico general de Hamilton<sup>81</sup>, se conecta con el ejercicio vitalicio del cargo, y en ella está la base del adecuado ejercicio del *voiding power*. Ciertamente es que este planteamiento no ha dejado de suscitar críticas, como aquella que considera que, con el mismo, no sólo se convierten los tribunales en los guardianes del “tenor manifiesto de la Constitución”, o lo que es similar, en los portavoces de las intenciones del pueblo, sino que, a la par, el Presidente y el Congreso son reducidos a la posición de potenciales enemigos de la Constitución y de los derechos del pueblo<sup>82</sup>. Ciertamente es, sin embargo, que el llamado principio de *legislative deference*, que se vincula estrechamente con la denominada *doubtful case rule* o regla del caso dudoso, vendrá a operar como una suerte de contrapeso frente al peligro de esta distorsionada visión.

Trata a continuación Hamilton de argumentar la razón por la que el reconocimiento a los tribunales de este derecho, y a la par deber del *judiciary*, de declarar la nulidad de aquellos actos de la legislatura que

---

81 “Hamilton’s general topic ---ha escrito Griffin--- is judicial independence”. Stephen M. GRIFFIN, “The Idea of Judicial Review in the Marshall Era”, *op. cit.*, p. 63.

82 Así, entre otros autores, Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 25.

se hallen en contradicción con la Constitución, frente a lo que sustentan ciertas doctrinas a su juicio erróneas, no implica la superioridad del poder judicial respecto del legislativo. A tal fin, nuestro autor hace entrar en juego la idea de la Constitución como ley fundamental o suprema, a la que se une la doctrina de la soberanía popular. Hamilton razona al efecto con una claridad y contundencia meridianas:

“There is no position which depends on clearer principles than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the constitution, can be valid. To deny this would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men, acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid”.

El cuerpo legislativo, añade el mayor intelectual norteamericano de esa primera época, no puede ser constitucionalmente por sí solo juez de sus propios derechos, salvo que ello se colija de específicas previsiones constitucionales. Una presunción de tal tipo conduciría de inmediato a suponer que la Constitución ha habilitado a los representantes del pueblo a reemplazar la voluntad de los electores por la suya propia. Frente a ello, Hamilton considera que “it is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority”. Y a partir de esta visión del *judiciary*, nuestro autor va a sentar los cimientos de su construcción, que en buena medida tratan de dar respuesta al interrogante de por qué debe atribuirse al poder judicial esta facultad, sustrayéndola, frente a lo que postulaban los defensores de la teoría tripartita, Jefferson entre ellos, al legislativo y al ejecutivo.

Al margen ya de que, como ya se ha indicado, Hamilton no cree admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para que su voluntad sustituya a la de sus electores, esto es, a la del pueblo soberano, la auténtica fundamentación hamiltoniana se asienta en una doble premisa: 1) De un lado, la interpretación de las leyes es una competencia propia y peculiar de los tribunales (“the interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts”). 2) Y de otro, la Constitución es de hecho una ley

fundamental, y así debe ser considerada por los jueces (“a constitution is, in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law”). Pero a esos dos argumentos creemos que habría que añadir un tercero, al que ya nos hemos referido, y que de modo implícito al menos maneja Hamilton. Su opción por el *judiciary*, en detrimento del legislativo y del ejecutivo, no puede dejar de lado el hecho de que sólo aquél carece de fuerza y de voluntad, lo que es tanto como decir de arbitrariedad, disponiendo tan solo de razonamiento, de capacidad de discernimiento.

De resultados de lo anterior, es a esos mismos jueces a quienes corresponde determinar su significado (“to ascertain its meaning”), así como el de cualquier ley que provenga del legislativo. Y llegados aquí, nuestro autor se plantea la hipótesis de que entre una y otra pueda existir contradicción. ¿Qué hacer en tal caso? Su respuesta no deja lugar a dudas:

“If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents”. (Si ocurriera que entre las dos hay una discordancia inconciliable, debe desde luego, preferirse aquélla que tiene una superior obligatoriedad y validez; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley, la intención del pueblo a la de sus representantes).

En coherencia con lo anterior, cualquier acto legislativo contrario a la Constitución debe ser inaplicado. Y de ello no debe en absoluto inferirse la superioridad del poder judicial sobre el legislativo, por cuanto el único significado que de ello se puede extraer es que el poder del pueblo es superior tanto al del legislativo como al del ejecutivo, por lo que allí donde la voluntad del legislativo contradice la del pueblo, reflejada en la Constitución, los jueces deben regirse por ésta antes que por aquélla.

Decía Corwin, que el más débil eslabón del silogismo hamiltoniano era la propuesta de que la Constitución era ley, ley fundamental. Si la Constitución fuera ley, lo sería así en virtud de haber sido promulgada por un poder legislativo, pero ante ello, Corwin se interrogaba, ¿qué poder legislativo? Berger, con evidente razón, respondía por Hamilton a Corwin, señalando que aquél se había manifestado en términos inequívocos: “the Constitution was an

act of popular legislation”<sup>83</sup>. Era el propio pueblo “the supreme legislator”, mientras que los legisladores ordinarios operaban como “mere agents of the people”. Por lo demás, merece reseñarse que Hamilton no menciona en su argumentación la *supremacy clause*, quizá porque, como señalara Wechsler<sup>84</sup>, lo que parece propugnar es que tal supremacía se halla implícita en el propio concepto de una Constitución escrita.

Como acabamos de decir, Hamilton descarta en su argumentación que la facultad de revisión judicial coloque al *judiciary* por encima del legislativo, pero conviene recapitular sobre una importante precisión que hace quien posiblemente fuera el más brillante intelectual de la nueva República, y en todo caso uno de los cuatro “genios” de la “American nation-building”<sup>85</sup>: los tribunales tan sólo podrán declarar la nulidad de las leyes contrarias “al sentido evidente de la Constitución”, cuando exista una irreconciliable discordancia, discrepancia. Esta precisión se halla lejos de ser fugaz o irrelevante, por cuanto en el artículo LXXXI del propio *Federalist*, escrito también por Hamilton, la idea reaparece. Tras reconocer nuestro autor que no existe una sola sílaba que faculte directamente a los tribunales para

---

83 Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1974, 2nd printing, p. 170.

84 Herbert WECHSLER, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. 73, 1959-1960, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 5.

85 “The four geniuses of American nation-building ---Jefferson, Hamilton, Madison, and Marshall--- found their way unerringly to their métiers. Madison, the constitution writer; Jefferson, the creator of a democratic polity; Marshall, the architect of liberal jurisprudence; and Hamilton, the fiscal wizard. All had interesting relationships with George Washington, whose great virtues were more personal and moral than intellectual”. En tales términos se manifiesta Appleby. (Joyce O. APPLEBY, “Foreword”, en *The Revolutionary Writings of Alexander Hamilton*, *op. cit.*, pp. VII y ss.; en concreto, p. X).

No han faltado, desde luego, las comparaciones entre esos constructores de la nación americana, hechas con bastante animadversión crítica frente a Alexander Hamilton, como es la realizada por Dumas Malone (en su libro *Jefferson and His Time*), quien para comparar a Jefferson y Hamilton escribe: “No other American statesman has personified national power and the rule of the favored few so well as Hamilton, and no other has glorified self-government and the freedom of the individual to such a degree as Jefferson”. ((Cit por Thomas P. GOVAN, “Alexander Hamilton and Julius Caesar: A Note on the Use of Historical Evidence”, en *The William and Mary Quarterly* (*Wm. & Mary Q.*), Third Series, Vol. 32, No. 3, July, 1975, pp. 475 y ss.; en concreto, p. 475)). Para dejar las cosas en su justo lugar, creemos que sería necesario hacer algunas precisiones sobre ciertas actitudes de Jefferson y recordar el que ha sido considerado como su lado oscuro, algo de lo que nos hemos ocupado en otro lugar, pero ello escapa al objeto y la necesaria limitada extensión de este artículo.



interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución (“to construe the laws according to the spirit of the constitution”), precisa “I admit, however, that the constitution ought to be the standards of construction for the laws, and that whatever there is an evident opposition, the laws ought to give place to the constitution”<sup>86</sup>. Esta doctrina, según nuestro autor, no se deduce de ninguna circunstancia peculiar del plan establecido por la Convención Constituyente, sino de la teoría general de una Constitución limitada (“from the general theory of a limited constitution”). Quiere todo ello decir, que Hamilton deja meridianamente claro que la *judicial review* no puede entenderse como la facultad de que disponen los jueces para elegir entre diversas interpretaciones razonables de la Constitución, imponiendo de esta forma su punto de vista sobre el poder legislativo, sino como la facultad de derribar las leyes que, clara e inequívocamente, se opongan al sentido del texto constitucional. De esta forma, el que será conocido como principio de *legislative deference* ---“deferring to legislative opinions of constitutionality in doubtful cases”<sup>87</sup>--- se hallará ya implícito en las formulaciones sobre el *judiciary* y su facultad de revisión judicial efectuadas por Hamilton. Ciertamente, podría suceder que los tribunales, en vez de declarar el significado de la ley, estuviesen dispuestos a ejercitar su voluntad, su deseo (will), en vez de su razonamiento, su discernimiento (judgment); la consecuencia de ello, como es obvio, sería la misma que la de sustituir la voluntad del cuerpo legislativo por la suya propia. Pero, como con enorme perspicacia aduce Hamilton, a fin de neutralizar esta fácil crítica frente a la facultad de revisión judicial, si algo probara esta observación sería que no debería de haber jueces independientes del cuerpo legislativo.

No debe razonablemente ponerse en duda, que Hamilton se esforzó en relación al punto aquí abordado, al igual que en otras cuestiones, en tratar de reproducir las que a su entender eran las conclusiones maduradas por la propia Convención Federal. Y como apostilla Corwin<sup>88</sup>, no parece menos

---

86 Alexander HAMILTON, James MADISON, and John JAY, *The Federalist or, the New Constitution*, *op. cit.*, p. 412.

87 Así lo visualizará Wolfe. Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review (From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law)*, New York, Basic Book Inc., Publishers, 1986, p. 77.

88 Edward S. CORWIN, “Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review”, *op. cit.*, p. 561.

cierto que Hamilton trataba de esta forma de comunicar a aquellos a quienes se había remitido la Constitución para su ratificación, los fundamentos sobre los que sus autores y partidarios basaron la defensa de la *judicial review*<sup>89</sup>, que en último término, como creemos que queda claro en la argumentación de Hamilton, éste visualiza implícita en la Constitución. Podríamos pues concluir diciendo, que la doctrina de la *judicial review* o, quizá con más rigor, la tesis del *voiding power*, surge inevitablemente de la propia naturaleza de una Constitución escrita (precisión con la que parece obvio que Hamilton trata de separarse del modelo constitucional inglés), que contempla específicas limitaciones sobre los poderes de gobierno. Hamilton anticipa de esta forma algunos de los elementos vertebradores de la argumentación con la que Marshall construirá su *Marbury opinion*. Y de resultas de todo ello, Hamilton avanza la prueba concluyente de que los *Founding Fathers* habían hecho suya, aunque fuera de modo implícito, esta doctrina.

II. Hemos tenido oportunidad anteriormente de hacernos eco de los comentarios de “Brutus”, el equivalente anti-Federalista a los incluidos en *The Federalist*. Robert Yates, a quien como también indicamos con anterioridad se atribuyen los comentarios firmados con el seudónimo de “Brutus”, abordó en sus artículos XI al XVI (que se publicaron entre el 31 de enero y el 10 de abril de 1788) el tema del *federal judiciary*, y no parece haber mucha duda de que los artículos equivalentes del *Federalista* suscritos por Hamilton constituyeron una respuesta a los un poco anteriores de “Brutus”<sup>90</sup>. Pero lo que ahora resulta de interés para nuestro trabajo es el dato, harto significativo, de que no obstante las notables divergencias entre uno y otro documento, y la posición notablemente crítica de Yates en relación al poder judicial diseñado

---

89 No faltan entre la doctrina norteamericana quienes se hallan lejos de compartir tales ideas. El caso más significado es el de Crosskey, que, como recuerda Dewey, caracterizó *The Federalist* por su sofistería (“sophistry”), insinuación (“innuendo”) y casi falsedad (“near-falsehood”), todo ello muy especialmente en relación a los artículos de Madison, aunque sin excluir de tan radicales juicios a los de Hamilton. (Donald O. DEWEY, “Crosskey versus Madison: James Madison and the United States Constitution” (Book Review), en *University of Richmond Law Review (U. Rich. L. Rev.)*, Vol. 19, 1984-1985, pp. 435 y ss.; en concreto, p. 437.

90 En tal sentido, entre otros autores, Ann Stuart DIAMOND, “The Anti-Federalist <Brutus>”, en *Political Science Reviewer*, Vol. 6, Fall 1976, pp. 249 y ss.; en concreto, p. 269.



por la Constitución, este anti-Federalista no duda de que el texto constitucional posibilita la *judicial review*.

En el undécimo de sus ensayos, “Brutus” introducía la discusión sobre el *federal judiciary* diseñado por la Constitución, recomendando una mirada precisa a esa rama del gobierno federal que, a juicio del ensayista, era colocada en una situación completamente sin precedente en un país libre (“in a situation altogether unprecedent in a free country”), juicio que parecía venir motivado por la apreciación de que el *judiciary* se hallaba facultado para interpretar la Constitución de acuerdo con su espíritu (“according to its spirit”), no quedando limitado a sus palabras, lo que llevaría a “Brutus” a la conclusión de que el poder judicial federal tenía un derecho “independent of the legislature, to give a construction to the constitution and every part of it, and there is no power provided in this system to correct their construction or do it away”<sup>91</sup>. Quizá por ello, se ha podido considerar que “Brutus” percibió mejor que ningún otro pensador del siglo XVIII el enorme poder potencial que residía en el constitucionalmente diseñado *federal judiciary*<sup>92</sup>.

Ya en relación específica a la doctrina de la *judicial review*, la posición de “Brutus” era muy clara: “If, therefore, the legislature pass any laws, inconsistent with the sense the judges put upon the constitution, they will declare it void; and therefore in this respect their power is superior to that of the legislature”. Yates no valoraba de modo específico esta función de revisión judicial; se limitaba a considerarla parte integrante del sistema constitucional. Sin embargo, sus reflexiones no dejaban mucho resquicio a la duda. Para este anti-Federalista, la *judicial review* no era más que una usurpación de facultades pertenecientes a otras ramas del gobierno.

En su ensayo decimocuarto “Brutus” iba a explicitar su conclusión final sobre el departamento judicial, que no era otra sino la de que la Constitución diseñaba un poder que quedaba más allá del alcance de cualquier otro poder en el gobierno de la comunidad. “In short, ---concluye

---

91 Ann Stuart DIAMOND, “The Anti-Federalist <Brutus>”, *op. cit.*, p. 270.

92 P. Allan DIONISOPOULOS, and Paul PETERSON, “Rediscovering the American Origins of Judicial Review: A Rebuttal to the Views Stated by Currie and Other Scholars”, en *John Marshall Law Review* (*J. Marshall L. Rev.*), Vol. 18, 1984-1985, pp. 49 y ss.; en concreto, pp. 60-61.

Yates en alusión a los jueces--- they are independent of the people, of the legislature, and of every power under heaven"<sup>93</sup>.

Esta visión tan crítica hacia el *judiciary* no era directamente deudora de la función de la *judicial review*. "Brutus" conocía la existencia de tal potestad y se hallaba de acuerdo con los Federalistas acerca de su origen y su función. Su crítica de la regulación constitucional dada a este poder tenía básicamente que ver, como se infiere de sus palabras, con la supremacía judicial que a su juicio se consagraba, no tanto con la facultad de revisión judicial, aunque, claro está, es indudable que esa supremacía podía ser entendida como la resultante del ejercicio por el *judiciary* de esa facultad de revisión judicial. En todo caso, y por lo que ahora más interesa, la doctrina reconoce por lo general<sup>94</sup>, que "Brutus unequivocally confirmed that the Constitution would establish such judicial review"<sup>95</sup>.

En definitiva, los dos grandes comentarios que en aquel momento inaugural se iban a publicar acerca de la Constitución, no obstante sus antagónicas posiciones ideológicas y su dispar visión del *federal judiciary*, iban a converger en la consideración de que el texto constitucional habilitaba al poder judicial el ejercicio de la función de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.

### 3. El *First Congress*, la *Judiciary Act* de 1789 y la *judicial review*

Ocho meses después de la ratificación de la Constitución por New Hampshire (el 21 de junio de 1788), el decisivo noveno Estado que exigía el Art. VII del texto para que pudiera entrar en vigor en esos mismos Estados, se reunía en Nueva York (el 4 de marzo de 1789) el primer Congreso, que algún autor<sup>96</sup> ha caracterizado como una especie de continuador de la Convención Constitucional, y ello no sólo porque en él se hallaran presentes personalidades

---

93 *Apud* Ann Stuart DIAMOND, "The Anti-Federalist <Brutus>", *op. cit.*, p. 275.

94 Así, entre otros muchos, Saikrishna B. PRAKASH, and John C. YOO, "The Origins of Judicial Review", *op. cit.*, p. 970.

95 "Even the critic of judicial review, the Anti-Federalist writer <Brutus>, assumed that the practice would continue under the Constitution". En tales términos se pronuncia Bilder. (Mary Sarah BILDER, "The Corporate Origins of Judicial Review", en *The Yale Law Journal* (*Yale L. J.*), Vol. 116, Number 3, December, 2006, pp. 502 y ss.; en concreto, p. 553).

96 "In a very real sense ---ha escrito Currie--- the First Congress was a sort of continuing constitutional convention". (David P. CURRIE, "The Constitution in Congress:

que habían tenido un rol relevante en el diseño constitucional, como sería el caso de James Madison, Elbridge Gerry, Rufus King, Oliver Ellsworth o William Paterson, los dos últimos, con posterioridad, miembros de la Corte Suprema, el primero de ellos, Ellsworth, *Chief Justice*, y el segundo, Paterson, *Associate Justice*, sino por la trascendencia de algunas de las leyes que iba a aprobar el *First Congress*.

Particular trascendencia, en lo que ahora interesa, iba a tener la aprobación por ese Primer Congreso de la *Judiciary Act*, el 24 de septiembre de 1789. La ley sobreviviría más de un siglo, hasta 1891, aunque tal hecho haya sido considerado por algún autor<sup>97</sup> como un accidente histórico y político, antes que como la prueba de los propios méritos del texto legal, juicio que creemos excesivamente carente de objetividad. Y ello por cuanto esta ley tradujo un loable compromiso del *First Congress* respecto a la creación de un *national judiciary*, que aunque no sin limitaciones (recordemos que la ley creaba tan solo dos tipos de jueces, los jueces de la Corte Suprema y los jueces de distrito, implicando a ambas categorías de magistrados en la integración de los *Circuit courts* o tribunales federales de circuito, que eran los que asumían la más amplia jurisdicción otorgada por la ley), era encargado de salvaguardar el interés nacional a través del aseguramiento del Derecho federal y de su uniforme interpretación<sup>98</sup>.

No es exagerado señalar, que esta ley iba a constituir un paso más en el proceso encaminado a la definitiva e inequívoca recepción de la facultad de revisión judicial de la legislación por el *federal judiciary*. La importantísima Sección 25 del texto legal no sólo iba a suponer “one of the most important nationalizing influences in the formative period of the Republic”<sup>99</sup>, sino

---

Substantive Issues in the First Congress, 1789-1791”, en *The University of Chicago Law Review* (*U. Chi. L. Rev.*), Vol. 61, 1994, pp. 775 y ss.; en concreto, p. 777.

97 Donald O. DEWEY, *Marshall Versus Jefferson: The Political Background of Marbury v. Madison*, New York, Alfred A. Knopf, 1970, p. 49.

98 “The passage of the Judiciary Act in September 1789 ---escribe al respecto Marcus--- constitutes the earliest evidence we have of a general agreement that, to safeguard national interests, federal courts must review state court decisions to insure that the states interpret federal law uniformly and uphold federal rights”. (Maeva MARCUS, “The Founding Fathers, *Marbury v. Madison* - and so what?”, en *Constitutional Justice Under Old Constitutions*, edited by Eivind Smith, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1995, pp. 23 y ss.; en concreto, p. 26).

99 Felix FRANKFURTER, and James M. LANDIS, “The Business of the Supreme Court of the United States - A Study in the Federal Judicial System” (I), en

que en ella se iba a considerar, con plena razón a nuestro entender, que se hallaba latente, por lo menos de modo implícito, la *judicial review*.

La Sección 25 contemplaba la jurisdicción de apelación de la *Supreme Court*, otorgándole, a través del llamado *writ of error*, competencia para conocer de las sentencias de los tribunales superiores de los Estados y, por lo mismo, para revocarlas o confirmarlas, cuando hubieren invalidado una ley federal o un tratado, o rechazado demandas en las que se cuestionase la validez de una ley estatal o de cualquier acto adoptado en ejercicio de la autoridad estatal, con fundamento en su contradicción con la Constitución federal, con los tratados suscritos por los Estados Unidos o con las leyes federales. Ello entrañaba hacer de la *Supreme Court* el tribunal último de apelación en los casos federales, que hasta ese momento podían ser enjuiciados en primera instancia por los tribunales estatales. La maquinaria judicial federal quedaba de esta forma habilitada para deshacerse de aquellas leyes estatales que violasen la autoridad federal. Innecesario es decir, que sin el reconocimiento de tal competencia de la Corte Suprema, cada Estado habría permanecido como juez último en cuanto al significado de la Norma suprema, que era justamente lo que unos años después (en 1798) reivindicarían las *Virginia and Kentucky Resolutions*.

Cuestión subyacente a la interpretación de la Sección iba a ser la de si en ella se podía entender recepcionada la *judicial review* de la legislación federal. La doctrina ha debatido este punto desde antaño. Para autor tan relevante como Corwin, la cuestión no admitía la más mínima duda: que la *Judiciary Act* ---escribió hace un siglo<sup>100</sup>--- contemplaba en el pensamiento de su autor, Oliver Ellsworth, el ejercicio de un poder de revisión por los tribunales nacionales de las leyes del Congreso es algo que apenas puede ponerse en tela de juicio, pero hasta qué punto otros aceptaron este punto de vista de la cuestión, es algo imposible de conjeturar, y ello porque así de silenciosas sobre el tema son las actas del debate en el Congreso de la ley. Por las mismas fechas, Beard se pronunciaba en términos aún más rotundos. A su juicio<sup>101</sup>, lo que la Sección 25 venía a

---

*Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. XXXVIII, 1924-1925, pp. 1005 y ss.; en concreto, p. 1008.

100 Edward S. CORWIN, "The Establishment of Judicial Review" (II), en *Michigan Law Review* (*Mich. L. Rev.*), Vol. IX, 1910-1911, pp. 283 y ss.; en concreto, p. 283.

101 Charles A. BEARD, "The Supreme Court - Usurper or Grantee?", *op. cit.*, p. 15.

decir era que la Corte Suprema podía revisar o reafirmar una decisión de un tribunal estatal considerando inconstitucional una ley federal. Siendo así, no era irrazonable sostener que quienes habían establecido esa norma pensaban que la propia *Supreme Court* podía declarar inconstitucionales las del Congreso, independientemente de las decisiones de los tribunales estatales. Parecería absurdo entender que una ley del Congreso podía ser anulada por un tribunal estatal con la aprobación de la *Supreme Court*, pero no por ésta directamente. Ello además daba pie a Beard para reafirmarse en su idea (ya antes comentada) de que la mayoría de los miembros de la Convención Federal se habían mostrado proclives a la *judicial review*, pues varios de ellos estuvieron en el Primer Congreso detrás de la aprobación de la Sección 25 de la *Judiciary Act*. En fin, hace casi tres cuartos de siglo, Boudin, atinadamente, señalaba<sup>102</sup>, que la Sección 25 establecía las bases técnicas para el posterior desarrollo de la doctrina.

En fechas más próximas, aún no pudiéndose considerar un tema absolutamente pacífico entre la doctrina, un amplio sector de la misma ha venido a entender, que la Sección 25 plasma con toda evidencia que los miembros del Primer Congreso asumieron, que tanto los tribunales estatales como los federales ejercerían “the power to review statutes on the grounds of constitutionality”<sup>103</sup>. Ciertamente es que no han faltado pronunciamientos contrarios a ese entendimiento, como ha sido el caso de un prestigioso autor, el Juez Learned Hand<sup>104</sup>, para quien la cláusula de la Sección 25 se dirigía contra los Estados al solo efecto de impedir su intrusión en los poderes que habían delegado o de evitar que dejaran de obedecer las limitaciones sobre sus propios poderes que ellos mismos habían aceptado. Siendo ello así, tal cláusula no podía ser extendida hasta el punto de convertirse en una autoridad general para pronunciarse sobre cualesquiera otros casos de conflicto legislativo con la Constitución; antes al contrario, Hand recurre a la máxima *expressio unius, exclusio alterius*, concluyendo que tal cláusula lo que indicaría es justamente la inexistencia de esa autoridad.

El devenir histórico de la Sección 25 no dejó de atravesar momentos delicados, impugnándose su constitucionalidad ante la Corte Suprema e intentándose en el Congreso su abrogación. Warren, el más relevante

---

102 Louis B. BOUDIN, “Majority Rule and Constitutional Limitations”, *op. cit.*, p. 6.

103 Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 27.

104 HAND, Learned (1958): 5-6.

historiador de la Corte, los ha estudiado con todo detalle<sup>105</sup>, y sin poder entrar ahora en ellos, sí queremos recordar que el propio *Chief Justice* Marshall se mostró en ciertos momentos muy preocupado por el futuro de esta Sección, objeto periódico de duros ataques por los partidarios a ultranza de los derechos de los Estados. Y así, en una carta escrita a su amigo Joseph Story, fechada el 15 de octubre de 1830, Marshall profetizaba la abrogación de la Sección o, en su caso, la revocación de la sentencia dictada por la propia Corte en el importante caso *Craig v. Missouri*, decidido el 12 de marzo de 1830 por una votación de 4 votos frente a 3, en la que Marshall, expresando la opinión mayoritaria, reafirmó la constitucionalidad de la Sección 25, que había sido cuestionada<sup>106</sup>. Que los temores del *Chief Justice* se hallaban justificados lo demostraba el hecho de que en diciembre de 1830, en la siguiente sesión del Congreso, era presentado un proyecto de ley para abrogar tal Sección, finalmente derrotado, en gran medida por el rotundo informe presentado por el presidente (*Chairman*) de la Cámara de Representantes, James Buchanan, que rechazaba la abrogación de la controvertida Sección con sólidos fundamentos constitucionales<sup>107</sup>.

#### 4. Bibliografía

ADAIR, Douglass, "The Authorship of the Disputed Federalist Papers" (Part I), en *The William and Mary Quarterly* (Wm. & Mary Q.), Third Series, Vol. 1, No. 2, April, 1944, pp. 97 y ss.

APPLEBY, Joyce O., "Foreword", en *The Revolutionary Writings of Alexander Hamilton*, edited by Richard B. Vernier, Indianapolis (Indiana), Liberty Fund, 2008, pp. VII y ss.

---

105 Cfr. al respecto, Charles WARREN, "Legislative and Judicial Attacks on the Supreme Court of the United States - A History of the Twenty-fifth Section of the Judiciary Act", en *American Law Review* (Am. L. Rev.), Vol. 47, Part I, January/February 1913, pp. 1 y ss.; Part II, March/April 1913, p. 161 y ss.

106 Ya en el caso *Martin v. Hunter's Lessee*, decidido por unanimidad (ausente John Marshall) el 20 de marzo de 1816, expresando la opinión de la Corte el *Justice* Joseph Story, la *Supreme Court* confirmó la constitucionalidad de la Sección 25. La relevancia de las sentencias relativas a la constitucionalidad de esta cuestionada Sección ha sido generalmente destacada por la doctrina. Por poner un ejemplo, a juicio de Newmyer, "the Court's decisions justifying judicial review under Section 25 deserve a place in the Pantheon right next to *Marbury*". R. Kent NEWMYER, "Chief Justice Marshall in the Context of His Time", en *Washington and Lee Law Review* (Wash. & Lee L. Rev.), Vol. 56, 1999, pp. 841 y ss.; en concreto, p. 847.

107 Cfr. al respecto, Charles WARREN, "Legislative and Judicial Attacks on the Supreme Court of the United States - A History of the Twenty-fifth Section of the Judiciary Act", (Part II), *op. cit.*, pp. 163-164.



## XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional

---

- BEARD, Charles A., *The Supreme Court and the Constitution*, Englewood Cliffs (New Jersey), Prentice-Hall, Inc., 1962.
- BEARD, Charles A., "The Supreme Court – Usurper or Grantee?", en *Political Science Quarterly* (Pol. Sci. Q.), Vol. 27, No. 1, March, 1912, pp. 1 y ss.
- BELOFF, Max, "Introduction", en Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist or, the New Constitution*, edited by Max Beloff, Oxford, Basil Blackwell, 1948, pp. VII-LXVIII.
- BERGER, Raoul, *Congress v. the Supreme Court*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1974, 2nd printing.
- BILDER, Mary Sarah, "The Corporate Origins of Judicial Review", en *The Yale Law Journal* (Yale L. J.), Vol. 116, Number 3, December, 2006, pp. 502 y ss.
- BOUDIN, Louis B., "Majority Rule and Constitutional Limitations", en *Lawyers Guild Review* (Law. Guild Rev.), Vol. 4, 1944, pp. 1 y ss.
- CLINTON, Robert Lowry, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence (Kansas), University Press of Kansas, 1989.
- CORWIN, Edward S., "The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress", en *Michigan Law Review* (Mich. L. Rev.), Vol. IV, 1905-1906, pp. 616 y ss.
- CORWIN, Edward S., "The Establishment of Judicial Review (II)", en *Michigan Law Review* (Mich. L. Rev.), Vol. IX, 1910-1911, pp. 283 y ss.
- CORWIN, Edward S., "Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review", en *Michigan Law Review* (Mich. L. Rev.), Vol. XII, 1913-1914, pp. 538 y ss.
- CROSSKEY, William Winslow, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, 2 Vols., Chicago, The University of Chicago Press, 1953.
- CURRIE, David P., *The Constitution in the Supreme Court (The First Hundred Years. 1789-1888)*, Chicago & London, University of Chicago Press, 1985.
- CURRIE, David P., "The Constitution in Congress: Substantive Issues in the First Congress, 1789-1791", en *The University of Chicago Law Review* (U. Chi. L. Rev.), Vol. 61, 1984, pp. 775 y ss.
- DEWEY, Donald O., *Marshall Versus Jefferson: The Political Background of Marbury v. Madison*, New York, Alfred A. Knopf, 1970.
- DEWEY, Donald O., "Crosskey versus Madison: James Madison and the United States Constitution" (Book Review), en *University of Richmond Law Review* (U. Rich. L. Rev.), Vol. 19, 1984-1985, pp. 435 y ss.
- DIAMOND, Ann Stuart, "The Anti-Federalist <Brutus>", en *Political Science Reviewer*, Vol. 6, Fall 1976, pp. 249 y ss.
- DIONISOPOULOS, P. Allan, and PETERSON, Paul, "Rediscovering the American Origins of Judicial Review: A Rebuttal to the Views Stated by Currie and Other Scholars", en *John Marshall Law Review* (J. Marshall L. Rev.), Vol. 18, 1984-1985, pp. 49 y ss.

- ELLIOTT, Charles B., "The Legislatures and the Courts: The Power to Declare Statutes Unconstitutional", en *Political Science Quarterly (Pol. Sci. Q.)*, Vol. 5, No. 2, June, 1890, pp. 224 y ss.
- FRANKFURTER, Felix, and LANDIS, James M., "The Business of the Supreme Court of the United States – A Study in the Federal Judicial System (I)", en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XXXVIII, 1924-1925, pp. 1005 y ss.
- FRIEDRICH, Carl J., and McCLOSKEY, Robert G., "The Roots of American Constitutionalism", en *From the Declaration of Independence to the Constitution*, edited by Carl J. Friedrich and Robert G. McCloskey, Indianapolis/New York, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1954, pp. VII y ss.
- FURTWANGLER, Albert, *The Authority of Publius (A Reading of the Federalist Papers)*, Ithaca (New York) and London, Cornell University Press, 1984, reprinted. (First published by Wesleyan University Press in 1961).
- GOLDSTONE, Lawrence, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York, Walker & Company, 2008.
- GOVAN, Thomas P., "Alexander Hamilton and Julius Caesar: A Note on the Use of Historical Evidence", en *The William and Mary Quarterly (Wm. & Mary Q.)*, Third Series, Vol. 32, No. 3, July, 1975, pp. 475 y ss.
- GRIFFIN, Stephen M., "The Idea of Judicial Review in the Marshall Era", en *Marbury v. Madison. Documents and Commentary*, edited by Mark A. Graber and Michael Perhac, Washington D.C., CQ Press (A Division of Congressional Quarterly, Inc.), 2002, pp. 61 y ss.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, and JAY, John, *The Federalist or, the New Constitution*, edited by Max Beloff, Oxford (Great Britain), Basil Blackwell, 1948.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *El Federalista*, prólogo y versión directa de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, 1ª reimpr. de la 2ª ed. en español.
- HAND, Learned, *The Bill of Rights (The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1958)*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1958.
- HART, Jr., Henry M., "Professor Crosskey and Judicial Review", en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. 67, 1953-1954, pp. 1456 y ss.
- HOBSON, Charles F., "The Origins of Judicial Review: A Historian's Explanation", en *Washington and Lee Law Review (Wash. & Lee L. Rev.)*, Vol. 56, 1999, pp. 811 y ss.
- HUGHES, Charles Evans, *The Supreme Court of the United States (Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation)*, New York, Columbia University Press, 1928.
- JEFFERSON, Thomas: "Notas sobre el Estado de Virginia", en Thomas Jefferson, *Autobiografía y otros escritos*, edición de Adrienne Koch y William Peden, Madrid, Editorial Tecnos, 1987; pp. 185-297.
- KAHN, Paul W., *The Reign of Law (Marbury v. Madison and the Construction of America)*, New Haven and London, Yale University Press, 1997.



## XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional

---

- KETCHAM, Ralph L., "James Madison and Judicial Review", en *Syracuse Law Review (Syracuse L. Rev.)*, Vol. 8, 1956-1957, pp. 158 y ss.
- KURLAND, Philip B., and LERNER, Ralph (edited by), *The Founders' Constitution*, 5 Vols., Chicago & London, The University of Chicago Press, 1987,
- MARCUS, Maeva, "The Founding Fathers, *Marbury v. Madison* - and so what?", en *Constitutional Justice Under Old Constitutions*, edited by Eivind Smith, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1995, pp. 23 y ss.
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1993, 2ª ed.
- NEWMYER, R. Kent, "Chief Justice Marshall in the Context of His Time", en *Washington and Lee Law Review (Wash. & Lee L. Rev.)*, Vol. 56, 1999, pp. 841 y ss.
- PRAKASH, Saikrishna B., and YOO, John C., "The Origins of Judicial Review", en *University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, Vol. 70, 2003, pp. 887 y ss.
- ROSSITER, Clinton, "Introduction", en Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers*, New York/Scarborough (Ontario), The New American Library, Inc., 1961, pp. VII-VIII.
- SCOTT, Austin, "Holmes vs. Walton: The New Jersey Precedent", en *The American Historical Review*, Vol. 4, No. 3, April, 1899, pp. 456 y ss.
- SCHWARTZ, Bernard, *Algunos artífices del Derecho norteamericano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot/Editorial Civitas, 1989.
- THAYER, James Bradley, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", en *Harvard Law Review (Harv L. Rev.)*, Vol. VII, 1893-1894, pp. 129 y ss.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, 2 Vols., Madrid, Alianza Editorial, 1989, 2ª reimpr. en "El Libro de Bolsillo".
- TREANOR, William Michael, "Judicial Review Before *Marbury*", en *Stanford Law Review (Stan. L. Rev.)*, Vol. 58, 2005-2006, pp. 455 y ss.
- TRICKETT, W., "Judicial Nullification of Acts of Congress", en *North American Review*, Vol. 185, May/August 1907, pp. 848 y ss.
- VATTEL, Emmerich de, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, (translation of the edition of 1758 by Charles G. Fenwick), New York/London, Oceana Publications Inc./Wildy & Sons Ltd., 1964, reprinted.
- VELASCO, Gustavo R., "Prólogo", en Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, 1ª reimpr. de la 2ª edición española, pp. VII-XXIV.
- WARREN, Charles, *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, New York and London, Johnson Reprint Corporation, 1968. (First published in 1925 by Little, Brown and Company).
- WARREN, Charles, "Legislative and Judicial Attacks on the Supreme Court of the United States - A History of the Twenty-fifth Section of the Judiciary Act", en *American Law Review*

(*Am. L. Rev.*), Vol. 47, January/February 1913, pp. 1 y ss. (Part I), y March/April, 1913, pp. 161 y ss. (Part II).

WECHSLER, Herbert, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. 73, 1959-1960, pp. 1 y ss.

WESTIN, Alan F., "Introduction. Charles Beard and the American Debate Over Judicial Review, 1790-1961", en Charles A. Beard, *The Supreme Court and the Constitution*, Englewood Cliffs (New Jersey), Prentice-Hall, Inc., 1962, pp. 1 y ss.

WHITE, G. Edward, *The American Judicial Tradition* (Profiles of Leading American Judges), New York/Oxford, Oxford University Press, 1988, new expanded edition. (First published by Oxford University Press in 1976).

WILLIAM and MARY - NOTE, "A Note on Certain of Hamilton Pseudonyms", en *The William and Mary Quarterly* (*Wm. & Mary Q.*), Third Series, Vol. XII, No. 2, April, 1955, pp. 282 y ss.

WOLFE, Christopher, *The Rise of Modern Judicial Review* (From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law), New York, Basic Book Inc., Publishers, 1986. En versión castellana, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1991.

WOOD, Gordon S., "The Origins of Judicial Review", en *Suffolk University Law Review* (*Suffolk U. L. Rev.*), (Suffolk University Law School. Boston), Vol. XXII, 1988, pp. 1293 y ss.

WOOD, Gordon S., "The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less", en *Washington and Lee Law Review* (*Wash. & Lee L. Rev.*), Vol. 56, 199, pp. 787 y ss.

WRIGHT, Benjamin F., *The Growth of American Constitutional Law*, Chicago & London, Phoenix Books, University of Chicago Press, 1967, reprinted. (First edition in 1942).

# LA ELABORACIÓN Y IMPOSICIÓN DEL “NÚCLEO EXCLUYENTE” EUROATLÁNTICO

(DERECHOS, FUENTES, TRADICIONES JURÍDICAS,  
Y EL ABANDONO POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA  
DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL Y DEMOCRÁTICO)\*



*Lucio Pegoraro\*\**

**Sumario:** 1. Prólogo: 1.1. Una anécdota. - 1.2. La doctrina ante la emergencia sanitaria. - 1.3. Pandemia, Parlamentos y derechos. - 2. Comparación y construcciones teóricas. - 3. La elaboración conformista del núcleo. - 4. Rechazo de un núcleo impuesto y formulación de un núcleo compartido: 4.1. Deber, pertenencia, comunidad, naturaleza en el Derecho africano. - 4.2. Conciliación, armonía, deber, bien común en los Derechos asiáticos. - 4.3. Religión, obediencia, familia, comunidad, caridad en el Derecho islámico. - 4.4. Valores occidentales, naturaleza, y buen vivir en América Latina. - 5. El papel de la doctrina.

---

\* Artículo escrito en el ámbito del PRIN 2017 “From Legal Pluralism to the Intercultural State. Personal Law, Exceptions to General Rules and Imperative Limits in the European Legal Space” (PI – prof. Lucio Pegoraro – CUP J34I19004200001).

\*\* Profesor de Derecho Constitucional de la universidad de Bolonia –Italia. Docente en la Universidad Autónoma de Nuevo León (México) y Libre de Bogotá. Doctor en Derecho.

**Palabras clave:** Palabras clave: Derecho occidental, Constitución, Núcleo esencial, Tradiciones jurídicas

## Resumen

El ensayo analiza los elementos que comparten varias culturas y tradiciones jurídicas, y sugiere una propuesta alternativa de “núcleo duro” constitucional/transnacional, centrado no sólo en los derechos fundamentales/humanos y la dignidad, sino en valores como la comunidad, la *fraternité* y la solidaridad, propios de Occidente como así de tradiciones jurídicas orientales y del Sur del mundo. Critica entonces el enfoque universalista y “colonial” del Derecho constitucional basado en los derechos fundamentales/humanos, en apoyo al ataque que la globalización desarrolla contra el pluralismo social, cultural, político, económico y jurídico.

### 1. Prólogo

#### 1.1. Una anécdota

En el pasado mes de abril, un grupo de turistas italianos ha ocupado, en un tren, un coche reservado a los minusválidos, aunque señalado, y ha reivindicado su derecho a tomar asiento, rechazando dejar paso porque habían llegado antes de las personas con minusvalía.

En parte, también la doctrina académica tiene su responsabilidad.

#### 1.2. La doctrina ante la emergencia sanitaria

En un artículo todavía inédito, propuse, con base en una muestra que reagrupaba alrededor de 2.600 publicaciones, un análisis crítica a la producción científica de los juristas durante el periodo del Covid-19, culpables de haberse centrado, casi exclusivamente, en los derechos, además de las fuentes y las competencias, sin poner la misma atención en los perfiles igualitarios y solidarios, y menos en las consecuencias mundiales de la emergencia sanitaria<sup>1</sup>.

---

1 “Il diritto all’aperitivo, ovvero: una (micro) meta-ricerca sulle curiosità della dottrina giuspubblicistica (e non solo) in tempi di pandemia”, destinado a los *Studi in onore del professor G.F. Ferrari*, en proceso de publicación. Véase también “Manipular sin decir nada: los silencios de la doctrina jurídica en tiempos de pandemia”, en J.J. Fernández

También durante la crisis sanitaria, los escritos que miran hacia “fuera” lo hacen casi siempre –no diversamente de aquellos dedicados al Derecho interno– deteniéndose en la violación de los derechos en tiempos de pandemia; el desequilibrio de los poderes; la desestructuración del sistema de fuentes basado en la reserva de ley y el *rule of law*; la división de competencias entre Estado (o Unión Europea) y autonomías territoriales. Las limitaciones al derecho de circulación son analizadas para denunciar su incompatibilidad con el sistema democrático, desde la óptica individualista del Derecho. La libertad de expresión es objeto de estudio para estigmatizar el aumento de los controles; y así podría seguir.

La adquisición de los fármacos se convierte en el problema de su distribución entre las entidades territoriales, los Estados, las Regiones y la Unión Europea, de la fuente competente en el establecimiento de las reglas, de los procedimientos utilizados, del poder de decisión en situación de crisis, de los derechos propietarios implicados, de la equidad y razonabilidad de las directivas vigentes. Casi nadie tiene interés en las consecuencias sobre el mundo del problema, como la elección, por parte de los Estados, de las empresas farmacéuticas productoras de las vacunas, la gratuidad de las patentes, la accesibilidad, la distribución equitativa a nivel mundial, la adquisición de las existencias (siguiendo las reglas, pero despojando de ellas una parte de la humanidad).

Digámoslo: a los juristas occidentales o “empapados” de cultura occidental (como en mayoría son los latinoamericanos) no les interesa nada (o casi nada, o a pocos) la desigualdad, acentuada por la pandemia, entre Norte y Sur del mundo, y todo lo que esta implica. A las consecuencias sobre las migraciones desde la perspectiva de los derechos de los pueblos y de los desequilibrios entre ellos no dedican ninguna página (mientras al revés afloran aquí y allá algunas preocupaciones para la seguridad sanitaria, obviamente debido a los riesgos que corre el Occidente). Son esporádicas las reflexiones sobre las medidas adoptadas contra la pandemia como herramientas para fortalecer el orden neoliberal, salva la preocupación de una ulterior desvinculación de la economía

---

Rodríguez (ed.), *La manipulación informativa como problema de seguridad*, en proceso de publicación.

del control y la dirección política y, precisamente, de limitación de los derechos individuales y propietarios<sup>2</sup>.

Quien habla de desigualdad, lo hace para destacar que en nuestras sociedades hay consecuencias más graves para las mujeres, y (raramente) para otras categorías débiles *dentro de cada Estado* (o dentro de Europa), como por ej. los presos. Se preocupa que no sean limitados los derechos, y que la limitación, donde la hay, sea conforme a las normas sobre la producción de fuentes y la distribución de las competencias.

Las conclusiones son que la doctrina constitucionalista (y publicista) está interesada por lo general en su propio Estado, o sectores limitados del Derecho de su propio país (el Derecho parlamentario, el Derecho de los entes locales, etc.). Sin embargo, a un sector de su Derecho, él de los derechos, otorga validez universal, y cuando “emigra” hacia el exterior su interés se centra exclusivamente en ello. Estudia “globalmente”, es decir, solo los derechos individuales (y la división de los poderes que con ellos está relacionada), mientras que tiende a ignorar otros perfiles<sup>3</sup>. Incluso muchos “comparatistas” no se sitúan muy lejos de este acercamiento, y secundan la visión totalizadora de Fukuyama<sup>4</sup>.

### 1.3. Pandemia, Parlamentos y derechos

Parlamentos y Asambleas constituyentes reciben el influjo de la doctrina, y a su vez la condicionan<sup>5</sup>. Un análisis sobre los debates del Parlamento

---

2 V. sin embargo A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Bari-Roma, Laterza, 2021, espec. p. 140 ss.

3 Remito a mi artículo “*Blows against the empire. Contra la híper-constitución colonial de los derechos fundamentales, en búsqueda de un núcleo intercultural compartido*”, en *Rev. cubana de der.*, Nueva Época, 2021, n. 1, p. 53 ss. y en *Teoría y realidad const.*, 2021, n. 47, p. 97 ss.

4 F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Hamish Hamilton, London, 1992.

5 L. Pegoraro, “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado”, en E. Ferrer Mac-Gregor, A. Herrera García (eds), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant Lo Blanch México, México, 2013, p. 33 ss.; Id., “Ruolo della dottrina, comparazione e ‘legal tourism’”, en *Diálogos de Saberes*, n 43, Julio-Diciembre de 2015, p. 219 ss. y en Aa.Vv., *Un giurista di successo. Studi in onore di A. Gambaro*, Giuffrè, Milano, 2017, I, p. 317 ss.; Id., *Los jueces y los profesores: la influencia de la doctrina sobre las decisiones de los Tribunales y Cortes constitucionales*, en Aa.Vv., *XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo”*, Tucuman, 17, 18

italiano acerca de las medidas “anti-covid” lo confirma<sup>6</sup>. Otras investigaciones en desarrollo sobre otros Parlamentos (por ej. Argentina, Colombia, Perú) ofrecen datos muy parecidos.

Temas como igualdad, deberes, solidaridad han sido dejados al margen o ignorados, prefiriéndose centrarse en la tutela constitucional de los derechos, la conformidad de la ley a la Constitución cuando limita los derechos y la distribución de las competencias entre los poderes del Estado, y entre Estado y entidades periféricas. Cuando fue evocada la necesidad de vacunarse contra el covid, se ha hecho subrayando el concepto según el cual si no nos vacunamos todos, se limita el derecho de los otros particulares, entonces siempre poniendo derechos *vs* derechos. En la muestra analizada, solo un diputado se ha detenido sobre los deberes comunitarios y la solidaridad, poniendo de relieve el hecho de que el Estado está compuesto por individuos y comunidad y no solo por particulares<sup>7</sup>. Al final, esta “orgia de derechos humanos”, como la define G.U. Rescigno<sup>8</sup>,

---

y 19 Setiembre 2013, Iidc, Un. Nacional de Tucumán, As. Argentina de Der. Const., Tucumán, 2013, p. 621 ss., trad. ingl. “Judges and professors: The Influence of Foreign Scholarship on Constitutional Courts’ Decisions”, en M. Andenas, D. Fairgrieve (eds), *Courts and Comparative Law*, Oxford U.P., Oxford, 2015, pp. 329; Id., “L’influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza: una ricerca sulla circolazione inter-formanti nel mondo”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2015, Esi, Napoli, 2015, p. 5 ss.; L. Pegoraro, G. Figueroa Mejía (eds), *Profesores y jueces. Influxos de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Iberoamérica*, Centro Est. Const. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016. El releve es común: véase por ej. B. Andrés Botero, “La interpretación constitucional en América Latina. Una denuncia del colonialismo cultural en la dogmática constitucional contemporánea”, en F.R. Barbosa Delgado (ed.), *Historia del derecho público en Colombia*, Un. Externado, Bogotá, 2012, p. 319 ss.

6 A. Marangelli, “Diritti (tanti), doveri (pochi) nel dibattito parlamentare italiano sull’emergenza sanitaria”, en *Dirittifondamentali.it*, n. 3, 2021, p. 413 ss.

7 Diputado M. Di Maio, Res. sten. C.D., Ass., seduta n. 550 del 29 luglio 2021, pp. 44, 45.

8 G.U. Rescigno, “La teoria costituzionale di Luigi Ferrajoli”, en *Costituzionalismo.it*, 2008, p. 3. La frase de Rescigno la evoco también en mi “Iper-costituzione, decostruzione della *Stufenbau* e nuovi criteri legittimativi del diritto”, en *DPCE online*, n. especial 2021, p. 9 ss. Aquí las palabras de Rescigno: «Para mi los derechos, esta orgía de derechos humanos, que coexisten tranquilamente con el vergonzoso derroche de los ricos y la miseria y la desesperación de miles de millones de seres humanos, se asemejan a los que cierran el establo después de la huida de los bueyes: primero el sistema económico, a cuyo servicio están las Constituciones y el derecho, crea y acrecienta dramáticas desigualdades, después llegan los derechos, impulsados por hombres de buena voluntad; casi siempre además, cuando estos derechos deben defender a los



hace que se olvide que el hombre vive también de solidaridad comunitaria, evocada por el tríptico revolucionario “*liberté, égalité, fraternité*”.

## 2. Comparación y construcciones teóricas

La doctrina jurídica, junto a la jurisprudencia constitucional y transnacional, ha contribuido en la construcción de una hiper-constitución metafísica transnacional, basada en los derechos humanos (o fundamentales, o constitucionales) de *imprinting* occidental<sup>9</sup> y en la división de los poderes como única estructura admisible del *frame of government*<sup>10</sup>. Las tomas de distancia –que a menudo hay– de los perfiles más llamativamente lejanos de la legitimación popular no oculta la sustancial obra de soporte al diseño imperial de un Derecho único (*la raison du plus fort*), a través del apoyo de la hiper-constitución a las pretensiones hegemónicas de la economía y de la política.

Dentro de los sistemas euro-atlánticos, la doctrina trabaja en sinergia con los formantes socio-político, económico, y jurídico-normativo, dándoles legitimación. La *Grundnorm* elaborada por los profesores es la descrita por la economía, por la (retracción de la) política, por la sociedad sin los cuerpos intermedios, por el énfasis sobre el individuo aislado, por la traslación de los poderes de decisión a órganos carentes de representatividad y de control. Los profesores participan en ella asumiéndola como norma de conducta y, por

---

más pobres, se realizan, cuando se realizan, más por miedo de peligrosas rebeliones que por convicción de los poderosos de este mundo».

9 Sobre la vagüedad de la categoría, su connotación ideológica y la confusión terminológica reenvío a L. Pegoraro, J. Delgado Gaitán, “Derechos ‘fundamentales’: consideraciones sobre la elaboración del concepto y su implicación positiva en el contexto del constitucionalismo contemporáneo”, en *Rev. Der. del Estado*, 2001, n. 10, p. 41 ss., en *Rev. jur. del Perú*, 2001, n. 26, p. 1 ss. y en L. Pegoraro, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Porrúa, 2006, p. 289 ss.; trad. port. “Os direitos ‘fundamentais’: considerações sobre a elaboração do conceito e sua implicação positiva no contexto do constitucionalismo contemporâneo”, en A. de Almeida Filho (ed.), *Estado de direito e direitos fundamentais. Homagem ao Jurista Mario Moacyr Porto*, Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 443 ss.; L. Pegoraro, “Metodología y modelos por una investigación sobre derechos fundamentales (con especial referencia a las transiciones constitucionales)”, en Aa.Vv., *Ponencias Desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Adrus, Arequipa, 2008, p. 3 ss.

10 Sobre la elaboración de la hiper-constitución v. L. Pegoraro, A. Rinella, *Derecho constitucional comparado*, III, *Constituciones y fuentes del derecho*, Giappichelli, Torino, y Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2019, p. 189 ss.



tanto, consideran el Derecho como ciencia prescriptiva<sup>11</sup>. Fuera de los sistemas euro-atlánticos, para justificar su elaboración y apoyo, la doctrina se ve obligada a una *fictio*: ignorando los hechos, y descartando cualquier visión descriptiva del Derecho, afirma que la *Grundnorm* vincula a todos; de esta manera, participa en la elaboración de un Derecho impuesto<sup>12</sup>, desconectado de la realidad empíricamente demostrable y, por lo tanto, desempeña funciones de política del Derecho.

Los problemas derivados de la comparación están a la vista de todos. La alimentación, el velo, las prácticas religiosas, las relaciones familiares y hereditarias, la igualdad, el papel de la mujer, el secularismo, los derechos del niño, los servicios de salud, la prestación de servicios, la relación con el medio ambiente, la ciudadanía, el voto, la legitimación del poder, etc., se manifiestan de manera diferente y a menudo opuesta. Para no hablar de conceptos como “Estado” y ciudadanía.

La política a menudo resuelve el conflicto construyendo muros y cerrando puertos. Los valles romanos, y los otros construidos a lo largo de los siglos, desde la Gran Muralla hasta el Muro Atlántico, desde la línea Maginot hasta la línea gótica, todos sobrepasados, parecen no haber enseñado nada. La ciencia jurídica, por su parte, a menudo se cierra en sí misma, proponiendo la única receta que parece capaz de articular: respeto por la dignidad y los derechos humanos. ¿Dignidad? ¿Derechos humanos? ¿Derechos fundamentales? «When I use a word,” Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, “it means just what I choose it to mean – neither more nor less”. “The question is,” said Alice, “whether you can make

---

11 J.M. Barreto, “Eurocentric and Third-World Histories of Human Rights: Critique, Recognition and Dialogue”, en Id. (ed.) *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*, Cambridge Scholars Publ., Newcastle upon Tyne, 2013, p. 160, «questions the reliability and universality of the Western historiography and argues in favour of the legitimacy of Third-World histories of human rights elaborated in the context of modern colonialism». De J.M. Barreto v. también *Decolonial Thinking and the Quest for Decolonising Human Rights*, en *Asian Journ. Soc. Sc.*, n. 46 (4-5), 2018 ([https://brill.com/view/journals/ajss/46/4-5/article-p484\\_6.xml](https://brill.com/view/journals/ajss/46/4-5/article-p484_6.xml)).

12 Remito a mi escrito “Constituciones (y reformas constitucionales) “impuestas” o “condicionadas” (para una re-clasificación interdisciplinaria de la categoría)”, en R. Escuredo Rodríguez, J. Cano Bueso (eds), *Crisis económica y modelo social: la sostenibilidad del Estado de bienestar (Actas del Congreso, Aguadulce, Almería, 2, 3 y 4 de Julio de 2012)*, Un. de Almería, Almería, 2013, p. 75 ss., y en *Pensamiento const.*, n. 18, 2013, p. 331 ss.; y a S. Bonfiglio, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2016, espec. p. 103 ss.

words mean so many different things.” “The question is,” said Humpty Dumpty, “which is to be master – that’s all.”»<sup>13</sup>.

Dividir el mundo en dos: los que respetan los derechos y la división de poderes y los que no, negándose a reconocer la existencia de distintos valores a parte de los occidentales, sin embargo, debe implicar conciencia de elección. En las Universidades europeas y latinoamericanas, por lo general, los alumnos (¡y en su mayoría los profesores!) estudian Locke y Montesquieu, o al menos aprenden los conceptos básicos de la división de poderes y los derechos. No obstante, nunca leyeron una línea del Corán, los Vedas, Confucio, de los que no tienen ni una mínima noción. Sus elecciones axiológicas se basan en el conocimiento de nosotros mismos, en comparación con la ignorancia de los demás.

En Europa, así como al otro lado del océano, la Universidad no alimenta la curiosidad por el mundo, y la producción científica sigue siendo esclava de unas visiones parroquiales y unidireccionales. A su vez, estas visiones parroquiales y unidireccionales convencerán a la Universidad de que el único camino a seguir es limitar el estudio en áreas restringidas y con un estricto positivismo legista y utilitarista, o basado en una *Grundnorm* metafísica de cuño iusnaturalista que pretende ser la misma para todos, siempre y en todas partes (separación de poderes y derechos humanos).

En España y América Latina el Derecho comparado es una ciencia en su mayoría desconocida. Mejor: se conoce de forma rudimentaria, como sinónimo de “Derecho extranjero” y en todo caso limitada a áreas homogéneas, en cualquier caso de “Derecho occidental” (con alguna excepción)<sup>14</sup>.

Como afirma Díaz Revorio, debatiendo sobre España, «Es verdad que tradicionalmente no han existido asignaturas de Derecho Comparado, ni público ni privado, en los planes de estudio de las Facultades de Derecho

---

13 L. Carroll, “Attraverso lo specchio”, en C. Pasi (ed.), *Humpty Dumpty di Lewis Carrol nella traduzione di Antonin Artaud*, Einaudi, Torino, 1993, p. 24 ss. Y vale la pena, entonces, señalar también el pasaje recordado *ivi*, p. 71, de C. Pasi, “Antonin Artaud: impresa anti-grammaticale su Lewis Carroll e contro di lui”, en el que Artaud se pregunta «hasta qué punto los escritores tienen derecho a creer que es el “dueño de la de la lengua”». Véase también A. Belvedere, “I poteri semiotici del legislatore (Alice e l’art. 12 preleggi)”, en L. Gianformaggio, M. Jori (eds), *Scritti per Umberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 85 e ss.

14 Reenvío a L. Pegoraro, *Derecho constitucional comparado*, I, *La ciencia y el método*, Astrea, Buenos Aires, 2016, y Unam-Iij, Ciudad de México, 2016, p. 7 ss.

españolas. Y resulta difícil establecer los motivos concretos de esta ausencia, más llamativa si nos comparamos con otros países europeos, que en muchos otros aspectos nos han influido. Podría pensarse que ha habido una cierta sensación de aislamiento, de especialidad que nos dificultaba la equiparación con otros ordenamientos europeos. España se consideraba de algún modo “diferente” y se miraba sobre todo a sí misma. Esta sensación, más o menos acusada en distintos momentos de la Edad Contemporánea, desde luego se intensificó durante el período franquista (...)»<sup>15</sup>.

En América Latina la situación no es tan distinta: se publican a menudo excelentes trabajos comparados, aunque centrados en el Derecho occidental, pero casi ningún escrito metodológico<sup>16</sup>. Algunas revistas se denominan de Derecho comparado, pero casi siempre los artículos se refieren a otro país, respecto al país de edición, o a principios/normas/instituciones propias y comunes de Occidente o de una área jurídico-cultural de Occidente, escritos con la “mentalidad” propia del jurista positivo o del teórico iusnaturalista<sup>17</sup>. En muchos países se proponen cursos, clases maestrías, másteres, especialidades en Derecho comparado, o que contienen una parte dedicada al Derecho comparado, sin embargo, en su mayoría impartidas por juristas de Derecho interno o Teoría general. Es decir, no existe una disciplina académica, ni una cultura académica de la comparación.

Tal vez la razón se encuentre en la índole “subversiva” de la comparación jurídica<sup>18</sup>: la perspectiva comparatista contrarresta el *rule of professional law* clásico<sup>19</sup>, el occidentalismo, el conformismo, hasta su epistemología. Es

---

15 F.J. Díaz Revorio “Il diritto comparato in Spagna: una scienza senza disciplina accademica (nonostante l’apertura al mondo)”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2019, p. 653 ss.

16 V. sin embargo en México la revista *Isotimia*, n. 4, 2011, monográfico, titulado “Estudios sobre metodología del Derecho Comparado. Homenaje al Profesor Lucio Pegoraro”, y sobre la situación de los estudios constitucionales-comparatísticos los números monográficos de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2014, y del *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, Esi, Napoli, 2013.

17 Entre las excepciones, los *Cuadernos de derecho comparado* de la Academia Nacional de Der. y Ciencias Soc. de Córdoba, Inst. de Der. Comp.

18 Ver H. Muir Watt, “La fonction subversive du droit comparé”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 3, 2000, p. 503 ss.; además, G.P. Fletcher, “Comparative Law as a Subversive Discipline”, en *Am. journ. comp. law*, n. 4, 1988; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, 2a ed., Giappichelli, Torino, 2019.

19 La referencia es a U. Mattei, “Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici”, en *Aa.Vv., Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, 3 vols, Giuffrè,

una ciencia crítica<sup>20</sup>, que no acepta el convencimiento que tienen muchos constitucionalistas “domésticos” –positivistas “legalistas” o iusnaturalistas–, convencidos de que para conocer el mundo basta aplicar las teorías y categorías aprendidas en casa, otorgando, a estas, validez universal: «Le pluralisme et le relativisme: tels sont les premiers enseignements qu’un cours de droit comparé doit dispenser» – nos recuerda Bénédicte Fauvarque-Cosson<sup>21</sup>. El relativismo encuentra su dimensión ética en el respeto a las decisiones ajenas, cuya inspiración exige a menudo el auxilio de ciencias distintas de la ciencia jurídica, como es concebida en el Derecho occidental, caracterizado por el papel hegemónico de las familias de *common law* y *civil law*.

Desde la perspectiva epistemológica, el Derecho comparado no renuncia a ser “Derecho”, aunque utilice otras ciencias<sup>22</sup>; sin embargo, reivindica con fuerza que no hay conocimiento del Derecho, en nuestro caso el Derecho constitucional, sin conocimiento de las estructuras que regulan las relaciones entre las personas y entre ellas y las comunidades, y viceversa, que el estudio de estas últimas no puede desconocer la influencia que las “constituciones” de las sociedades tienen en las relaciones entre los individuos. Bien lo sabe quién conoce al menos un poco la India, China, o África, o América Latina por haberlas mirado directamente a los ojos y al corazón, captando su espíritu y peculiaridades y resignándose –como escribe Cacucci– «a una capitulación incondicional: la renuncia a sus propios patrones y hábitos, liberándose de la inconfesada certeza de que la realidad es única y unidimensional, y que todo puede ser interpretado con un sólo modo de ver. El ingrediente más nefasto de la cultura occidental creo que es precisamente nuestra instintiva costumbre de analizar y juzgar,

---

Milano, 1994, I, p. 775 ss.; Id., “Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal Systems”, en *Am. journ. comp. law*, n. 45, 1997, p. 5 ss.

20 G. Frankenberg, *Comparative law as critique*, Elgar, Cheltenham, 2019.

21 “L’enseignement du droit compare”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2002, p. 308.

22 Referencias en mis artículos “Comparación jurídica y uso ‘externo’ de las otras ciencias”, en *Rev.jur. Avances*, n. 7, 2012, p. 295 ss., y en L. Moccia et al. (eds), *Estudios de Derecho Civil. Derecho comparado, Derecho Híbrido, Derechos Humanos, Ciencia Política*, Upica, Lima-Bogotá-Panamá, 2014, p. 437; Id., “Diritto, diritto comparato, altre scienze nello studio del nuovo costituzionalismo andino e del buen vivir”, en S. Baldin, M. Zago (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014, p. 389 ss.

filtrando los comportamientos a través de una red de convenciones que nos hacemos ilusiones sean absolutas y obvias»<sup>23</sup>.

La gran diferencia es, para Rodolfo Sacco, la *mentalidad* diferente. Por supuesto, incluso el comparatista es víctima de sus propios criptotipos, de los que lucha por liberarse, pero precisamente la liberación al menos parcial lo distingue del jurista nacional, o del “pseudo-comparatista” que, por otro lado, observa la ley “desconocida” y sigue usando sus categorías como criterio y parámetro de evaluación. El jurista nacional a veces ni siquiera sabe de qué está hablando o, por elección consciente o inconsciente, relega la cultura, la mentalidad, los criptotipos al ámbito de la irrelevancia jurídica. Todas estas son cosas bien conocidas, al menos entre aquellos que saben la diferencia entre reconocer la *Grundnorm* y aceptarla, y sus repercusiones epistemológicas<sup>24</sup>.

Como escribe S. Bagni<sup>25</sup>, «De hecho, si compartimos la teoría de los formantes de Rodolfo Sacco, debemos reconocer que el obstáculo más grande para el comparatista es penetrar el criptotipo cultural, tanto en el sentido de superar su propio hábito de estudiar, entender y aplicar el derecho, como de buscar e individuar el del ordenamiento analizado<sup>26</sup>. Pierre Legrand utiliza en este contexto la expresión “empatía”, que considera

---

23 P. Cacucci, *La polvere del Messico*, 14a ed., Feltrinelli, Milano, 2004.

24 U. Scarpelli, voz “Metodo giuridico”, en *Enc. Feltrinelli Fisher, Diritto 2*, al cuidado de G. Crifò, Feltrinelli, Milano, 1972, y en *Id.*, *L’etica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 418 s.

25 S. Bagni, “All you need [to compare] is love’ revisited”, en *Comp. L.R.*, n. 9 (2), 2018, p. 58. Además: R. Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford U.P., New York, 2016; M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2014, p. 13; G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, Elgar, Cheltenham, 2019. Mas atrás, al principio del revival sobre la cuestión del método, cfr. J. Husa, “Methodology of Comparative Law Today: from Paradoxes to Flexibility?”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 4, 2006, p. 1095 ss.; M.-C. Ponthoreau, “Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 1, 2005, p. 7 ss.; U. Mattei, M. Reimann, “Introduction”, en *Am. journ. comp. law*, n. 46, 1998, p. 597 ss., introducción al *Symposium “New Directions in Comparative Law”*.

26 Es en parte la misma objeción que conduce autores como Pierre Legrand a afirmar que no puede realizarse una completa comprensión entre ordenamientos distintos, así que igualmente no se puede hablar entre ellos de convergencia, o trasplantes de institutos.

“a necessary ingredient of a meaningful, critical comparison”<sup>27</sup>. Él afirma que no es posible entender el derecho como lo hace un jurista de otro país, pero que sí se puede “imaginar” de hacerlo: esto proceso supone en el comparatista una “empathic imagination”<sup>28</sup>.

### 3. La elaboración conformista del núcleo

La hiper-constitución se afirma, o pretende afirmarse, al afectar todos los sectores del Derecho. Los presupuestos para que pueda imponerse son aquellos de la globalización: el ataque a la cultura, la simplificación de la comunicación política, la destrucción de las sociedades y de las asociaciones intermedias (partidos, sindicatos...), para llegar a la marginalización de los Parlamentos, a la ductualización del Derecho, a la entrega de los poderes decisionales a los jueces, especialmente aquellos constitucionales y transnacionales, y árbitros privados, a la falta de control sobre gobernantes “reales”, para realizar el mito del mercado como valor en sí<sup>29</sup>.

De la aceptación acrítica de la ética kantiana, que pone la persona al centro, doctrina y jurisprudencia han procedido corolarios que al final, desmienten tal ética, porque privan a las personas de la libertad de elección (el libre albedrío de la persona). Se distancian y se separan, porque se desconecta de la posibilidad de decisión del circuito democrático, y porque –hablaremos de ello en breve– confía a los jueces las elecciones, minando la relación con *las* sociedades.

Derechos humanos y dignidad *son* la hiper-constitución, creada y en su mayoría compartida en el interior, impuesta y no compartida (si no en parte) afuera.

En la concepción occidental, «El concepto de derecho subjetivo, absoluto o relativo, no es otro que la delimitación de un poder al que corresponde la sujeción, la obligación o el deber de uno o de todos los que entran en relación con el titular del derecho, dentro de los límites de la extensión normativa de aquél. Quizás este sistema intrínsecamente conflictivo, es la base del fracaso de las políticas multiculturales de muchos países,

---

27 P. Legrand, “European Legal Systems Are not Converging”, en *Int. and comp. L.Q.*, n. 45, 1996, p. 77.

28 *Ibid.*, p. 76.

29 Véase S. Mancuso, *Liquidità e comparazione: un breve viaggio tra diritto, antropologia e sociologia*, Pacini, Pisa, 2018.



aplicadas en el plano jurídico a través de la creación de tantas comunidades separadas como son los posibles elementos que diferencian entre sí a los seres humanos: mujeres contra hombres, ciudadano contra extranjero, “heterosexual” contra “homosexual”, blanco contra negro, etc.; o mediante la extensión, según el principio de igualdad formal, de la titularidad de los mismos derechos sin discriminaciones de raza, etnia, lengua, etc.»<sup>30</sup>.

Los vates y demiurgos de la globalización continúan a evocar –del binomio consagrado en los altares de la teología revolucionaria– sobre todo los derechos humanos, algo menos la división de los poderes. Quizás porque están convencidos que la protección de los primeros puede pasar solo o sobre todo, a través de la obra de poderes que están fuera de la tripartición, las jurisdicciones constitucionales y transnacionales.

Sin embargo, se podría hablar también de formas de gobierno de los países socialistas. Por ejemplo, las formas de gobierno de la Unión soviética correspondían a las relaciones entre tres sujetos “constitucionales” que desde siempre se han repartido el poder: partido, ejercito, KGB. Y la forma de Estado totalitaria en la versión fascista estaba caracterizada en su forma de gobierno, distintamente de la nacionalsocialista, del dualismo entre Rey y Duce, y luego el Gran Consejo. También, en el ámbito de las autocracias nacionalistas árabes se pueden distinguir diferentes formas, que corresponden a diversos modelos de relaciones de gobierno<sup>31</sup>. Hay división de poderes también en el Derecho tribal, con la contraposición entre jefe de la tribu y chamán; y hay en Irán, donde se enfrentan poder civil y poder religioso. Con distintos límites cuantitativos y prevalencias, que existen en todas partes, aunque solo en Occidente se declina con base en los tres individualizados por Montesquieu. La hiper-constitución admite solo el modelo clásico occidental<sup>32</sup>.

---

30 S. Bagni, “Dal Welfare State al Caring State?”, en Id. (ed.), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013, p. 23. Sobre la centralidad de los derechos en la tradición jurídica occidental remito a A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 121.

31 Véase M. Oliviero, “La recezione del modello semipresidenziale nei paesi arabi”, en L. Pegoraro, A. Rinella (eds), *Semipresidenzialismi*, Cedam, Padova, 1997, p. 253 ss.; Id., “Forme di Stato e forme di governo nei paesi islamici: profili di metodo e tendenze costituzionali”, en M. Papa, G.M. Piccinelli, D. Scolart (eds), *Il libro e la bilancia. Scritti in memoria di Francesco Castro*, 2 vols, Esi, Napoli, 2011, II.

32 Por ej. se debate en México sobre la reticencia de las comunidades indígenas en aceptar el límite de dos mandatos en los municipios administrados en base al Derecho

Otro elemento irrenunciable, que a menudo esta sobre las propias Constituciones, es la protección de la democracia (exclusión de partidos e ideologías antisistema). El núcleo democrático debe ser defendido a cualquier precio, hasta llegar a los límites extremos (pero no más allá) de la propia democracia. Motivando normas y medidas con la amenaza terrorista<sup>33</sup>, se amplía la esfera de la “democracia militante”, en la medida en que el objeto de la represión son incluso manifestaciones ideológicas. La opción, operada por muchos ordenamientos, de adoptar un sistema de protección de la democracia, o de interpretarlo en modo extensivo, es una elección que, por así decirlo, afecta la fisiología del sistema de las fuentes<sup>34</sup>.

El reclamo a la seguridad desempeña un papel estratégico en esta fase de cambio hacia la alineación de formantes y de ajuste del nuevo orden mundial<sup>35</sup>. Evocada muchas veces por líderes, partidos populistas y racistas y gobiernos “soberanistas” en dirección contraria, es funcional para los objetivos y las herramientas de la globalización<sup>36</sup>.

---

tradicional, aunque la legitimidad del poder se basa en la ancianidad, la sabiduría lo que debería resultar de ello, la autoridad, el consenso, y ciertamente no sobre el voto periódico.

- 33 Sobre terrorismo, seguridad y las medidas extraordinarias en clave comparada, con acercamiento filosófico y lingüístico, D. Fonseca, “Parler du terrorisme”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 21, 2017, y ulterior bibliografía en L. Pegoraro, A. Rinella, *Derecho constitucional comparado*, II, *Sistemas constitucionales*, 2 vols, Giappichelli-Astrea, Torino-Buenos Aires, 2018, vol. A, trad. port. *Sistemas constitucionais comparados*, 2 vols, Giappichelli-Astrea-Contracorrente, Torino-Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre-São Paulo, 2021, vol. A, para ambos cap. X, secc. II, § 5, y secc. III.
- 34 Sobre la protección de la democracia v. para la bibliografía *Sistemas constitucionales*, cit., cap. X, secc. II, y L. Pegoraro, “Para una clasificación ‘dúctil’ de ‘democracia militante’”, en *Est. const.*, n. 6, 2012, p. 119 ss., en D. Cienfuegos Salgado, L.G. Rodríguez Lozano (eds), *Temas selectos de Derecho Público contemporáneo*, Uanl-El Colegio de Guerrero-Laguna, México, 2012, p. 249 ss., en *Rev. vasca adm. públ.*, n. 96, 2013, p. 193 ss., en L. Pegoraro, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, 2016, p. 572 ss.
- 35 Entre los escritos más recientes, J.J. Fernández Rodríguez (ed.), *Democracia y seguridad. Respuestas para avanzar en el sistema público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- 36 Cfr. M. Carducci, “‘Estrattivismo’ e ‘nemico’ nell’era ‘fossile’ del costituzionalismo”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. espec. 2019, p. 77. Véanse además Á. Figueruelo Burrieza, “Retos del derecho constitucional ante la crisis de una sociedad globalizada”, en S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, Tirant lo Blanch, México, 2017, I, p. 947 ss.; A. Somma, “Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell’economia del debito”, *ivi*, I, p. 411 ss.; D. Amirante,



La híper-constitución no incluye a los extranjeros, sacrificados en el altar de la ciudadanía, aunque, a decir verdad, la utilizan la jurisprudencia y doctrina para componer las antinomias más vistosas entre uno y otro diferente componente del núcleo, los derechos humanos; se utiliza, sobre todo, cuando los que desequilibran la ponderación a desventajas de estos últimos sean ordenamientos que no tienen reputación “democrática”, y por lo tanto no aceptan la híper-constitución en todas sus facetas<sup>37</sup>.

A nivel procesal, una vez negado o circunscrito el papel de la política para la composición de los intereses y en el balance de los valores, la formulación, la defensa y la expansión del núcleo se vale por lo menos de tres modalidades principales: la sustracción del mismo a cualquier posibilidad de modificación, cualesquiera que sean las opciones de la sociedad y los valores que elija; el desarraigo de los mismos, desvinculados de procesos legitimadores, mediante la superioridad conferida al Derecho de los tratados, considerado superior a las Constituciones mismas; la confianza en el conocimiento de los jueces-demiurgos nacionales e internacionales de las decisiones sobre conflictos de prevalencia (en la práctica, qué es justo y qué no lo es)<sup>38</sup>.

Aceptadas casi en todas partes las teorías sustancialistas de los límites a la revisión, la excepción se ha convertida en regla: es decir, hay muchas más normas, y sobre todo los principios, en muchísimos ordenamientos, que no se pueden reformar, respecto a aquellas y aquellos que se pueden cambiar; y el poder efectivo no reside más exclusivamente en las manos de los órganos establecidos en la Constitución originaria, sino en los Tribunales (incluso en los transnacionales, como el iberoamericano). Los mismos procedimientos han cambiado: a veces el mismo constituyente prevé la intervención de los Tribunales, pero donde no lo prevé, los Tribunales lo hacen por su cuenta. Con pocas excepciones (EE.UU., Francia), los

---

“L’economia viaggia veloce, il diritto lento: note minime autobiografiche su comparatisti e globalizzazione”, *ivi*, I, p. 121 ss.

37 Remito a mi artículo “El enemigo, la ecuación terrorista-estranjero y el ataque al Estado democrático de Derecho”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. especial, 2019, p. 611 ss.

38 Véase en general G. Tusseau, “*Les juges constitutionnels comme autorités normatives: éléments d’une taxonomie des sentences constitutionnelles*”, en G. Grandjean, J. Wildemeersch (eds), *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l’exercice de leur fonction*, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 169 ss., y sobre todo Id., “*Deux dogmes du constitutionnalisme*”, en Aa.Vv., *Penser le droit à partir de l’individu. Mélanges en l’honneur d’Élisabeth Zoller*, Dalloz, Paris, 2018, p. 835 ss.

Tribunales constitucionales, apoyados por una gran parte de la doctrina académica, independientemente de las súper-mayorías previstas por cada Constitución para aprobar la reforma (y también de la frecuente participación del pueblo “soberano”), se proponen como únicos intérpretes del bien del pueblo y prohíben reformar lo que no les gusta, incluso en ausencia de límites expresos en el texto originario<sup>39</sup>.

La híper-constitución se expande con la atribución a los tratados internacionales y los convenios sobre derechos (aprobados casi siempre por los Gobiernos o la mayoría simple de los Parlamentos) de un rango superior a aquel de las propias Constituciones elaboradas por el poder constituyente o de reformas constitucionales decididas por amplias mayorías o por el pueblo. La “*higher law*” por lo tanto no es la ley aprobada por “*we the people*”, sino la decidida por Gobiernos y Parlamentos en desprecio de lo que afirmó Hamilton en el ensayo n. 78 del *Federalist*<sup>40</sup>. Incluso donde la superioridad de los tratados está fijada en la Constitución, y no solamente fue decidida en la jurisprudencia, esta se convierte en flexible, atribuyéndose (casi siempre) a las mayorías simples (o a los Gobiernos), a través de los tratados, el poder de individualizar las reglas supremas<sup>41</sup>.

Los Tribunales, a la política legitimada por el pueblo, contraponen ahora en todas partes propias interpretaciones, que tienden a afirmarse y

---

39 Sobre este aspecto S. Ragone, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012; Id., “El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada”, en *Teoría y real. const.*, n. 31, 2013, p. 391 ss.; sobre la importancia del control (siempre más frecuente) sobre las revisiones constitucionales cfr. K. Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Ekin, Bursa (Turquía), 2008; S. Bagni, “Riforme costituzionali e super-maggioranze parlamentari: per un aggravamento variabile del procedimento di revisione”, en D. Butturini, M. Nicolini (eds), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, 2 vols, I, *I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*, Bup, Bologna, 2017, y en E. Álvarez Conde (ed.), M. Álvarez Torres (coord.), *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*, Comares, Granada, 2017. Ulterior bibliografía en L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemas constitucionales*, cit., vol. B, cap. X, secc. II, § 3.3, p. 407, nt 200.

40 «Si hubiera una antinomia irremediable entre la ley constitucional y la ley ordinaria, se deberá, naturalmente, dar preferencia a aquella a la que estamos ligados por obligaciones mayores o, en otros términos, se deberá preferir la Constitución, a la voluntad de los representantes del pueblo la voluntad del pueblo mismo».

41 No por casualidad, la Constitución de Estados Unidos establece en el art. II, secc. II, § 2, que para aprobar los tratados se necesitan 2/3 de los senadores.

condicionar intensamente a la democracia representativa. Corrientes de resistencia se encuentran donde, por tradición, no hay necesidad de un poder “contramayoritario”, basándose la Constitución sobre tradiciones y valores compartidos<sup>42</sup>; donde todavía prevalece la idea que el pueblo debe, de todos modos, prevalecer en caso de conflicto; y donde el poder político, legitimado democrática y directamente, sigue siendo intolerante con los lazos del orden jurisdiccional, y por lo tanto tiende a circunscribir su rango de acción.

Sobre todo, sin embargo, se acepta que, en ciertos casos, la “sabiduría de los jueces” pueda sustituir a la autoridad de la ley<sup>43</sup>: sea cuando está en juego la relación entre sociedad e instituciones –se trata de los derechos–, sea cuando necesita un árbitro neutral de los conflictos interorgánicos o intersubjetivos. Además de la forma de Estado, los Tribunales condicionan el tipo de Estado (las relaciones entre centro y periferia) y la forma de gobierno.

Las doctrinas neoconstitucionalistas, que en las versiones más radicales entregan a los Tribunales constitucionales la ponderación de valores, incluso sin tener en cuenta los límites, acaban por legitimar un activismo incesante, desequilibrando sus funciones de freno y corrección. La elección axiológica no es por tanto dialógica, ni históricamente determinada por las contingencias, y ligada a las determinaciones de cada Constitución, sino *a priori*: entre las opciones de los representantes del pueblo, también en sede de revisión, y aquellas de los jueces de las leyes (o de las revisiones), deberían siempre prevalecer estos últimos, los portadores de los valores universales (de los cuales tales doctrinas se hacen a su vez intérpretes, auto atribuyéndose el poder de decidir lo que es válido, útil y esencial en todas partes y para siempre).

La teoría del núcleo (la hiper-constitución) no se resuelve solo en una disputa entre distintas concepciones teóricas, sino proyecta sus consecuencias dinámicas en los sistemas de fuentes, por el cual, también desde el punto de vista epistemológico no estoy seguro que se pueda tratar todavía a la Constitución como *supreme law of the land*. De hecho, por encima se encuentra el núcleo identificado por los Tribunales.

---

42 Cfr. S. Baldin, *Profili costituzionali del buen vivir andino*, Giappichelli, Torino, 2019.

43 Cfr. N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, reimpr. il Mulino, Bologna, 1996, p. 98 s.

#### 4. Rechazo de un núcleo impuesto y formulación de un núcleo compartido

El instrumento cultural que acompaña el sueño imperial de la globalización económica es la elaboración de un núcleo de valores válidos para todos, que sirva de parámetro no sólo en las elecciones políticas y en la jurisprudencia de los varios ordenamientos que lo aceptan porque está arraigado en la historia, en la sociedad y en el Derecho, sino también para los mundos externos (2/3 del total), donde los formantes están rotundamente divididos. El mero reconocimiento de la diversidad es extremadamente parcial y limitado<sup>44</sup>. El núcleo constitucional de cuño occidental y la construcción de una hiperconstitución basada en un solo elemento (los derechos) manifiesta una índole absolutista que divide las tradiciones jurídicas, un muro que impide la construcción de un Derecho compartido.

Excluyo ahora mismo que “derechos” y “dignidad” representen elementos básicos para culturas distintas de la occidental<sup>45</sup>, aunque estén frecuentemente presentes en el Derecho chtonio y otros, así como no lo representa para la euro-atlántica “deber”. Es necesario entonces discernir los componentes necesarios, irrenunciables en cada cultura (los “elementos determinantes”, diría Constantinesco<sup>46</sup>), de los mediables, y sobre éstos intentar la edificación de un núcleo compartido.

Bajo el perfil epistemológico, el estudio de las tradiciones jurídicas, separado de un análisis crítico de lo que une y lo que divide, para defender las peculiaridades y compartir lo que se puede compartir, no sólo es científicamente débil, sino es índice de una toma de posición política clara:

---

44 V. por ej. M.G. Núñez Torres, A. Cavazos Guajardo Solís, *El multiculturalismo en el régimen constitucional mexicano: análisis comparado de las constituciones federal y locales*, en *Rev. gen. dir. pubbl. comp.*, n. 27, 2020.

45 Sin embargo A. Ferrari, “La Costituzione più antica del mondo”, en *Africa*, n. 3, 2021, recuerda que: «La Carta de Mandé, promulgada en 1236, fue transmitida oralmente durante siglos por los Malinké, un grupo iniciático de cazadores, y por los griot, los narradores del África occidental», y así empezaba: «El espíritu del hombre vive de tres cosas: ver lo que quiere ver, decir lo que quiere decir, hacer lo que quiere hacer, por lo que ahora cada uno es responsable de su persona, es libre en sus actos, dentro de las leyes de su país”

46 J.-L. Constantinesco, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1971, y Id., *Die rechtsvergleichende Methode*, II, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1972.

además de defender la tradición occidental, exportarla, sea con el prestigio, sea con la imposición<sup>47</sup>.

A diferencia de la filosofía occidental, que es antropocéntrica, las filosofías orientales, africanas y en general las culturas chthonias no lo son: «no comparten la creencia en la naturaleza aislada, atomista y competitiva del ser humano, ni en la naturaleza utilitarista del homo economicus, ni en el modelo social de centrifugación y gravitación, ni en la naturaleza absolutamente racional del hombre, ni en la naturaleza laica del mismo, ni en la naturaleza idéntica de los géneros, ni en las libertades sin virtudes, ni en el enfoque materialista y hedonista de la vida»<sup>48</sup>. Están orientadas a componer las antítesis, a evitar el conflicto, a seleccionar al gobierno en base a principios distintos de la temporalidad de los cargos. La búsqueda de uno o más puntos de contacto se revela compleja, frente a valores cuales “deber”, “moral”, “armonía”, “religión”, “naturaleza”, “familia”, “tribu”, “perdón”, “ocio”, “tradición”, “corrección”, “comunidad”, “deferencia”, “felicidad”<sup>49</sup>, etc.

Las tradiciones jurídicas incorporan casi todos los valores/principios de los que hemos hablado hasta ahora: los derechos también están presentes en el Islam y en la cultura indígena, los deberes en Occidente; la armonía podría declinarse en parte en la racionalidad occidental, la deferencia en el concepto de orden y seguridad, etc. La naturaleza ha hecho su aparición en el constitucionalismo occidental, aunque también de modo instrumental al antropocentrismo, el útil permea todas las

---

47 Cfr. M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010, p. XII, según la cual los argumentos con los que Occidente, máximo artífice de la ley global, se enfrenta a otras experiencias y tradiciones jurídicas «son modalidades y argumentos que a menudo parten del supuesto de que sólo nosotros tenemos el derecho, mientras que los demás sólo intentan imitarnos o estúpidamente resistirnos». El jurista occidental prefiere continuar usando, a pesar de los cambios que se están dando, una dimensión etnocéntrica de los ordenamientos como una práctica puramente euroatlántica. Véase también R. Toniatti, “Per una concezione aperta, plurale ed eterodossa del metodo comparato nel diritto costituzionale”, en *DPCE online*, n. 42 (1) 2020, p. 836.

48 B. Marquardt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Ibañez, Bogotá, 2016, p. 39.

49 Para un análisis del impacto de los estudios sobre la felicidad en las elecciones de política del Derecho cfr. P.H. Huang, “Happiness Studies and Legal Policy”, en *Annual rev. of law and soc. sc.*, n. 6, 2010, p. 405 ss., y M. Graziadei, B. Pasa, “Happiness Once More”, en *Journ. comp. law*, n. 14 (2), 2019, p. 203 ss.

sociedades; y así sucesivamente. La diferencia está en su axiología, en los criterios de preeminencia<sup>50</sup>.

Se trata entonces de buscar los elementos comunes, para ponerlos en un orden reequilibrado, hasta el límite del núcleo irrenunciable. Se trata de erosionar sus fronteras, utilizando lógicas débiles y categorías *fuzzy*, respetando los núcleos respectivos, pero permitiendo las superposiciones en las franjas exteriores. En definitiva, se trata de extraer de estas franjas uno o más elementos básicos/ determinantes compartidos, distintos de la dignidad y de los derechos, que por el contrario no son compartidos, para identificar un principio común, o más principios comunes, que actúen de directriz igualitaria de las culturas y tradiciones, en lugar de ese impuesto hasta ahora por la preeminencia cultural euro-atlántica. Lo que propongo es una *affermative action* de la doctrina comparatista<sup>51</sup> a favor del reequilibrio, y el abandono de una visión multicultural en beneficio de un verdadero interculturalismo, capaz de aceptar también vínculos provenientes del exterior y no sólo de conceder al lado de la propia religión de Estado los cultos admitidos, dentro de los límites de la ley.

#### **4.1. Deber, pertenencia, comunidad, naturaleza en el Derecho africano**

Hasta el cambio de milenio, África no consigue trasladar a las Constituciones su gran patrimonio espiritual y hacer efectivas las visiones políticas ancladas en las tradiciones nativas, a pesar de algunas tentativas en este; cuando menos las referencias al mismo, que a veces se dan, no han prosperado si no en el Sur del continente.

Piénsese en el Humanismo de Kenneth Kaunda (primer Presidente de Zambia), cuya ideología se basaba en la plena libertad del hombre africano, en su bienestar (entendido en el sentido no material) y en su dignidad; en el *Ujamaa* de Julius Nyerere (primer Presidente de Tanzania), asentado en la idea de la “antisocialidad” de la acumulación de riqueza,

---

50 El libro de referencia sobre las tradiciones es H.P. Glenn, *Legal traditions of the World: Sustainable Diversity*, Oxford U.P., Oxford, 2000.

51 No tengo muchas esperanzas en los constitucionalistas: explico las razones en “Comparación y globalización (las categorías del Derecho civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del Derecho comparado)”, en L.R. González Pérez, D. Valadés (eds), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje A Jorge Carpizo*, Unam-Iij, México, 2013, p. 265 ss., y en L. Pegoraro, *Teoría y modelos de la comparación*, cit., p. 21 ss.



y los principios de solidaridad entre los ciudadanos, de ayuda mutua y de igualdad económica además de política: valores, todos ellos, presentes en la sociedad africana tradicional anterior a la colonización<sup>52</sup>; por último, en el Conciencismo y Panafricanismo del gran *leader* de Ghana, Kwame N’krumah, fundamentado en la concepción comunitaria de África tradicional, la conciencia humana y especialmente la africana<sup>53</sup>.

Por África prevalecen la naturaleza, los valores comunitarios, la familia y las pertenencias, mientras que los derechos son sólo la otra cara de los deberes. Tales filosofías germinan del concepto africano de fraternidad (*ubuntu*), que –como explica M. Nicolini– permite «elaborar una nueva tradición jurídica donde el *postcolonial discourse* incorpora principios, valores, conceptos del Derecho tradicional según narraciones que seguramente tienen un estilo *à l’européene*, pero promueven el desarrollo de la experiencia jurídica comunitaria africana según directrices autónomas de las eurocéntricas y coloniales»<sup>54</sup>.

52 N. Kpalaingu Kadony, *Une introduction aux relations internationales africaines*, L’Harmattan, Paris, 2007, p. 97.

53 Sobre las influencias filosóficas, espirituales y religiosas en el pensamiento africano, y su influencia más significativa sobre los programas políticos de los *leader* antes, durante y con posterioridad al proceso de descolonización v. (en ed. italiana) M. Nkafu Nkemnkia, *Il pensare africano come “Vitalogia”*, Città Nuova, Roma, 1997; Id., *Prospettive di filosofia africana*, Ed. Associate, Roma, 2001; Id., *Il divino nella religione tradizionale africana. Un approccio comparativo ed ermeneutico*, Città Nuova, Roma, 2011.

54 Estos valores se resumen, por ej., en el preámbulo de la nueva Constitución de Madagascar, que recuerda, entre otros, a la creencia en Dios, Supremo Creador (*Andriamanitra Andriananahary*), la protección de la biodiversidad, las estructuras de gobierno tradicionales locales, la promoción de una sociedad que pueda vivir en armonía y en el respeto del otro, y sepa revalorizar «la riqueza y (...) dinamismo de sus valores culturales y espirituales a través del “*fanahy maha-olona*” (principio de existencia)». Como recuerda R. Toniatti, “La razionalizzazione del “pluralismo giuridico debole”: le prospettive di un nuovo modello giuridico e costituzionale nell’esperienza africana”, en M. Calamo Specchia (ed.), *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio. Scenari e prospettive dall’Europa all’Africa*, Maggioli, Sant’Arcangelo di Romagna, 2016, § 3, «La cosmogonía indígena produce su propio derecho, un derecho originario y original, un derecho equivalente a la ley del equilibrio natural, un derecho que, por lo tanto, no pertenece al hombre más de lo que pertenece a la tierra, incluso a la a la naturaleza en general, un derecho del que el hombre no puede disponer porque no le pertenece, pero al que debe adaptarse, porque es el hombre el que pertenece al derecho en la medida en que el derecho sea uno con la ley natural». Véase también –además de varios escritos de Matteo Nicolini– S. Mancuso, *Informal Laws and State Law in the Horn of Africa*, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019.

#### 4.2. Conciliación, armonía, deber, bien común en los Derechos asiáticos

En la perspectiva confuciana, el hombre que tiene la intención de cultivar las virtudes individuales sólo tiene un camino por recorrer: el del cumplimiento de los deberes y responsabilidades que se derivan de las relaciones con otras personas. En otras palabras, solo a través del cumplimiento de las obligaciones mutuas de los miembros de la comunidad, cada persona es plenamente consciente de su propia personalidad<sup>55</sup>.

También otras concepciones filosóficas comparten bases similares. El *dharma* hinduista «incluye aquel conjunto de reglas y comportamientos a los que el individuo debe aspirar para estar en armonía con el orden cósmico. El mismo no contempla una regla uniforme y válida para todos, pues puede variar dependiendo de la posición que tenga el individuo en la sociedad, en la comunidad religiosa, o en la casta»<sup>56</sup>.

Incuso en Japón –a pesar de la aparente occidentalización del Derecho público– permanece la aversión por el conflicto, que concretamente se traduce en la propensión a recurrir a métodos alternativos de solución de las controversias, como los procedimientos de conciliación y arbitraje. «La natural consecuencia de esto ha sido también en la época contemporánea, el modesto recurso a los Tribunales y al sistema judicial tradicional, salvo en los casos en que las otras rutas alternativas de resolución sean ineficaces»<sup>57</sup>. Otra consecuencia es la diferente percepción de los derechos, ya

---

55 V. L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemas constitucionales*, cit., vol. A, p. 179 s. Por esta razón resulta difícil delinear, en un ordenamiento permeado por los trazos del confucianismo –como, por ej., los de China, Laos y Vietnam–, una posición jurídica subjetiva individual claramente separada de la colectividad. Para un perfil teórico sobre confucianismo y Derecho público: S. Kim, *Public Reason Confucianism: Democratic Perfectionism and Constitutionalism in East Asia*, Cambridge U.P., Cambridge, 2017.

56 D. Amirante, voz “Derecho hindú y derecho indio”, en L. Pegoraro (ed.), *Glosario de derecho público comparado*, ed. al cuidado de E. Ferrer Mac-Gregor, M. Nuñez, C. Astudillo, G. Enríquez Fuentes, P. Torres Estrada, Porrúa, México, 2012, p. 117 s.; Id., *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell’Unione Indiana*, Bup, Bologna, 2014; Id., *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell’India contemporanea*, Esi, Napoli, 2019; Id. (ed.), *I sistemi costituzionali dell’Asia Meridionale*, Volters Kluwer-Cedam, Milano, 2019 (también en inglés y español), y ahora P. Viola, *Costituzionalismo autoctono. Pluralismo culturale e trapianti giuridici nel subcontinente indiano*, Bup, Bologna, 2020, y C. Correndo, *Razionalizzazione del pluralismo giuridico e panchayati in India*, Esi, Napoli, 2020.

57 F. Sasso, D. Lo Coco, *Giappone: un diritto originale alla prova della globalizzazione*, Un. di Palermo, Palermo, 2016, p. 43, y sobre todo J.O. Haley, “The Myth of the



que conceptos como “derecho subjetivo”, “fundamental”, “humano”, etc., son occidentales y no tienen relación con la cultura japonesa<sup>58</sup>.

«En el nivel teórico y filosófico, los “valores asiáticos” incorporan principalmente las virtudes cardinales del confucianismo, hinduismo y otras concepciones filosóficas y religiosas: la primacía de los intereses colectivos sobre los individuales; la necesidad de garantizar la armonía social, incluso a costa de sacrificar las expectativas del individuo; la prevalencia de los intereses de la familia, la comunidad, la nación; el respeto por el orden y la estabilidad; el valor de la sobriedad y el ahorro; la disposición a sacrificarse por el bien de la comunidad; la renuncia al beneficio presente en vista de un beneficio futuro»<sup>59</sup>.

De acuerdo con los valores asiáticos, la concepción prevalente en Asia sobre la condición del hombre se concilia mal con los derechos humanos. La tradición asiática pone el acento sobre los deberes que incumben a los individuos respecto de la colectividad; ello no es conciliable con la visión occidental de los derechos humanos basada en el individualismo. De ahí se deriva que en la prospectiva de gobierno el desarrollo económico que puede suponer un avance para el conjunto de la comunidad prevalezca claramente sobre el respeto a la tutela de los derechos civiles y políticos; un gobierno burocrático y autoritario se presenta más funcional respecto a la consecución del bienestar colectivo<sup>60</sup>.

Además de la “armonía”, los conceptos de “deber”, “orden moral”, “bien de la comunidad” (y “útil”) adquieren un significado distinto del occidental, donde aparecen como elementos fungibles y no determinantes. Sin

---

Reluctant Litigant”, en Y. Yanagida *et al.* (eds), *Law and Investments in Japan*, Harvard U.P., Cambridge-London, 1995, p. 475 ss., y en *Journ. of jap. stud.*, n. 4, 1978, p. 359 ss. Cfr. también K.L. Port (ed.), *Comparative Law and the Legal Process in Japan*, Carolina Acad. Press, Durham, 1996.

58 Véase E. Bertolini, *La tutela dei diritti fondamentali in Giappone*, Jovene, Napoli, 2011.

59 A. Ehr-Soon Tay, “I ‘valori asiatici’ e il rule of law”, en P. Costa, D. Zolo (eds), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 693 ss. Sobre los valores asiáticos, v. también A. Senn, *Human Rights and Asian Values*, Carnegie Council on Ethics and Int. Affairs, New York, 1997; T. Groppi, “Costituzioni senza costituzionalismo? La codificazione dei diritti in Asia agli inizi del XXI secolo”, en *Pol. dir.*, n. 2, 2006, p. 187 ss.; T. Groppi, V. Piergigli, A. Rinella (eds), *Asian Constitutionalism in Transition: A Comparative Perspective*, Giuffrè, Milano, 2008.

60 L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemas constitucionales*, cit., vol. A, p. 180.

embargo, no son en absoluto extraños a la *western legal tradition*, en sus formas cristiana, liberal y socialista. Por otro lado, los derechos individuales permanecen desapercibidos, ejercitables en cuanto compatibles con los otros valores.

#### **4.3. Religión, obediencia, familia, comunidad, caridad en el Derecho islámico**

En el mundo islámico, entre las bases que se pueden compartir con otras culturas –teniendo en cuenta la versatilidad del Islam, y aparte de la obediencia– se señalan la caridad, los vínculos solidarios (con repercusión en la economía y el sistema bancario<sup>61</sup>), y especialmente la familia: «El Derecho islámico no se dirige al individuo, sino a la familia» – afirma drásticamente Losano<sup>62</sup>.

Explica M. Oliviero que «la mayoría de los musulmanes que toman el nombre de “sunnittas” [...] reconocen –como casi todos los musulmanes– los “cinco pilares de la sabiduría” (es decir, la profesión de la fe en Alá, la oración pública y privada, la obligación de la caridad, el ayuno anual en el Ramadam y la peregrinación a la Meca); pero, en particular, al determinar los comportamientos y las prescripciones de los fieles, incluyen la obligatoriedad de la obediencia a quien detenta la autoridad estatal»<sup>63</sup>.

#### **4.4. Valores occidentales, naturaleza, y buen vivir en América Latina**

América Latina, de manera distinta a Asia y África, «no rechaza todos los valores (o si quieren disvalores) de la cultura occidental; mejor, sólo la percepción indígena puede ser paragonada a las culturas africanas o asiáticas, pero por lo demás el “sistema” se propone como gran elemento de reequilibrio entre culturas tan distintas: el nuevo constitucionalismo latinoamericano aparece entonces también como un mestizaje cultural, que traduce a nivel jurídico el mestizaje “físico” que caracteriza buena parte

---

61 Véanse varios ensayos en M. Papa, G.M. Piccinelli, D. Scolart (eds), *Il libro e la bilancia. Scritti in memoria di Francesco Castro*, 2 vols, Esi, Napoli, 2011, II, p. 831 ss.

62 M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 336. Para la bibliografía me limito a remitir a F. Castro, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007.

63 M. Oliviero, voz “Derecho islámico”, en L. Pegoraro (ed.), *Glosario de derecho público comparado*, cit., p. 122.

del continente»<sup>64</sup>. Incorpora de hecho al contenedor formal “occidental”, y al lado de instituciones sustanciales de su tradición jurídica, los pilares de la tradición indígena.

Al conformar el sistema (en sentido amplio) que une los distintos ordenamientos estatales, si no la “familia” iberoamericana, concurren casi siempre, en todo el área considerada, algunos elementos que la doctrina individualiza en los siguientes: en el Derecho civil, una codificación derivada de un cepo único, desarrollada con características comunes en toda la región (recepción crítica y no anastática), sin embargo a veces con anomalías y diferencias entre Estado y Estado (sobre todo, entre Brasil y los demás países, pero también Haití y otros ordenamientos<sup>65</sup>);

64 Reenvío a mi artículo “América Latina como categoría y objeto de comparación”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2018, p. 213, y en *Pensamiento const.*, n. 22, 2017, p. 192; v. también B. Marquardt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, cit., p. 56 ss., que deteniéndose en la influencia del “primer-tercier-mundismo hegemónico”, y citando a G. Lomné, “Latinoamérica tiene un déficit de autoestima”, entrevista de F. Tafur en *UN Periódico*, n. 129, 2009, Bogotá, Unal, p. 9, se ocupa de «la mirada desdeñosa de las ciencias europeas y norteamericanas hacia América Latina». V. además J.H. Elliott, *The Old World and the New 1492-1650*, Cambridge, Cambridge U.P., 1970, trad. esp. *El Viejo Mundo y el Nuevo*, Alianza, Madrid, 1972. Un síntoma de este fenómeno denunciado por Marquardt lo he destacado, debatiendo y criticando la “adoración” de la academia latinoamericana a la academia europea y norteamericana, acogida sin una actitud crítica como “*argumentum quoad auctoritatem*”, en “Ruolo della dottrina, comparazione e ‘legal tourism’”, cit.

65 La referencia es al así llamado *Code Henry* de Haití de 1812. Sobre la circulación de modelos constitucionales entre España y Latinoamérica, F. Fernández Segado (ed.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*, Ministerio de la Presidencia-Secretaría General Técnica-Cepc, Madrid, 2003; J.F. Palomino Manchego, “La Constitución Española de 1978 y su influencia en el Ordenamiento Constitucional Latinoamericano”, en J. Pérez Royo, J.P. Urías Martínez, M. Carrasco Durán (eds), *Derecho constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sevilla, 3-4-5 de diciembre de 2003)*, 2 vols, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, I, p. 357 ss.; L. Pegoraro, “El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la ‘exportación’ de modelos”, en *An. iberoam. just. const.*, n. 9, 2005, p. 287 ss., y en L. Pegoraro, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., p. 29 ss.; Id., “La Constitución española en su contexto comparado. Una lectura a través de las citas comparadas de los Constituyentes españoles y de algunas Constituciones influenciadas por ella”, en *Parl. y Const.*, n. 19, 2018, p. 8 ss., y en *Comp. L. R.*, n. 1 (9), 2019, p. 143 ss.; el n. 3, 2008 de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, con las ponencias presentadas al Congreso celebrado en Caserta el 29-30 de mayo de 2008: “2007-2008. Buon compleanno, Costituzioni (La circolazione di principi e istituzioni tra Europa e America: influenze reciproche tra le Costituzioni di Stati Uniti, Messico, Brasile, Italia, Francia, Spagna)”. Para la circulación doctrinal, R. Sánchez

en el Derecho público, las peculiaridades del constitucionalismo latinoamericano, marcado en parte de la herencia de Cádiz<sup>66</sup>, el bolivarianismo y sus concepciones de la representación política<sup>67</sup>, la adopción difusa de la forma de gobierno presidencialista, con pulsiones recientes más o menos acentuadas hacia el parlamentarismo<sup>68</sup>; el sistema de garantías, con peculiar referencia al amparo, *mandado de segurança*, acción popular y otros instrumentos parecidos; más en general, en la historia, el caudillismo y la personalización de la política, el populismo, el rol de los partidos. Factores comunes al Derecho público y privado son la percepción del papel de las fuentes y su relación con las categorías de la política, que nos sugiere considerar América Latina en el marco de un macro-sistema en transición del “*rule of political law*” al “*rule of professional law*”, con una gota de “*rule of traditional law*”<sup>69</sup>, debida a la marginalización y luego el reconocimiento de la costumbre y del Derecho

---

Ferriz, M. García Pechuán (eds), *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Ene, Valencia, 2001.

- 66 Sobre la influencia de la Constitución de Cádiz en América Latina, entre tantas contribuciones, publicadas en su mayoría con ocasión del bicentenario, v. por ej.: J.L. Cáceres Arce, *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*, Adrus, Arequipa, 2007; F. J. Díaz Revorio, M. Revenga Sánchez, J. M. Vera Santos (eds), M.E. Rebato Peño (coord.), *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; D. A. Barceló Rojas, J. M. Serna De La Garza (eds), *Memoria del Seminario internacional: Conmemoración del bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las ideas constitucionales de América Latina*, Unam, México, 2013; Aa.Vv., *México en Cádiz, 200 años después. Libertades y democracia en el constitucionalismo europeo (26 abr. - 4 may. 2012 Cádiz, España)*, Trib. Elect. del Poder Judicial de la Federación, México, 2015. Sobre su circulación (también hacia Portugal) v. E. González Hernández, *Breve historia del constitucionalismo común (1787-1931), (1787-1931). Exilio político y turismo constitucional*, Areces, Madrid, 2006, p. 81 ss. En general v. también muchos escritos de J.L. Comellas, espec. *Historia de la España Contemporánea*, Rialp, Madrid, 1990.
- 67 Ver al menos S. Bolívar, *Doctrina del libertador*, Fund. Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1994; E. Roza Acuña, *Bolívar y la organización de los poderes públicos*, Temis, Bogotá, 1988; A. Ramos Garbiras, H.A. Moreno Parra (eds), *Bolívar y el constitucionalismo*, 2a ed., Un. Santiago de Cali, Cali, 1999, y ahora M. Iacometti, “Considerazioni ‘minime’ su alcuni aspetti del pensiero costituzionalistico di Simon Bolívar”, en S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds), *La ciencia del Derecho constitucional comparado*, cit., I, p. 1055 ss.
- 68 D. Valadés, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, 2a ed., Unam, México, 2008.
- 69 U. Mattei, “Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal System”, en *Am. journ. comp. law*, n. 45, 1997, p. 5 ss.; U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997.

indígena<sup>70</sup>; paralelamente, el rol del juez y la justicia, en particular la justicia constitucional<sup>71</sup>; la doctrina y sus relaciones con los formantes dinámicos<sup>72</sup>, la armonización del Derecho con particular referencia al papel de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos<sup>73</sup>.

Fuera del Derecho en sentido estricto, América Latina presenta un sistema económico –además de político– ampliamente uniformizado por la imposición del *Washington consensus*, aunque en las últimas décadas con intentos de emancipación (pese del caso cubano).

En la propuesta jurídica y cultural que patrocina la incorporación del Derecho indígena, M. Carducci escribe que «como alternativa a la centralidad del Estado –con su invariablemente unilateral invención de

---

70 Entre muchos, B. Clavero, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América, Siglo XXI*, México, 1994; E. Borja Jiménez (ed.), *Diversidad cultural: conflicto y derecho: nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; L. Giraud, M. Ahumada Ruiz (eds), *Derechos, costumbres y jurisdicciones en la América Latina contemporánea*, Cccp, Madrid, 2008; Comisión Andina de Juristas, *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2009; C. Aguilar, S. Lafosse, H. Rojas, R. Steward, *Justicia constitucional y modelos de reconocimiento de los pueblos indígenas*, Porrúa-Imdpc, México, 2011; S. Lanni (ed.), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Esi, Napoli, 2011; B. de Sousa Santos, A. Grijalva Jiménez (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Fund. Rosa Luxemburg, Abya Yala, Quito, 2012.

71 Bibliografía actualizada en mi *Sistemas de justicia constitucional*, en L. Pegoraro, A. Rinella, *Derecho constitucional comparado*, IV, Giappichelli, Torino - Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2020; S. Bagni, M. Nicolini, *Justicia Constitucional comparada*, Cec, Madrid, 2021 (también en inglés e italiano); G. Tusseau, *Contentieux Constitutionnel Comparé. Une introduction critique au Droit Processuel Constitutionnel*, Lgdj, París, 2021. Entre tantos, vanse por ej. en la doctrina peruana, además de muchos libros y ensayos de D. García Belaunde, J.F. Palomino Manchego, E. Blume Fortini, y otros destacados constitucionalistas, G. Eto Cruz, *El desarrollo del Derecho procesal constitucional*, 4ª ed., Adrus, Arequipa, 2011; A. Quiroga León, *El Debido Proceso legal*, 2ª ed., Idemsa, Lima, 2014; V. García Toma, *Constitución, justicia y derechos fundamentales*, Lex & Iuris, Lima, 2015; J. L. Cáceres Arce, J. Tupayachi Sotomayor, *El control constitucional en el Perú*, Un. Católica de Santa María, Arequipa-Adrus, Lima, 2015; E. Espinosa Saldaña Barrera, *En defensa de la Constitución. Código procesal constitucional y tutela del ciudadano*, Gazeta Jurídica, Lima, 2019.

72 L. Pegoraro, G. Figueroa Mejía (eds), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Iberoamérica*, Centro de Est. Const. de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016.

73 Por razones de espacio no puedo citar la inmensa bibliografía, en prevalencia orientada a apoyar el papel unificador de la Corte.

los “ciudadanos” y de sus “extranjeros” y del “contrato social” de subordinación a un poder “necesario” – el *nuevo constitucionalismo* legitima un verdadero “contrato social” con la naturaleza, madre de la humanidad [...]. La naturaleza ya no es identificada como “objeto” de apropiación, exploración, preservación. No: se convierte en el sujeto que nutre y alimenta los seres humanos y por tanto a la sociedad»<sup>74</sup>.

La constitución ecuatoriana de 2008, recuerda Nilda Garay, «considera a dichos valores como deberes de la ciudadanía. Establece un conjunto de deberes y responsabilidades que incluye el principio “Ama killa, ama llulla, ama shwa. No ser ocioso, no mentir, no robar” La boliviana, incluye a estos tres valores dentro de un conjunto de principios expresando que el Estado “asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón)”»<sup>75</sup>.

Los principios que son la base de esos nuevos modelos –observa S. Bagni– «son aquellos de solidaridad y de respeto recíproco, de los cuales derivan no solamente derechos, personales y colectivos, sino también responsabilidades, hacia las generaciones futuras. Al final, se propone la superación de la idea de ciudadanía como *status* frente a la ciudadanía universal (art. 416, ap. 6, const. Ecuador), por la cual la titularidad de los derechos constitucionales correspondería solamente a la base de la común pertenencia al género humano»<sup>76</sup>.

---

74 M. Carducci, “La Costituzione come ‘ecosistema’ nel *nuevo constitucionalismo* delle Ande”, en S. Bagni (ed.), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, cit., p. 14 y p. 17.

75 N. Garay Montañez, “Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría poder”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 27, 2020. Véase también R. Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Abya Yala, Quito, 2011, p. 17.

76 S. Bagni, “Dal *Welfare State* al *Caring State*?”, cit., p. 21. Base de referencia para el estudio del multiculturalismo es W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford U.P., Oxford, 1995. Para una bibliografía esencial v. B. De Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina*, Inst. Intern. de Der. y Sociedad, Lima, 2010; G. Marini, “La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano”, en *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2, 2011, p. 163 ss.; R. Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; S. Baldin, M. Zago (eds), *Le sfide della sostenibilità*, cit.; A.C. Wolkmer, I. Fernandes, M. Lixa (eds), *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*, Cenejus Nepe-Un. Fed. Santa



A este modelo se contraponen sin embargo otros, todavía predominante, derivado de la herencia de la historia colonial y poscolonial, que incorporando los valores anteriormente recordados provoca un choque entre modelos como también entre sistemas estatales.

Él se manifiesta de manera llamativa en el cuerpo de citas de la doctrina académica mundial por parte de los Tribunales supremos y constitucionales, en su mayoría centrado en los autores estadounidenses y europeos. Tal vez las razones se encuentran en el renovado interés por formas modernas de iusnaturalismo, a las cuales por otra parte se contraponen las doctrinas positivistas o realistas, también ampliamente utilizadas por los jueces de las leyes. (Basta considerar las citas de Bobbio, Guastini, Böckenförde, etc.) En particular, parece relacionarse con la penetración de las teorías del neo-constitucionalismo, por las cuales con las citas de autores de otra proveniencia (España, Italia, Alemania principalmente con Häberle) se asocian las de estudiosos estadounidenses puestos de moda (R. Dworkin, por ejemplo)<sup>77</sup>.

---

Catarina, Aguascalientes-Florianópolis, 2015; S. Lanni, *Il diritto nell'America Latina*, Esi, Napoli, 2017; S. Baldin, *Profili costituzionali del buen vivir andino*, cit.

77 Sin embargo, no hay una raíz unitaria entre estos autores: cfr. R. Guastini, "A proposito di neo-costituzionalismo", en *Teoria pol.*, nueva serie, n. 1, 2011. Según S. Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 145, el instrumento principal con el que el neoconstitucionalismo ataca el positivismo legislativo está representado por la presencia hegemónica de los principios: «Estos principios, que aspiran a conceder unidad material al sistema jurídico aunque estén presididos por el pluralismo, han hecho inservibles las tesis mecanicistas de la interpretación, que era uno de los pilares del positivismo teórico». Véase sobre el tema L. Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación*, Ubijus, México, 2014, espec. p. 81 ss. Como nos recuerdan R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal", en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 9, 2011, p. 6, haciendo referencia a P. Comanducci, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 83: «Como teoría del Derecho, el neoconstitucionalismo –en particular a partir de los principios– aspira a describir los logros de la constitucionalización, entendida como el proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Por esta razón, está caracterizado por una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley. Se trata, en definitiva, de recuperar en sentido fuerte la idea de Constitución como norma jurídica suprema del Estado y fortalecer su presencia determinante en el ordenamiento jurídico».



## 5. El papel de la doctrina

El constitucionalismo euroatlántico se pierde en el culto de sí mismo, y busca explicar el mundo utilizando solo sus propias categorías, consideradas válidas para todos<sup>78</sup>. La producción científica tiene ambiciones globales, sin embargo ¿cómo puede ser al mismo tiempo universal, esto que es excepcional aunque penetrante?

Se trata de una doctrina que de desde 1530 no ha avanzado un paso, parándose en la “cédula” de Carlo V evocada por S. Lanni<sup>79</sup>, con la cual se establecía que «los gobernadores, y justicias reconozcan con particular atención la orden, y forma de vivir de los indios, policía, y disposición en los mantenimientos, y avisen a los Vicerreyes, o Audiencias, y guarden a sus buenos usos, y costumbres *en lo que no fueren contra nuestra sagrada religión*».

Si la doctrina estadounidense –y casi siempre la europea– ignora el resto del mundo, al mismo tiempo afirmando ideas “universales”, a su vez las Cortes, latinoamericanas y no latinoamericanas, incorporan doctrina que se basa en el análisis de una sola realidad ordinamental, la del propio país, o cuando menos parten de ella (y por los casos judiciales fundamentados en ella) para darle una extensión universal.

Subraya Marquardt, refiriéndose a América Latina, aunque su observación puede extenderse a otras regiones, que «En general, el típico académico europeo no tiene ningún conocimiento profundo sobre América Latina, pero posee una variedad de prejuicios acerca de un paraíso exótico o una pesadilla de pobreza. Asimismo, entre los juristas, politólogos, sociólogos, economistas y *latinoamericanistas* de Europa y Norteamérica que han realizado investigaciones científicas sobre Iberoamérica, predominan enfoques del primer-tercer-mundismo y el *síndrome del ayudantes*

---

78 Como lo escribe P. Goodrich, “*Interstitium and non-law*”, en P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law: An Intellectual Overview*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 226: «If US lawyers are trained in the merits of insularity, the benefits of monolingualism and the superiority of their common law, it does not come as a huge surprise that there is an epistemic difficulty in the perception of difference as relevant to the ana-logic of law».

79 S. Lanni, voz “Sistema giuridico latinoamericano”, en *Dig. disc. priv., Sez. civ., agg.*, p. 720.

*al desarrollo*»<sup>80</sup> Y añade: «No es muy diferente con políticos visitantes ‘del norte’ que se presentan, de vez en cuando, como los grandes maestros en derechos humanos, democracia o estatalidad del derecho, sin articular ninguna sensibilidad para el hecho de que se comunica con representantes de repúblicas con tradiciones mucho más largas en estas esferas que el país visitante»<sup>81</sup>.

Destaca en estas frases la gran responsabilidad de la doctrina académica constitucionalista, que ya en otros escritos he denunciado, y el enlace entre economía, política y academia, la cual última ofrece soporte, en nombre de los derechos humanos y la democracia, a operaciones económicas y políticas que tienen objetivos bien distintos.

Todo eso, sin embargo, como bien destaca Marquardt, aparece desconocido no solo a la ciencia constitucionalista clásica de Estados Unidos (donde los profesores de Derecho constitucional ni siquiera conocen en su mayoría el Derecho constitucional europeo, y piensan que el mundo se acaba en Nueva York y Los Ángeles); no solo a la academia de Europa, sino también a un sector consistente del constitucionalismo latinoamericano y de otros continentes, absorto acríticamente en la contemplación de los modelos estadounidenses o europeos y su universalismo antihistórico, totalizante y uniformizador.

En conclusión, el descrédito de la política en gran parte de los países del mundo, del declive de las relaciones intermedias entre el Estado y la sociedad, de la crisis de los partidos políticos, de la paligénesis de la dicotomía amigo-enemigo<sup>82</sup>, del personalismo de las *leadership*, de la icasticidad de la información política, del declive del formalismo de las fuentes, la complicidad entre (parte de la) doctrina y jurisdicciones constitucionales (y transnacionales), genera una nueva fuente de legitimación

---

80 B. Marquardt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, cit., p. 51.

81 *Ibid.*

82 Sobre la dicotomía amigo-enemigo véase C. Schmitt, “Der Begriff des Politischen”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 58 (1927), S. 1-33, reimpr. Duncker & Humblot, Berlin, 2015, trad. esp. *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1991, reimpr. 2009; Id., *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1963, y mis comentarios en “El enemigo, la ecuación terrorista-estranjero y el ataque al Estado democrático de Derecho”, cit., y en “Seguridad: un pseudo-valor frente a los valores del Estado democrático de derecho”, en J.J. Fernández Rodríguez (ed.), *Democracia y seguridad*, cit., p. 21 ss.

de los sistemas jurídicos del mundo, que condiciona toda la producción jurídica y que traduce el activismo judicial de “dictadura comisaria”, autorizada democráticamente, a “dictadura soberana”, autorizada solo por sí misma y por otro “poder” no democrático, la doctrina<sup>83</sup>. Ello no solo en áreas jurídico-culturales donde no hay fractura entre formante cultural y formantes jurídicos, sino también –con reclamos hegemónicos, y a veces, mera aceptación– también donde el desprendimiento sea profundo y arraigado durante los siglos.

---

83 Sobre la dictadura, y la distinción entre “comisaria” y “soberana”, véase de nuevo C. Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1921. Véase también *supra*, § 3.

# EL ESTIGMA ANTIGARANTISTA Y ANTINSTITUCIONALISTA DEL ÚLTIMO PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

(PERÍODO JUNIO 2014 - MAYO 2022)



*Ernesto Blume Fortini\**

**Sumario:** I. Introducción. II. Rol del Tribunal Constitucional y sus atribuciones. III. ¿Por qué ocurrió este fenómeno? IV. ¿Como se materializo? V. ¿Que consecuencias trajo? VI. ¿Cómo evitar que la historia se repita?

## I. INTRODUCCIÓN

**A**provecho la realización del XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional para lanzar a la luz el presente aporte académico, el cual contiene mis principales críticas a la labor del Pleno del Tribunal Constitucional del Perú, que operó desde el 3 de junio del 2014 hasta el 12 de mayo del 2022, el cual integré en mi calidad de Magistrado e, inclusive, representé como Presidente durante los años

---

\* Ex Magistrado y ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú, ex Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

2018 y 2019; Pleno cuyo comportamiento jurisprudencial constituyó en líneas generales y salvo algunos casos de excepción, un marcado retroceso de la justicia constitucional peruana, inédito hasta ese entonces, que estuvo caracterizado por la abdicación de los roles que le corresponden al Tribunal Constitucional y la instauración, por insólito que parezca, del antigarantismo y del antinstitucionalismo, como criterios rectores de su producción jurisprudencial.

Los responsables de ese censurable accionar fueron los conformantes de una mayoría que habitualmente integraron los ex Magistrados Eloy Espinosa Saldaña Barrera, Marianella Ledesma Narváez, Carlos Ramos Núñez y Manuel Miranda Canales, a la que eventualmente se sumaron otros ex Magistrados; mayoría con la que siempre tuve una posición discrepante, como lo demuestran los miles de votos singulares que emití en las causas en las que me tocó intervenir, a los cuales se puede acceder a través del portal institucional del Tribunal Constitucional. Al respecto, dejo aclarado que formulo estas críticas cumpliendo con mis principios, valores y convicciones, que me impelen a no soslayar aquello de lo que fui testigo y considero que no debe repetirse nunca más en nuestro país.

¿Por qué ocurrió ese fenómeno?, ¿Cómo se materializó?, ¿Qué consecuencias trajo?, y ¿Cómo evitar que la historia se repita? Son preguntas que trataré de responder brevemente a continuación y con cargo a hacerlo con mayor amplitud en oportunidades ulteriores, para lo cual me referiré en primer lugar al rol de nuestro Tribunal Constitucional y a sus atribuciones, para, en segundo término, esbozar la respuesta a tales interrogantes.

## II. ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SUS ATRIBUCIONES

De acuerdo a lo previsto por la Constitución Política del Perú; la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301; y el Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado mediante la Ley N° 31307, el Tribunal Constitucional es el máximo órgano encargado de impartir la justicia constitucional y el supremo intérprete de la Constitución, al cual corresponde la defensa, el rescate y la guardianía de los derechos fundamentales y de la supremacía normativa de la Carta Fundamental de la República, a través del ejercicio de las siguientes atribuciones contempladas en su artículo 202: conocer en instancia única el proceso de inconstitucionalidad; conocer en

última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias al demandante dictadas por el Poder Judicial en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento; y conocer en única instancia los procesos competenciales, estos últimos también denominados conflictos de competencias y atribuciones.

Por tanto, en el caso peruano, el Tribunal Constitucional tiene dos roles ineludibles y de máxima importancia: garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y garantizar la primacía normativa de la Constitución; y tres atribuciones claramente establecidas en el precitado artículo 202° de la Constitución.

Sobre estas atribuciones se enfatiza que en los procesos de garantía de derechos o de la libertad, como también se les conoce, el Tribunal Constitucional interviene como última y definitiva instancia cuando en segunda instancia el Poder Judicial (que es el que conoce de las dos instancias inferiores) ha dictado resolución desfavorable al justiciable demandante, que es el que alega la afectación, quedando habilitado a recurrir al Tribunal Constitucional a través del denominado recurso de agravio constitucional típico, que se plantea ante la Sala respectiva de la Corte Superior de Justicia que corresponda.

Así mismo, se enfatiza que en los procesos orgánicos el Tribunal Constitucional interviene como instancia única y exclusiva, como lo son los procesos de inconstitucionalidad y los procesos competenciales.

### **III. ¿POR QUÉ OCURRIÓ ESTE FENÓMENO?**

Una pregunta que surge para el más lego observador es ¿por qué ocurrió este fenómeno? Que se tradujo en la abdicación de los principales roles del Tribunal Constitucional y el abandono del garantismo y de la defensa de la institucionalidad, entre otros. ¿Por qué se llegó al antigarantismo y al antinstitucionalismo?

Para dar respuesta a esa pregunta debo precisar que desde que ingresé al Tribunal Constitucional observé con preocupación que con mis colegas Magistrados se daban dos situaciones que, a mi juicio, no correspondían a una real y auténtica Justicia Constitucional garantista y finalista, que percibí como graves distorsionantes y que las describo así: la variación del eje de preocupación y la variación del ángulo de observación de las controversias sometidas a pronunciamiento.

La primera, distorsión consistía en que el eje de preocupación no era, como correspondía, garantizar la vigencia efectiva del derecho fundamental que se invocaba en la demanda como amenazado o violado (cuando se trataba de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento) o garantizar la primacía de la Constitución que se alegaba afectada por infracciones normativas infraconstitucionales o por violaciones al cuadro de asignación competencial establecido por el Legislador Constituyente (cuando se trataba de los procesos de inconstitucionalidad o competencial); sino que eran otros ejes, tales como, por ejemplo, el equilibrio presupuestal, el ordenamiento en la contratación pública, los alcances mediáticos de la decisión o los efectos producidos en el terreno fáctico, entre otros, los cuales si bien eran importantes, no debían constituirse en la preocupación primordial de un auténtico Juez Constitucional y, menos aún, determinantes para orientar su veredicto, ya que en puridad escapaban a sus competencias y distraían, obstaculizaban y distorsionaban el enfoque que le correspondía asumir, en armonía con los fines esenciales de los procesos constitucionales, que, con claridad y contundencia, recogía el artículo II del Título Preliminar Código Procesal Constitucional anterior y hoy recoge el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, en los términos siguientes: “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa”.

La segunda distorsión consistía en que el ángulo de observación no se daba a partir de la Constitución y de los valores, principios, instituciones, derechos, normas y demás aspectos que ella encierra (es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituyente), lo cual significa que el Juez Constitucional, asido (léase cogido o sostenido) de un enfoque constitucionalizado y recogiendo el telos constitucional (la inspiración, la filosofía, la lógica y la racionalidad del Constituyente) debe realizar el análisis de la materia controvertida, para lograr los acotados fines esenciales de los procesos constitucionales (garantizar la primacía normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales), a través de un accionar consecuente con el carácter de supremo intérprete de la Constitución y de toda la normativa conformante del sistema jurídico nacional, que detenta el colegiado que integra; sino que, por el contrario,



el ángulo de observación se daba básicamente a partir de la ley -es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituido-.

Esta segunda distorsión conllevaba, lamentablemente, que el Poder Constituido terminaba primando sobre el Poder Constituyente y que el Tribunal Constitucional, que es el órgano autónomo e independiente encargado de la defensa de la Constitución, de la expresión normativa del Poder Constituyente, terminaba defendiendo al Poder Constituido y desnaturalizando su función con una visión llanamente legalista y huérfana de un enfoque constitucional. Y, en otros casos, inspirada en enfoques, inquietudes o dimensiones ajenos a lo estrictamente constitucional.

De otro lado, desde un primer momento observé en mis colegas Magistrados una distorsionada preocupación por la descarga procesal, que priorizaba lo cuantitativo a lo cualitativo. Es decir, bajar el número de causas pendientes sin que importe tanto el sentido de lo decidido ni si se estaba cumpliendo a cabalidad con los roles que imperativamente correspondían al Tribunal Constitucional. Recuerdo que muchas veces discrepé de ese criterio y sostuve la tesis que si bien era necesario descargar, había que descargar pero sin desamparar, sin desguarnecer y sin abdicar. No obstante ello, mis inquietudes y preocupaciones fueron desoídas totalmente por una mayoría ciega o cuando no cerrada en el criterio llanamente cuantitativo.

Entonces, si nos preguntamos ¿por qué ocurrió este fenómeno? la respuesta que encuentro hasta ahora es por la orfandad jurídica constitucional y la miopía procesal de quienes fueron electos, la carestía de una real y auténtica formación constitucional, así como la falta de ejercicio en los ámbitos procesales constitucionales, así como en el patrocinio propiamente dicho.

Primaba la visión proveniente de otras disciplinas, de un exceso de teorización y de un relativismo que, bajo la bandera del progresismo, no se detenía en vaciar el contenido de los derechos, los valores, los principios y las instituciones. Al respecto, un análisis de la trayectoria de cada uno de los ex Magistrados que conformaron esa mayoría que apostó por el antigarantismo y el antinstitucionalismo me lleva a confirmar tales asertos.

#### **IV. ¿CÓMO SE MATERIALIZÓ?**

Este fenómeno, de abdicación de los roles del Tribunal Constitucional se materializó en la asunción de criterios que no reparaban en la protección del

derecho invocado o en la garantía de la supremacía constitucional, según el caso, y encerraban una concepción peyorativa tanto del justiciable y de sus derechos como del abogado defensor, así como de la propia jerarquía constitucional, que se plasmaron en la mayoría de las resoluciones que emitió durante el periodo junio 2014 - mayo 2022; resoluciones en las que la desestimación fue lo más frecuente al punto que el porcentaje de causas rechazadas alcanzó niveles marcadamente elevados.

Así, fueron perfilándose dos líneas de actuación jurisprudencial que, sin lugar a dudas y en términos generales, se deben calificar como líneas antigarantista y antinstitucionalista.

Con la primera debo significar, una línea de abandono de la protección de derechos fundamentales y, por el contrario, de flagrante violación de los mismos, sobre todo de los referidos al acceso a la justicia, a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, sin perjuicio del desguarnecimiento de otros de carácter sustantivo.

Con la segunda debo significar una línea de debilitamiento institucional y de perniciosa relativización de los valores, principios e institutos constitucionales.

## V. ¿QUÉ CONSECUENCIAS TRAJÓ?

Las consecuencias de tales líneas de acción jurisprudencial fue nefasta porque en el ámbito de los procesos de defensa de los derechos se desguarneció a miles de justiciables que, después de un largo y penoso camino, habían llegado al Tribunal Constitucional en la esperanza de obtener justicia; y en el ámbito de los procesos orgánicos se permitió la violación de principios y valores esenciales de la Constitución, afectando, entre otros aspectos, la institucionalidad del país y debilitando al Estado Constitucional.

A continuación haré referencia concreta a algunos casos resueltos por el Tribunal Constitucional que patentizan las censurables líneas jurisprudenciales en mención.

### V.1 La línea antigarantista:

- A través de la creación de la figura de la llamada sentencia interlocutoria denegatoria, que se dio en el denominado precedente Vásquez Romero, dictado en el Expediente 00987-2014-PA/TC, y de su indebida

y extensiva aplicación, se violaron entre el año 2014 y el año 2021 los derechos fundamentales de más de 29,161 justiciables, a los que se denegó el acceso al Tribunal Constitucional como tercera y última instancia en los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento, a pesar que las Salas respectivas de la Corte Superior de Justicia les habían concedido recurso de agravio constitucional; violentando sus derechos a la pluralidad de instancia, a ser oído, a tener la oportunidad de ejercer su derecho de defensa en audiencia pública, a ofrecer pruebas y a esgrimir las razones fácticas y jurídicas que servían de sustento a sus pretensiones. Para tal despropósito se recurrió a la fórmula de recalificar los recursos de agravio constitucional concedidos y declararlos improcedentes, dejando desguarncidos y desamparados a los justiciables que tenían derecho a que sus causas fueran vistas como tercera y última instancia del Tribunal Constitucional. Es decir, se abdicó del rol de garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y se dejó en el desamparo al número de justiciables antes referido.

- Mediante el llamado precedente Huatuco, dictado en el Expediente 05057-2013-PA/TC, se convalidó un accionar abusivo, lesivo e irresponsable del Estado en la contratación pública laboral perjudicando injustamente al trabajador y desconociendo las garantías mínimas previstas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin tener en cuenta las graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares, violando sus derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27 de la Constitución respectivamente, y sin tener en cuenta que más de 1'400,000 trabajadores que laboran en el sector público han adquirido estabilidad laboral por imperio del principio de primacía de la realidad y por desnaturalización de sus contratos.
- Por medio del conocido caso Puluche, contenido en el Expediente 2214-2014-PA/TC, se aprobó, impropiamente bajo la denominación de doctrina jurisprudencial, un antecedente lesivo a todos los pensionistas del país que estableció que el interés aplicable en materia pensionaria no era capitalizable, en pronunciamiento que lesionó el derecho fundamental a la pensión como concreción del derecho a la vida en su sentido material, el derecho a la dignidad y el derecho a la propiedad del pensionista, apartándose del modelo cualitativo de Estado que

encuentra en la persona humana su presupuesto ontológico y transgrediendo el principio pro homine, el principio de interpretación de acuerdo a los tratados y el principio de interpretación conforme a la jurisprudencia nacional, además del principio de proporcionalidad.

- A través de numerosos casos, como por ejemplo el contenido en el Expediente 03823-2017-HC/TC, se desconoció el principio de retroactiva benigna previsto en el artículo 103 de la Constitución, bajo el errado argumento que tal principio solo se refiere al derecho penal sustantivo y no a los casos de ejecución penal, distinguiendo donde la Constitución no distingue y afectando los principios del indubio pro reo y de resocialización de la pena, y manteniendo en privación de la libertad a quienes tenían derechos a ser liberados por haber redimido su pena, lo cual alcanzó a un gran número de internos.
- Mediante numerosos casos, como por ejemplo el contenido en el Expediente 03617-2018-HC/TC, se permitió la afectación del derecho a la pluralidad de instancia, convalidando actuaciones arbitrarias de la autoridad judicial penal y constitucionalizando figuras como la de la audiencia de apelación, que desmantelan tal derecho y no corresponden ser aceptadas por la justicia constitucional.

## **V.2 La línea antinstitucionalista**

- En el proceso de inconstitucionalidad promovido contra los artículos 22.d, 37.4 y 37.5 del Reglamento del Congreso, que dio origen al Expediente 0006-2017-PI/TC, se constitucionalizó el transfuguismo, afectando la esencia de nuestra democracia representativa y partiendo de una posición que no se condice con la lógica y la filosofía que en esencia inspira a la Constitución de 1993, como se desprende de una lectura integral de la misma y, del contenido normativo de sus artículos 31, 35, 43 y 187, que establecen que el Perú es una República democrática, social, independiente y soberana, asentada en la democracia representativa como sistema de gobierno, la cual se da a través de organizaciones políticas, como lo son por antonomasia los partidos políticos, y también los movimientos y las alianzas políticas que concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular por medio de las elecciones, el ejercicio de los derechos de elegir y ser elegido, y la representación proporcional; minimizando que el fortalecimiento de la democracia se da a través de los partidos políticos.

Con la constitucionalización del transfuguismo se ha lesionado la democracia misma y su institucionalidad, facilitando la atomización del Congreso de la República y debilitando a tan importante institución del Estado.

- En el proceso competencial promovido por el Presidente de la Comisión Permanente del Congreso de la República contra el Poder Ejecutivo respecto a la disolución del Congreso decretada por el ex presidente Martín Vizcarra Cornejo, indebidamente se constitucionalizó la negación fáctica violentando grotescamente el principio de separación de poderes, afectando a la institución del Congreso de la República y habilitando un desborde competencial por parte del Poder Ejecutivo.

## VI. ¿CÓMO EVITAR QUE LA HISTORIA SE REPITA?

Respondo a esta interrogante afirmando que para que esta historia no se repita debe producirse un cabal escogimiento entre los juristas más calificados del país, que reúnan las condiciones de probidad e idoneidad que el cargo de Magistrado exige, pero que tengan una adecuada formación en los principios, valores, instituciones y derechos que integran el sistema constitucional peruano, así como una solvente práctica profesional que les permita entender la problemática de cada controversia constitucional. Empero, como basamento de todo aquello, deben tener corazón y coraje, así como un ferviente sentimiento constitucional que les permita encarnar los roles de garantes de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución.



# LOS DEFECTOS DE ORDEN ESTRUCTURAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO: CONSECUENCIA Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN



*Hermógenes Acosta de los Santos\**

**Sumario:** Introducción. I. Estructura del Tribunal Constitucional. A. Composición. B. Inexistencia de salas C. Cuórum para deliberar y decidir. II. Tiempo que tarda el Tribunal Constitucional para decidir un recurso de revisión de sentencia de amparo. A. Competencia del Tribunal Constitucional. B. Análisis de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional dominicano en materia de amparo. Conclusiones. Bibliografía.

**Palabras clave:** Tribunal Constitucional. Sistema de justicia constitucional especializada. Derechos fundamentales. Revisión de sentencia de amparo. Cuórum para deliberar y decidir. Cuórum agravado. División en salas. Competencia. Plazo razonable.

## INTRODUCCIÓN

**E**n la República dominicana existe un sistema de justicia constitucional desde el 6 de noviembre de 1844, fecha en que se proclamó la primera Constitución y surgió el Estado dominicano. Efectivamente, en el artículo 35 de esa Constitución se prohibía dictar leyes contrario a la

---

\* Profesor de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Escuela Nacional de la Judicatura



Constitución y se establecía que en caso de dudas debía prevalecer esta última. Este texto constitucional se complementaba con el artículo 125, texto según el cual “Ningún tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general, sino en tanto que sean conforme las leyes”.

En estos dos textos, el constituyente originario estableció, por una parte, el principio de supremacía de la Constitución, así como el principio de legalidad y, por otra parte, les dio facultad a todos los jueces para inaplicar las leyes no compatibles con la Constitución. De esta manera quedó articulado el control difuso de constitucionalidad, en los términos en que fue concebido en la muy conocida sentencia que dictó la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en 1803, caso *Marbury vs Madison*.

El control difuso de constitucionalidad ha prevalecido en nuestro país hasta la fecha, en un principio existió solo y actualmente coexiste con el control concentrado de constitucionalidad. Esta última modalidad de control de constitucionalidad se instauró por primera vez en la reforma constitucional de 1924, desapareció en la reforma de 1927 y reapareció en la reforma de 1994.

Lo anterior revela que la justicia constitucional dominicana, en particular, el control de constitucionalidad data de casi dos siglos. Mientras que, en materia de protección de los derechos fundamentales, también se advierte una tradición que data de más de un siglo, pues la primera ley sobre hábeas corpus, la No. 5353, es de fecha 22 de octubre de 1914. Sin embargo, las demás garantías de los derechos fundamentales se implementaron relativamente reciente. Ciertamente, la regulación en materia de amparo tuvo lugar en el año 1999<sup>1</sup> y el hábeas data en 2010<sup>2</sup>.

---

1 La República Dominicana es signataria de la Convención Americana sobre Derechos o Pacto de San José, de 1968, Convención que fue ratificada en el año 1977 por el Congreso Nacional, con lo cual el país asumió la obligación de implementar un mecanismo de protección de los derechos humanos, el amparo que se conoce en la región, pero no fue sino en el año 1999 cuando la Suprema Corte de Justicia estableció el procedimiento que debía seguirse en materia de amparo. Véase Acosta de los Santos, Hermógenes, *Evolución de la acción de amparo en la República Dominicana*. En Ordoñez Solís, David, (coordinador), *El amparo judicial de los derechos fundamentales en una sociedad democrática*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, República Dominicana, 2018, pp. 451-456.

2 El hábeas data se consagra por primera vez en nuestro ordenamiento en la reforma constitucional de 26 de enero de 2010, artículo 70.

Sin embargo, la instauración de un sistema de justicia constitucional especializada es reciente. Efectivamente, es en la reforma constitucional de 26 de enero de 2010 cuando se crea el Tribunal Constitucional, órgano constitucional que inicia sus funciones en el mes de enero de 2012. Nos parece importante destacar, por otra parte, que hasta el año 2011 no existía en nuestro ordenamiento un procedimiento para el conocimiento de las acciones directas de inconstitucionalidad, por lo que el mismo fue diseñándose de manera casuística por la Suprema Corte de Justicia. Mientras que respecto de las garantías de los derechos fundamentales había leyes separadas para cada una de ellas<sup>3</sup>.

En el año 2011 se dictó la Ley No. 137-11, orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los procedimientos constitucionales, la cual puede considerarse un Código Procesal Constitucional, en la medida que se consagran los principios de la justicia constitucional y se regulan los procedimientos constitucionales, salvo el recurso de hábeas corpus que se rige por el Código Procesal Penal.

En este artículo no pretendemos hacer un estudio de la justicia constitucional dominicana, sino que nos circunscribimos a analizar la estructura del tribunal constitucional, en aras de poner en evidencia que la misma se constituye en un obstáculo para que los casos puedan ser resueltos en plazos razonables. En este sentido, examinamos en la primera parte, la composición de dicho órgano y el quórum requerido para deliberar y decidir. Mientras que, en la segunda parte analizaremos una muestra de sentencias en materia de amparo, con el objetivo de establecer el plazo mínimo, máximo y promedio que tarda el Tribunal Constitucional dominicano para dictar sentencias en esta materia.

## **I. Estructura del Tribunal Constitucional dominicano**

En esta primera parte analizaremos la composición y competencia del Tribunal Constitucional; así como el quórum requerido para deliberar y decidir.

---

3 La primera ley sobre hábeas corpus es la No. 5353, de 22 de octubre de 1914, varias veces modificada y finalmente derogada por el Código Procesal Penal de 2004. En cambio, la primera de amparo es la No. 437-06, del año 2006, la cual fue derogada mediante la Ley No. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

## A. Composición

Una revisión de la composición de algunos de los Tribunales Constitucional del Continente Americano y del Continente Europeo nos revela que no existe uniformidad en la materia, aunque las diferencias no son muy marcadas entre tribunales del mismo continente.

1. Efectivamente, en el Continente Americano los Tribunales Constitucionales están integrados por un mínimo de cinco jueces y por un máximo de nueve jueces. Así, por ejemplo, El Tribunal Constitucional de Bolivia está integrado por cinco jueces, el de Perú por siete magistrados, la Sala Constitucional de Venezuela por siete magistrados, Colombia por nueve magistrados, Ecuador también por nueve magistrados y el de Chile por diez magistrados<sup>4</sup>.
2. La tendencia en Europa es distinta, en el sentido de que generalmente los Tribunales Constitucionales están integrados por más de diez jueces. Ciertamente, el Tribunal Constitucional español está integrado por doce magistrados, el de Alemania por dieciséis, el de Italia por quince, el de Portugal por trece y Austria por catorce<sup>5</sup>.
3. El Tribunal Constitucional dominicano está integrado por trece jueces, según el artículo 186 de la Constitución, texto en el cual se establece que: “El Tribunal Constitucional estará integrado por trece miembros y sus decisiones se adoptarán con una mayoría calificada de nueve o más de sus miembros. Los jueces que hayan emitido un voto disidente podrán hacer valer sus motivaciones en la decisión adoptada”.
4. El número de magistrado que integran nuestro tribunal es muy alto si se compara con la media de algunos de los tribunales del Continente Americano. Mientras que, si lo comparamos con la matrícula de algunos de los tribunales de Europa, no habría diferencias significativas.
5. Para establecer la racionalidad del número de jueces que tiene el Tribunal Constitucional de la República Dominicana algunos autores toman como parámetro a los Tribunales Constitucionales

---

4 Nogueira Alcalá, Humberto, Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur, Editora Palestra, S.A., Lima, Perú, 2006, p. 198

5 Pérez Royo, Javier, Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 736, Revisada y Puesta al día por Manuel Carrasco Durán.

Europeos<sup>6</sup>. Sin embargo, consideramos que es más adecuado que la comparación se haga con los tribunales del Continente Americano, porque la competencia de estos es más próxima a la nuestra que las competencias que tienen los tribunales europeos. Así, por ejemplo, algunos de los tribunales del Continente Americano conocen los recursos que se interponen contra las sentencias que dictan los jueces de amparo y el ejercicio de esta competencia conocen del fondo de la acción de amparo, en la misma forma que lo hacen los tribunales del Poder Judicial<sup>7</sup>.

6. En el caso particular de la Corte Constitucional de Colombia, esta revisa las decisiones que dictan los tribunales del Poder Judicial en materia de acción de tutela, que es el equivalente a la acción de amparo que existen en muchos países de la región. Esto es lo que ocurre también en nuestro sistema, en el cual el Tribunal Constitucional conoce de los recursos que se interponen contra las sentencias que dictan los jueces del Poder Judicial<sup>8</sup>.
7. En el ejercicio de esta competencia, el Tribunal Constitucional dominicano conoce del fondo de la acción de amparo cuando revoca la sentencia recurrida, eventualidad en la cual asume el mismo comportamiento de los jueces del Poder Judicial, ya que, puede ordenar y celebrar medidas de instrucción como comparecencias de las partes, audición de testigos, descensos a los lugares y otras medidas que considere pertinentes a la naturaleza del caso que conoce.
8. Nos parece inviable que un tribunal integrado por trece jueces, sin división en sala, (sobre este tema volveré más adelante), pueda llevar a cabo de manera eficiente tareas propias de la administración de justicia ordinario. El desarrollo de las audiencias audiencia en que se celebre una medida de instrucción tendrían que estar presente 9 jueces, por

---

6 Jorge Prats, Eduardo, Derecho Constitucional, Volumen I, IUSNOVO, Editorial Búho, Santo Domingo, República Dominicana, 2013, pp. 504-505

7 Acosta de los Santos, Hermógenes, El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales, Editora Amigo del Hogar, Santo Domingo, República Dominicana, 2020, pp. 38-39

8 Carrera Silva, Liliana La Acción de tutela en Colombia. En Ferrer Mac-Gregort, Eduardo y Villaverde Armengol, Carlos Manuel (coordinadores) El Amparo en Latinoamérica, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2012, pp. 191-193

ser el cuórum mínimo previsto por el constituyente, (sobre este tema volveré más adelante). Ocupar nueve jueces para que conozcan una medida de instrucción no solo es inviable, sino que, además, nos es compatible con el principio de economía procesal.

9. En definitiva, la matrícula del Tribunal Constitucional dominicano es muy alta, tomando en cuenta la naturaleza de las materias que conoce. Esta realidad, unida al hecho de que no existe la división en salas, es decir, que todos los asuntos deben ser resuelto por el pleno dificulta considerablemente la administración de la justicia constitucional. A estos dos problemas se agrega un tercero de mayores dimensiones, que es el relativo a que se exige, como ya se indicó, un cuórum muy agravado para deliberare y decidir. A estos dos temas me refiero a continuación.

## **B. Inexistencia de salas en la estructura del Tribunal Constitucional**

10. Hay una tendencia en el Derecho Comparado a dividir en salas en Tribunal Constitucional, con la finalidad de que el pleno de dicho órgano solo se ocupe de determinadas materias. Esta tendencia se advierte tanto en el Continente Europeo como en el Continente Americano. Así, por ejemplo, En España el Tribunal Constitucional está dividido en dos salas de seis magistrados cada una y por cuatro secciones de tres jueces cada una<sup>9</sup>. Las salas conocen del recurso de amparo constitucional, aunque el pleno puede deferirle el conocimiento del recurso de inconstitucionalidad, en los casos que la solución de este solo implique aplicar una doctrina ya consolidada<sup>10</sup>. Mientras que las secciones se ocupan de revisar las inadmisibilidades en todas las materias, las cuales deciden mediante auto<sup>11</sup>. Otro ejemplo, es el caso de Alemania, país donde el Tribunal Constitucional está dividido en dos salas, cada una de ella integrada por 8 magistrado.
11. La división en salas de un Tribunal Constitucional es una técnica adecuada, porque convierte a este órgano en una institución ágil. Lo contrario ocurre cuando todos los asuntos tienen que ser resuelto por el pleno, no solo porque este tendría una carga superior de trabajo,

---

9 Pérez Royo, Javier, ob. cit., p. 740

10 Pérez Royo, Javier, ob. cit., p. 741

11 Pérez Royo, Javier, ob. cit., p. 741

sino porque el pleno de un órgano tarda más tiempo en decidir, en la medida de que mientras mayor es el número de miembros de un órgano, mayores son las dificultades para llegar a acuerdos.

12. En el ámbito americano, también existen experiencia de división en salas de Tribunales Constitucionales, Así, por ejemplo, en el sistema peruano el Tribunal Constitucional está integrado por siete magistrados y se divide en dos salas de tres magistrados cada una. El pleno conoce de las acciones en inconstitucionalidad, y de los conflictos de competencias. Igualmente, es competente para conocer las demandas en nulidades de sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia; así como de las demandas que se incoan contra los titulares de los poderes públicos. Finalmente, el pleno tiene la oportunidad de avocar el conocimiento de un caso que considere relevante, para lo cual es necesario que un magistrado haga la solicitud y que dicha solicitud sea acogida en un pleno administrativo<sup>12</sup>.
13. En cambio, las salas tienen competencia para conocer en última instancia de las revisiones de las resoluciones denegatorias de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento iniciadas ante los jueces respectivos; igualmente, las salas tienen competencia para resolver las quejas por denegatorias del recurso de agravio constitucional<sup>13</sup>.
14. Como se aprecia, el control de constitucionalidad se reserva al pleno del Tribunal Constitucional, lo cual se explica por el hecho de que las decisiones que se toman en esta materia tienen una mayor trascendencia social e institucional. Ciertamente, en el ejercicio de esta competencia el Tribunal Constitucional puede anular una norma jurídica creada por el Poder del Estado que tiene mayor legitimidad democrática como lo es el Poder Legislativo.
15. En torno a la pertinencia de que un Tribunal Constitucional esté dividido en salas, se afirma que:

Nos parece necesario que los Tribunales que conocen de amparo o tutela de derechos fundamentales ya sea a través de acciones o revisiones,

---

12 Landa Arrollo, Cesar, *La Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional*, Palestra, Lima, Perú, 2011, pp. 176-178

13 Landa Arrollo, Cesar, *ob. cit.*, pp. 184-185

puedan operar en sala con el objeto de despachar con adecuada celeridad los respectivos asuntos sin desmedro de su atenta consideración y resolución. Nos parece necesario que, para mantener la unidad de la jurisprudencia, cuando una sala considere que debe apartarse de la jurisprudencia del Tribunal, pueda pasar el asunto a la Sala Plena, la que debe resolver en definitiva sobre la materia. Finalmente, nos parece apropiado que los tribunales constitucionales que tengan competencia en materia de amparo de los derechos fundamentales puedan funcionar en salas de tres miembros como ocurre en los casos de Colombia y Ecuador, lo que permite mayor expedición al respectivo Tribunal al contar con varias salas para resolver los asuntos, sin descuidar la calidad del fallo y la unidad de la jurisprudencia<sup>14</sup>.

16. Compartimos estos planteamientos, porque, como ya lo hemos planteado, cuando un Tribunal Constitucional está dividido en Salas tienen más posibilidades de resolver los casos oportunamente. Esta tesis, me parece, es válida para cualquier Constitucional que tenga competencia en materias distintas al control abstracto de constitucionalidad y en particular, aquellos que están habilitados para conocer procesos constitucionales orientados a proteger derechos fundamentales. Entiendo, igualmente, que la tesis tiene mayor pertinencia cuando se trata de Tribunales Constitucionales que están integrados por una cantidad de jueces relativamente alta, como ocurre en nuestro sistema.
17. El Tribunal Constitucional dominicano está integrado por trece magistrados y conoce de procesos constitucionales que tienen como finalidad proteger derechos fundamentales, por esta razón considero pertinente su división en salas<sup>15</sup>. De mantenerse la estructura actual, no veo posibilidades de que los casos sean decididos en tiempo razonables. De manera que, aunque el tiempo de funcionamiento del Tribunal Constitucional es relativamente corto, entiendo que debe pensarse en reformar el sistema.

---

14 Nogueira Alcalá, Humberto, ob. cit., p. 230

15 Sobre la necesidad de dividir en salas el Tribunal Constitucional véase Acosta de los Santos, Hermógenes, Hermógenes, El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución Universidad APEC, Santo Domingo, República Dominicana, 2010, pp. 342-343



**C. Cuórum para deliberar y decidir<sup>16</sup>**

18. En el artículo 186 de la Constitución se establece que las decisiones se adoptan con una mayoría calificada de nueve o más votos. Se trata sin duda de un cuórum muy agravado, aunque para algunos autores existen razones que justifican el mismo. Al respecto se sostiene que las normas jurídicas que puede anular el Tribunal Constitucional expresan la voluntad de más de 200 legisladores y, además, que el referido cuórum facilita que las decisiones sean tomadas por consenso.<sup>17</sup>
19. Sin embargo, otros autores tienen una posición distinta. Así, por ejemplo, en torno al sistema peruano se considera objetable que:

(...) el artículo 4 de la ley 26.435, orgánica del Tribunal Constitucional, que demandó seis votos conforme sobre siete miembros que componen el Tribunal, para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley. La cláusula de haber sido diseñada para coagular cualquier tentativa de declaración de inconstitucionalidad de una ley por el referido Tribunal, y paralelamente, para convalidar así cualquier ley eventualmente inconstitucional. Dicho cuórum vulnera los poderes implícitos de un órgano del Estado, como es el Tribunal Constitucional, para funcionar de modo razonable, e importa una invasión del legislador, desde luego que inconstitucional, a las competencias propias de dicho Tribunal. Y, en definitiva, convierte a contrario sensu a un órgano-control, como es por su naturaleza el Tribunal Constitucional, en un órgano-convalidador de las normas inconstitucionales. El mismo art. 4 dispuso en efecto, que “de no alcanzarse la mayoría calificada en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el tribunal resolverá declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma impugnada”<sup>18</sup>.

---

16 Un estudio más destallado sobre el tema aparece en Acosta de los Santos, Hermógenes, “Los defectos de orden normativo del sistema de justicia constitucional dominicano”. En Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional, año 3, Núm. 3, Editora Búho, Santo Domingo, República Dominicana, 2018, pp. 15-45

17 Jorge Prats, Eduardo, ob. cit., p. 510

18 Sagues, Nestor Pedro, “Los desafíos del derecho Procesal Constitucional”. Ferrer Mac-Gregor (coordinador) Derecho Procesal Constitucional, Tomo I, Editorial Porrúa, Mexico, 2006, p.513. Actualmente se requieren 5 votos favorables de 7 para poder declarar inconstitucional una norma jurídica, según el artículo 107 del nuevo Código Procesal Constitucional.

20. Efectivamente, cuando se establece un cuórum extremadamente calificado la consecuencia es la paralización del Tribunal Constitucional, ya que, difícilmente se obtiene la votación mínima requerida, con lo cual los expedientes pueden quedar sin solución por un largo tiempo o de manera indefinida. Tal panorama es preocupante, porque puede suponer que una violación a los derechos fundamentales quede impune o que una norma inconstitucional permanezca en el ordenamiento jurídico.
21. Esta es una manera, sin duda, de desnaturalizar la función esencial del Tribunal Constitucional que no es otra que defender la supremacía de la Constitución y proteger los derechos fundamentales. En otro orden, la exigencia de un cuórum altamente calificado tiene como consecuencia que la minoría se impone a la mayoría<sup>19</sup>.
22. Este escenario plantea una dificultad de dimensiones generales, pero ocasiona un perjuicio mayor en materia de amparo y la revisión de decisiones jurisdiccionales, pues con la implementación de estas garantías procesales se pretende proteger derechos fundamentales.
23. La experiencia indica que en la actualidad el Tribunal Constitucional dominicano no está resolviendo los casos de amparo en plazos razonables, problema que puede tener distintas causas, entre las cuales destaca, sin dudas, el hecho de que todas las decisiones la toma el pleno con una votación agravada de nueve votos mínimos. A este tema me refiero en los párrafos que siguen, para lo cual procederé a analizar una muestra de las sentencias dictadas en el año 2021 en materia de amparo, con la finalidad de determinar el plazo mínimo, máximo y promedio que tarda el tribunal para decidir.

## **II. Plazos mínimos, máximo y promedio que tarda el Tribunal Constitucional decidir en materia de amparo**

En esta segunda parte procederemos, como ya se indicó, a determinar los plazos en que el Tribunal Constitucional decide en materia de amparo.

---

19 Nogueira Alcalá, Humberto, ob. cit., pp.228-229

### A. Competencia del Tribunal Constitucional

24. Las competencias del Tribunal Constitucional están previstas en el artículo 185 de la Constitución, en el cual se establece que:

El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia: 1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido; 2) El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo; 3) Los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares; 4) Cualquier otra materia que disponga la ley.

25. Como se aprecia, el constituyente no atribuyó competencia expresa al Tribunal Constitucional para que revisara las sentencias que dictan los tribunales del Poder Judicial en materia de amparo, sin embargo, el legislador le atribuyó esta competencia, fundamentándose en la parte in fine del texto constitucional, según la cual el Tribunal Constitucional puede conocer de otras materias que le atribuya la ley.

26. Efectivamente, en el artículo 94 de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos se establece que: "Todas las sentencias emitidas por el juez de amparo pueden ser recurridas en revisión por ante el Tribunal Constitucional en la forma y bajo las condiciones establecidas en esta ley. Párrafo. Ningún otro recurso es posible, salvo la tercería, en cuyo caso habrá de procederse con arreglo a lo que establece el derecho común."

27. Conviene destacar, a título de información general, que en nuestro sistema la competencia para conocer de la acción de amparo corresponde a los tribunales de primera instancia<sup>20</sup>, al Tribunal Superior Administrativo cuando esté involucrada la Administración Pública<sup>21</sup> y

---

20 Artículo 72 de la Ley No. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procesos Constitucionales

21 Artículo 75 de la Ley No. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procesos Constitucionales

al Tribunal Superior Electoral en materia electoral<sup>22</sup>. Mientras que en materia electoral tiene competencia el Tribunal Superior Electoral. Las sentencias dictas por estos tribunales pueden ser revisadas por el Tribunal Constitucional, cuando una parte o las dos partes no están de acuerdo con las misma y proceden a recurrirla.

28. El recurso de revisión de sentencia de amparo se interpone en un plazo de cinco días, contados a partir de la fecha en que se notifica la decisión<sup>23</sup>. Como puede apreciarse el plazo previsto por el legislador es muy breve, lo cual revela el interés del legislador de mantener la naturaleza sumaria del procedimiento. Esto es importante, porque nada justifica que, como ocurre en algunas materias, la naturaleza de un proceso cambie de naturaleza en la instancia donde se conoce del recurso que se haya interpuesto<sup>24</sup>.

#### **B. Tiempo que tarda el Tribunal Constitucional para decidir un recurso de revisión de sentencia de amparo**

29. Para desarrollar esta parte del trabajo no hemos tomado una muestra estadística que responda a los estándares científicamente aceptados, por lo que en modo alguno pretendemos que las conclusiones que se expondrán sean matemáticamente incuestionables, pero si permiten tener una idea próxima a la realidad procesal en la materia que nos ocupa. Específicamente hemos analizado las primeras 35 sentencias dictadas en la materia en el año 2021, para determinar el tiempo que tardó el tribunal para decidir. En la investigación advertimos que en algunas sentencias no se indica la fecha en que el recurso llegó al tribunal, tales sentencias se excluyen de este estudio.
30. Los resultados de la investigación nos indican que el recurso a que se refiere la sentencia TC/0010/21, de 20 de enero, fue el que se decidió

---

22 Artículo 114 de la Ley No. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procesos Constitucionales

23 Artículo 95 de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procesos Constitucionales

24 Acosta de los Santos, Hermógenes, "Inmutabilidad del procedimiento: Caso particular de los incidentes del embargo inmobiliario, Revista Gaceta Judicial, Año 12, No. 260, julio 2008, Santo Domingo República Dominicana, pp. 92-96

en el plazo más breve, aproximadamente cinco meses<sup>25</sup>. Mientras que en el recurso a que se refiere la sentencia TC/0094/21, 20 de enero, fue el que se decidió de manera más tardía, aproximadamente 6 años y 6 meses<sup>26</sup>. En cambio, en cuanto a la media de tiempo, la investigación nos indica que el Tribunal Constitucional se tarda un año y tres meses para en decidir un recurso.

31. Los resultados arrojados son preocupantes, porque aún en el caso en que el tribunal tardó menos en decidir, cinco meses, no es un plazo razonable, dada la naturaleza de la materia de amparo, en la cual la celeridad es el elemento central, en la medida que no podemos perder de vista que el amparo tiene la finalidad de proteger derechos fundamentales. De manera específica, en el caso en que el tribunal tardó menos tiempo, el accionante en amparo era un miembro de la Policía Nacional, que alegaba haber sido desvinculado de la institución de manera arbitraria.
32. Es importante destacar que, en nuestro ordenamiento la institución policial suspende el pago del salario desde el momento que realiza la desvinculación, es decir, que se priva al desvinculado del único ingreso que recibe y del cual depende su sustento y el de su familia. En adición, la ética y la moral del desvinculado queda públicamente cuestionada. De manera que la persona que acude a la justicia constitucional tiene sumo interés en que su situación sea definida a la mayor brevedad posible.
33. En el caso recurso decidido seis años y seis meses después de recibido en la secretaria del Tribunal Constitucional, lo que se pretendía era que se anularan dos actas dictadas por el Concejo de Vocales de un Distrito Municipal, mediantes las cuales se ratificaba la renuncia del director de ese órgano y se confirmara la designación del nuevo incumbente.

---

25 El recurso de revisión de sentencia de amparo fue recibido en la secretaria del Tribunal Constitucional el 18 de agosto de 2020 y decidido el 20 de enero de 2021, mediante la sentencia TC/0010/21

26 El recurso de revisión de sentencia de amparo fue recibido en la secretaria del Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2014 2020 y decidido el 20 de enero 2021, mediante la sentencia TC/0094/21

34. El funcionario municipal renunciante fue electo por seis años (2010-2016)<sup>27</sup> de manera que como el Tribunal Constitucional decidió el 20 de enero de 2021, no solo había transcurrido su mandato, sino también el del que fue elegido para el período 2016-2020. De manera que se trató de una decisión absolutamente extemporánea y, en consecuencia, sin ningún valor práctico. En casos como este, se impone una decisión urgente, pues de no ser así pudiera ocurrir que una renuncia irregular se convierta, de hecho, en regular.
35. El análisis de las referidas sentencias revelan que en la materia que nos ocupa el Tribunal Constitucional no está decidiendo los casos en plazos razonables, hecho que puede tener, sin dudas, varias causas, entre las que destaca, desde nuestro punto de vista, la ausencia de división en salas del tribunal y la exigencia de un cuórum muy agravado para deliberar y decidir.

## CONCLUSIONES

El hecho de que un Tribunal Constitucional no decida los casos en plazos razonables cuestiona seriamente la eficiencia de la administración de la justicia constitucional. Ciertamente, cuando una decisión se dicta tardíamente carece de valor práctico, toda vez que la persona que ha obtenido ganancia de causa puede, en algunos casos, perder la posibilidad de materializar las pretensiones que lo impulsaron a apoderar al tribunal y, otros casos, sufrir perjuicios irreversibles.

El sistema de justicias constitucional dominicanos puede, sin dudas, padecer patologías diversas que le impiden decidir en plazos razonables, de esta patología destaca, desde mi punto de vista, el hecho de que el Tribunal Constitucional no esté dividido en salas y, el hecho de que para deliberar y decidir se requiera un cuórum muy agravado: nueve 9 votos de 13 votos, es decir, más de dos tercios de su matrícula.

Estamos en presencia, sin dudas, de un cuórum que supera el que se exige para aprobar una reforma constitucional y el cuórum exigido para aprobar las leyes orgánicas. Efectivamente, en los dos casos señalados las

---

27 Los funcionarios de elección popular en nuestro país se eligen por cuatro años, pero los elegidos en el 2010 permanecieron en sus cargos, por excepción, por seis años. Esta excepción se hizo con la finalidad de que las elecciones municipales y congresuales se unificaran con las presidenciales.

decisiones se aprueban con el voto de las dos terceras partes, pero no de la matrícula de los legisladores, sino de los legisladores presentes<sup>28</sup>.

El panorama anterior requiere de una urgente reforma del sistema, con la finalidad de que el Tribunal Constitucional sea dividido en salas para que cada una de ellas conozca de determinadas materias, como la revisión de sentencia jurisdiccionales, la revisión de sentencias de amparo, los conflictos de competencia y el control preventivo de los tratados internacionales. De manera que el pleno del Tribunal Constitucional se reserve para el conocimiento del control abstracto de constitucionalidad y para las eventuales divergencias de criterios entre las salas. Evidentemente, que para que las salas sean efectivas debe estar habilitadas para deliberar y decidir con la mayoría absoluta y no con un cuórum agravado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Acosta de los Santos, Hermógenes, *Evolución de la acción de amparo en la República Dominicana*. En Ordoñez Solis, David, (coordinador), *El amparo judicial de los derechos fundamentales en una sociedad democrática*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, República Dominicana, 2018.

*El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, Editora Amigo del Hogar, Santo Domingo, República Dominicana, 2020.

“Los defectos de orden normativo del sistema de justicia constitucional dominicano”. En *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional*, año 3, Núm. 3, Editora Búho, Santo Domingo, República Dominicana, 2018.

“Inmutabilidad del procedimiento: Caso particular de los incidentes del embargo inmobiliario, *Revista Gaceta Judicial*, Año 12, No. 260, julio 2008, Santo Domingo República Dominicana.

*El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución* Universidad APEC, Santo Domingo, República Dominicana, 2010.

---

28 . Véase artículos 271 de la Constitución para el caso de la aprobación de la reforma constitucional y el 112 para el caso de la aprobación de las leyes orgánicas.



- Carrera Silva, Liliana La Acción de tutela en Colombia. En Ferrer Mac-Gregort, Eduardo y Villaverde Armengol, Carlos Manuel (coordinadores) El Amparo en Latinoamérica, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S. C. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2012
- Jorge Prats, Eduardo, Derecho Constitucional, Volumen I, IUSNOVO, Editorial Búho, Santo Domingo, República Dominicana, 2013.
- Landa Arrollo, César, La Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, Palestra, Lima, Perú, 2011.
- Nogueira Alcalá, Humberto, Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur, Editora Palestra, S.A., Lima, Perú, 2006.
- Pérez Royo, Javier, Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2010. Revisada y Puesta al día por Manuel Carrasco Durán.
- Sagues, Nestor Pedro, "Los desafíos del derecho Procesal Constitucional". Ferrer Mac-Gregor (coordinador) Derecho Procesal Constitucional, Tomo I, Editorial Porrúa, Mexico, 2006. Actualmente se requieren 5 votos favorables de 7 para poder declarar inconstitucional una norma jurídica, según el artículo 107 del nuevo Código Procesal Constitucional.

# LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY N° 31399:

## BREVE INFORME PRESENTADO AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CALIDAD DE *AMICUS CURIAE*



*Hubert Wieland Conroy\**

**Sumario:** Resumen. 1. La Ley 31399 y la modificación del artículo 40 de la Ley 26300. 2. El informe presentado al Tribunal Constitucional en calidad de *amicus curiae*. Inconstitucionalidad de la modificación del artículo 40 de la Ley 26300. El referéndum en el Perú. Iniciativa legislativa ciudadana y derecho de referéndum. A modo de conclusión. 3. Comentario final. Referencias.

**Palabras clave:** Derechos ciudadanos, iniciativa legislativa, referéndum, Tribunal Constitucional, acción de inconstitucionalidad, *amicus curiae*.

### Resumen:

**E**l autor analiza los efectos de la modificación del artículo 40 de la Ley 26300 – Ley de los derechos de participación y control ciudadanos, mediante la aprobación de la Ley 31399 por el Congreso de

---

\* Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Embajador del Perú en la República de Polonia y Ucrania.

la República, en el ejercicio combinado de los derechos ciudadanos de iniciativa legislativa y de referéndum, de conformidad con los artículos 16 y 41 de la citada Ley 26300. Dicho análisis fue remitido al Tribunal Constitucional en calidad de *amicus curiae* en el contexto de la acción de inconstitucionalidad interpuesto por el Poder Ejecutivo contra la Ley 31399 y rechazado por dicho órgano de justicia constitucional debido a que el autor es funcionario del Estado.

### 1. La Ley 31399 y la modificación del artículo 40 de la Ley 26300

La Ley N° 31399 – *Ley que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40° y 44° de la Ley N° 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos*, fue aprobada por el Congreso de la República el 16 de diciembre de 2021 y remitida al Poder Ejecutivo para su promulgación. Este último la devolvió con observaciones el 13 de enero de 2022, argumentando vicios de inconstitucionalidad, y el Congreso la aprobó por insistencia el 22 de enero. La Presidenta del Congreso procedió a promulgarla el 25 de enero y la Ley N° 31399 fue publicada en *El Peruano* el 30 de enero de 2022<sup>1</sup>.

Consecuentemente, el Presidente de la República interpuso el 7 de febrero una acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 31399, solicitando que declare su «inconstitucionalidad total» por razones tanto de forma como de fondo, debido a que vulnera las siguientes disposiciones de la Constitución Política: artículo 2°, inciso 17; artículo 31°; artículo 32°; artículo 43°; artículo 45°; artículo 102°, inciso 1; artículo 103°; artículo 118°; y artículo 206°. Argumenta asimismo que dicha ley «resulta contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23°) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25°), que reconocen el derecho de toda persona a la participación política». (Exp. 00001-2022-AI)

Recordemos brevemente que la modificación del artículo 40° de la Ley N° 26300 consistió en agregar la frase «ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política» y aquella del artículo 44° en añadir la frase

---

1 Artículos 40 y 44 de la Ley 26300 antes de la modificación: «No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución» (Art. 40) y «La convocatoria a Referéndum corresponde efectuarla a la autoridad electoral en plazo no mayor de cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativas» (Art. 44).

«salvo que se trate de una reforma constitucional, en cuyo caso es convocado por el presidente de la República, por disposición del Congreso, de conformidad con el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política»<sup>2</sup>.

Al respecto, conviene tener presente que el artículo 206 de la Constitución establece dos procedimientos para llevar a cabo una reforma constitucional. Según el primero, «toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum», y en cuanto al segundo, «puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas». Y la alusión al «primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política» en la modificación aprobada mediante la Ley N° 31399 está referida, obviamente, al procedimiento de reforma constitucional que incluye la ratificación mediante referéndum.

Ahora bien, no obstante que dicha ley tuvo su origen en una iniciativa ciudadana destinada a introducir ciertas «precisiones» en la N° 26300 para asegurar que un proyecto de reforma constitucional no pudiese ser sometido a referéndum de manera directa, es decir sin una aprobación previa por el Congreso de la República, lo cierto es que la posición inicial de la Comisión de Constitución y Reglamento fue que no había realmente nada que «precisar» y que «no existe tal vacío normativo ni falta de precisión».<sup>3</sup> Y sin embargo, al término de la sustentación del proyecto, la Presidenta de la Comisión señaló que: «considera que resulta necesario precisar o fortalecer, en los artículos referidos, que toda reforma constitucional debe ser aprobada previamente por el Congreso de la República».<sup>4</sup>

En realidad, es muy cierto que la modificación del artículo 40° de la Ley N° 26300 resulta innecesaria, toda vez que el artículo 39° de dicha ley dispone expresamente en su inciso a) que el referéndum procede en

---

2 Ver: Wieland Conroy, Hubert. El Proyecto de Ley N° 644/2021-CR y los derechos políticos ciudadanos. En: *Gaceta Constitucional*, No. 168, diciembre 2021, pp. 219-230.

3 Comisión de Constitución y Reglamento. Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 644/2021-CR, página 24.

4 Comisión de Constitución y Reglamento. Sexta Sesión Extraordinaria, 26 de noviembre de 2021.

el caso de la reforma parcial o total de la Constitución «de conformidad al artículo 206 de la misma», lo que implica que, necesariamente, todo proyecto de reforma constitucional debe ser aprobado previamente por el Congreso de la República. Y aquella del artículo 44° de la misma ley resulta igualmente innecesaria, en la medida que, de conformidad con el citado artículo 39°, inciso a), todo proyecto de reforma constitucional debe ser, necesariamente, aprobado *previamente* por el Congreso antes de ser sometido a referéndum, indistintamente de la autoridad habilitada para efectuar la convocatoria correspondiente<sup>5</sup>.

## 2. El informe presentado al Tribunal Constitucional en calidad de *amicus curiae*

Pero la modificación expresa del artículo 40° de la Ley N° 26300 *sí* genera un problema adicional, toda vez que implica *también* una modificación tácita de los artículos 16 y 41 de la misma ley, pues elimina la posibilidad – expresamente contemplada en dichos artículos<sup>6</sup> – de que la ciudadanía pueda solicitar que se someta a referéndum un proyecto de norma con rango de ley, que hubiera sido presentado por una fracción de la ciudadanía en aplicación del derecho de iniciativa legislativa contemplado en los artículos 2.17 y 31 de la Constitución, y que hubiese sido rechazado por el Congreso de la República.

Por tal motivo, el autor de la presente nota se dirigió el 4 de abril último al Presidente del Tribunal Constitucional para hacerle llegar, en calidad de *amicus curiae*, un breve informe titulado «Inconstitucionalidad de la modificación del artículo de la Ley 26300» – que se reproduce *in toto* a continuación – con el solo objeto de llamar la atención de los distinguidos magistrados sobre el referido problema adicional.

---

5 Artículo 39 de la Ley 26300: «Procede el Referéndum en los siguientes casos: a) La reforma total o parcial de la Constitución, de acuerdo al Artículo 206o. de la misma (...)».

6 Artículos 16 y 41 de la Ley 26300: «El Proyecto de ley rechazado en el Congreso puede ser sometido a referéndum conforme a esta ley. Asimismo cuando los promotores juzguen que al aprobarla se le han introducido modificaciones sustanciales que desvirtúan su finalidad primigenia podrán solicitar referéndum para consultar a la ciudadanía sobre su aprobación» (Art. 16) y «Si la iniciativa legislativa fuera rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso, conforme a esta ley se podrá solicitar iniciación del procedimiento de Referéndum, adicionando las firmas necesarias para completar el porcentaje de ley» (Art. 41).

Recordemos brevemente que el Código Procesal Constitucional señala en el artículo V de su Título Preliminar los requisitos que todo ciudadano debe cumplir para participar en un proceso constitucional en calidad de *amicus curiae*. Estos son: 1. No es parte ni tiene interés en el proceso; 2. Tiene reconocida competencia e idoneidad sobre la materia que se le consulta; 3. Su opinión no es vinculante; 4. Su admisión al proceso le corresponde al órgano jurisdiccional. Y, por último, que el *amicus curiae* carece de competencia para presentar recursos o interponer medios impugnatorios.

Pues bien, el 10 de mayo último, el Pleno del Tribunal hizo público su Auto resolviendo no admitir la presente solicitud de *amicus curiae*, por cinco votos contra uno, debido a que, a su juicio, «el solicitante no cumple con el requisito de no ser parte ni tener interés en el proceso» por el simple hecho de que «desempeña funciones en un órgano o repartición del Poder Ejecutivo, quien precisamente es la parte demandante en este proceso de inconstitucionalidad planteado contra el Congreso de la República», como si el informe en comentario hubiese sido presentado *en representación* del Poder Ejecutivo y *en defensa* de su posición en el proceso constitucional en comentario<sup>7</sup>.

En realidad, esta decisión del Pleno del Tribunal Constitucional implica que ningún ciudadano que tenga un puesto de trabajo en alguna dependencia del Poder Ejecutivo, y que tenga al mismo tiempo versación reconocida en asuntos constitucionales, pueda contribuir con sus conocimientos en procesos constitucionales que pudieran ser de evidente interés general de la ciudadanía en tanto tengan incidencia en sus derechos políticos, como en el presente caso.

Así lo reconoció la magistrada Ledesma Narváez en su Voto Singular en el mismo Auto, al señalar que «el solicitante cuenta con un marcado perfil técnico y ha demostrado conocimientos sólidos en la materia que pueden ser de utilidad para la resolución de la controversia» y concluir que, «del mismo modo, al constituirse como *amicus curiae* solo pretende brindar una opinión como académico, más no como una persona interesada en el resultado del proceso, ya que precisamente lo que procura es brindar un criterio técnico como una persona conocedora de la materia».

---

7 Tribunal Constitucional. Razón de Relatoría. Exp. N° 0001-2022-PI/TC. Poder Ejecutivo. Auto - Amicus Curiae, publicado el 10 de mayo de 2022.

A continuación se reproduce el breve informe titulado «Inconstitucionalidad de la modificación del artículo de la Ley 26300», presentado el 4 de abril último al Tribunal Constitucional en calidad de *amicus curiae* y rechazado mediante el Auto del Tribunal Constitucional publicado el 10 de mayo de 2022.

### ***Inconstitucionalidad de la modificación del artículo 40 de la Ley 26300***

El artículo 40 de la Ley 26300 – Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos estipula, en su redacción original, que «no pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32 de la constitución» y el Congreso de la República acaba de agregar la frase siguiente: «ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política».

En su versión modificada, este artículo contiene dos prohibiciones. Por un lado, prohíbe que se someta a referéndum las materias consignadas en el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución, que son: supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona, normas de carácter tributario y presupuestal, y tratados en vigor. La enumeración es clara.

Pero por el otro, prohíbe también que se someta a referéndum un universo de materias que no enumera pero a las que alude en función a haber sido sometidas o no a un procedimiento previo que tampoco describe, limitándose a señalar que dicho procedimiento se encuentra en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución. En buena cuenta, lo que esta modificación señala es que solo podrán ser sometidas a referéndum «aquellas» materias y normas que hayan pasado por el referido procedimiento previo, indistintamente de su naturaleza.

Y el procedimiento aludido en la modificación es muy sencillo: aprobación del Congreso de la República por mayoría absoluta de sus miembros como condición *sine qua non* para que cualquier proyecto normativo pueda ser sometido a referéndum, y siempre que no verse sobre ninguna de las materias señaladas en el párrafo segundo del artículo 32 de la Constitución. Nótese que la redacción de la modificación no prejuzga sobre la naturaleza del proyecto normativo a ser sometido a referéndum. Basta que sea aprobado por el Congreso por mayoría absoluta de sus miembros para que sea procedente someterlo a referéndum.



Es cierto que la intención de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, como lo señaló su presidenta en la sesión del Pleno del 21 de enero, es limitar esta modificación a los proyectos de reforma constitucional, pero el problema es que las normas, una vez aprobadas, son susceptibles de ser interpretadas y aplicadas en función a la manera cómo han sido formuladas y redactadas. Y ese es, precisamente, el problema fundamental de esta modificación del artículo 40 de la Ley 26300. Al no precisar expresamente que se refiere únicamente a proyectos de reforma constitucional, existe el peligro de ser aplicada a cualquier proyecto normativo – indistintamente de su naturaleza – que se quiera someter a referéndum.

### *El referéndum en el Perú*

Recordemos que el referéndum está configurado en la Constitución Política del Perú como un derecho ciudadano, de conformidad con los artículos 2.17 y 31, y como una facultad del Congreso de la República en materia específica de reforma constitucional, con arreglo al artículo 206 de la Carta. Se trata, obviamente, de un solo y mismo referéndum, difiriendo únicamente en qué agente recae la iniciativa para solicitar su convocatoria: la ciudadanía en el primer caso y el Congreso en el segundo. No cabe otra posibilidad en el ordenamiento constitucional peruano vigente.

Y recordemos también que, en el primer caso, se trata de un *referéndum facultativo*, tal como ha sido definido en el Derecho Constitucional Comparado: una votación popular destinada a ratificar o rechazar un proyecto normativo aprobado previamente por el órgano legislativo, que solo tendrá lugar si una fracción de la ciudadanía lo solicita mediante la recolección de un número mínimo de firmas dentro de un plazo determinado. En países que contemplan el referéndum facultativo, los ciudadanos tienen un plazo razonable, entre la aprobación de la norma en sede legislativa y su promulgación por el Ejecutivo, para que procedan a recolectar firmas si así lo desean. Si dicho plazo venciera sin que un referéndum haya sido solicitado, el proyecto normativo en cuestión será promulgado y entrará en vigor.

Pero, como es también de conocimiento público, no existe en el ordenamiento jurídico peruano ninguna norma que establezca un plazo razonable entre la aprobación de un proyecto de norma con rango de ley y su promulgación por el Ejecutivo para que la ciudadanía pueda recolectar el número de firmas necesario para solicitar la celebración de un referéndum.

El Reglamento del Congreso de la República, que regula la producción de normas con rango de ley, no contiene ninguna disposición al respecto. Y el número de firmas requerido para solicitar la celebración de un referéndum equivale al 10% del electorado, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 26300, lo que constituye un número exorbitantemente alto que haría imposible su recolección en un plazo razonable para tal efecto.

Por tales motivos, resulta absolutamente imposible que la ciudadanía pueda ejercer su derecho constitucional a solicitar que un proyecto con norma con rango de ley sea sometido a referéndum antes de su promulgación por el Presidente de la República. Pero existe otra modalidad en virtud de la cual la ciudadanía *sí* puede ejercer su derecho a referéndum en materia de creación de normas con rango de ley. Se trata de la combinación de los derechos constitucionales de iniciativa legislativa y, naturalmente, de referéndum, como se verá a continuación.

### *Iniciativa legislativa ciudadana y derecho de referéndum*

Como se sabe, los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa legislativa, en virtud del cual están habilitados para presentar proyectos de norma con rango de ley al Congreso de la República, en aplicación de los artículos 2.17 y 31 de la Constitución, y 11 de la Ley 26300, con el respaldo de un número de firmas equivalente al 0.3% del electorado y siempre que no versen sobre temas tributarios y presupuestales. Y si el proyecto fuese *rechazado* o modificado sustancialmente por el Congreso, los ciudadanos tienen derecho a solicitar que sea sometido a referéndum, en aplicación de los artículos 16 y 41 de la Ley 26300, adicionando el número de firmas para alcanzar el equivalente al 10% del electorado.

Y esta es, en realidad, la *única* modalidad que está a disposición de la ciudadanía para participar de manera directa *mediante* referéndum en los asuntos públicos del país, tal como está expresamente estipulado en el artículo 31 de la Constitución Política del Perú. El derecho constitucional de referéndum puede ser ejercido únicamente en articulación con el derecho, también constitucional, de iniciativa legislativa. No existe otra posibilidad.

La gran pregunta es cómo incide la modificación del artículo 40 de la Ley 26300 en el derecho de los ciudadanos de someter a referéndum un proyecto de norma con rango de ley, de conformidad con los artículos 16 y 41 de la misma ley, si dicho proyecto normativo es rechazado por el

Congreso de la República. La modificación en comentario estipula precisamente lo contrario que los dos artículos citados y, tratándose de una ley posterior sobre la misma materia, su aprobación debe ser interpretada, necesariamente, como una derogación tácita de ambos. Por tal motivo, ningún proyecto normativo ciudadano – se entiende con rango de ley – podrá ser sometido a referéndum por iniciativa ciudadana, a partir de la entrada en vigor de la Ley 31399.

Nótese que lo fundamental de la aplicación conjunta de los artículos 16 y 41 de la Ley 26300 era permitir que la ciudadanía pueda hacer aprobar un proyecto de norma con rango de ley directamente, a pesar de la opinión contraria que el Congreso pudiera tener sobre dicho proyecto. Y es en este sentido que se debe entender que la ciudadanía tiene el derecho constitucional a participar en los asuntos públicos del país «mediante» referéndum, que será convocado por efecto de la sola expresión de su voluntad. Y es obvio que la ciudadanía ya no podría ejercer su derecho a solicitar la convocatoria a referéndum para aprobar un proyecto de norma con rango de ley de su propia factura si su ejercicio estuviese condicionado a una aprobación previa del Congreso de la República.

### *A modo de conclusión*

A la luz de estas consideraciones, queda en evidencia que el referéndum por iniciativa ciudadana, que la Constitución Política reconoce expresamente en sus artículos 2.17 y 31, es un derecho facultativo que resulta simple y llanamente *imposible* de ejercer tal como está regulada la producción de normas con rango de ley en el Reglamento del Congreso de la República y en la propia Ley 26300 – Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos. En buena cuenta, lo que la Constitución le reconoce a la ciudadanía, le ley se lo quita.

Y al desaparecer específicamente la posibilidad de ejercer el derecho de referéndum en combinación con el derecho de iniciativa legislativa ciudadana, por efecto de la derogatoria *tácita* de los artículos 16 y 41 de la Ley 26300 como consecuencia de la modificación expresa del artículo 40 de dicha ley, la ciudadanía se ve actualmente en la imposibilidad real de ejercer su derecho constitucional «*a participar en los asuntos públicos mediante referéndum*», tal como lo estipula expresamente el artículo 31 de la Constitución.

Por consiguiente, la Ley 31399 – Ley que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, es claramente *inconstitucional* en el extremo que añade al artículo 40 de la Ley 26300 la siguiente frase: «ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política», que debe ser eliminada o, en su defecto, interpretada de manera que esté referida *única y exclusivamente* a proyectos de reforma constitucional.

### 3. Comentario final

Un componente fundamental del diseño constitucional de 1993, que lo diferencia de todas las Constituciones anteriores, es la posibilidad de que la ciudadanía pueda participar de manera directa en los asuntos públicos del país mediante el ejercicio del derecho de referéndum, es decir ejerciendo el derecho de solicitar que un proyecto normativo sea sometido a referéndum. Pero ocurre que ese derecho ha sido regulado legalmente de tal manera que solo pueda ser ejercido en combinación con el derecho ciudadano de iniciativa legislativa, de conformidad con los artículos 16 y 41 de la Ley 26300, según la redacción original de esta última. Esta es la única manera en que la ciudadanía puede ejercer su legítimo derecho constitucional de referéndum.

Pero ocurre que, tal como se ha puesto en evidencia en el análisis que precede, la modificación *expresa* del artículo 40 de la Ley 26300, mediante la reciente aprobación de la Ley 31399, ha tenido como efecto colateral la modificación *tácita* de los referidos artículos 16 y 41, y la consiguiente eliminación de la única modalidad que le quedaba a la ciudadanía para ejercer su derecho constitucional «*a participar en los asuntos públicos mediante referéndum*», consagrado expresamente por el artículo 31 de la Constitución. Queda así en evidencia que la reciente actuación del Congreso de la República ha afectado de manera insoslayable el diseño democrático de la Constitución de 1993 y colocado la democracia en el Perú aún más a la defensiva.

### Referencias

Wieland Conroy, Hubert (2011). *El referéndum en el Perú: doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional*. Lima: Palestra Editores.

- Wieland Conroy, Hubert (2015). "El TC versus el pueblo: El caso de la Ley del Fonavi y su aprobación por referéndum". En: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (94), pp. 173-189.
- Wieland Conroy, Hubert (2015). "La sentencia del TC sobre el fondo de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley del Fonavi." En: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (95), pp. 168-184.
- Wieland Conroy, Hubert (2021). "El Proyecto de Ley No. 644/2021-CR y los derechos políticos ciudadanos." En: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (168), pp. 219-230.



# A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY N° 1840/2021-PE ¿REFORMAR O DEROGAR LA CONSTITUCIÓN?



*Raúl Chanamé Orbe\**

**Sumario:** 1. Introducción, 2. El Tribunal Constitucional ante la reforma constitucional, 3. El Proyecto de Ley N° 1840/2021-PE, 4. Reflexiones finales.

## 1. Introducción

La Constitución vigente nació de un autogolpe de estado en medio de una anomia sin precedente, sobrevivió a su mentor, siendo denostada -pero no derogada- por los presidentes Constitucionales: Paniagua, Toledo, García, Humala, Kuczynski, Viscarra, Merino y Sagastegui, algunos de los cuales basaron sus éxitos de gestión en su modelo económico, a pesar de que incluso alguno juró por el espíritu de otra Constitución.

Hoy debatimos al cabo de 30 años -sobre el futuro constitucional -, y los actores políticos esgrimen variadas salidas a la terca vigencia de la Constitución del 93: i)-Derogar la Constitución vigente y poner en vigencia el texto de 1979; ii)-Poner en vigencia el texto de 1979 y reformar sus aspectos más desactualizados; iii)-Mantener vigente la Constitución

---

\* Profesor Principal de la UNMSM en la Cátedra de Derecho Constitucional. Past Decano del Colegio de Abogados de Lima. Ex Magistrado de JNE. Actual Director Jurídico del Comité Internacional de Derecho Comunitario del Parlamento Andino.



de 1993 y reformar sus aspectos de menor consenso; iv)-Mantener la Constitución de 1993 y potenciar la Constitución jurisprudencial del Tribunal Constitucional; v)-Convocar a una Asamblea Constituyente que de origen a un texto inédito.

Reflexionemos sobre esta última postura, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los límites a la reforma constitucional a propósito del Proyecto de Ley N° 1840/2021-PE que nos plantea una reforma constitucional que nos conduzca a una Asamblea Constituyente.

## **2. El Tribunal Constitucional ante la Reforma constitucional**

Desde el nacimiento de la Constitución de 1993 se llamó a reformar sus vacíos, incongruencias y contradicciones; algunos consideraron que era preciso revisarla íntegramente (2001), no obstante, lo que prosperó sin sobresalto ha sido sus reformas parciales en distintos momentos, regulado por lo establecido por el Tribunal Constitucional (Exp. 0014-2002 AI/TC), lo que ha sido provechoso para la continuidad constitucional y su actualización permanente.

### **2.1. Límites Constitucionales y Jurisprudenciales a la Reforma Constitucional**

El Tribunal Constitucional ha establecido un conjunto de límites a la reforma constitucional, estableciendo que los criterios para modificar la Carta Magna pasan necesariamente por los procedimientos establecidos por esta en el artículo 206 - 32 y la jurisprudencia del TC sobre la reforma constitucional, estableciendo las competencias expresas del Poder constituyente y el Poder constituido, evitando usurpaciones que desnaturalizarían cualquier proceso de reforma:

“[N]ingún poder constituido, con excepción (...) [del proceso de] reforma constitucional, tiene competencia para alterar en absoluto la Constitución. Cualquier capacidad para modificar, suprimir o adicionar una o varias disposiciones constitucionales pasa porque estos mecanismos se aprueban según el procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución “. (Exp. N° 00014-2002-AI/TC, fundamento jurídico 4)

Este es otro tema que se soslaya, no obstante, el Tribunal Constitución ha establecido que la parte referida a la reforma de la constitución es un artículo inmodificable (implícito), pues cambiando ese candado se podría

transformar las claves que abren la puerta para un nuevo texto constitucional, bajo la ejecución de un simple poder delegado:

“En nuestro país se ha previsto el procedimiento de reforma en el artículo 206 de la Constitución. Queda claro que tal norma no podría ser modificada por el poder constituido, sino, prima facie, por un poder constituyente instituido”. (Exp. N° 00050-2004-AI y acumulados, fundamento jurídico 26)

## **2.2. Reforma Constitucional. Límites materiales**

Las instituciones esenciales de la Constitución por las cuales surgió nuestro orden constitucional elaborado por un Poder Constituyente de origen histórico: República, Parlamento, Estado unitario, se convierten en límites institucionales inmodificables de la Constitución, pues ello significaría alterar su organización esencial:

[E]l Congreso tampoco puede variar algunas cuestiones de fondo de la Constitución. A ellas se les denomina ‘límites materiales’, e imposibilitan ejercer el poder constituyente derivado a los órganos constituidos, con el fin de modificar las cláusulas que el texto fundamental ha establecido como ‘intangibles’” (Exp. N° 00050-2004-AI /TC y acumulados, fundamento jurídico 32) :

Con el mismo razonamiento, incluso en este tema tan sensible, debe usarse la ponderación para sopesar los principios esenciales (irreformable) de los simples que exigen especiales momentos constituyentes (principal) :

“El carácter constitucional del Estado propicia la necesidad de contar con límites de distinta naturaleza. El sistema de la Constitución no solo debe permitir detectar un núcleo reformable en la misma, sino básicamente relativizar dicho límite mediante el conocido procedimiento de ponderación. De inicio se debe establecer la necesidad de contar con una cláusula de intangibilidad, para luego revisar los preceptos protegidos”. (STC Exp. N° 00050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento jurídico 32)

Es más, el TC ha especificado que hay artículos inmodificables, pues lo contrario significaría el vaciamiento del contenido esencial de la Carta Magna, señalando expresamente el artículo 1 (Dignidad), 3 (derechos inominados), 43 (régimen político) y 58 (economía social de mercado) como partes inmodificables : “El Congreso de la República no puede hacer uso de

la reforma constitucional para variar el sistema democrático de gobierno, para sustituir el régimen 'representativo', para modificar la Constitución derechos (reformables), evitando tratar con procedimientos constituidos (derivados) a otros económica o para alterar el principio de alternancia de gobierno, a tenor de los artículos 1, 3, 43 y 58 de la Constitución". (STC Exp. N° 00050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento jurídico 35)

Así, el TC coloca este conjunto de artículos fuera del alcance del poder constituido reformador señalando que: "Precisamente, para evitar que los órganos constituidos en ejercicio del poder constituyente derivado que le ha sido acordado constitucionalmente produzcan cualquier modificación de esos principios sustanciales, estos han quedado fuera del alcance del constituyente derivado. Los derechos fundamentales son sustanciales al Estado social y democrático de derecho". (Exp. N° 00050-2004-AI/ TC y acumulados, fundamento jurídico. 35)

Pues, la Constitución al establecer que toda la Carta Magna es susceptible de revisión, esto no puede implicar que toda la Constitución puede ser cambiada sin alterar o transformar la estructura esencial de su texto, estableciéndose partes irreformables implícitas, así como límites materiales expresos:

"Los límites materiales (...) están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución". (Exp. N° 00014-2002-AI,/TC, fundamentos jurídicos 75 y 76)

#### **a. Reforma constitucional. Límites materiales expresos**

Literalmente, para el artículo 32 inc. 1 , en su primer párrafo, no existe límite expreso a la reforma "total" (integral o extensa) de la Constitución, pero a su vez el propio artículo en su último párrafo de manera expresa impide reformar partes específicas de la Constitución. Aparentemente, la Constitución en sus disposiciones se contradice ante una lectura reduccionista de su texto, sin embargo el TC ha establecido criterios estrictos para ponderar esta circunstancia, sin confundir la necesidad reformista de la voluntad derogatoria de la Ley Fundamental, proceso que debe ser respetado bajo cualquier circunstancia por el poder constituido , el otro extremo significaría la arbitraria modificación de los elementos esenciales de la Carta Magna:

“Dentro de los límites expresos, en el caso de las disposiciones de la Constitución de 1993 sobre la reforma constitucional, no se ha previsto específicamente ninguno. El artículo 32 reconoce la potestad de someter a referéndum la reforma total de la Constitución, pero, como límite expreso reconoce el impedimento de reducir o restringir los derechos fundamentales”. (Exp. N° 00050-2004-AI y acumulados, fundamento jurídico 33)

Haciendo con su jurisprudencia precisiones mayores para evitar el “abuso del derecho de reforma”, que terminaría desnaturalizando su contenido, refiere:

“Límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquellos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma”. (Exp. N° 00014-2002-AI/TC, fundamento jurídico 76i)

#### **b. Reformas constitucional. Límites materiales implícitos**

Giovani Sartori sostenía que las partes de la Constitución (Dogmática y Orgánica), tienen en la práctica un diálogo creativo en su cristalización normativa diaria, por ello, las Constituciones son funcionales o disfuncionales. Por ello, en ambas partes hay derechos y mecanismos esenciales:

“[E]n cuanto a los límites materiales implícitos (...) [son] los más importantes (...) la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho, la forma republicana de gobierno y en general, el régimen político y la forma del Estado”. (Exp. N° 00047-2004-AI/TC.fundamento jurídico 14)

En este marco, los límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aún cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance, sencillamente, implicaría la “destrucción” de su identidad jurídica en la que fundamenta el Estado de Derecho.

Como puede verse de lo anotado, la existencia de cláusulas pétreas exceptuadas de la reforma constitucional no niega la posibilidad de que, por fuera de ellas, se consideren otros principios supremos como impedidos de ser modificados por el poder constituido, al respecto se señala que:

“[S]i el artículo 206 de la Carta esencialmente alude a la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32 constitucionaliza que la reforma puede ser total.

[S]in embargo, la segunda parte del mismo artículo prohíbe que se pueda someter a referéndum “la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona”, “las normas de carácter tributario y presupuestal” y “los tratados internacionales en vigor”. Desde este punto de vista, la negación de la facultad de reformar totalmente la Constitución se derivaría del hecho de que, al menos las normas constitucionales que regulan las materias antes señaladas, no podrían ser objeto de reforma. En consecuencia, sino pueden reformarse, no cabe la posibilidad de sustituir la Constitución” (Exp. N° 0014-2002-AI/TC, fundamento jurídico 88 y 89)

Finalmente, cabe la siguiente pregunta: ¿El Congreso de la Republica podría en su facultad de interpretación de la Carta Magna acordar un nuevo diseño de la competencia de reforma que de pie a un nuevo texto constitucional?, sobre ello, la respuesta se desprende de toda la jurisprudencia anterior:

“[E]l Congreso de la República, en cuanto poder constituido, per se, no puede aprobar una Constitución distinta, pues solo el Poder Constituyente está autorizado para llevar a cabo el ejercicio de una función semejante (...).” (Exp. 0014-2002-AI/TC, fundamentos jurídicos 71 y 108)

### **3. Sobre la Constitucionalidad del Proyecto de Ley 1840/2021-PE**

En el periodo anual legislativo (2021-2022), el Poder Ejecutivo hizo llegar al Congreso el Proyecto de Ley de Reforma Constitucional que autoriza someter a Referendum la Convocatoria a una Asamblea Constituyente para elaborar una nueva Constitución Política del Perú, sustentado en el Proyecto de Ley 1840/2021-PE, como establece el art. 105° de la Constitución, este proyecto fue derivado a la Comisión de Constitución y Reglamento con carácter de urgencia, quienes según el artículo 77° del Reglamento del Congreso deben emitir un pronunciamiento basado en el derecho constitucional y derecho parlamentario.

Para los promotores de la reforma total de la Constitución marca un cambio de postura; pues, anteriormente pretendían tal procedimiento, solo basándose en los artículos 206° y 32°, lo que se demostró en el debate jurídico que era inviable por lo sostenido por el Tribunal Constitucional;

ahora, se sustenta en el supuesto art. 207° reformado, más el artículo 32° y supletoriamente en el artículo 206°, lo que todavía no se ha demostrado formalmente constitucional.

Si podríamos resumir la propuesta, para fines didácticos, el contenido sería el siguiente: a) que mediante una reforma constitucional se agregue el artículo 207 a la Constitución, que permita el convocar a un referéndum que admita la posibilidad de una Asamblea Constituyente, b) aceptada la propuesta de Asamblea Constituyente, esta pueda elaborar y aprobar un proyecto de nueva constitución, que sería sometida a referéndum ratificatorio, c) para la elección a los 130 constituyentes, sería usado un sistema inédito de elección, mediante la incorporación de disposiciones transitorias especiales (cuarta, sexta, séptima, octava, novena, decima y undécima) y d) la fecha del referido referéndum coincidirá con la de las elecciones regionales y municipales. Analicemos el contenido de la propuesta:

### **3.1. Reforma autoderogatoria (art.207) por la vía del poder constituido**

Toda constitución nace con pretensiones de durabilidad, sosteniéndose en la inderogabilidad de su texto total por las vías ordinarias del Estado de Derecho. Por ello, plantear una reforma no para mejorarla, actualizarla o potenciarla, como pretende toda reforma constitucional formal, sino para cancelar la integridad de la Carta Magna realizado por medio de los poderes constituidos, se manifiesta como una contradicción en si misma por la forma y por el fondo.

### **3.2. Derechos a la participación (art. 2.inc. 17 y art. 31) “permitirían” derogar la Constitución vía referéndum**

La Constitución vigente incorporo un conjunto de innovaciones en lo que se refiere a la participación ciudadana: iniciativa de ley, remoción de funcionarios, revocación de autoridades y referéndum ciudadano. El artículo 2 inciso 17 estableció que este abanico de iniciativas sólo puede realizarse “Conforme a Ley”. En este caso conforme a la Constitución y/o la Ley N° 26300 (Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos), recientemente modificada por la Ley N° 31399, la cual establece en su artículo 44 que la convocatoria para reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, por disposición del Poder legislativo, que necesariamente debe estar sustentado en el artículo 206 de la Constitución.

Así, por ejemplo, no se podría someter a un proceso de revocatoria al Presidente o Congresistas por el origen del mandato que otorga nuestra democracia representativa, sustentado en la Constitución y la Ley Orgánica de Elecciones. De la misma manera, no puede ser sometido a referéndum, por ejemplo, la pena de muerte, el nivel del endeudamiento público, ni las normas impositivas, los tratados internacionales, ni la derogación de la Constitución. El límite a la participación ciudadana, esta dado por la Constitución y la propia Ley 26300.

### **3.3. ¿Para reformar la Constitución es posible alterar el cuerpo electoral?**

Nuestro sistema republicano se sustenta en artículos conexos que no pueden ser reformados de súbito, sin cambiar la esencia de nuestro modelo democrático, proclamado por la constitución histórica (Artículos 31, 35 y 43). Cuya lectura es integradora, art. 31 de la Constitución (Voto personal, igual, secreto y obligatorio), art. 35 (Funcionamiento plural de los partidos como manifestación de la voluntad popular) y art. 43 (El gobierno republicano es democrático, unitario, descentralizado y representativo). Estas disposiciones están en el cuerpo del texto, siendo los principios del régimen republicano. Por tanto, mal haríamos en el ordenamiento constitucional en colocarlos como disposiciones ulteriores o transitorias, pues por su misma ubicación están subordinados al cuerpo principal de la constitución.

El Proyecto de Ley N° 1840/2021-PE en su octava “disposición transitoria especial” introduce una modificación sustancial a la conformación democrática del régimen republicano. i) establece una Asamblea plurinacional, ii) la forma de la representación plurinacional se la deriva a ser regulada administrativamente por el JNE, iii) los partidos políticos inscritos solo obtendrán el 40 % de la representación nacional, convirtiéndose en una minoría del 100 % de representación total, iv) el 30 % de escaños corresponderán a la representación de candidatos “independientes”, conceptos no admitidos en la Constitución de 1933, 1979 y 1993, v) el 26 % de representantes de pueblos indígenas, y vi) el 4 % para los denominados pueblos afrodescendientes.

Planteamos nuestras observaciones sobre estas reformas constitucionales introducidas en las denominadas “disposiciones transitorias especiales”:

- i) Sobre la Asamblea Plurinacional, el criterio fundacional de nuestro derecho constitucional (1823) se sustentó en la nacionalidad peruana,



que expresa a su interior una pluralidad étnica en pie de igualdad jurídica.

- ii) El JNE no tiene la autoridad suprema para disminuir los derechos constitucionales de representación dada a los partidos políticos por la carta Magna, menos para aplicar normativamente el Convenio 169 de la OIT, que posee rango de Tratado Internacional, competencia preminente del Estado peruano, como representación nacional.
- iii) Es un consenso que los partidos políticos expresan cabalmente el pluralismo político, la diversidad cultural, la integración intergeneracional, la paridad sexual y a las minorías étnicas en pie de igualdad. Todos los partidos políticos con mandato vigente en el ROP son correas de transmisión programática y representación de nuestra democracia deliberativa. Menoscabarlos atenta contra este principio rector de nuestro modelo republicano.
- iv) Según la Constitución nuestra democracia es representativa, admite el respeto a la mayorías y minorías al interior de las organizaciones políticas, e incluso individualmente reconoce su participación por medio de los denominados candidatos “invitados” al interior de un partido en un proceso electoral. No obstante, en ningún caso, se ha equiparado la representación de los individuos con los partidos políticos, por ello no se reconoce las “candidaturas independientes”
- v) Para aplicar la representación nativa y de pueblos originarios, nuestra Constitución fue reformada en su art. 191<sup>o</sup> (2002), completadas con las Leyes N° 27734 y 27683, para las elecciones Regionales y Municipales del ámbito Provincial, fijándose la cuota del 15 %, que según las pocas investigaciones efectuadas no ha tenido el efecto promotor deseado<sup>2</sup>. Sin los fundamentos técnicos previos, ahora se extiende a nivel nacional a más de un cuarto (26 %) de la representación nacional.

---

2 Maritza Paredes en uno de los pocos estudios concretos del tema, sostiene en sus conclusiones: “La cuota nativa y de pueblos originarios puede ser un instrumento efectivo de promoción de la representatividad indígena. Sin embargo, todo parece indicar que este instrumento no es decisivo en el logro de una representación política indígena sustantiva” (Representación política indígena. Un análisis comparativo subnacional. (2015), Fondo editorial JNE, Lima, p. 107).



- vi) Con el mismo propósito reformador del cuero electoral, con menos estudios y conocimientos, se establece una cuota del 4 % para las poblaciones afrodescendientes.
- vii) Estas reformas inevitablemente conducen a confeccionar un nuevo Padrón Electoral por parte del RENIEC, que contenga las reformas de cuotas y porcentajes planteados previamente, no solo en el ámbito de comprobación domiciliaria, sino en la verificación de los requisitos étnicos señalados.

Si es evidente, que el artículo 207º reformado, no guarda correspondencia con los límites expresos de la reforma constitucional, las denominadas “disposiciones transitorias especiales”, configuran un nuevo ordenamiento del régimen político a través de un nuevo sistema de representación, que no corresponde modificar al poder constituido, sino únicamente a un poder constituyente.

#### **4. Reflexiones finales**

En el caso peruano, el siglo XX tuvo 4 experiencias constitucionales cuyo origen es discutible (1920,1933,1979 y 1993), en la mayoría de los casos sus reformas constitucionales, o se hicieron para imponer arbitrariedades, limitar la democracia o en otro extremo para por omisión esquivar las reformas constitucionales oportunas.

En los últimos lustros la justicia constitucional, se ha convertido en un factor determinante, para dotar al texto constitucional nacido en medio de la polémica, de legitimidad de origen más allá de la circunstancia de su nacimiento (Exp. 0014-2002 AI/TC) y, además, o más relevante para el orden social de legitimidad de ejercicio (Supremacía Constitucional, Defensa de los Derechos Constitucionales y Límite al poder político), que ha garantizado que se sucedan hasta 7 regímenes constitucionales consecutivos usando sus instrumentos de recambio, a pesar de la crisis que algunos de estos ciclos implicaron, hecho que nos pone ante la disyuntiva de actualizar sus postulados de manera parcial o total (Arts. 206º y 32º), manteniendo los principios esenciales históricos de la Carta Magna.

Por todas estas razones, consideramos que el Proyecto de Ley N° 1840/2021-PE sobre la reforma constitucional que introduce una addemda mediante el artículo 207º y sus “Disposiciones transitorias especiales”, por la forma y por el fondo no se somete a los límites prescritos por el Tribunal Constitución, para una reforma que optimice el Estado de Derecho en el Perú.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Chanamé Orbe, Raúl (2021): El Tribunal Constitucional ante la Constitución, en “La Construcción de la democracia y la garantía de los derechos”, Palestra Editores, UNMSM, Lima, pp. 77-91
- Chirinos Soto, Enrique. La Constitución al alcance de todos. Lima: Editorial AFA, 4ta. Edición, 1986.
- \_ Constitución de 1993. Lectura y Comentario. Lima: Editora Antonella Chirinos Montalbetti, 4ta. Edición, 1997.
- Grández Castro, Pedro y Landa Arroyo, César (2021): La construcción de la democracia y la garantías de los derechos. 25 años del Tribunal Constitucional. Palestra Editores, UNMSM, Lima.
- Hakansson Nieto, Carlos. Curso de Derecho Constitucional. Lima: Universidad de Piura, Colección Jurídica, Editorial Palestra, 2009.
- Landa Arroyo, Cesar. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- Paredes, Maritza (2015) Representación política indígena. Un análisis comparativo subnacional. Fondo Editorial del JNE, Lima.
- Rodríguez Chávez, Iván (Compilador). La Constitución de 1993. A veinte años de su promulgación. Aciertos, desaciertos y propuesta de reforma. Editorial Universitaria de la Universidad Ricardo Palma, 2013.



# PROBLEMAS DE DISEÑO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE MODIFICACIÓN FORMAL DE LA CONSTITUCIÓN



*Diego Moreno Rodríguez-Alcalá\**

**Sumario:** I. Introducción: Una mirada necesaria a los procedimientos para el cambio constitucional. II. El sistema dual paraguayo de modificación formal de la Constitución. III. El procedimiento de la reforma. A. Un procedimiento agravado, aunque con distintos canales de iniciativa. 1. La iniciativa: exigencias y distintos actores que pueden activarla. 2. La agravación del procedimiento tras su iniciación: mayorías exigidas y Convención Nacional Constituyente. B. Inconsistencias del procedimiento de la reforma: lo que se incluye (y lo que no se incluye). C. Implicaciones prácticas: dificultad de modificar cláusulas puntuales con base al procedimiento de la reforma. D. ¿Abrir la caja de Pandora a través del procedimiento de la reforma?. IV. El procedimiento de la enmienda. A. Un procedimiento menos agravado (pero tampoco tan simple). B. Problemas en torno al referéndum constitucional. C. ¿Irrelevancia del procedimiento de la enmienda?. V. Balance: un sistema atractivo pero que adolece de importantes defectos de diseño. A. Algunas virtudes del sistema “dual”. B. Dificultad de introducir cambios graduales. Rigidez y perdurabilidad de la Constitución. C. ¿Adaptación del texto por cauces jurídicos o por medios extra legales?. VI. Conclusión.

---

\* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca y Master en Derecho (LLM) por la Universidad Columbia de Nueva York. Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional. [dmoreno28@yahoo.com](mailto:dmoreno28@yahoo.com)

## I. Introducción: Una mirada necesaria a los procedimientos para el cambio constitucional

La Constitución de la República del Paraguay de 1992 prevé dos mecanismos para su modificación formal, la enmienda y la reforma<sup>2</sup>. Lastimosamente, estos mecanismos no han sido estudiados de forma exhaustiva hasta la fecha<sup>3</sup>.

Esto se debe, a mi criterio, a por lo menos tres factores. En primer lugar, la doctrina le ha prestado más atención a las eventuales reformas que deben ser introducidas en la Constitución, sin reparar en los procedimientos en virtud de los cuales dichas reformas habrán de tener lugar. Ahora bien, si los procedimientos indican que las reformas son muy difíciles de introducir, no parece tener mucho sentido destinar demasiadas energías a proponer reformas, desatendiendo los procedimientos para llevarlas a cabo.

En segundo lugar, debemos mencionar el temor –quizá justificado– al cambio constitucional. Este temor quizá produce como efecto colateral el poco interés en estudiar los mecanismos de cambio previstos en la Constitución.

En tercer lugar, y en conexión con lo anterior, durante la transición, la discusión sobre la vía adecuada para introducir la figura de la reelección presidencial –por vía de la enmienda o de la reforma–, pudo haber tenido un efecto nocivo para el estudio de los mecanismos de cambio constitucional. Dada la forma partidista e interesada en la cual fue conducido el debate público en torno a esta cuestión, ello pudo haber contribuido a generar una cultura de rechazo a todo lo que tenga que ver con el cambio constitucional, incluyendo el estudio de los mecanismos de modificación constitucional.

---

2 En este artículo, me referiré a la modificación formal de la Constitución, y solo de manera tangencial a la denominada modificación informal, que es la que ocurre cuando se produce una modificación del significado constitucional, pero sin alteración del texto. Sobre esta última, véase X. Contiades y A. Fotiadou (eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, Londres, Routledge, 2021, parte III; así como R. Albert y C. Bernal Pulido (eds.), *Cambio constitucional informal*, Bogotá, Universidad Externado, 2016.

3 Una notable excepción es la excelente y pionera monografía del joven jurista P.A. Lacasa González, *La enmienda y la reforma de la Constitución en el derecho comparado*, Asunción, Intercontinental, 2017. El autor hizo notar muchas de las tensiones de las que adolecen nuestras reglas de cambios constitucional.

Esto resulta, a mi criterio, desafortunado. Es cierto que los políticos pueden verse tentados a modificar las disposiciones constitucionales en su propio interés, y de hecho lo hacen con frecuencia. Pero las constituciones a veces también pueden requerir ajustes que ayuden a perfeccionar su funcionamiento, sobre todo cuando la experiencia de treinta años de vigencia ha evidenciado qué cosas funcionan y cuáles quizá ameriten una revisión. Además, las disposiciones que regulan la modificación de la Constitución deben diseñarse con cuidado precisamente para evitar que sean manipuladas por los políticos de turno, lo cual exige que se las estudie a profundidad y no que se las ignore.

Por otra parte, las reglas de modificación formal de la Constitución se encuentran entre las más importantes de la Ley Fundamental, con lo cual soslayar su estudio no parece tener mucho sentido<sup>4</sup>. Por medio de las reglas para la modificación de la Constitución se pueden ampliar o restringir derechos; fortalecer o debilitar la democracia; mejorar el funcionamiento de los órganos del Estado o empeorarlo; e incluso destruir los fundamentos sobre los cuales descansa la propia Constitución<sup>5</sup>.

Estas reglas cumplen además un cúmulo de funciones importantes: ayudan a distinguir la Constitución de las leyes ordinarias; otorgan un cauce jurídico para la modificación regular de la Constitución por medios pacíficos y sin necesidad de romper la continuidad del orden constitucional; permiten corregir y mejorar la Constitución, adaptándola a las nuevas realidades y necesidades políticas, sociales y económicas; fomentan la deliberación pública y un mayor compromiso cívico en torno a la Constitución; facilitan el autogobierno al permitir al pueblo o sus representantes modificar su propia Constitución; permiten corregir líneas jurisprudenciales erróneas que producen mutaciones constitucionales; y expresan los valores constitucionales más profundos a los que la comunidad adhiere<sup>6</sup>.

Finalmente, la desatención a los problemas que generan los procesos de cambio constitucional nos hace perder de vista un cúmulo de problemas fundamentales para la teoría y el derecho constitucional. Entre ellos,

---

4 R. Albert, *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 2.

5 *Ibid.*, pp. 3 y 261.

6 R. Albert, *Formas y función de la enmienda constitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2017, pp. 176 y ss.

el problema de la inmovilidad constitucional –es decir, su reticencia al cambio formal– y sus efectos sobre la longevidad de la Constitución o sobre la introducción de cambios informales no siempre deseables ni controlables democráticamente.

Este artículo pretende ofrecer una primera aproximación al estudio de los procedimientos para la modificación formal de la Constitución de 1992. Mi objetivo será mostrar que, a pesar de algunos rasgos atractivos, nuestro sistema de cambio constitucional formal adolecería de algunas dificultades importantes que deben ser estudiadas, y que en la práctica hacen muy difícil que puedan introducirse cambios constitucionales puntuales para mejorar de forma gradual la Constitución. A su vez, esto puede traer aparejadas consecuencias sobre la perdurabilidad de la Constitución y la introducción de cambios informales por cauces extra jurídicos, entre otros. Por supuesto, se trata solo de un primer abordaje que debe ser profundizado en otra ocasión.

El capítulo procederá de la siguiente manera. En el apartado II se ofrece una descripción genérica del sistema “dual” para el cambio constitucional previsto en nuestra Ley Fundamental. En los apartados III y IV se analizan los procedimientos de reforma y de la enmienda, respectivamente, y se someten a evaluación crítica algunos de sus aspectos más relevantes. En el apartado V se extraen algunas consecuencias del diseño de nuestras reglas de cambio constitucional, señalando que, bajo el actual sistema, parece muy difícil introducir cambios graduales para mejorar y perfeccionar nuestra Constitución, con lo cual el sistema “dual”, a pesar de su atractivo, pierde relevancia. Además, esto podría afectar la longevidad de la Constitución y alentar mecanismos de cambio informal. Las conclusiones se exponen en el apartado VI.

Dicho esto, aclaro que más que ofrecer conclusiones tajantes, la idea es sugerir nuevas líneas de investigación sobre esta temática.

## **II. El sistema dual paraguayo de modificación formal de la Constitución**

La Constitución de 1992 introduce, por primera vez en su historia, un sistema “dual” para introducir el cambio constitucional formal. Esto quiere decir que no existe un solo procedimiento para efectuar el cambio

constitucional, sino dos procedimientos claramente diferenciados, la reforma y la enmienda, regulados en los artículos 298 a 291 de la Constitución<sup>7</sup>.

El establecimiento de procedimientos diferenciados para efectuar cambios constitucionales es conocido a nivel de derecho comparado. Aunque existen distintas maneras en las que se puede estructurar un sistema de esta naturaleza, la lógica de este modelo radica en el hecho de establecer un sistema escalonado, donde cada procedimiento exhibe un nivel distinto de agravamiento conforme a la importancia o a la magnitud del cambio constitucional que se desee introducir.

Por ejemplo, el procedimiento más oneroso se reservaría para casos de modificación total de la Constitución, o bien, se emplearía para modificar algunas pocas disposiciones que el constituyente considera como especialmente relevantes, como por ejemplo, los valores esenciales o los principios básicos del Estado. Por su parte, el procedimiento por defecto para introducir cambios constitucionales ordinarios que no afecten la estructura básica o los valores esenciales de la constitución sería el menos agravado de todos<sup>8</sup>. En el medio de estos extremos, se puede prever otros procedimientos de una dificultad intermedia para modificar otro tipo de cláusulas cuya importancia se sitúe entre ambos polos.

Aunque no todos los convencionales de 1992 necesariamente convergían en esta idea, nuestro diseño también parecía responder a esta misma lógica. Particularmente elocuente en este punto fue el convencional Evelio Fernández Arévalos, quien expresó lo siguiente en ocasión de la Convención de 1992: “El proyecto en mayoría estableció un procedimiento agravado, por así decirlo, para modificar *ciertos* preceptos Constitucionales que por su naturaleza y características tienen una entidad importante [refiriéndose al procedimiento de la reforma]”. Y añadía: “El procedimiento

---

7 En el derecho constitucional paraguayo, los términos “reforma” y “enmienda” tienen una acepción técnica específica, vinculada a cada uno de los procedimientos para efectuar el cambio constitucional regulado en los artículos 289 a 291, y que conviene tener presente a fin de no incurrir en equívocos. En efecto, en el derecho comparado se suele utilizar, indistintamente o bien, con significados más específicos, según el contexto, los términos de reforma, revisión o enmienda.

8 Ecuador, Costa Rica, España, Canadá, Sudáfrica, India, Austria, Suiza y Ghana serían solo algunos ejemplos que muestran que los mismos aparecen en países y regiones muy disímiles, aunque en cada caso el modelo es diferente. Para una discusión, véase Albert, *Constitutional Amendments*, cap. 5; y R. Dixon y D. Landau, “Tiered Constitutional Design”, 86 *George Washington Law Review* 438 (2018).



*normal* para la enmienda, vale decir, para la modificación parcial de la Constitución ... consiste básicamente en mayoría absoluta de ambas Cámaras y sometimiento de la cuestión a un plebiscito [refiriéndose al procedimiento de la enmienda]<sup>9</sup>. Es decir, según esta apreciación, por un lado, tenemos un procedimiento “normal” para modificar parcialmente la Constitución (la enmienda); y por otro lado, tenemos un procedimiento excepcional y más agravado para modificar “ciertos” preceptos importantes de la Constitución, así como para reemplazarla en su totalidad por un documento nuevo (la reforma).

Sin embargo, como tendremos ocasión de ver, un análisis detallado de ambos procedimientos establecidos en nuestra Constitución nos muestra que el texto finalmente adoptado no se adecua a la lógica de los modelos de procedimiento múltiple o escalonado para el cambio constitucional. Aparte de acabar desvirtuando en cierta forma el atractivo del sistema “dual”, el mismo a la postre termina favoreciendo la inercia constitucional. Ello es así en razón de que el procedimiento por defecto termina siendo el de la reforma, y no el de la enmienda, que es exactamente lo contrario a lo sugerido por el Convencional Fernández Arévalos. Por otra parte, al tratarse de un procedimiento particularmente gravoso, aunado a ciertas dificultades que aquejan al procedimiento de la enmienda, esto hace que la introducción de cambios graduales y puntuales a nuestra Constitución sea muy difícil de lograr por medios formales.

Además, de sugerir un defecto del diseño de nuestras reglas de cambio constitucional, esta circunstancia exige que nos interroguemos acerca de las consecuencias que ello podría tener sobre nuestra Constitución y su práctica. Pero primero debemos analizar cada uno de los procedimientos con cierto detalle.

### **III. El procedimiento de la reforma**

#### **A. Un procedimiento agravado, aunque con distintas canales de iniciativa**

El procedimiento de la reforma presenta varias etapas, pero puede decirse, en general, que el mismo resulta bastante agravado. Esto no sería un problema si, siguiendo la lógica de los modelos escalonados, el procedimiento estuviera conscientemente destinado a dificultar la revisión total

---

9 Actas, Plenaria, No. 40, 11 de mayo de 1992 (énfasis añadido).

toda la Constitución, o de determinadas partes que se consideran especialmente importantes.

Como se vio en el apartado anterior, algunas constituciones establecen una estructura escalonada de reglas de cambio constitucional, donde el procedimiento más exigente se reserva para la reforma total, y en algunos casos, también para modificar ciertas disposiciones que se consideran particularmente importantes. A su vez, el procedimiento de modificación menos exigente es el que se utiliza por defecto, y se halla destinado a modificar parcialmente la Constitución, y en particular, aquellas cláusulas que no recogen valores o principios constitucionales esenciales<sup>10</sup>.

Sin embargo, como se verá, éste no es el caso del sistema previsto en nuestra Constitución, lo cual trae aparejado algunas paradojas y consecuencias importantes. Pero vayamos por partes.

### **1. La iniciativa: exigencias y distintos actores que pueden activarla**

En primer lugar, es cierto que la etapa de la *iniciativa*, que constituye el primer momento dentro del proceso para impulsar una reforma, no resulta demasiado exigente. Ello es así no solo por razones numéricas, sino porque el proceso puede activarse a través de tres canales políticos bien diferenciados, lo cual otorga la posibilidad a que distintos actores puedan iniciar el procedimiento, sobre todo cuando los demás carecen de incentivos para hacerlo o pretenden bloquearlo. Vale decir, las llaves del procedimiento no se encuentran concentradas en manos de un solo actor, sino distribuida en tres actores distintos.

Así, poseen la iniciativa de reforma: a) el venticinco por ciento de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso (un número no demasiado exigente de reunir); b) el Presidente de la República, que es un poder unitario, lo cual facilita la activación de la iniciativa; o bien, c) treinta mil electores (que tampoco es un número imposible de reunir si la sociedad civil se halla relativamente bien organizada).

Esto quiere decir que, si Congreso no muestra interés en la reforma, el sistema deja abierta la puerta a que el Presidente, ejerciendo su liderazgo político, pueda activar el procedimiento (o viceversa). Alternativamente, si ninguno de estos órganos se muestra interesado, también tienen la capacidad

---

10 Tal sería el caso, por ejemplo, de las constituciones de España y de Costa Rica.

de iniciativa treinta mil electores, con lo cual la puesta en marcha en el proceso por la sociedad civil puede llegar a tener un efecto en la motivación de los demás actores para la continuación del proceso. Por ejemplo, a raíz de la popularidad de una iniciativa ciudadana, es posible que los políticos del Congreso decidan finalmente respaldarla y hacerla suya.

En resumen, éstos pueden considerarse como rasgos atractivos del sistema, pues abren la llave de acceso al procedimiento a diferentes actores, evitando concentrar el poder de iniciativa en un solo actor o grupo<sup>11</sup>.

## **2. La agravación del procedimiento tras su iniciación: mayorías exigidas y Convención Nacional Constituyente**

Ahora bien, una vez aprobada la iniciativa de la reforma, el procedimiento se agrava considerablemente al exigirse un umbral muy elevado para la declaración de la necesidad de la reforma, que compete de forma exclusiva no a una, sino a las dos cámaras del Congreso. Este umbral se fija en una mayoría absoluta de dos tercios de los miembros de cada cámara, es decir, un total de 30 senadores y 54 diputados, como mínimo. Dada la fragmentación política de nuestro sistema, se trata de un umbral sumamente difícil de alcanzar en los hechos<sup>12</sup>.

Pero la dificultad del procedimiento no se detiene en este elevado umbral, sino que se ve reforzada por el siguiente paso contemplado por el procedimiento, a saber, la necesidad de (a) llamar a elecciones, para efectos de (b) convocar a una Convención Nacional Constituyente. Cada una de estas dos fases suponen instancias de enorme agravación para llevar a cabo un proyecto de reforma exitoso.

En primer lugar, organizarse para competir en otras elecciones adicionales a las que se celebran cada tanto tiempo para elegir autoridades a nivel partidario, municipal o departamental o nacional, entraña un esfuerzo considerable, donde la movilización, los recursos, la formación

---

11 Para una discusión a nivel comparado, véase Albert, *Constitutional Amendments*, cit., pp. 278 y ss.

12 El establecimiento de los umbrales exigidos siempre debe responder al contexto político. En algunos sistemas políticos (por ejemplo, cuando existe un partido dominante), reunir una mayoría exigente puede no resultar muy demandante; en tanto que una mayoría menos exigente puede resultar más difícil de reunir en un contexto político de pluralismo partidario y de fragmentación política.

de movimientos y coaliciones, etc., pueden actuar como factores disuasivos para que los actores políticos se atrevan a adentrarse en una aventura eleccionaria de resultado incierto. Además, dependiendo del contenido de la reforma, el procedimiento podría terminar por apelar un *status quo* que probablemente beneficie a esos mismos actores, con lo cual los incentivos que éstos tienen para acompañar una eventual reforma podrían decaer aún más.

En segundo término, una Convención Nacional Constituyente es un órgano absolutamente extraordinario dentro del funcionamiento de cualquier sistema político<sup>13</sup>, por lo que no es dable suponer que la misma sea convocada sino en casos excepcionales, en momentos muy particulares de movilización ciudadana donde prime un entusiasmo cívico desbordante o en situaciones de euforia democrática inusual en la vida política del país. Como es sabido, se trata de momentos raros dentro de nuestra vida cívica, dominadas más bien por la apatía y el desinterés ciudadano<sup>14</sup>.

Ahora bien, esto no quiere decir que esta agravación del mecanismo carezca de toda lógica. El sistema agravado tiene pleno sentido, por ejemplo, si se trata de una reforma total de la Constitución. Si la Constitución ha de ser sustituida por otra, parece razonable exigir la convocatoria de un órgano especializado e independiente de los demás poderes constituidos, precedido de un proceso de competición electoral en el que se discuta con la mayor amplitud posible las visiones que cada grupo político o social tiene acerca de la reforma y de sus aspiraciones sobre lo que debe quedar reflejado en la Ley Fundamental.

El sistema también podría tener sentido, por ejemplo, si se trata de modificar alguna disposición que recoge un valor o elemento esencial para la democracia paraguaya o si se pretenden afectar algunos de los

---

13 De hecho, recibe la denominación de “poder constituyente derivado” o “poder constituyente constituido”.

14 P. de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 96, señala que el modelo de la creación de una convención especial (y cita como muestra los casos de Paraguay y Argentina), supone una excesiva complicación, lo cual he hecho que haya perdido actualidad en varios ordenamientos. Un cuadro comparativo más actualizado en Lacasa, cit., pp. 90-1. Entre nosotros, J. C. Mendonca B., “Cambios políticos y reforma constitucional”, en AA.VV., *Perspectivas constitucionales*, Asunción, Arandurá 2006, en una dirección contraria, ha sugerido un mayor protagonismo para la Convención Constituyente (pp. 128-9).

principios básicos sobre los cuales se asienta la Constitución. Como pudo verse más arriba, tal es el caso de algunas constituciones que establecen reglas escalonadas para el cambio constitucional. De hecho, nuestra propia Constitución parece pretender seguir un modelo de este tipo. En efecto, el artículo 290 (último párrafo), establece que, para modificar determinadas disposiciones, debe utilizarse el procedimiento de la reforma y no el de la enmienda. El problema es que, como se verá seguidamente, estas disposiciones no parecen haber sido cuidadosamente seleccionadas.

### **B. Inconsistencias del procedimiento de la reforma: lo que se incluye (y lo que no se incluye)**

El artículo 290 *in fine* establece que el procedimiento de la reforma necesariamente debe seguirse si lo que se pretende es modificar determinadas “disposiciones que afecten el modo de elección, la composición, la duración de mandatos a las atribuciones de cualquiera de los poderes del Estado, o las disposiciones de los Capítulos I, II, III y IV del Título II, de la Parte I”.

Tenemos entonces que el mecanismo de la reforma constituye una vía prevista no solo para reformar totalmente la Constitución, sino también para introducir reformas parciales a la misma. Sin embargo, así como está diseñado, el procedimiento aparece como inconsistente. En efecto, el procedimiento pretende dar un mayor nivel de protección constitucional a determinadas disposiciones que no parecen especialmente dignas de protección, dejando fuera de su ámbito a otras que resultan gravitantes y que sin embargo quedan relegadas al procedimiento menos exigente.

Cabe mencionar que la razón de ser de un sistema escalonado de reglas de cambio constitucional guarda una estrecha relación con la denominada función “expresiva” de las cláusulas de cambio constitucional: se asume que dichas reglas cumplen la función de expresar valores constitucionales<sup>15</sup>. Es decir, lo que el artículo 290 nos dice es que hay algunas disposiciones que han sido consideradas por el constituyente como particularmente valiosas, y que, por tal motivo, se desea protegerlas ante el cambio a través del procedimiento más demandante. En palabras de Dixon y Landau, “las constituciones son textos heterogéneos, y distintos tipos de disposiciones deberían ser tratados de forma diferente”<sup>16</sup>.

---

15 Sobre el punto, véase Albert, *Formas y función de la enmienda constitucional*, cit., cap. 2.

16 Dixon y Landau, cit., p. 475.

Todo esto tiene pleno sentido en el marco de las constituciones como la nuestra que establecen sistemas de cambio escalonados. Existen cláusulas constitucionales, como las que recogen el valor de la dignidad humana, o el derecho a la vida, que no deberían poder ser modificadas simplemente porque se le ocurra a una simple mayoría parlamentaria hacerlo. Esto pondría en entredicho la función y la razón de contar con una Constitución escrita y rígida.

Ahora bien, al lado de las cláusulas como las citadas, también existen disposiciones que regulan aspectos más prosaicos (por poner un ejemplo, la que otorga el título de “Ministro” a un juez de la Corte Suprema, o la que establece la “Senaduría Vitalicia”). De hecho, todo nuestro sistema “dual” de cambio descansa en una cierta jerarquía que el constituyente ha establecido en relación a diferentes disposiciones constitucionales.

Dicho esto, si nos fijamos con atención, las cláusulas que son protegidas por medio del procedimiento de la reforma parecen incompletas. Por ejemplo, no están comprendidas bajo el procedimiento de la reforma, nada más ni nada menos que las declaraciones fundamentales recogidas en los artículos 1 a 3 de la Constitución (forma de Estado y de gobierno, soberanía y poder público), o la cláusula que establece la supremacía de la Constitución (artículo 137). Tampoco aparece el preámbulo, donde se recogen algunos de los valores más importantes de la Constitución, y ni siquiera figuran las propias reglas sobre la reforma y la enmienda, que como hemos visto, se encuentran entre las más importantes de la Constitución, ya que se trata de las reglas instituidas para modificar todas las demás reglas.

Por otra parte, tampoco caen bajo el ámbito del procedimiento de la reforma derechos sumamente importantes. Únicamente se hallan comprendidos ciertos grupos de derechos (derecho a la vida y al medio ambiente, a la libertad, a la igualdad y derechos de familia), en tanto que los derechos políticos aparecen como excluidos de la lista de derechos que revisten una protección reforzada, sin que esto tengo mucha lógica<sup>17</sup>. Además, esta jerarquización también parece relegar el derecho a la salud,

---

17 Ibid., sostienen que es precisamente este tipo de derechos más directamente vinculados con el funcionamiento de la democracia el que debe recibir una protección reforzada para evitar la erosión democrática.

a la educación, al trabajo, o los derechos de los pueblos indígenas, etc., a un plano secundario, lo cual podría resultar objetable<sup>18</sup>.

En síntesis, si bien la idea de ofrecer una protección reforzada a ciertas disposiciones constitucionales parece tener sentido, si lo que se protege no parece digno de protección, o lo que se deja de proteger no se incluye, entonces el procedimiento pierde una parte importante de su atractivo.

### **C. Implicaciones prácticas: dificultad de modificar cláusulas puntuales con base al procedimiento de la reforma**

En la práctica, lo dicho en el apartado anterior implica que, si se pretende modificar un solo artículo, pero que esté comprendido entre las disposiciones que deben ser modificadas por vía de la reforma (por ejemplo, otorgar al Presidente de la República una atribución que carece actualmente y que se considera importante; o restringir las facultades que el Congreso tiene en materia presupuestaria; o limitar el mandato de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia<sup>19</sup>; o modificar la composición del Consejo de la Magistratura o del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, etc.), necesariamente deberán sortearse con éxito todos los pasos del procedimiento excesivamente agravado que contempla la reforma.

Ahora bien, este nivel de exigencia para reformar cláusulas puntuales no parece tener mucha lógica. ¿Cuál sería el sentido de convocar a una Convención Nacional Constituyente para discutir un artículo puntual

---

18 Distinto es el caso de la Constitución Española, donde las disposiciones equivalentes a nuestros derechos sociales y económicos tienen el carácter de meros “principios rectores de la política económica y social”. De allí que, en el caso español, tenga pleno sentido relegar estos principios a un plano secundario, como lo hace el artículo 168, que regula el procedimiento más agravado de la “revisión total” y del cual se hallan excluidos los citados principios rectores. Esta distinción, sin embargo, resulta más difícil de sostener en nuestra propia Constitución, salvo que se pretenda alegar que los derechos sociales y económicos tienen menos valor que los tradicionales derechos civiles, lo cual resulta problemático. Pero aún en este caso, los derechos políticos, como se ha visto, también quedan relegados al procedimiento de la enmienda.

19 Cabe señalar que desde principios de los años 2000, la Corte Suprema ha dictado resoluciones en las cuales, sosteniendo una interpretación controvertida de la Constitución, han declarado inamovibles hasta la edad de 75 años a sus propios miembros, sin necesidad de pasar por las confirmaciones previas exigidas por el artículo 252. Sobre el punto, y con énfasis en las últimas resoluciones del año 2021, véase, D. Moreno, “Report (Paraguay)”, en *The 2021 International Review of Constitutional Reform* (en prensa al momento de redactar este texto).



que, si bien puede ser importante, en el fondo no supondría una modificación de los valores esenciales o de los principios fundamentales de la Constitución, ni afectaría los derechos fundamentales? Además de los preceptos ya citados, tal sería el caso, por poner solo algunos ejemplos, de una iniciativa que pretenda acortar el periodo de receso parlamentario; o abreviar el lapso entre la elección del Presidente y la toma de posesión del cargo; o introducir la figura del balotaje; o aclarar el precepto que regula la acefalía del Presidente y del Vicepresidente<sup>20</sup>; o el alcance y valor que poseen las ternas conformadas por el Consejo de la Magistratura, etc.?

Para ser claros, no estoy sugiriendo que todas las disposiciones constitucionales deban ser fáciles de modificar<sup>21</sup>. El punto es que, para modificar determinadas disposiciones que no impliquen una ruptura con nuestro modelo de democracia republicana fundado en la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales básicos, pero cuya modificación pueda resultar importante, el procedimiento de la reforma aparece no solo como excesivamente gravoso; *al mismo tiempo*, resulta sumamente comprensivo, al extenderse a ciertas partes de la Constitución para la cual quizá pudo haberse dejado un margen más amplio para la introducción de cambios que se consideren necesarios de manera más flexible.

No debe perderse de vista que no estamos hablando de una Constitución breve y concisa, que establece algunos principios, directrices y reglas fundamentales, sino de una Constitución de casi trescientos artículos, muchos de los cuales regulan cuestiones de detalle o secundarias que no tienen por qué estar destinadas a perdurar si un cambio de circunstancias hace aconsejable su cambio<sup>22</sup>.

---

20 Como es sabido, la Corte Suprema se pronunció sobre este supuesto, de manera insatisfactoria, en el A. y S. 191/99. Véase J. Seall-Sasiain, "Interpretación asistemática sobre la acefalía coexistente de

presidente y vicepresidente (crítica al fallo sobre el art. 234 de la Constitución)", en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, 2000.

21 Para una crítica interesante a la rigidez constitucional, véase J. Waldron, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", 13 *Oxford Journal of Legal Studies*, 18 (1993) (donde también se articula una crítica al control judicial de la ley).

22 Dixon y Landau, cit., hacen notar que las constituciones más extensas y detalladas pueden requerir mayores cambios (p. 468).



Sea esto como sea, lo cierto es que, a la luz de lo dicho, podríamos conjeturar que, dadas sus dificultades, el procedimiento de la reforma probablemente pueda ser empleado de forma excepcional únicamente para efectuar modificaciones a gran escala o para reemplazar a la Constitución vigente por otra, y no para introducir reformas puntuales o graduales a la Constitución. Esto aparece reforzado por el alcance excesivamente acotado que reviste el procedimiento de la enmienda. Más abajo volveré sobre este punto<sup>23</sup>.

#### **D. ¿Abrir la caja de Pandora a través del procedimiento de la reforma?**

Un último problema del procedimiento de la reforma tiene que ver con el temor al cambio constitucional en general. Un argumento muy frecuente –entre políticos, académicos y formadores de opinión– es que modificar la Constitución sería peligroso, en razón de que podría entrañar retrocesos democráticos o en materia de derechos fundamentales. Se alega que el momento constituyente de 1992 generó un clima especialmente propicio para el consenso en torno a derechos y prácticas democráticas que hoy, debido a la clase política que tenemos, podría apeligurar.

Dicho sea de paso, ésta es precisamente una de las razones por las cuales el estudio de las reglas de cambio constitucional resulta importante, ya que nos permite diseñar mejor nuestras propias normas de revisión constitucional. Por ejemplo, una disposición que impida reformas regresivas en materia de derechos, o que les conceda a todos por igual un nivel reforzado de protección contra el cambio, podría contribuir a disipar, al menos en parte, este temor<sup>24</sup>.

Sea esto como sea, el punto sobre el cual deseo llamar la atención es que el artículo 289 actual carece de una disposición clave que aparecía de forma expresa en constituciones anteriores. Así, el artículo 125 de la Constitución de 1870 establecía que la Convención no podía reformar más que los puntos señalados por el Congreso si la reforma no había sido declarada en su totalidad. En el mismo sentido, la Constitución de 1967 establecía, en su artículo 226, que la Convención Nacional Constituyente sólo podrá considerar los puntos señalados por la Asamblea Nacional, si

---

23 Véase el apartado IV, C.

24 Por supuesto, esto implicaría someter la reforma o la enmienda a un procedimiento de control judicial, lo cual abre toda una nueva línea de investigación.

no hubiera sido declarada la necesidad de la reforma total. No existe una disposición de este tenor en nuestra actual Constitución, con lo cual esto podría generar dudas sobre si la declaración de la necesidad de la reforma aprobada por el Congreso tiene el poder de disciplinar y poner límites a la actuación de una eventual Convención<sup>25</sup>.

Por supuesto, uno podría considerar que esta facultad de limitar al poder de reforma se halla implícita en el proceso (ya sea en el momento de la iniciativa, o de la declaración de la necesidad de la reforma), y además, que al tratarse de un poder constituyente derivado o constituido, el mismo puede (y debe) estar sujeto a límites. Pero lo cierto es que, al no estar expresamente acotado el límite de la Convención, sumado a la enorme carga simbólica que conllevaría el poner en funcionamiento un órgano de esta naturaleza<sup>26</sup>, no es exagerado suponer que la misma podría verse tentada a exceder su poder de reforma (si es que existe una limitación a tal poder bajo la actual redacción).

Con ello, se alimenta el temor que abrigan quienes consideran que, con una reforma, “cualquier cosa” puede llegar a ocurrir. Naturalmente, esto constituye un fuerte disuasivo para la utilización del procedimiento de la reforma, lo cual nuevamente acaba favoreciendo el *status quo*.

#### IV. El procedimiento de la enmienda

Nos toca ahora analizar el procedimiento de la enmienda. Este procedimiento aparece como el menos agravado de los dos, pero adolece de ciertos problemas considerables, algunos de los cuales ya han tenido incluso la ocasión de ser verificados en la práctica.

---

25 El tema ha sido objeto de discusión profusa en el derecho constitucional argentino, cuyo artículo 30 tampoco contiene una disposición expresa que permita al Congreso limitar la actuación de la Convención. Esta doctrina puede arrojar luz sobre algunas confusiones que se han dado a nivel local. De igual modo, en el ámbito español, muy elocuente resulta De Vega, cit., cap. 4, para quien el poder de revisión no puede equipararse al poder constituyente originario.

26 Por ejemplo, en Argentina, N.P. Sagüés, *Manual de derecho constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2019, señala que la Convención Constituyente en ocasiones se ha autoconsiderado “soberana” (p. 201).

### A. Un procedimiento menos agravado (pero tampoco tan simple)

La iniciativa en este caso es idéntica al procedimiento de la reforma, en el sentido de que los mismos actores se hallan investidos con el poder de iniciativa y con el mismo umbral de exigencia en cada caso (la cuarta parte de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, el Presidente de la República o treinta mil electores)<sup>27</sup>. Hasta aquí el procedimiento aparece como inobjetable, por las mismas razones apuntadas más arriba<sup>28</sup>.

Ahora bien, aun cuando el nivel de exigencia se relaja claramente en los siguientes pasos, lo cierto es que al final, se vuelve a introducir un paso adicional de cierta complejidad que no existe en el caso de la reforma.

En primer lugar, con la enmienda ya no se requiere convocar a elecciones, ni tampoco convocar a un órgano especial, como lo sería la Convención Nacional Constituyente. El texto de la enmienda debe ser aprobado por mayoría absoluta en la Cámara de origen, y una vez aprobado, se requiere un tratamiento igual en la otra Cámara. Aquí se nota un notable relajamiento en comparación con la reforma, que exigía mayoría absoluta de dos tercios en ambas cámaras.

Con todo, si bien el procedimiento de la enmienda no requiere que se convoque a un órgano extraordinario (la Convención Nacional Constituyente), sí establece, una vez aprobado el texto, la obligatoriedad de convocar a un referéndum. Solo si el resultado de este es afirmativo, la enmienda quedará sancionada y promulgada, incorporándose al texto institucional<sup>29</sup>.

Como ha señalado Arendt Lijphart, la adición de un referéndum tras la aprobación legislativa –como es el caso paraguayo– hace que las enmiendas se vuelvan más difíciles de adoptar y que las constituciones se vuelvan, en consecuencia, más rígidas<sup>30</sup>. Similares observaciones sobre el referéndum

---

27 Nótese como la redacción cambia, no obstante lo cual ambos textos expresan la misma norma.

28 Véase apartado III, A, 1.

29 El texto añade que si la enmienda es derogatoria, no podrá promoverse otra sobre el mismo tema antes de tres años. Es decir, establece un nuevo umbral temporal que produce como efecto dificultar el cambio.

30 A. Lijphart, *Patterns of Democracy*, 2a ed., New Haven, Yale University Press, 2012, p. 220.

se encuentran en autores que han trabajado en índices de rigidez constitucional, entre los cuales destaca el estudio de Donald Lutz<sup>31</sup>. En síntesis, si bien en sus primeras etapas el procedimiento de la enmienda parece más flexible, el requisito del referéndum al final vuelve a introducir un grado de exigencia considerable en términos políticos, sobre todo si tomamos en cuenta alto costo que un rechazo podría traer aparejado.

Por último, aunque su importancia se ha acrecentado en los últimos años, lo cierto es que los referéndums constitucionales también son extraordinarios en algunas democracias occidentales contemporáneas, y ni qué hablar de la historia constitucional de nuestro país. Así, bajo la vigencia de la Constitución de 1992, hemos tenido un solo referéndum constitucional (acerca del cual hablaremos enseguida). En otras palabras, no existe entre nosotros una cultura plebiscitaria que favorezca la utilización del procedimiento de la enmienda<sup>32</sup>.

Dicho sea de paso, la enmienda aprobada a través del único referéndum que hemos tenido fue posible únicamente debido al desliz del constituyente de obviar incluir a los derechos políticos dentro de las disposiciones que necesariamente deben modificarse por vía de la reforma<sup>33</sup>.

## **B. Problemas en torno al referéndum constitucional**

Por supuesto, por tratarse de la Ley Fundamental, puede tener sentido el llamado a un referéndum previsto en el artículo 290. A final de cuentas, deseamos que sea el propio pueblo quien exprese su voluntad de modificar la Constitución, y no solamente los órganos del poder constituido.

Ahora bien, ¿es realmente apto el referéndum previsto por nuestra Constitución para dicho fin? Existen razones para dudar que ello sea así. En el año 2011, se sometió a referéndum la iniciativa tendiente a otorgar derecho a voto a los paraguayos residentes en el extranjero, en lo que constituyó la única enmienda aprobada hasta la fecha bajo la Constitución

---

31 D.S. Lutz, *Principles of Constitutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 164 y ss.

32 X. Contiades y A. Fotiadou, "The Emergence of Comparative Constitutional Amendment as a New Discipline", en 386 en R. Albert, X. Contiades y A. Fotiadou (eds.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford, Hart Publishing, 2017.

33 Véase *supra*, apartado III, B.

de 1992. Aunque probablemente muy pocos ciudadanos objeten hoy el contenido de esta enmienda, lo cierto es que, en el referéndum del año 2011, apenas votó un 12,6% del total de votantes habilitados<sup>34</sup>. Como resulta evidente, se trata de un porcentaje que otorga muy poca legitimidad a una modificación constitucional<sup>35</sup>.

Si lo que se desea es revestir a la decisión de una mayor legitimidad democrática, ello podría exigir un umbral mayor de participación popular, técnica que no es desconocida en el derecho comparado. Ahora bien, si se eleva el umbral de participación para otorgar una mayor legitimidad democrática a las decisiones plebiscitarias, esto producirá como obvia y natural consecuencia una agravación aún mayor del procedimiento de enmienda.

Por otra parte, cabe mencionar que, a nivel de derecho comparado, no todas las constituciones exigen el llamado a un referéndum. Tal es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Alemania<sup>36</sup>, o en América Latina, los casos de Argentina y Brasil. Además, no deja de resultar paradójico que la totalidad de los artículos de la Constitución de 1992 haya entrado en vigor de forma automática, pero que para modificar una o dos de sus disposiciones debamos someter la decisión a referéndum.

---

34 <https://tsje.gov.py/referendum.html>

35 Está claro que este no es el único defecto de nuestro referéndum constitucional, el cual carece de cualquier tipo de exigencia deliberativa, o de dispositivos que puedan contribuir a evitar la manipulación del electorado, etc. Por otro lado, me parece un error afirmar, apodícticamente, que la enmienda sea más “democrática” que la reforma, en razón de que aquella prevé un referéndum. Los referéndums no siempre son medios idóneos para expresar la voluntad ciudadana en temas complejos, donde un simple “sí” o “no” resultan notoriamente insuficientes, sobre todo si el proceso no va acompañado de garantías de una adecuada deliberación pública. Véase D. Moreno Rodríguez-Alcalá, “En contra de la reelección y de la enmienda”, en <https://diegomorenora.wordpress.com/2017/04/16/en-contra-de-la-reeleccion-y-de-la-enmienda/> En general, para una discusión actual sobre el referéndum, véase R. Albert y R. Stacey (eds.), *The Limits and Legitimacy of Referendums*, Oxford, Oxford University Press, 2022; y S. Tierney, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

36 El artículo 79 prohíbe, sin embargo, la modificación de algunas cláusulas de la Constitución.

Dicho esto, está claro que, mediando ciertos ajustes, el referéndum puede resultar una herramienta atractiva<sup>37</sup>. En efecto, en un contexto de captura de las instituciones por parte de la clase política, no parece aconsejable prescindir del referéndum. De todas maneras, para que la herramienta resulte eficaz, se debe promover y desarrollar más adecuadamente una genuina cultura actualmente inexistente en torno a la práctica de referéndums en Paraguay.

Quizá habría espacio para pensar incluso en un tercer procedimiento escalonado de cambio constitucional que incluya un referéndum sin umbrales mínimos de participación, de manera a no producir una mayor agravación del procedimiento. Este tercer nivel podría actuar como catalizador de cambio de ciertas disposiciones constitucionales reglamentaristas o de una importancia secundaria y que no impliquen un cambio sustancial en los valores o en la estructura fundamental de la Constitución. De hecho, este modelo seguiría a grandes rasgos nuestro modelo actual, pero permitiría abarcar un abanico más amplio de disposiciones constitucionales, algo que no resulta viable bajo las reglas actuales, conforme se verá en el apartado siguiente.

### C. ¿Irrelevancia del procedimiento de la enmienda?

Un último problema sobre el cual deseo llamar la atención y que afecta al procedimiento de la enmienda es el de la irrelevancia. Se supone que el procedimiento de la reforma se halla reservado a los supuestos de reforma total y de revisión de algunas disposiciones importantes (así sea que hayan sido seleccionados con acierto o no por el constituyente)<sup>38</sup>. Esto

---

37 En línea con lo señalado en una nota anterior, esto no significa que los referéndums sean soluciones apropiadas siempre, y no solo por razón de la agravación que suponen. La experiencia de su utilización abusiva en diferentes contextos ha hecho surgir la necesidad de tomarlos con ciertas cautelas. Piénsese, por ejemplo, en líderes autoritarios que, a lo largo y ancho del planeta, y particularmente en América Latina, se han valido de los referéndums para otorgar un manto de legitimidad a sus decisiones, etc. Para no ir tan lejos, no debemos olvidar que, en nuestro país, la Constitución de 1940 –de inspiración totalitaria– fue puesta en vigencia por decreto y después sometida a un plebiscito para recabar para sí una legitimación popular. De todas maneras, también es cierto que por medio de los referéndums también se han frenado en ocasiones iniciativas de líderes mesiánicos, sobre todo en materia de reelección presidencial (casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador).

38 Véase *supra*, apartado III, B.

quiere decir que, fuera de estos supuestos excepcionales, el procedimiento de la enmienda es el que debe ser normalmente empleado para casos de modificación parcial de la Constitución, conforme lo había expresado el convencional Fernández Arévalos en la Convención de 1992<sup>39</sup>.

Sin embargo, una atenta mirada a la redacción del artículo 290 parece en realidad relegar a la enmienda a un papel bastante más acotado de lo que a primera vista podríamos suponer. En efecto, aparte de abarcar un importante grupo de derechos, el artículo 290 *in fine* se extiende a prácticamente la totalidad de lo que comúnmente se conoce como la “parte orgánica” de la Constitución (quitando la parte relativa a la organización territorial del poder).

Pero no solo eso. El Profesor Lezcano Claude, en su exégesis de la parte orgánica de la Constitución, le dedicó al tema unas páginas en las que arroja algunas conclusiones sorprendentes. Según el autor, al afectar las atribuciones del Congreso, hay una gran cantidad de disposiciones adicionales que a la postre también caerían bajo el ámbito del procedimiento de la reforma<sup>40</sup>.

De esta manera, el procedimiento menos agravado para la modificación constitucional parece condenado a la irrelevancia. Serían muy pocos los artículos que podrían modificarse por esta vía, en tanto que el grueso de las disposiciones relativas a la estructura y la organización del Estado –que es precisamente las que reclaman ser modificadas con mayor frecuencia<sup>41</sup>– quedarían bajo el procedimiento de la reforma.

Esto parece poner de patas para arriba el sentido mismo de contar con un sistema escalonado para la reforma constitucional, donde el procedimiento por defecto debería ser el más flexible, en tanto que

---

39 Véase *supra*, apartado II.

40 L. Lezcano Claude, *Derecho Constitucional. Parte Orgánica*, Asunción, Imprenta Salesiana, 2018, pp. 669-673.

41 Por ejemplo, J.C. Mendonça, *Sobre derecho. Temas polémicos*, Asunción, Intercontinental, 2015, tras sintetizar la posición de algunos autores que han sugerido reformas (Camacho, Lezcano, Mendonca Bonnet, Cano Radil, Campos Cervera), señala que las propuestas se centran preponderantemente “en la parte orgánica de la Constitución” (p. 93.)



más exigente debe quedar reservado para algunas cláusulas que se consideran más importantes<sup>42</sup>.

De esta forma, la creación del sistema dual previsto en la Constitución, en principio atractivo justamente por diferenciar las cláusulas más importantes de las que no lo son, otorgando canales y procedimientos con distintos niveles de dificultad para efectuar cambios constitucionales, acaba diluyéndose considerablemente.

El problema que vengo señalando puede agudizarse aún más debido a la deficiente redacción del artículo 290, último párrafo, que en lugar de hacer alusión solamente a los artículos o secciones determinadas de la Constitución que no se pueden modificar por vía de la enmienda, utiliza además términos vagos que se han prestado a interpretaciones dispares (y en ocasiones interesadas) en la práctica.

No es de extrañar entonces que lo que pueda o no ser modificado por vía de la enmienda se pueda problematizar desde la interpretación constitucional. El ejemplo paradigmático es el de la introducción de la figura de la reelección presidencial. Algunos juristas han sostenido que la vía adecuada es la enmienda, en tanto que otros afirman que el cambio únicamente podía efectuarse por vía de la reforma<sup>43</sup>. Fue esta discrepancia interpretativa justamente la que motivó la crisis que desembocó en protestas ciudadanas y la crisis política del año 2017.

Pero incluso cuando se intentó utilizar enmienda para modificar el artículo que restringía el voto de los paraguayos residentes en el exterior, hubo quien sostuvo que el procedimiento que debía emplearse era el de la reforma y no el de la enmienda<sup>44</sup>. Sea que esta interpretación haya sido adecuada o no, el punto es que la cuestión puede problematizarse por vía

---

42 Dixon y Landau, cit., p. 441.

43 Para una compilación de trabajos que defienden la idoneidad del mecanismo de la enmienda, véase J.C. Mendonça, R. Campos Cervera y L.E. Chase Plate, *Enmienda constitucional y reelección presidencial*, Asunción, Litocolor, 2006. Por su parte, y con opiniones de diferentes abogados, véase un conjunto de dictámenes que, en su mayoría, apuntan en un sentido contrario: <https://informacionpublica.paraguay.gov.py/public/7329409-DICTAMENESJURISTASENMIENDA2016-Parte1pdf-DICTAMENESJURISTASENMIENDA2016-Parte1.pdf>

44 G. Quintana, "Enmienda y voto de paraguayos en el extranjero", *Abc Color*, Asunción, 21 de mayo de 2011, disponible en: <https://www.abc.com.py/edicion-impres/ opinion/enmienda-y-voto-de-paraguayos-en-el-extranjero-260888.html>



de la interpretación en una amplia variedad de casos, y no solo en el caso de la introducción de la figura de la reelección presidencial<sup>45</sup>.

En síntesis, todo esto nuevamente dificulta la posibilidad de emplear exitosamente el procedimiento menos agravado, con lo cual el procedimiento por defecto, o la vía “normal” para introducir cambios constitucionales, acaba teniendo un alcance muy acotado.

## **V. Balance: un sistema atractivo pero que adolece de importantes defectos de diseño**

### **A. Algunas virtudes del sistema “dual”**

A la luz de lo expuesto, se podría decir que el sistema dual establecido por la Constitución parece atractivo, ya que tiene pleno sentido diferenciar procedimientos con distintos niveles de dificultad para modificar distintas partes de la Constitución, en función a una jerarquía que el constituyente otorgue a las cláusulas (v.gr., el derecho a la vida es más importante que la cláusula que establece la figura de la “senaduría vitalicia”, etc.)

También tiene pleno sentido establecer un procedimiento especialmente agravado para la revisión total de la Constitución, y otro procedimiento diferenciado para instancias de modificación meramente parcial para ciertas disposiciones que no afecten cuestiones esenciales de la Constitución<sup>46</sup>.

El sistema presenta además algunas virtudes adicionales importantes, como la de no monopolizar la facultad de la iniciativa del proceso en un solo actor, sino distribuirlo entre actores diferentes (parlamentarios, Poder Ejecutivo, sociedad civil), lo cual evita la concentración y el bloqueo de la activación del procedimiento por parte de un solo actor.

---

45 Otro ejemplo es el de la supresión de la senaduría vitalicia. Sobre el punto, véase el análisis de M.D. Ramírez Candia, *Derecho Constitucional Paraguayo*, T II, 2ª ed., Asunción, Litocolor, 2017, pp. 527-8.

46 Como he sugerido más arriba, quizá haya espacio para considerar un tercer procedimiento.

## **B. Dificultad de introducir cambios graduales. Rigidez y perdurabilidad de la Constitución**

Dicho esto, el sistema dual adolece algunos defectos importantes. El procedimiento de la reforma es excesivamente gravoso. Si se decidiera modificar una o dos cláusulas de la Constitución protegidas por el procedimiento de la reforma, es muy difícil que el cambio pueda ser llevado a la práctica con éxito. El procedimiento resulta además inconsistente en cuanto a las cláusulas que abarca y algunas a las que no alcanza pero que debería abarcar, como es el caso de los artículos comprendidos dentro de las declaraciones fundamentales o la cláusula de la supremacía constitucional, etc.

Está claro que esto puede ser un obstáculo para el mejoramiento y perfeccionamiento gradual y continuo de la Constitución. No en vano en treinta años de Constitución apenas se ha producido una sola modificación a la Constitución por medios formales<sup>47</sup>. De allí que, parafraseando a Pedro de Vega, podemos decir que más que un procedimiento de reforma, pareciera ser que se instituyó un procedimiento para *evitar* el cambio constitucional.

Por supuesto, se trata de la Ley Fundamental, que en razón de su propia naturaleza está llamada a perdurar en el tiempo. De eso no hay ninguna duda. Además, éste parecía ser el deseo generalizado de la Convención de 1992. Elocuente en este punto resulta la expresión del Convencional Rodrigo Campos Cervera, uno de los más destacados de la Convención: “[S]e han escuchado en numerosas oportunidades a miembros de esta Comisión y en el plenario el deseo de que esta Constitución tenga una permanencia de 50 o 60 años integralmente considerada...”<sup>48</sup>. En otras palabras, los constituyentes pretendían redactar una Constitución que debía perdurar en el tiempo.

Ahora bien, no es menos cierto que, justamente en razón de su vocación de permanencia, quizá el cambio constitucional contribuya a

---

47 Por supuesto, puede haber otros factores de índole cultural o político que dificulten la reforma, y que tengan incluso más gravitación que el hecho de que los procedimientos formales sean o no gravosos. Sobre el punto, véase T. Ginsburg y J. Melton, “Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty” (2015) 13(3) *Int'l J Const L* 686; así como Albert, *Constitutional Amendments*, cit., cap. 4

48 Actas, Comisión redactora, No. 30, 10 de abril de 1992.

la longevidad de las constituciones. Ésta es precisamente la tesis de la más autorizada doctrina constitucional comparada. Por ejemplo, Elkins, Ginsburg y Melton sostienen que las constituciones tienen mayores posibilidades de tener una mayor duración si es que admiten de cambios parciales y graduales. De esa forma pueden adoptar la Constitución a las realidades vigentes, haciéndolas relevantes para la sociedad y más aptas para controlar el poder. Además, pueden acomodar, a lo largo del tiempo, los intereses de distintos grupos, que así pasan a sentirse identificados con la constitución en lugar de repudiarla. Todo esto favorecería la perdurabilidad de la constitución y contribuiría a evitar que ésta sea reemplazada por cauces no institucionales<sup>49</sup>.

### C. ¿Adaptación del texto por cauces jurídicos o por medios extra legales?

Por otra parte, en cuanto al procedimiento de la enmienda, si bien resulta menos gravoso, termina introduciendo al final una exigencia plebiscitaria que, amén de ser regulada sin mayores exigencias deliberativas o de umbrales mínimos, también lo dota de una dimensión extraordinaria que dificulta nuevamente la posibilidad de efectuar cambios constitucionales puntuales y graduales, sobre todo en un contexto en el que no existe una cultura plebiscitaria. Además, debido al alcance acotado que reviste el procedimiento, el mismo puede acabar resultando irrelevante.

Esto último puede ser positivo o negativo, según que lo que se trate de preservar o de cambiar sea valioso o no. Por ejemplo, no parece tener mucho sentido que una disposición torpe, reglamentarista, innecesaria, ineficaz, o simplemente a atada a los perjuicios de los actores de 1992, sea blindada ante el cambio constitucional y las aspiraciones de las nuevas generaciones<sup>50</sup>. Pero sí tendría pleno sentido otorgar un mayor grado de

---

49 Z. Elkins, T. Ginsburg y J. Melton, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 82, y pp. 139 y ss., donde se establece un vínculo entre la longevidad de la Constitución y su mayor flexibilidad, aunque el nivel de flexibilidad no debe ser extremo sino intermedio.

50 Por supuesto, el *locus classicus* en contra de las constituciones que atan a perpetuidad a las generaciones futuras es Jefferson, para quienes las constituciones debían durar 19 años, en razón de que la tierra pertenece a los vivos y no a los muertos, con lo cual una generación no tiene el derecho de atar a las futuras generaciones. (Carta a James Madison, del 6 de setiembre de 1789).

protección ante el cambio, por ejemplo, a la dignidad humana o a la forma republicana de gobierno<sup>51</sup>.

Por otra parte, es importante recordar que una Constitución que no se adapte a las necesidades del tiempo, probablemente sea modificada por medios informales, por fuera de los cauces institucionalmente previstos, y no susceptibles de control democrático<sup>52</sup>. Peor aún, una constitución difícil de modificar y cuyas cláusulas, por absurdas que sean, continúen vigentes por la mera fuerza de la inercia, puede acabar corriendo la misma suerte que la Constitución de 1870, cuyo abrupto final nos hizo transitar durante décadas bajo el yugo de dos constituciones autoritarias<sup>53</sup>.

Sin llegar a estos extremos, en un escenario de petrificación absoluta, la Constitución puede simplemente perder relevancia y legitimidad como instrumento regulador de la vida en sociedad.

De allí que el desafío radique en ser creativos al buscar un justo equilibrio entre la rigidez y la necesidad de adecuar ciertas cláusulas constitucionales a las exigencias de los nuevos tiempos para mejorar la Constitución o hacerla más eficiente. O por decirlo con la elocuencia de Loewenstein, el reto está en conducir “el barco constitucional evitando caer en el peligro de procedimientos de reforma excesivamente difíciles, o excesivamente fáciles”<sup>54</sup>.

---

51 La forma republicana de gobierno es irreformable, por ejemplo, en las constituciones de Francia (art. 89) e Italia (art. 139). Alemania también tiene cláusulas intangibles (art. 79.3). En Honduras, no puede reformarse la cláusula que prohíbe la reelección presidencial (art. 374), entre otras. Vale decir, son cláusulas pétreas o irreformables. Existe un debate a nivel doctrinario acerca de la conveniencia y efectividad de este tipo de cláusulas.

52 Para un ejemplo de mutaciones constitucionales por vía judicial, véase D. Moreno Rodríguez-Alcalá, “Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional”, en AA.VV., *Comentario a la Constitución*, Asunción, Corte Suprema de Justicia, 2018. Ahora bien, los cambios informales no se limitan al ámbito judicial, pues la acción de los actores políticos y sociales también puede incidir en el cambio informal.

53 J.J. Prieto, *Constitución y Régimen Político en el Paraguay*, Asunción, El Lector, 1987, pp. 38-51, así como el epílogo.

54 K. Loewenstein, *Teoría de la constitución*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1986, pp. 176-7.

## VI. Conclusión

Antes que nada, me gustaría señalar que no he sugerido un diseño institucional específico relativo a las reglas que regulan el cambio constitucional. Tampoco he explorado todos los dispositivos que existen a nivel de derecho comparado a tal fin para lograr un justo equilibrio entre las exigencias de la rigidez y la necesidad de adaptación y de introducir cambios graduales a la Constitución. Por la misma razón, tampoco me he ocupado de las estrategias que podrían impedir a las mayorías coyunturales modificar a su arbitrio la Constitución en beneficio de los detentadores de turno del poder<sup>55</sup>.

Por otra parte, tampoco he sugerido que, a la hora de medir la dificultad de operar cambios constitucionales formales, todo lo que cuenta son las reglas contenidas en la Constitución. En este sentido, existe abundante literatura a nivel de derecho comparado que señala la importancia de factores culturales de distinta índole para medir la mayor o menor dificultad del cambio constitucional formal, con independencia de lo que establezcan las disposiciones constitucionales sobre la revisión o enmienda.

Todo esto es sin duda sumamente importante, pero mi objetivo en este trabajo ha sido más modesto, y pretende solamente abrir el camino para comenzar a abordar con mayor rigor y profundidad éstas y otras cuestiones relativas a la teoría y a la práctica del cambio constitucional.

En primer lugar, he sugerido que las reglas de cambio previstas por la Constitución parecen atractivas al establecer un sistema “dual” que no otorga un solo camino para reformar todas las cláusulas de la Constitución, además de revestir otros rasgos interesantes (como la apertura de canales múltiples de iniciativa o la introducción de un referéndum que podría resultar atractivo en algunos casos, siempre y cuando se mejore su diseño).

---

55 En ese sentido, cabría explorar, en otro lugar, medidas como la de la enmienda de tema único (“single-subject amendment”) que tienden a impedir la manipulación de la opinión pública al focalizar la materia objeto de reforma en un tema específico; o la necesidad de que las modificaciones sean adoptadas por dos legislaturas distintas, mediando entre ambas elecciones generales; o de que los cambios no puedan beneficiar a los actores políticos que los impulsan en ciertas materias; o de mecanismos inter generacionales de expresión de consenso ciudadano; o dispositivos tendientes a evitar una proliferación de cambios que podría debilitar, al decir de Hesse, la fuerza normativa la Constitución (v.gr., imponiendo límites de tiempo entre cada enmienda), y así sucesivamente.

En segundo término, he mantenido, al mismo tiempo, que el sistema parece adolecer de ciertos defectos que quizá podrían ser mejorados para contar con herramientas más adecuadas para efectuar cambios constitucionales formales bajo un modelo escalonado bien estructurado. La principal implicación práctica de estos defectos se traduce en que resulta muy difícil introducir cambios graduales y puntuales para mejorar la Constitución o adaptarla a nuevas necesidades y aspiraciones de la sociedad.

Finalmente, he insinuado que esta excesiva dificultad para introducir mejoras graduales a la Constitución puede traer aparejado consecuencias sobre la perdurabilidad de la Constitución, su relevancia, su mutación por medios no controlables democráticamente e incluso su sustitución por medios extra jurídicos<sup>56</sup>.

Todo esto me lleva a pensar que, a la par de proponer reformas a la Constitución, bien harían los constitucionalistas en prestar una mayor atención a los procedimientos en virtud de los cuales se supone que dichas reformas habrían de entrar en vigor. El derecho comparado puede iluminar y mostrar nuevos rumbos para establecer mejores reglas que inspiren nuestro propio régimen para el cambio constitucional formal.

Los constituyentes de 1992 han abierto el camino hacia un atractivo modelo escalonado de reglas de cambio constitucional. El desafío para los constitucionalistas de hoy es repensar y proponer una mejor estructuración de este modelo. Aunque no es tarea fácil, la recompensa sin duda será enorme, pues el mundo de las reglas y procesos de cambio constitucional es fascinante.

---

56 Está claro que esto en modo alguno significa que todas las disposiciones de la Constitución deban ser fáciles de modificar. Como señalan Dixon y Landau, cit., pp. 473 y ss., el propósito de un sistema escalonado es precisamente el de intentar encontrar un justo equilibrio entre los beneficios de la rigidez y los de la flexibilidad.



# LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EL URUGUAY Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS\*



*Rubén Correa Freitas\*\**

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La evolución histórica de la jurisdicción constitucional en el Uruguay. 3. Caracteres de la jurisdicción constitucional uruguaya. 4. Los derechos humanos en la Constitución de la República. 5. El llamado “bloque de constitucionalidad”. 6. Los nuevos criterios de interpretación de la Suprema Corte de Justicia. 7. Conclusiones.

**Palabras clave:** Constitución, jurisdicción constitucional, jurisprudencia, criterios de interpretación, derechos humanos.

---

\* Ponencia para el XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú, 22 al 24 de setiembre de 2022.

\*\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, 1974. Magister en Educación, Facultad de Educación, Universidad de la Empresa, UDE, 2013. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UDELAR. Director del Instituto de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UDELAR. Consejero (sup) del Consejo de la Facultad de Derecho, UDELAR. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas, UDE. Profesor de Derecho de la Función Pública, Maestría de Derecho Administrativo Económico, Universidad de Montevideo. Profesor de Derecho Constitucional Comparado, Maestría en Derecho de las Relaciones Internacionales y de la Integración, Facultad de Ciencias Jurídicas, UDE. Ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, UDE (2005-2017). Académico de Número Fundador de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay.



## RESUMEN

Se analizan las características y la evolución de la jurisdicción constitucional en el Uruguay, con un estudio particular de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución de la República. Se estudian los principales criterios de interpretación de la Constitución realizados por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, tomando en cuenta la influencia de los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como es el caso del llamado “bloque de constitucionalidad”, así como los criterios de interpretación conforme o “pro personae”, razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

### 1. Introducción

El análisis de la jurisdicción constitucional y la protección de los derechos humanos en la República Oriental del Uruguay, tiene como finalidad estudiar en líneas generales el sistema de control de constitucionalidad de los actos legislativos, es decir de los actos jurídicos con fuerza de ley, así como la aplicación práctica del mismo a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, para comprender en qué medida se produce realmente una protección de los derechos humanos.

El planteo de la investigación nos lleva necesariamente a realizar una breve exposición sobre el sistema uruguayo de control de constitucionalidad, para ubicarlo dentro de los sistemas consagrados en el Derecho Comparado. La Constitución uruguaya desde 1934 le asigna la competencia exclusiva y originaria a la Suprema Corte de Justicia, para declarar la inconstitucionalidad de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo y de los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción.

Como es notorio ha habido una muy interesante evolución en el Derecho Comparado en materia de justicia constitucional, partiendo de los dos modelos clásicos como son el norteamericano, caracterizado por ser judicialista y difuso; y el europeo o austríaco, que es concentrado en un órgano independiente del Poder Judicial, como son los Tribunales o Cortes Constitucionales.

En América Latina se ha producido en los últimos cincuenta años cambios sumamente trascendentes en los modelos de jurisdicción constitucional, porque las Constituciones de varios países han adoptado el modelo

europeo de Tribunales Constitucionales, como es el caso de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. Otros Estados en cambio en sus Constituciones han adoptado un sistema mixto como es el caso de Brasil y México.

Se procurará analizar en particular, cómo la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en el Uruguay ha evolucionado en la aplicación de los criterios para declarar la inconstitucionalidad de los actos legislativos, tomando como base fundamental la protección de los derechos humanos, en línea con los más modernos criterios adoptados por la doctrina y sobre todo con la influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es de especial importancia este tema, porque los criterios modernos de interpretación de las normas constitucionales, como es el caso del criterio “pro-homine” o “pro persona”, del de proporcionalidad y el de racionalidad, así como el referido al llamado “bloque de constitucionalidad”, que se integra con las normas sobre derechos humanos contenidas en los Tratados, Pactos y Convenciones internacionales, ha permitido un desarrollo jurisprudencial en línea con las más modernas tendencias de los Tribunales y Cortes Internacionales.

## **2. La evolución histórica de la jurisdicción constitucional en el Uruguay**

Sobre el particular, corresponde expresar que las dos primeras Constituciones que tuvo el Uruguay, que fueron las Constituciones de 1830 y de 1918, no previeron a texto expreso la facultad o la potestad de los órganos del Poder Judicial para controlar la regularidad constitucional de los actos legislativos, es decir de las leyes formales sancionadas por el Poder Legislativo. Más aún, según la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias bajo la vigencia de estas dos Constituciones, sostuvo que como el art. 152 de la Constitución de 1830, cuyo texto se mantuvo en el art. 176 de la Constitución de 1918, establecía que correspondía exclusivamente al Poder Legislativo interpretar o explicar la Constitución, los Jueces y los Tribunales del Poder Judicial no podían juzgar sobre la constitucionalidad de una ley.

No obstante lo expresado, en forma solitaria un Juez a fines del siglo XIX, sostuvo la tesis de que podía ejercer el control de constitucionalidad sobre una ley y que era competente para declarar la inconstitucionalidad. Este fenómeno es destacado por Guillaume TUSSEAU en la doctrina francesa, afirmando que *“pese a que las Constituciones confiaban su protección al*

*legislador, los jueces uruguayos decidieron entre 1874 y 1875 ejercer el 'judicial review', antes de ser expresamente autorizados por la Constitución de 1934. Según el juez Juan A. Vázquez, siguiendo la argumentación de Marshall, la ley en cuestión 'encontrándose en oposición a la Constitución de la República, ley suprema del país, el tribunal debe hacer prevalecer las disposiciones de esta última'."*<sup>1</sup>

Asimismo, el entonces Catedrático de Derecho Constitucional, Justino Eugenio JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, afirmó en forma contundente en un artículo publicado en el año 1915, titulado "*Sobre inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales*", en respuesta a una consulta de una Universidad de los EEUU., que los órganos del Poder Judicial podían realizar el control de constitucionalidad. Un primer argumento que sostuvo fue que la interpretación de la Constitución que se hace por ley, es una interpretación generalmente obligatoria, no es una interpretación auténtica. Un segundo argumento fue que la Constitución de 1830, le confería a la Alta Corte de Justicia la competencia exclusiva para "*juzgar a todos los infractores de la Constitución*". En tal sentido, sostuvo el citado Profesor JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, cómo era posible aplicar esta norma constitucional si la Alta Corte de Justicia no hacía al mismo tiempo una interpretación de la Constitución.<sup>2</sup>

En la tercera Constitución que tuvo el Uruguay, que fue la Constitución de 1934, se introdujo por primera vez el control de la constitucionalidad de las leyes, como una facultad exclusiva y originaria de la Suprema Corte de Justicia. En tal sentido, se previó que la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de una ley sancionada por el Poder Legislativo, se podía solicitar por vía de excepción en cualquier juicio tramitado ante el Poder Judicial; o de oficio, por parte del Juez o Tribunal de Apelaciones antes de dictar sentencia. El fallo de la Suprema Corte de Justicia sólo tenía efectos en el caso concreto, es decir en el proceso contradictorio en que era pronunciada la sentencia.

Tal como lo sostuvo el entonces Fiscal de Corte, Dr. Aníbal ABADIE SANTOS, los principales caracteres de la declaración de inconstitucionalidad en las Constituciones uruguayas de 1934 y de 1942, fueron que el

---

1 TUSSEAU, Guillaume, "*Contentieux Constitutionnel Comparé*", Ed. LGDJ, Lextenso, París, 2021, N° 110, pág. 127.

2 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, "*La Constitución Nacional*", Ed. Cámara de Senadores., Mdeo., 2010, Tomo IV, págs. 444-445.

promotor tuviera la calidad de “parte interesada”, o el Juez o Tribunal de Apelaciones que entendiera en el asunto; que el planteo de inconstitucionalidad se refiriera a una ley; que la promoción de la gestión se hiciera en un “caso judicial concreto”; que ese caso concreto se hallare pendiente; que los procedimientos configuraran una “causa”, “juicio” o “proceso” que fuera contradictorio; y, finalmente, que la cuestión se debía plantear en vía de defensa procesal.<sup>3</sup>

La Constitución uruguaya de 1952, introdujo algunas modificaciones de importancia al sistema de declaración de inconstitucionalidad de las leyes creado por la Constitución de 1934, lo que se mantuvo en la Constitución vigente de 1967 (Constitución, arts. 256 a 261). En primer lugar, se amplió las vías para promover la declaración de inconstitucionalidad, porque a las vías de excepción y de oficio, se agregó la vía de acción, demanda que se debe presentar en forma directa ante la Suprema Corte de Justicia. En segundo lugar, se precisó la legitimación para interponer, dado que ya no será más la “parte interesada” como en las Constituciones de 1934 y 1942, sino el lesionado en su “interés directo, personal y legítimo” (Constitución, art. 258). En tercer lugar, se previó que en la vía de oficio, además del Juez o Tribunal que entendiera en un procedimiento judicial, también puede promover la declaración de inconstitucionalidad el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En cuarto lugar, se agregó que además de las leyes, pueden ser declarados inconstitucionales los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (Constitución, art. 260).

La Constitución de la República vigente de 1967, precisa que la solicitud de declaración de inconstitucionalidad se puede hacer por razones de forma o de contenido (Constitución, art. 256). Esta disposición la encontramos en las Constituciones de 1934, 1942 y 1952. Quiere decir, pues, que son dos los fundamentos por los cuales se puede solicitar la declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos con fuerza de ley. Un primer fundamento, tiene que ver con el aspecto formal o extrínseco, referido al procedimiento de formación de estos actos jurídicos previsto por la Constitución de la República. Un segundo fundamento, tiene que ver con el contenido del acto legislativo con fuerza de ley, es decir si el

---

3 Revista Jurídica “*La Justicia Uruguaya*”, Tomo XVII, caso 4474, pág. 112.

mismo es o no violatorio de un precepto o de un principio contenido en la Constitución. <sup>4</sup>

### 3. Caracteres de la jurisdicción constitucional uruguaya

Si tomamos en cuenta los clásicos modelos o sistemas de contralor de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado, que la doctrina distingue tradicionalmente entre el sistema difuso estadounidense y el sistema concentrado austríaco o europeo, podemos afirmar que el sistema uruguayo es un sistema concentrado, porque la competencia originaria y exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de los actos legislativos con fuerza de ley, es atribuida por la Constitución de la República a la Suprema Corte de Justicia. (Constitución, art. 257). De esta forma, al atribuirse la competencia originaria y exclusiva a la Suprema Corte de Justicia, se excluye la posibilidad de que no sólo los órganos inferiores del Poder Judicial, sino todos los demás órganos del Estado, puedan atribuirse la competencia de declarar la inconstitucionalidad de los actos legislativos con fuerza de ley.

Según enseña FERNÁNDEZ SEGADO en la doctrina española, se ha producido en los últimos tiempos una enorme expansión de la justicia constitucional, razón por la cual se ha producido una convergencia de los elementos que configuraron los dos tradicionales sistemas de control de constitucionalidad. Por ello, sostiene que: *“La resultante de todo ello es la pérdida de gran parte de la utilidad analítica de la tan generalmente asumida bipolaridad ‘modelo americano/modelo europeo-kelseniano’”*. <sup>5</sup>

En la doctrina italiana, el Profesor de la Universidad de Bologna Lucio PEGORARO distingue entre el control político y el control jurisdiccional de constitucionalidad. El *“control político”* se dio en Europa, por el culto a la doctrina de la voluntad general en beneficio de la supremacía del Parlamento, de lo cual Francia es un ejemplo muy claro hasta la reforma constitucional de 2008. Es así como hoy en día la Constitución de los Países Bajos en el art. 120 prohíbe a los jueces ejercitar el control de constitucionalidad de las leyes, como era la solución en Finlandia hasta la reforma

---

4 CORREA FREITAS, Ruben, *“Derecho Constitucional Contemporáneo”*, F.C.U., Mdeo., 2019, sexta edición, Tomo I, N° 107, págs. 221-222.

5 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *“La evolución de la Justicia Constitucional”*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 926-927.

constitucional de 1999. El “control jurisdiccional” afirma PEGORARO que se divide a su vez en dos grandes clases:

*“Por una parte, el control difuso, identificado en un prototipo históricamente realizado en los Estados Unidos y, por ello, denominado también ‘modelo estadounidense’ (o ‘americano’); por otra parte, el concentrado, identificado con las características enunciadas por Hans Kelsen en algunos ensayos de los años 20 del siglo pasado, calificado por ello también como ‘kelseniano’ o ‘austríaco’ o incluso ‘europeo’.”<sup>6</sup>*

Pero, a diferencia del sistema europeo, diseñado originalmente por Hans KELSEN para la Constitución de Austria de 1920, la Constitución uruguaya no le atribuye esa potestad a un órgano independiente del Poder Judicial, como lo son los Tribunales o Cortes Constitucionales en Alemania, Italia, Francia, España, Portugal en Europa; o los Tribunales Constitucionales en Chile, Perú, Ecuador y Bolivia, sino que la potestad se la atribuye al órgano jerarca del Poder Judicial, que es la Suprema Corte de Justicia. De esta forma, el sistema uruguayo es un sistema mixto, porque es concentrado y judicialista.

Como fue establecido por la Constitución uruguaya de 1934, podemos mencionar como modelos concentrados al Tribunal Constitucional de la Constitución de Austria de 1920 y al Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de España de 1931. Al ser un sistema judicialista, el constituyente uruguayo tomó como modelo el sistema norteamericano que surgió a partir de la famosa sentencia del Juez John MARSHALL, en el caso “Marbury vs. Madison” de 1803.

Analizando el modelo uruguayo, desde la doctrina italiana Silvia BAGNI y Matteo NICOLINI, afirman lo siguiente:

*“También en Uruguay las Constituciones de 1934 y 1942 registraron el paso hacia un modelo concentrado, pero no en una Corte ad hoc, sino en la Corte Suprema. El constituyente realizó un curioso equilibrio entre la competencia exclusiva de la Corte en materia de constitucionalidad y su naturaleza de órgano en la cumbre del poder judicial y, por ello, de órgano de casación, previendo solo el efecto ‘inter partes’ de las sentencias de inconstitucionalidad (art. 234 const.).”*

---

6 PEGORARO, Lucio, “Sistemas de Justicia Constitucional”, en PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo, “Derecho Constitucional Comparado”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2020, Tomo 4, pág. 56.

*En 1952, la nueva Constitución incorporó el recurso de constitucionalidad como otra vía de acceso directo a la Corte Suprema.”<sup>7</sup>*

El sistema uruguayo de jurisdicción constitucional, además de ser judicialista y concentrado, tiene otra característica que lo acerca al modelo norteamericano, porque los efectos del fallo de la Suprema Corte de Justicia que declara la inconstitucionalidad de un acto legislativo con fuerza de ley, se aplican exclusivamente en el caso concreto. En tal sentido, el art. 259 de la Constitución de la República establece: *“El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado.”*

Esto significa que una ley declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia no se anula ni se deroga, es una ley que sigue vigente, que es válida para todos los habitantes de la República. Solamente no se aplica en el caso concreto, es decir que beneficia exclusivamente a quien ha promovido la declaración de inconstitucionalidad. Los artículos 520 y 521 del Código General de Proceso (C.G.P.), que reglamentan las disposiciones de la Constitución sobre los efectos del fallo, precisan el alcance de la declaración de inconstitucionalidad. El art. 520 del C.G.P. prescribe: *“La sentencia se limitará a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas y solamente tendrá efecto en el caso concreto en que fuere planteada. Contra ella no se admitirá recurso alguno.”*

En síntesis, puede afirmarse que el sistema uruguayo en materia de declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos con fuerza de ley, es un sistema mixto, porque es judicialista, concentrado y con efectos del fallo en el caso concreto.

Como con acierto enseña el destacado constitucionalista peruano GARCÍA BELAUNDE, si bien muchos países de América Latina en materia de control constitucional adoptaron originalmente el modelo de los Estados Unidos, sin embargo, este instituto se incorporó y desarrolló con perfiles propios, afirmando que:

*“Por estas consideraciones es quizás oportuno señalar que el continente latinoamericano -y con esto incluyo a las antiguas colonias españolas y portuguesas, (no así a los pueblos angloparlantes del Caribe)-, han tenido un desarrollo peculiar,*

---

7 BAGNI, Silvia y NICOLINI, Matteo, *“Justicia Constitucional Comparada”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, págs. 144-145.



*que los hace difícil de clasificar dentro de los modelos europeo o americano, aunque ciertamente partes de ellos, más del segundo que del primero, y que además se alimenta de la doctrina de tales países.”*<sup>8</sup>

Debe señalarse que la Constitución uruguaya asigna al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que es un órgano de creación constitucional independiente del Poder Judicial, la competencia para juzgar la legitimidad de los actos administrativos de todos los órganos de la Administración (Constitución, art. 309), por lo que puede juzgar si un acto administrativo es violatorio de la Constitución, esto es si fue dictado en “*violación de una regla de derecho o con desviación de poder*”.

#### **4. Los derechos humanos en la Constitución de la República**

En la doctrina comparada, se destaca especialmente el rol de la justicia constitucional en la protección y garantía de los derechos humanos. Así, por ejemplo, Silvia BAGNI y Matteo NICOLINI, Profesores de la Universidad de Bologna, Italia, afirman:

*“El nuevo constitucionalismo latinoamericano marca el fortalecimiento del rol de las Cortes en la tutela de los derechos fundamentales sobre la base de Constituciones larguísimas, impregnadas por la doctrina neoconstitucionalista. Esto favorece la reelaboración de los modelos históricos, así como su yuxtaposición en formas del todo originales, como en los casos colombiano y peruano.”*<sup>9</sup>

En la misma línea de pensamiento se expresa el Profesor español FERNÁNDEZ SEGADO, sosteniendo lo siguiente:

*“Uno de los fenómenos más relevantes de los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo ha sido el de la universalización de la justicia constitucional, rasgo que se ha acentuado de modo muy notable en el último cuarto del pasado siglo, pudiéndose poner en estrecha sintonía con la universalidad de la idea de libertad, con la expansión sin fronteras de un sentir que ve en el respeto de la dignidad de todo ser humano y de los derechos inviolables que le son inherentes,*

---

8 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, “Derecho Procesal Constitucional”, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2001, págs. 178-181.

9 BAGNI, Silvia y NICOLINI, Matteo, “Justicia Constitucional Comparada”, pág. 179.



*la regla rectora de la convivencia social civilizada y, por ende, de todo gobierno democrático.”*<sup>10</sup>

Por ello se hace imprescindible hacer una referencia somera a los derechos humanos consagrados en la Constitución de la República en el Uruguay. El texto de la Constitución uruguaya no hace referencia al concepto de derechos humanos, sino que la Sección II de la Constitución lleva por título “*Derechos, Deberes y Garantías*”, comprendiendo los artículos 7º a 72 inclusive. Solamente el art. 47, en la redacción dada por la reforma constitucional de 2004, hace referencia a los derechos humanos, estableciendo en el inciso segundo:

*“El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento constituyen derechos humanos fundamentales.”*

Corresponde destacar especialmente que la Constitución uruguaya contiene un elenco muy importante de derechos y garantías, comenzando por el art. 7º, en el que se prevé que todos los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Agrega en el inciso segundo, que nadie puede ser privado de estos derechos, sino por una ley sancionada por razones de interés general. Como se aprecia, esta disposición, que tiene su origen en la Constitución de 1830, que fue la primera Constitución uruguaya, tiene una clara filiación “jusnaturalista”, porque como afirma la doctrina mayoritaria, esto significa que hay derechos naturales, anteriores y superiores al Estado, que éste se obliga a protegerlos en el goce de los mismos. En otros términos, que la Constitución de la República no crea el derecho a la vida, al honor, a la libertad, a la seguridad, al trabajo y a la propiedad, sino que los considera como derechos preexistentes, esto es son derechos inherentes a la personalidad humana.<sup>11</sup>

---

10 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “*La evolución de la Justicia Constitucional*”, págs. 925-926.

11 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, “*La Constitución Nacional*”, Ed. Cámara de Senadores, Mdeo., 1991, Tomo I, pág. 229; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “*Derecho Público*”, Ed. F.C.U., Mdeo., 2009, N° 75, pág. 99; CORREA FREITAS, Ruben, “*Los Derechos Humanos en la Constitución Uruguaya*”, Ed. Amalio Fernández, Mdeo., 2017, págs. 30-32.

Pero hay otra disposición fundamental en la Constitución uruguaya que es el art. 72, que fue consagrada por primera vez en la Constitución de 1918, cuyo texto reza:

*“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.”*

Este precepto de la Constitución de la República tiene una clara filiación “jusnaturalista”, que tiene como antecedentes la Novena Enmienda a la Constitución Federal Norteamericana de 1787 y el art. 33 de la Constitución argentina de 1853, reformada en 1860, aunque la fórmula uruguaya es más amplia.

Como lo he expresado anteriormente en doctrina:

*“El análisis del art. 72 de la Constitución, nos revela, en primer lugar, que el texto vernáculo es más preciso, más amplio y más contundente que sus precedentes norteamericana y argentino, por cuanto en forma clara y definitiva acepta la concepción jusnaturalista sobre los derechos humanos, como derechos del ser humano anteriores y superiores al Estado, derechos, deberes y garantías preexistentes a la Constitución.”*<sup>12</sup>

Quiere decir, pues, que del art. 72 de la Constitución uruguaya surge que la enumeración de los derechos, deberes y garantías enumerados en los arts. 7º a 71, no es de carácter taxativa, sino que es enunciativa. En otros términos, los habitantes de la República no sólo tienen los derechos, deberes y garantías consagrados a texto expreso en la Constitución uruguaya, sino también todos los que son inherentes a la personalidad humana o los que se derivan de la forma republicana de gobierno. Ejemplo de ello, son el derecho a la dignidad, el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, la irretroactividad de la ley penal, la acción de amparo, la responsabilidad del Estado por acto legislativo, etc.

En la doctrina nacional, Alberto Ramón REAL, que fue uno de los juristas que más estudió el significado y el alcance del art. 72 de la Constitución de la República, sostenía que esta concepción jusnaturalista tiene su expresión en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

---

12 CORREA FREITAS, Ruben, “Los Derechos Humanos en la Constitución uruguaya”, Tomo I, págs. 37-38.

aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, agregando que:

*“La Carta de las Naciones Unidas reafirma ‘la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres’ (Preámbulo, párrafo 2º), proclama el propósito de desarrollar y estimular el ‘respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión’ (art. 1 inc. 3), conceptos que se reiteran en el art. 55, apartado C.”*<sup>13</sup>

A estas dos disposiciones constitucionales citadas, debemos agregar el art. 332 de la Constitución uruguaya, que es una norma de interpretación y de aplicación inmediata de los preceptos que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas. Dicha disposición constitucional prevé que los mencionados preceptos no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que se deberá recurrir para su aplicación a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas.

Como se aprecia de lo expresado anteriormente, mientras que el art. 72 de la Constitución se refiere a las hipótesis en que no hay una disposición constitucional que reconozca expresamente un derecho inherente a la personalidad humana, en el art. 332 nos encontramos ante situaciones en las que existe un precepto constitucional que atribuye derechos a los individuos, pero que no ha sido reglamentado por la ley.

## **5. El llamado “bloque de constitucionalidad”**

Como se sabe, fue a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional de Francia en 1971, que la doctrina comenzó a hablar del llamado “bloque de constitucionalidad”. Es así como FAVOREU enseña que la decisión original fue dada por el Consejo Constitucional en la Sentencia de fecha N° 71-44 DC, de fecha 16 de julio de 1971, en la que afirmó la plena vigencia del Preámbulo de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958, en los siguientes términos:

---

13 REAL, Alberto Ramón, *“Estado de Derecho y Humanismo Personalista”*, F.C.U., Mdeo., 1974, pág. 21.

*“El pueblo francés proclama solemnemente su sujeción a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos por la Declaración de 1789 confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946.”*<sup>14</sup>

Con esta decisión el Consejo Constitucional francés puso fin a la controversia que había después de la entrada en vigencia de la Vª República, en el sentido de si la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, tenía valor de derecho positivo.

Asimismo, afirma FAVOREU que: *“La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946 están incorporados en adelante al bloque de constitucionalidad, las concepciones tradicionales de ‘preámbulo’ y de ‘declaración’ desaparecieron, y con ellas la fuerza disminuida. La noción de bloque de constitucionalidad ha permitido esta integración de las declaraciones y los preámbulos en el sentido de un sistema constitucional...”*<sup>15</sup>

Este criterio del “bloque de constitucionalidad” fue adoptado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Yatama vs. Nicaragua” de 2005, al analizar la interpretación pro-persona o la interpretación conforme, habiendo expresado:

*“Las normas sobre derechos humanos se consideran como un conjunto de estándares mínimos que generan sistemas normativos de reenvíos hacia otros ordenamientos con los que se integran en la medida que se amplía su cobertura a favor de las personas; es el sentido de la integración en un ‘bloque de constitucionalidad’, y del ‘principio de interpretación conforme’, que ha sido asumidos por una buena parte de las constituciones de la región, y el criterio que, en función de estos diseños normativos, permite determinar la norma prevalente en caso de antinomias. Las cláusulas que posibilitan este reconocimiento se han establecido en las cartas fundamentales sobre derechos humanos -tratados internacionales o constituciones- y en el caso concreto implicaría que la CADH remite a los ordenamientos nacionales si encuentra fundamento protector en ellos, como establece el criterio interpretativo del art. 29.b)”*<sup>16</sup>

---

14 FAVOREU, Louis, *“Droit Constitutionnel”*, Ed. Dalloz, 17a. edición, París, 2015, N° 166, pág. 131.

15 FAVOREU, Louis, *“Droit Constitutionnel”*, N° 1239, pág. 907.

16 STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Christine, Editores, *“Convención Americana sobre Derechos Humanos”*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2019, pág. 688

En el caso de Uruguay, esta doctrina del “bloque de constitucionalidad” fue adoptada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en la Sentencia N° 365/2009, al declarar la inconstitucionalidad de la Ley N° 15.848 de 22 de diciembre de 1986, por la cual se había declarado la caducidad de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos violatorios de los derechos humanos, cometidos por militares y policías, durante el período de la dictadura militar entre 1973 y 1985.

En tal sentido, la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 365/2009, redactada por el Ministro Jorge CHEDIAK, expresa en el Considerando III.8, lo siguiente sobre lo que considera que integra el “bloque de constitucionalidad” en el Uruguay:

*“III.8) En relación con que las normas impugnadas conculcan lo dispuesto en tratados internacionales, el agravio resulta de recibo. La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos. En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo persona-lista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón, “El ‘Estado de Derecho’ (Rechtsstaat)”, en Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 604). El citado autor sostiene: “En el Uruguay, los principios generales de derecho ‘inherentes a la personalidad humana’, tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario” (Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, 2ª edición, Montevideo, 1965, p. 15). En la misma dirección, Risso Ferrand, citando a Nogueira, observa que “en “América Latina hay una poderosa corriente cada vez más “generalizada que reconoce un bloque de derechos “integrado por los derechos asegurados explícitamente en “el texto constitucional, los derechos contenidos en los “instrumentos internacionales de derechos humanos y los “derechos implícitos, donde el operador jurídico debe “interpretar los derechos buscando preferir aquella “fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la*

*“persona humana” (Risso Ferrand, Martín, Derecho Constitucional, Tomo 1, 2ª edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114). Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado. Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar 46 el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Risso Ferrand, ob. cit., págs. 114 y 115). En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”*

Puede afirmarse, entonces, que el art. 72 de la Constitución uruguaya es de fundamental importancia para la conformación del llamado “bloque de constitucionalidad”, que se integra con los derechos reconocidos expresa e implícitamente por la Constitución de la República, y con los derechos consagrados por los Tratados, Pactos y Convenciones en materia de derechos humanos, ratificados por la República. De allí que en la interpretación de los derechos y garantías consagrados por la Constitución, deba realizarse utilizando el criterio de la “interpretación conforme”, como lo define la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como lo reafirma el texto de varias Constituciones de América Latina, como es el caso de Argentina (art. 75 num. 22); Bolivia (art. 13.4); Brasil (art. 5.LXX-VII.2); Colombia (art. 93); Ecuador (art. 417); México (art. 1, inc. primero y segundo); Venezuela (art. 23).

El inciso segundo del art. 1 de la Constitución de México, en la redacción dada por la reforma constitucional de 2011, que es un buen ejemplo de lo que significa la interpretación conforme, prescribe lo siguiente:

*“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”*

Por supuesto, que esta interpretación aceptada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en la Sentencia N° 365/2009, y que se ha mantenido inalterable hasta el presente, significa también una nueva concepción de la soberanía estatal, que ya no es absoluta, sino que cede espacio ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo de esta manera más limitada por cuanto los Estados no pueden desconocer los derechos consagrados por los Tratados, Pactos y Convenciones internacionales en materia de derechos humanos.

## **6.- Los nuevos criterios de interpretación de la Suprema Corte de Justicia**

Tradicionalmente los criterios de interpretación de la Constitución partieron de la base del texto, el contexto y la finalidad de los preceptos, criterio que propugnara el Maestro Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA desde la Cátedra de Derecho Constitucional, esto es el criterio “lógico-sistemático-teleológico”.<sup>17</sup> Pero con razón a mi juicio, en la doctrina nacional Diego GAMARRA sostiene que “no se justifica el desecho de los criterios tradicionales de interpretación, básicamente, porque se trata de aspectos elementales de la metodología jurídica, razonables para atribuir significado a un enunciado normativo y a cualquier texto en general, pero que deben de todas formas reconocerse variaciones de relevancia e incidencia.”<sup>18</sup>

En la doctrina más moderna, así como en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales de derechos humanos, se han incorporado una serie de nuevos criterios de interpretación de la Constitución, como es el ejemplo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es indudable la influencia de la llamada corriente “neo-constitucionalista”, que como afirma el constitucionalista mexicano Miguel CARBONELL, tiene su origen en las Constituciones de España de 1978, de Brasil de 1988

---

17 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, “La Constitución Nacional”, Tomo I, págs. 149-153, CORREA FREITAS, Ruben, “Fundamentos de la Constitución de la República Oriental del Uruguay”, págs. 49-53.

18 GAMARRA, Diego, “La interpretación de la Constitución y la Ley”, Ed. La Ley Uruguay, Uruguay, 2018, pág. 199.



y de Colombia de 1991, que tienen como característica principal que son Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes del Estado, sino que contienen normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado, por medio de la ordenación de determinados fines y objetivos. Es así, como muchos Tribunales y Cortes Constitucionales en el Derecho Comparado, aplican nuevos criterios de interpretación de la Constitución, como por ejemplo el principio de la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio “*pro personae*”, etc.<sup>19</sup>

Como ya se señalara anteriormente, la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 365/2009, marcó un hito fundamental en la adopción de nuevos criterios de interpretación, al admitir expresamente la teoría del llamado “bloque de constitucionalidad”, que se integra por los preceptos de la Constitución de la República que consagran derechos, deberes y garantías y por las normas de los Tratados, Pactos y Convenciones en materia de derechos humanos, ratificados expresamente por el Uruguay; disposiciones que ingresan al ordenamiento jurídico uruguayo por vía del art. 72 de la Constitución, que reconoce los derechos inherentes a la personalidad humana, con una clara filiación “jusnaturalista”. Con este pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia, hay una recepción del criterio de interpretación “conforme” o “*pro personae*”, en virtud del cual se debe interpretar los derechos conforme a la Constitución y a las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es muy claro que en este sentido la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia uruguaya, ha seguido los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la que el “bloque de constitucionalidad” se integra con las normas de las Constituciones de los Estados miembros y las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica de 1969.

Sobre el criterio de “razonabilidad” en la interpretación de la Constitución de la República, ha expresado la Suprema Corte de Justicia en la Sentencia N° 79/2016 de fecha 5 de abril de 2016:

---

19 CARBONELL, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en “Teoría del neoconstitucionalismo”, Ed. Trotta, Madrid, 2007, págs. 9-11.



*“Así las cosas, considera que si bien algunos derechos pueden ser limitados por el legislador, debe analizarse, en cada caso, si la norma efectivamente tutela el interés general. Para hallarlo, debemos aplicar las reglas de razonabilidad. En tal sentido, esta Corte, en sentencia N° 564/2012, ha sostenido: (...) más allá de toda duda razonable, que en nuestra organización constitucional no existen derechos absolutos y como indicó en Sentencia N° 220/2002, “Ello determina que no exista la alegada vulneración de los principios constitucionales invocados en tanto, si bien consagran la tutela de los derechos, a su vez regulan la propia limitación por cuanto se encuentran sujetos a las 28 limitaciones que surgen del interés general (...)”. Asimismo, la Corte ha indicado que “(...) es potestad de la Corporación aplicar reglas de razonabilidad cuando juzga si el motivo justificativo de la Ley, está o no basado en el concepto de interés general”. Ya la consagraba el ilustre maestro Justino Jiménez de Aréchaga, al enseñar que “(...) se ha admitido, además, la posibilidad de que la Suprema Corte, en los procedimientos de contralor de constitucionalidad, revise la razonabilidad de ese juicio formulado acerca de las conveniencias del interés general (La Constitución Nacional, edición de la Cámara de Senadores, 1992, t. I, pág. 226). Esto es, razonabilidad del motivo invocado por el legislador, para limitar esos derechos, en función del interés general y no, en cambio, razonabilidad u oportunidad de la legislación misma” (Sent. N° 42/93).”*

En relación al principio de “proporcionalidad” para la interpretación de las normas constitucionales, sostiene la Suprema Corte de Justicia en la citada Sentencia N° 79/2016:

*“El art. 7 consagra el principio de legalidad y comprende todos los requisitos formales que referiremos a continuación. El mismo art. 7 y el art. 72 confieren rango constitucional a los llamados requisitos materiales. En este sentido, compartimos plenamente la lúcida interpretación realizada por Martín Rizzo al respecto. Señala el autor compatriota que cuando el art. 7 refiere a la garantía sustancial más frecuente (la existencia de “razones de interés general”), hasta con el uso de la expresión “razones”, demuestra que las leyes que limiten derechos humanos deben ser conformes a la razón, razonables, y esa razonabilidad se orienta hacia la noción de interés general como garantía de los derechos humanos; por lo tanto, si no existe esa razonabilidad, esa ley será inconstitucional (“Algunas garantías básicas de los derechos humanos”, FCU, Montevideo, 2ª ed., págs. 134- 136). El principio de proporcionalidad aparece como una consecuencia lógica de lo que viene de decirse. No puede ser “razonable”, no puede estar fundado en “razones”, el ejercicio de la potestad legislativa cuando una ley: a) no es idónea para lograr el fin perseguido y, por lo tanto, se sacrifica un derecho sin ningún sentido; b) ni*

*cuando no es necesaria la restricción, ya que ella únicamente es admisible cuando no hay otra alternativa; y, c) ni cuando existe una desproporción entre los intereses y valores en juego (obra citada, págs. 135- 136). Concluye, con acierto, Martín Riso: “Hay un triple fundamento para la aceptación del rango constitucional de estos dos principios (razonabilidad y proporcionalidad): [I] serían ambos consecuencia lógica e inevitable del Estado de Derecho que establece la Constitución nacional (no hay espacio constitucional para la arbitrariedad o el obrar desproporcionado, como se desprende del propio artículo 7; [II] son garantías (de los derechos humanos en cuanto limita la actuación de los Poderes de gobierno) inherentes a la persona humana por lo que ingresan a la Carta por la vía del artículo 72; y [III] también aparecen como principios derivados de la forma republicana de gobierno, en tanto son límites para el obrar de las mayorías que no pueden avasallar los derechos humanos de un sujeto o de las minorías (también con base en el artículo 72)”, (obra citada, pág. 136).”*

Un tercer principio de interpretación al que alude la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, y que complementa a los ya citados de “razonabilidad” y de “proporcionalidad”, tiene que ver con el principio de la “ponderación” que debe hacerse necesariamente entre dos derechos que se contraponen, para decidir cuál de ellos debe prevalecer. En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia en la referida Sentencia N° 79/2016 ha dicho:

*“La proporcionalidad en sentido estricto conduce a un examen de la razonabilidad de la medida legalmente prevista considerada en su globalidad, mediante la ponderación de la limitación o restricción sufrida por el derecho, por un lado, y del fin que se busca alcanzar, por el otro. Si el acortamiento de las posibilidades de goce o ejercicio sufrido por el derecho resulta excesivo en relación con el objetivo propuesto, la medida es desproporcionada y, por consiguiente, ilícita. De ahí que el juicio sobre la proporcionalidad en sentido estricto se centre en la relación medio-fines, que debe ser balanceada o proporcionada (cf. Casal Hernández, obra citada, págs. 125- 126).”*

Como enseña Ronald DWORKIN, la interpretación del Derecho debe hacerse considerando al derecho como integridad. Afirma concretamente el Profesor norteamericano: “Según el derecho como integridad, las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia,

*equidad y debido proceso que proporciona la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad.”*<sup>20</sup>

Sobre el criterio de la “ponderación” en la interpretación constitucional, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina que “*siempre que sea forzosa la ponderación de valores jurídicos contrapuestos, debe darse preferencia al que revista mayor jerarquía*” (“*Mayantz y otros*”, Fallos, 255:330; “*S.A. Ultramar Petrolera*”, Fallos, 263:453); razón por la cual corresponde dar más importancia a los derechos que tienen un mayor interés público (“*Orquín*”. Fallos, 264:416).<sup>21</sup>

En la doctrina española, Manuel ATIENZA sostiene que cuando los jueces no tienen una regla o un precepto que puedan aplicar en un caso concreto, tienen que recurrir a los principios y deben utilizar la ponderación. Estima que la ponderación es un tipo de argumentación, que tiene dos pasos: “*el primero consiste en pasar de los principios a las reglas; y el segundo es precisamente una subsunción.*” Pone como ejemplo el caso de un antiguo miembro de las SS alemanas que en una publicación niega que haya existido el Holocausto, mientras que una mujer judía con familiares fallecidos en el campo de Auschwitz le hace un juicio porque considera que se ha lesionado su honor. En este caso hay dos principios en juego, uno la libertad de expresión del pensamiento; otro el derecho al honor. En tal sentido, el Tribunal Constitucional español en la Sentencia N° 101/1990, consideró que las declaraciones tenían un contenido que excedían la libertad de expresión y que eran ilícitas.<sup>22</sup>

Por su parte, PRIETO SANCHIS considera que “*el sentido de la ponderación consiste en ofrecer una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales.*”<sup>23</sup>

---

20 DWORKIN, Ronald, “*El Imperio de la Justicia*”, Gedisa Editorial, Barcelona, 2012, pág. 253.

21 SAGÜÉS, Néstor Pedro, “*Manual de Derecho Constitucional*”, Ed. Astrea, 3ª. edición, Buenos Aires, 2019, N° 48, pág. 32.

22 ATIENZA, Manuel, “*Curso de Argumentación Jurídica*”, Ed. Trotta, Madrid, 2013, págs. 184-185.

23 PRIETO SANCHIS, Luis, “*El constitucionalismo de los derechos*”, en CARBONELL, Miguel, “*Teoría del neoconstitucionalismo*”, Ed. Trotta, Madrid, 2007, pág. 220.

En esta línea de razonamiento de la doctrina comparada, la Suprema Corte de Justicia en la Sentencia N° 462/2016 de fecha 24 de octubre de 2016, expresó lo siguiente en el Considerando VII, reiterando lo expresado en la Sentencia N° 79/2016:

*“2) Los derechos en pugna y la Ley 19.307.*

*La presente acción de inconstitucionalidad plantea, en lo medular, un conflicto entre el derecho de libertad de expresión en su dimensión colectiva y otros derechos fundamentales: el mismo derecho de libertad de expresión en su dimensión individual, el derecho de libertad de empresa y el derecho de propiedad.*

*La libertad de expresión, como derecho fundamental, tiene como fuente básica de regulación en nuestro país lo dispuesto en los artículos 29 de la Constitución y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.*

*La libertad de expresión, en sus diversas manifestaciones y en los términos regulados en el artículo 13 de la Convención, es un derecho humano fundamental, incorporado a nuestro ordenamiento por la vía del artículo 72 de la Constitución.”*

Más adelante continúa el razonamiento de la Suprema Corte de Justicia analizando la ponderación de los derechos en pugna, en los siguientes términos:

*“La Ley 19.307 es una herramienta legislativa por la cual el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración normativa, ha buscado promover la libertad de expresión y de comunicación en su dimensión colectiva.*

*Y a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión en su dimensión individual, donde la actividad normativa del Estado debe ser mínima, la dimensión colectiva requiere una protección activa por parte del Estado (sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina del 29 de octubre de 2013, párrafo 24).*

*Esa protección es lo que, indudablemente, procura la Ley 19.307, tal como surge de su articulado y de la historia fidedigna de su sanción.*

*Tales consideraciones apuntan a señalar, revalidando los términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina al juzgar una causa muy similar a la de autos, que el control de regularidad constitucional “(...) debe realizarse teniendo en cuenta la naturaleza y entidad de los derechos en juego: el derecho de propiedad y libre comercio (...) [de la accionante] por un lado, y el derecho a la libertad de expresión en su faz colectiva, por el otro. Cuando lo que*

*está en juego son normas referidas a cuestiones patrimoniales y restringen derechos de esa naturaleza (...), el control debe ser menos intenso, pues cabe reconocer al legislador un mayor margen de discrecionalidad” (sentencia del 29 de octubre de 2013, párrafo 24).”*

En síntesis, puede afirmarse que esta tendencia jurisprudencial que se manifiesta en una veintena de sentencias de la Suprema Corte de Justicia dictadas en los últimos años (así entre otras Nos. 87/2016, 462/2016, 138/2018, 1080/2019, 1212/2019), es un avance trascendente en la aplicación de los modernos criterios de interpretación, que se suman a los criterios tradicionales del texto, el contexto y la finalidad, es decir el método lógico-sistemático-teleológico. Con ello se produce una interpretación de la Constitución más acorde con los principios de tutela y protección de los derechos humanos, siguiendo las pautas trazadas por los Tribunales y las Cortes Internacionales, así como la más moderna doctrina comparada.

## **8.- Conclusiones**

El análisis realizado sobre la jurisdicción constitucional en el Uruguay, teniendo en cuenta la evolución constitucional producida, así como el estudio de los criterios aplicados por la jurisprudencia más reciente de la Suprema Corte de Justicia en la interpretación de los derechos consagrados por la Constitución de la República, nos demuestra que es correcta la afirmación realizada en cuanto a que poco a poco se va produciendo una especie de un Derecho común en América Latina, liderado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Profesor alemán Armin von BOGDANDY señala tres rasgos fundamentales de ese Derecho común latinoamericano. En primer lugar, la creencia de que el mismo existe y que comprende la Convención Americana de Derechos Humanos y los sistemas jurídicos nacionales. En segundo lugar, es el hecho de que es un derecho regional común que se integra con las sentencias de las Cortes y Tribunales Supremos de cada Estado, de los Tribunales Constitucionales nacionales, y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En tercer lugar, es que este Derecho común latinoamericano permite que los jueces en el ámbito de sus competencias, puedan aplicar mejor los preceptos y normas de las Constituciones y de la Convención Americana de 1969, en temas tales

como la violencia, la exclusión social y la debilidad de las instituciones, fomentando el cambio social.<sup>24</sup>

Resulta clara la influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando la Suprema Corte de Justicia en la Sentencia N° 365/2009 se admite la recepción del llamado “bloque de constitucionalidad”, que en el caso uruguayo está integrado por las normas de la Constitución que consagran derechos para los habitantes y las normas que establecen derechos en los Tratados, Pactos y Convenciones en materia de derechos humanos, los que ingresan al derecho positivo por vía del art. 72 de la Constitución de la República que admite la existencia de derechos inherentes a la personalidad humana, con una clara recepción “jusnaturalista”.

Así también, resulta clara la influencia de la jurisprudencia interamericana cuando se incorporan como criterios de interpretación de la Constitución de la República, los referidos a la interpretación “conforme” o “pro-personae”, de “razonabilidad”, “proporcionalidad” y “ponderación”, los que abren un campo sumamente importante en la aplicación con justicia de los preceptos que consagran derechos, deberes y garantías para todos los habitantes.

Queda demostrado, pues, que la jurisdicción constitucional en el Uruguay se ha acompasado a las más modernas tendencias del Derecho Comparado en materia de protección y garantía de los derechos humanos, incorporando criterios de interpretación que hacen posible una interpretación evolutiva de la Constitución.

Montevideo, 25 de julio de 2022.

## BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel, *“Curso de Argumentación Jurídica”*, Ed. Trotta, Madrid, 2013.

BAGNI, Silvia y NICOLINI, Matteo, *“Justicia Constitucional Comparada”*, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 2021.

BOGDANDY, Armin von, *“Por un derecho común para América Latina”*, Ed. Siglo Veintiuno, 2020.

---

24 BOGDANDY von, Armin, *“Por un derecho común para América Latina”*, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2020.

- CARBONELL, Miguel, *“Teoría del neoconstitucionalismo”*, Ed. Trotta – Unam, México, 2007.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *“Derecho Público”*, F.C.U., Mdeo., 2009.
- CORREA FREITAS, Ruben, *“Derecho Constitucional Contemporáneo”*, Ed. F.C.U., Mdeo., 2019, sexta edición.
- CORREA FREITAS, Ruben, *“Fundamentos de la Constitución de la República Oriental del Uruguay”*, Ed. Bdef, Buenos Aires, 2017.
- CORREA FREITAS, Ruben, *“Los Derechos Humanos en la Constitución uruguay”*, Ed. Amalio Fernández, Mdeo., 2017, segunda edición.
- DWORKIN, Ronald, *“El imperio de la Justicia”*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2013.
- FAVOREU, Louis, *“Droit Constitutionnel”*, Ed. Dalloz, 17ª edición, París, 2015.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *“La evolución de la Justicia Constitucional”*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.
- GAMARRA, Diego, *“La interpretación de la Constitución y la Ley”*, Ed. La Ley Uruguay, Uruguay, 2018.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, *“Derecho Procesal Constitucional”*, Ed. Temis, Bogotá, 2001.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *“La Constitución Nacional”*, Ed. Cámara de Senadores, Mdeo., 1991.
- PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo, *“Derecho Constitucional Comparado”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2021.
- REAL, Alberto Ramón, *“Estado de Derecho y Humanismo Personalista”*, F.C.U., Mdeo., 1974.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *“Manual de Derecho Constitucional”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019.
- STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Christine, *“Convención Americana sobre Derechos Humanos”*, Comentario, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2019.
- TUSSEAU, Guillaume, *“Contentieux Constitutionnel Comparé”*, LGDJ Lextenso, París, 2021.



# SISTEMA DE JUSTICIA Y REFORMA JUDICIAL

## SISTEMA ARGENTINO. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. BREVE RESEÑA DEL ESTADO ACTUAL



*Susana Cayuso\**

**Sumario:** Introducción. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Integración y designación. Cuestiones generales en torno a la Corte. Sobre la competencia originaria de la Corte. Sobre la competencia ordinaria de la Corte. Sobre la competencia extraordinaria de la Corte. Creación de un tribunal intermedio. Certiorari. Sobre la obligatoriedad de los precedentes. Recurso por salto de instancia (per saltum). Agenda de innovación. Manifestaron:. Composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Potestad reglamentaria de la Corte Suprema. Obligatoriedad en el ejercicio de la competencia por parte del órgano judicial. Control de constitucionalidad. Obligatoriedad del precedente. Audiencias públicas ante la Corte Suprema. Competencia originaria de la Corte Suprema cuando interviene una provincia o la CABA. Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso extraordinario federal. Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso extraordinario

---

\* Profesora Titular de Derecho Constitucional-Facultad de Derecho-UBA; Secretaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-Secretaría de Jurisprudencia (2003-2015). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.



per saltum. Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso ordinario. Traspaso de la justicia nacional. Conflictos de competencia. Consejo de la Magistratura. Conclusiones.

## Introducción

**E**l gobierno actual de la República Argentina ha presentado un proyecto de reforma judicial que ha merecido numerosas críticas de distintos sectores de la sociedad con algún grado de responsabilidad político social. En tal sentido, es necesario distinguir dos aspectos cruciales en el tema que me ocupa. Por un lado, hay consenso en la necesidad de encarar una modificación de gestión de la tarea judicial. Por el otro, el diálogo institucional se dificulta porque surge la discusión acerca de los medios y los fines que tal reforma debe perseguir. Discusión que en definitiva pone en evidencia de manera brutal de qué hablamos cuando hablamos de tal reforma. La respuesta que se impone a modo de síntesis es que según las propuestas existentes estamos hablando del modo en que concebimos el ejercicio del poder, sus límites y sus controles. Y a partir de tal cuestión general y trascendente en un estado constitucional de derecho, qué esperamos del poder judicial. En el sistema constitucional argentino el Poder Judicial es uno de los poderes del estado, se encuentra en un pie igualdad con el Ejecutivo y el Legislativo en cuanto a la tarea de cogobernar en el sistema de gobierno representativo republicano y en la forma de estado federal. (Art.1 de la Constitución Argentina). La Corte Suprema de Justicia de la Nación es cabeza del Poder Judicial y, en tal carácter, es la última intérprete de la norma fundamental en una estructura de control de constitucionalidad difuso. Los tres poderes del Estado están sujetos a una trama de controles verticales y horizontales y que en el caso del Poder Judicial otorgan fundamento adecuado a su origen democrático indirecto, centrado en el procedimiento de acceso a los cargos. Sistema que brinda sólidos argumentos para debilitar la doctrina que pretende neutralizarlo en sus funciones de control sobre el resto de los poderes al sostener para ello que se trata de un poder contra mayoritario. Un juego de tensiones permanentes al que han recurrido los gobiernos constitucionales cuyo objetivo no parece ser otro que condicionar el accionar del Poder Judicial a los intereses representados al tiempo de ejercer el poder político.

En tal sentido, y con independencia de la necesidad de realizar una reforma sustantiva en la estructura judicial, las propuestas surgidas

a tales efectos ponen de manifiesto una intencionalidad meramente política y coyuntural que desnaturalizan los fines que se deberían perseguir para arribar a modificaciones serias y profundas del sistema. En el contexto de referencia me interesa señalar el estado de la cuestión respecto a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y al Consejo de la Magistratura.

### **Corte Suprema de Justicia de la Nación**

En el año 2020 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 635/20 para propiciar la creación del CONSEJO CONSULTIVO PARA EL FORTALECIMIENTO DEL PODER JUDICIAL Y DEL MINISTERIO PÚBLICO en el ámbito de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN. Respecto a la Corte Suprema de Justicia de la Nación puso a consideración del Consejo Consultivo creado una serie de puntos concretos para analizar el funcionamiento del Máximo Tribunal, tales como:

- a) El establecimiento para la selección de integrantes de criterios de diversidad de género y representación federal; b) Evaluación integral de las normas que reglamentan la competencia atribuida al Alto Tribunal por la CONSTITUCIÓN NACIONAL, ya sea en materia originaria o bien por apelación ordinaria y extraordinaria; c) Análisis y eventual reformulación del sistema de desestimación in limine -certiorari-; d) Análisis de normas en materia de audiencias orales para el tratamiento de los casos trascendentes y e) Trámite de recursos y fijación de plazos procesales máximos para su resolución. El Consejo Consultivo, integrado por especialistas del ámbito académico y judicial, elaboraron un informe sobre los puntos indicados, sumamente extenso, contradictorio en algunos aspectos y no unánime.

Se propuso la sanción de una ley orgánica que regule en forma integral lo relativo a su composición, organización, funcionamiento, jurisdicción y competencia

Algunas propuestas al ser sistémicas en torno a una revisión integral del diseño institucional y funcionamiento del máximo tribunal fueron expresadas en dictámenes individuales. Hubo una propuesta concreta para aumentar los miembros del tribunal (se propuso elevarlos a 9 miembros tal como lo consignaba la Constitución de 1853). Tal propuesta sostuvo que es una decisión del Congreso y que debiera surgir de un consenso extendido.

En referencia a otros aspectos sometidos a consideración es posible realizar la siguiente síntesis:

### **Integración y designación**

- Respetar los principios de: a) paridad de género; b) integración federal y c) pluralismo ideológico.
- Fortalecer el proceso de audiencias públicas para designación de miembros/as de la Corte Suprema, con la realización de más de una y en distintos puntos del país. A su vez, que los/as candidatos/as puedan contestar preguntas.
- Aplicar el mecanismo también a la designación de conjuces en el máximo tribunal.
- Regular de manera restrictiva el trámite para el nombramiento de los/las magistrados/as que hayan alcanzado los setenta y cinco años de edad que establece la Constitución.

### **Cuestiones generales en torno a la Corte**

- Regular en la norma de los requisitos del recurso extraordinario y la queja, derogando la Acordada 4/2007, dictada por el Tribunal a tales efectos y vigente a la fecha. En este punto, uno de los especialistas propuso que el recurso extraordinario se presente directo ante la Corte Suprema de Justicia y no ante el último tribunal de la causa, de manera que sea la Corte la que analice la admisibilidad.
- Ampliación del plazo para el recurso extraordinario federal (20 a 30 días) y la queja (10 a 15 días).
- Establecer plazo para la resolución de causas por la Corte y dictámenes para la Procuración General y la Defensoría General.
- Eliminar el depósito como requisito para la interposición del recurso de queja por denegación de recurso extraordinario federal.
- Regular la intervención que debe darse en los trámites del recurso extraordinario federal y del recurso de queja por recurso extraordinario denegado a la Procuración General de la Nación.
- Regular los procesos que tramitan en competencia originaria, en competencia apelada extraordinaria y en competencia dirimente.

- Determinar los asuntos que tienen prevista la integración unipersonal de jueces de la Corte Suprema para su resolución.
- Regular las audiencias públicas en casos de trascendencia federal. En este punto se propuso regular por ley especial las audiencias y la intervención de *amicus curiae*. A la fecha son temas regulados por Acordadas internas del Tribunal
- Regular la obligación de la Corte en ocasión de la apertura del año judicial de definir la agenda de casos a tratar en ese ciclo calendario. Algunos consejeros postularon un sistema de deliberación abierta en casos de trascendencia institucional, regular legalmente los procesos colectivos y la posibilidad de consultar la constitucionalidad de proyectos de ley, reglamentos del Poder Ejecutivo u otros instrumentos normativos.

### **Sobre la competencia originaria de la Corte**

En este punto no hubo una recomendación de mayoría sino diversos criterios. En un sentido, algunos sostuvieron que la competencia originaria y exclusiva de la Corte no puede ser ampliada ni restringida fuera de los límites del texto constitucional pero sí pueden sistematizarse los criterios por ley. En otro, se sostuvo que dicha competencia no se puede ampliar por ley, pero sí establecer una interpretación restrictiva en la norma.

Sin embargo, al mismo tiempo, recomendaron incorporar una acción popular declarativa de inconstitucionalidad pura o abstracta en la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tenga por objeto exclusivo la impugnación constitucional y convencional de leyes. Dicha acción tendría reenvío al Congreso en caso de declaración de inconstitucionalidad o inconventionalidad para que dicho órgano en un plazo máximo de tres meses acepte la sentencia o ratifique la ley con una mayoría de dos tercios de los miembros presentes.

### **Sobre la competencia ordinaria de la Corte**

El Consejo recomendó, siguiendo la jurisprudencia la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema, derogar todas las normas que confieren esta competencia.

### **Sobre la competencia extraordinaria de la Corte**

- Incluir en la ley orgánica las siguientes cuestiones: I) Que la decisión jurisdiccional que causa agravio sea contraria a las disposiciones contenidas en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional conforme lo establece el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, como así también, a las interpretaciones que de éstos efectúan los organismos de aplicación que establecen dichos Instrumentos Internacionales y b) Que la decisión jurisdiccional que causa agravio se aparte de una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso análogo sin aportar argumentos nuevos que justifiquen el cambio de postura.
- Incluir en la ley orgánica que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires constituye el superior tribunal de la causa de la justicia nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a los efectos de la interposición y tramitación del recurso extraordinario federal.

### **Creación de un tribunal intermedio**

Recomendaron la creación de un tribunal intermedio. Sin embargo, hubo distintas visiones en torno a cómo debería ser dicho tribunal. Plantearon un “Tribunal de Sentencias Arbitrarias”, dividido en salas por especialidad, que entienda comoalzada de las Cámaras Federales, Casación y los Superiores Tribunales de las Provincias. Otros propusieron un “Supremo Tribunal Federal” para tratamiento de sentencias arbitrarias y casación penal y no penal en la justicia federal. Otra visión propuso establecer un tribunal federal de casación no penal, dividido en salas por especialidad. En contra de la propuesta de un tribunal intermedio se pronunciaron tres consejeras integrantes del poder judicial, con fundamento en que una instancia entre los Superiores Tribunales de las Provincias y la Corte Nacional es inconstitucional.

### **Certiorari**

Sobre este punto, previsto en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que contempla el “certiorari negativo”, hubo coincidencia en la necesidad de reformular el instituto y darle una regulación más precisa. A su vez, algunos consejeros recomendaron regular como parte de la ley orgánica la figura del certiorari positivo.

### **Sobre la obligatoriedad de los precedentes**

Aquí no hubo una recomendación de mayoría sino diversas posiciones al respecto.

### **Recurso por salto de instancia (per saltum)**

Tampoco hubo una recomendación de mayoría sino diversas posiciones. En general se propuso modificar la regulación actual en torno a interposición, alcance y plazos. Algunas opiniones se pronunciaron a favor de mantener la figura prevista en el artículo 257 bis del Código Procesal vigente.

### **Agenda de innovación**

- Recomendaron la implementación de una agenda de innovación tecnológica. En paralelo el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (Fores) convocó un Consejo Consultivo independiente para contribuir al debate sobre la reforma judicial lanzada por el Gobierno Nacional. Este Consejo analizó, desde una perspectiva técnica e independiente, los mismos temas sobre los que trabajó la Comisión designada por el Presidente de la Nación. Fue integrado por un grupo de especialistas en gestión judicial, exjueces y consejeros de la magistratura, abogados, académicos del Derecho y de otras ciencias sociales, para deliberar con libertad y poner sus conclusiones a disposición de la sociedad desde una perspectiva técnica e independiente. En línea con ello, cabe señalar en forma de síntesis sus opiniones en los temas indicados en el decreto 635/2020. El objetivo es facilitar la comparación entre las posturas desarrolladas en uno y otro grupo de trabajo. Cabe resaltar que el objetivo principal que parece haber tenido en cuenta la Comisión es proponer modificaciones que en primer lugar tengan en cuenta la manera de optimizar el modo de trabajo del Tribunal a la fecha.

### **Manifestaron:**

#### **Composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

- Mantener la integración actual de 5 jueces y juezas en la Corte Suprema conforme lo previsto en la Ley 26183 (B.O. 18/12/2006) a fin de preservar la continuidad e independencia del tribunal y evitar la décima alteración en los últimos 75 años.

- Rechazar las propuestas de dividir la Corte Suprema en salas presentadas en diversos proyectos de ley en los últimos años en función de los inconvenientes de índole constitucional y práctico de este tipo de propuestas.
- Establecer que, en la composición de la Corte Suprema, la participación de mujeres debe verificarse en un porcentaje no inferior al piso o base del cuarenta por ciento (o del cincuenta por ciento si el número de integrantes es par), y que no regirá techo máximo alguno. Ello, en las condiciones de idoneidad personal, técnico - jurídica, ética y ciudadana, y el compromiso con la Constitución Nacional, la democracia y la defensa de los derechos humanos, condiciones exigidas el Decreto 222/2003 (B.O. 20/6/2003).

### **Potestad reglamentaria de la Corte Suprema**

- Profundizar el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Corte Suprema, como órgano especializado, a fin de que emita reglas para la más eficiente tramitación de las causas que se litigan ante sus estrados.

### **Obligatoriedad en el ejercicio de la competencia por parte del órgano judicial**

- Exhortar a los integrantes de la Corte Suprema acerca de retomar el deber que pesa sobre todos y cada uno de ellos de suscribir los fallos y resoluciones, salvo que haya sido declarada procedente la recusación o excusación.

### **Control de constitucionalidad**

- Poner de resalto el carácter esencial del apego a los cánones del control de constitucionalidad en el marco de lo establecido en la Constitución Nacional y en tanto interpretados por la Corte Suprema.

### **Obligatoriedad del precedente**

- Reclamar el respeto, por parte de la Corte Suprema, de sus propios precedentes en casos análogos, en tanto no se verifique alguna de las excepciones que habilita el apartamiento conforme su jurisprudencia, deber extensivo a todos los demás tribunales del país. Ello, por razones de igualdad, previsibilidad, economía y seguridad jurídica.

### **Audiencias públicas ante la Corte Suprema**

- Fortalecer el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Corte Suprema, como órgano especializado, en punto a la Acordada 30/2007, a fin de que el procedimiento de las audiencias públicas ante sus estrados se ajuste a los estándares propios de un sistema republicano de gobierno.
- Propiciar que en la motivación del eventual fallo se consignen las razones por las que se acogen o rechazan los argumentos invocados en dicha instancia participativa.

### **Competencia originaria de la Corte Suprema cuando interviene una provincia o la CABA**

En este punto debe tenerse presente que la propia Corte Suprema viene elaborando en sus sentencias criterios restrictivos de interpretación.

- Mantener la instancia originaria para pleitos en los que sea parte una provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) que requieran preponderantemente la interpretación y/o aplicación de legislación federal o cuando concurra, en hipótesis semejantes, el Estado Nacional, conf. *Mendoza, Domingo y Hno. c/ Provincia de San Luis*, Fallos: 1: 485, del 3/5/1865.
- Extender la instancia originaria de la Corte Suprema en causas civiles en las que sea parte la CABA conforme al estatus que le corresponde por el art. 129, Const. Nac., y según su interpretación en *Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Provincia de Córdoba*, Fallos: 342: 533, del 4/4/2019. En consecuencia, modificar el art. 24, inc. 1º, del Decreto Ley 1285/1958 (B.O. 7/2/1958), a fin de establecer, como aforada en la instancia originaria, a CABA.
- Excluir, del fuero originario, los casos de distinta vecindad en los que concurran el Derecho común (principalmente acciones de daños y perjuicios, art. 75, inc. 12, Const. Nac.) y el Derecho local (*Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*, Fallos: 329: 759, del 21/3/2006). En consecuencia, modificar los arts. 2º, inc. 2º, de la Ley 48 (R.N. 1863-1869: 49), y 24, inc. 1º, del Decreto Ley 1285/1958, a fin de establecer que el alcance de los conceptos de “vecino” y de “causa civil” tendrá el significado expresado por la Corte Suprema en *Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*, Fallos: 329: 759, del 21/3/2006.



### **Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso extraordinario federal**

- Descartar la creación de un tribunal intermedio para tratar las cuestiones constitucionales por arbitrariedad pues, en la práctica, significará mayor burocracia judicial, mayor dispendio económico y soslayar que siempre quedará habilitada la vía del recurso extraordinario federal para recurrir a la Corte Suprema.
- Limitar la competencia extraordinaria de la Corte Suprema en materia previsional a casos de contradicción jurisprudencial entre las distintas Cámaras Federales del país atento el cúmulo desmesurado de causas previsionales que surge de las estadísticas oficiales.
- Modificar el procedimiento interno de la Corte Suprema en los casos de denegación del recurso extraordinario bajo los arts. 280 y 285 del CPCCN a los fines de lograr una circulación interna más eficiente y expeditiva, en especial en materia de fijación de plazos breves para el estudio y resolución de las causas.
- Publicar en la página *web* de la Corte Suprema la decisión del superior tribunal de la causa tal como se acostumbraba hacer según surge de los primeros tomos de la Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema. Esta exigencia debe observarse, en especial, en los casos de rechazo bajo los arts. 280 y 285 CPCCN a los fines de dotar de motivación suficiente al fallo.

### **Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso extraordinario *per saltum***

- Reforzar la excepcionalidad del recurso extraordinario *per saltum* (arts. 257 bis y 257 ter CPCCN) para causas de notoria gravedad institucional y protección del derecho federal comprometido o para evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior (*Estado Nacional s/interpone recurso por salto de instancia en autos: Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26855, medida cautelar (expte. n° 3034)*, Fallos: 336: 668, del 13/6/2013; *Bertuzzi, Pablo Daniel y otro c/ EN - PJN y otro s/ amparo ley 16.986, CAF 011174/2020/1/RS001, del 29/9/2020; Recurso Salto Instancia N° 2 - Castelli, Germán Andrés c/ EN - Consejo de*

*la Magistratura de la Nación s/ amparo Ley 16986, CAF 011503/2020/2/RS001, del 5/11/2020).*

- Hacer extensivo, a la presentación de los recursos extraordinarios *per saltum*, el Reglamento aprobado por la Acordada 4/2007. (Requisitos adjetivos y sustantivos para la presentación del Recurso Extraordinario Federal.

### **Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso ordinario**

- Derogar el inc.6º, ap. a), Decreto Ley 1285/1958 que regula el recurso de apelación ordinaria ante la Corte Suprema cuando el demandado sea el Estado Nacional. Ponderar, a tal fin, el grado de razonabilidad de la apertura de la tercera instancia ordinaria; nuevas condiciones y necesidades de la comunidad; principio de igualdad de las partes en el proceso; rol institucional de la Corte Suprema; criterio estricto de interpretación de la competencia apelada; adecuada protección de los intereses del Estado Nacional mediante el recurso extraordinario federal (conf. *Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido*, Fallos: 338: 724, del 20/8/2015).

### **Traspaso de la justicia nacional. Conflictos de competencia**

- Concluir el traspaso, de los Juzgados Nacionales, a la CABA en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 129 y concordantes, Const. Nac. (*Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/ hábeas corpus*, Fallos: 338: 1517, del 9/12/2015; *N.N. y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros*, Fallos: 339: 1342, del 20/9/2016; *Bazán, Fernando s/ amenazas*, Fallos: 342: 509, del 4/4/2019; entre otros), en razón de que el traspaso pendiente tendrá una incidencia importante en la reducción de causas que ingresan a la Corte Suprema.
- Mantener y consolidar la intervención del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (TSJCBA) en todos los conflictos de competencia entre órganos de la magistratura nacional y de la CABA (art. 24, inc. 7º, Decreto Ley 1285/1958) en procesos fundados en Derecho común (*Bazán, Fernando s/ amenazas*, Fallos: 342: 509, del 4/4/2019).
- Poner de resalto que la omisión actual en completar el íntegro traspaso de los tribunales nacionales a la CABA ha redundado en un

significativo aumento de conflictos de competencia entre órganos de la Justicia federal y nacional que la Corte Suprema tiene que resolver (conf. doctrina *José Mármol 824 (ocupantes de la finca) s/ incidente de incompetencia*, Fallos: 341: 611, del 12/6/2018).

- Enfatizar que la omisión actual en concluir el íntegro traspaso de los tribunales nacionales a la CABA ha generado una situación de gravedad institucional relativa a establecer cuál es el superior tribunal de la causa que dicta la sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario federal en las causas que todavía tramitan ante la Justicia nacional (conf. TSJCBA, *Levinas, Gabriel Isaías c/SAG y otros (queja por recurso de inconstitucionalidad denegado) en: Ferrari, María Alicia y otro c/ Levinas, Gabriel Isaías s/ rendición de cuentas*, del 30/9/2020).

En junio del corriente año el interbloque del partido oficialista del Senado de la Nación presentó un **proyecto de ley para aumentar a 25 el número de integrantes de la Corte Suprema de Justicia, incluyendo a los actuales cuatro miembros**, indicando que su modo de organización y funcionamiento se resolverá mediante una ley especial que deberá ser aprobada por el Congreso. La iniciativa se basa en **la propuesta de 16 gobernadores oficialistas al Presidente de la Nación para propiciar una reforma en la integración de los miembros de la Corte “con el objeto de promover la unidad nacional en el cumplimiento de tres principios”, el “federalismo, equidad de género y especialidad en la materia”**, según afirmaron en el documento que le presentaron.<sup>1</sup> La vigente Ley 26.183, de 2006, dispone que la Corte debe estar integrada por cinco jueces y sus decisiones deben tomarse por la mayoría absoluta de sus miembros. A la fecha el Tribunal está integrado por cuatro jueces, el quinto puesto quedó vacante por la renuncia de la jueza que lo ocupaba (noviembre de 2021).

El Poder Ejecutivo no envió al Senado ninguna propuesta para su reemplazo. El proyecto de referencia mantiene en su lugar a los actuales cuatro jueces al señalar que “conservarán sus cargos conforme lo estipula el artículo 110 de la Constitución Nacional” o sea mientras dure su buena conducta. Según el proyecto, “con el número que aquí se propicia, la República Argentina seguirá la tendencia de la gran mayoría de los países latinoamericanos y europeos, que se han mostrado exitosos en cuanto a los resultados obtenidos”.

---

1 Expte.5, N°1353/22-Senado de la Nación

Además, en los fundamentos mencionan que “resulta importante que el número de jueces de la Corte Suprema guarde alguna relación con la población, por cuanto, el mayor número de habitantes, genera una mayor litigiosidad”. Asimismo, se argumenta en torno objetivo de una Corte con representación federal por participación directa de la Provincias en la designación de los miembros.

Propuesta que ha recibido duras críticas de distintos sectores y que por el momento no contaría con los votos necesarios para su aprobación en la Cámara de Diputados.

Diversas cuestiones motivan repararos constitucionales. En principio el Congreso de la Nación no tendría facultades para disponer el funcionamiento y organización de la Corte Suprema en su condición de cabeza de uno de los poderes del Estado. Asimismo, el número irrazonable de miembros altera el equilibrio institucional dispuesto en la Constitución Nacional. El federalismo implica una distribución territorial de poder bajo las condiciones impuestas en la norma fundamental. Cada provincia tiene su máxima expresión de partición en el Senado de la Nación y, en el caso concreto, con su directa participación en el procedimiento de designación de los miembros del Tribuna. A su vez, cada provincia tiene su Superior Tribunal de Justicia en el ámbito del derecho público local. Pretender participar en la propuesta de jueces les otorgaría una doble representación a nivel nacional. Además, el aumento es irrazonable porque interferiría en el rol central de la Corte Suprema Federal que al ser cabeza de uno de los poderes del Estado Nacional tiene a su cargo la función de cogobierno que ejerce mediante la declaración de inconstitucionalidad de toda norma o acto que se oponga a la norma fundamental (arts. 5 y 31 C.N). Ese es su rol de control en el orden nacional y provincial. Por supuesto que estas consideraciones no significan bloquear la posibilidad de aumento de los miembros del la Corte en términos razonables y operativos.

### **Consejo de la Magistratura**

Este organismo introducido en la reforma constitucional de 1994 tiene a su cargo funciones políticas y administrativas del Poder Judicial de la Nación, conforme surge del artículo 114 de la norma fundamental. Se trata de una figura copiada del sistema parlamentario europeo, por lo tanto, extraña a la estructura constitucional argentina, cuya matriz ha sido la Constitución de los Estado Unidos de Norteamérica. Sin duda tal constatación ha

significado una tensión permanente, y en su momento una advertencia a los constituyentes reformadores acerca de los posibles conflictos que ello acarrearía. La realidad argentina ha demostrado a veintiocho años de la reforma los problemas serios que afectan a tal institución y que en consecuencia desprestigian al poder judicial en su conjunto. Aquel romántico, pero falso, objetivo de fortalecer la independencia de dicha rama del poder ha fracasado. En la estructura constitucional argentina, tal como lo mencionamos en el punto anterior, la organización del poder judicial nace a partir del reconocimiento de su poder real dentro del sistema de distribución de competencias y atribuciones, y por lo tanto responsable de la tarea de cogobernar.

El Consejo de la Magistratura participa de las dos funciones políticas esenciales del poder Judicial. La selección y remoción de jueces nacionales y federales de las instancias inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la administración del presupuesto de dichas instancias en todo el país. Su incorporación constitucional ha generado un fuerte conflicto de poderes con el Máximo Tribunal de la República y en los hechos ha quedado demostrado el alto costo institucional producido. Las funciones de selección y designación de magistrados mediante un procedimiento de concurso público de antecedentes y oposición- procedimiento que sin duda a la fecha requiere una reformulación para garantizar la idoneidad de resultados- configura una alternativa que se integra adecuadamente a la estructura constitucional argentina, y en igual sentido la función acusadora en el procedimiento de remoción de magistrados. Ello sin perjuicio de ponderar, en la práctica, los conflictos jurídicos políticos que se presentan en el modo de su integración, los que impactan en sus funciones constitucionales. Sin duda las funciones de naturaleza administrativa y financiera son fuertemente cuestionadas ya que lo enfrentan a las competencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de acuerdo a la estructura de la Constitución Nacional, agregado a ello la fuerte injerencia de los poderes políticos en la toma de decisión en la materia y en la gestión de los recursos.

El texto del artículo 114 de la norma fundamental, al disponer la integración, tiene problemas de interpretación.<sup>2</sup> Dos cuestiones surgen a partir

---

2 Artículo 114 de la Constitución Nacional, segundo párrafo: "El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure **el equilibrio** entre la representación de los órganos políticos resultantes de elección popular; de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras

de tal disposición. Analizar si el concepto “que se procure el equilibrio”, entre los diferentes estamentos que se mencionan, se refiere al número de miembros y, además, al criterio a seguir para la integración de los mismos. Para ello debe tenerse presente que los Convencionales Constituyentes tuvieron la voluntad de ligar tal disposición a la estructura constitucional histórica y en línea con ello instrumentar un procedimiento que ratificara que la designación de jueces es un acto complejo. A partir de la reforma del año 1994 confluyen tres voluntades políticas que se manifiestan, por un lado, en un acto previo del Consejo en la configuración de la terna elegida y, por el otro, en la intervención del Poder Ejecutivo Nacional para definir al candidato y, finalmente, en el acuerdo del Senado.

En su integración el Consejo ha sido sometido a varias reformas, producto de manipulaciones políticas coyunturales.

Conforme la ley 24.937 (promulgada 0/12/97) y su ley modificatoria 24.939 (promulgada 02/01/98) que regularon su funcionamiento, el Consejo estaba integrada por veinte miembros, con una distribución equitativa y suficientemente equilibrada, y disponía que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación era el presidente del Consejo.

La ley 26.080 (promulgada el 24/02/2006) modificó sustancialmente la composición y funcionamiento del Organismo. Excluyó al Presidente de la Corte Suprema y redujo de 20 a 13 los miembros. Ello afectó sustancialmente el alcance del término “equilibrio”, lo que motivó una serie de planteos judiciales. Si bien mantuvo la mayoría de dos tercios para aprobar una terna y para iniciar un procedimiento de remoción, modificó la mayoría para imponer sanciones disciplinarias, requiriendo mayoría absoluta de los miembros presentes.

La ley 26.855 (promulgada el 24 /05/2013) en el contexto de una serie de leyes que formaron parte de lo que denominaron “democratización de la justicia” dispuso nuevamente cambios sustanciales en la integración y funcionamiento del Consejo. Elevó en número de integrantes de 13 a 19, aumentando el número de científicos y académicos.

Pero la más significativa modificación, que despertó fuertes cuestionamientos de naturaleza constitucional, fue disponer que tanto los jueces, como los abogados y los representantes del ámbito académico y científico

---

personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley “

fueran elegidos por voto popular. Se plantearon acciones declarativas de inconstitucionalidad, amparos y medidas cautelares<sup>3</sup>.

Finalmente se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Rizzo, Jorge Gabriel”<sup>4</sup>. Declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de la ley de referencia; la inaplicabilidad de las modificaciones introducidas al quorum, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del Consejo. Dispuso que para los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables mantenía su vigencia el régimen anterior previsto por las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080. Asimismo, dejó sin efecto la convocatoria a elecciones para los representantes de los jueces, abogados, científicos y académicos. El fallo fue acatado por el Consejo.

Con posterioridad un fallo de las instancias de grado, en noviembre de 2015, declaró la inconstitucionalidad del artículo 1 de la ley 26.080, en cuanto al modo de composición del Consejo que, tal como lo dijéramos, reducía el número de 20 a 13 y excluía al Presidente de la Corte de la presidencia del Consejo. De manera que en dicho punto recobraba vigencia el régimen anterior. Dicho pronunciamiento fue recurrido por el Poder Ejecutivo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>5</sup>.

Cabe señalar que la Corte Suprema demoró seis años en dictar sentencia a pesar de tratarse de una materia de fuerte impacto institucional, dicha violación al plazo razonable también demuestra la manipulación de los tiempos políticos.

La cuestión central a resolver por el Tribunal fue el alcance del término “equilibrio” en la integración del Consejo y del Jurado de Enjuiciamiento (arts.114 y 115 C.N).

Para ello tuvo en cuenta el objetivo de la reforma y entendió que la voluntad constituyente fue limitar la intervención de los órganos políticos de elección popular y dar intervención a otros sectores que, en principio, no reflejan de modo directo una pertenencia determinada. Que ello

---

3 Ver Cayuso Susana “Consejo de la Magistratura. Análisis constitucional de la ley 26.885” -Erreius- On line- 2013

4 CSJN, Fallos:336:760

5 CSJN-Fallos: 344:3636 “Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ Ley 26.080 y otros, Proceso de conocimiento (16/12/21)



obliga a procurar el equilibrio entre estamentos. Tal concepto supone que ninguna fuerza pueda imponerse. Que ninguna pueda bloquear decisiones. Ponderó que la ley en discusión estableció el predominio del sector político. Siete sobre trece alcanzan la mayoría absoluta, garantiza el quorum y, en consecuencia, puede imponer decisiones. La reducción de representación de otros sectores, la exclusión de la representación de la Corte Suprema- a pesar que la norma constitucional se refiere a jueces de todas las instancias - supone una evidente subordinación al poder político. Asimismo, distingue el concepto de equilibrio del criterio igualitario. Caracteriza al primero como el resultado que se obtiene de la tensión entre fuerzas contrarias que se contrarrestan o anulan. Ratificó que el sistema republicano se asienta en una trama de frenos y contrapesos, que en el caso supone equilibrio entre sectores de distinto origen.

Explicitó que el legislador ordinario no está habilitado para desnaturalizar dicho equilibrio. Enunció el principio constitucional de no predominio, y concluyó que en el caso el grupo político cuenta con el número necesario para realizar acciones hegemónicas que alterarían los fines constitucionales perseguidos.

Declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1° y 5° de la ley 26.080 y la inaplicabilidad del art. 7°, inc. 3°, de la ley 24.937 (texto según ley 26.855), de los arts. 6° y 8° de la ley 26.080, así como de todas las modificaciones efectuadas al sistema de mayorías previsto en la ley 24.937 (texto según ley 24.939). CAF 29053/2006/CA1-CS1 Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN - ley 26.080 - dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento. Y dispuso

- I. Exhortar al Congreso de la Nación para que en un plazo razonable dicte una ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación.
- II. Ordenar al Consejo de la Magistratura que, dentro del plazo máximo de ciento veinte (120) días corridos contados desde la notificación de la presente sentencia, disponga lo necesario para la integración del órgano, en los términos de los arts. 2° y 10 de la ley 24.937 (texto según ley 24.939). Transcurrido dicho plazo sin que se haya completado la integración mencionada, los actos dictados por el Consejo de la Magistratura serán nulos. Desde la notificación de la sentencia y hasta tanto el Consejo cumpla con este mandato o hasta el vencimiento



del plazo de ciento veinte (120) días corridos referido, lo que ocurra primero, regirá el sistema de la ley 26.080.

- III. Comunicar la presente decisión al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, a la Federación Argentina de Colegios de Abogados, a la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y al Consejo Interuniversitario Nacional, a los efectos de que tomen la intervención que pudiera corresponderles para llevar adelante los procedimientos de selección de consejeros requeridos para completar la integración del Consejo de la Magistratura de la Nación en los términos dispuestos en el considerando 17 de la presente. - 28 -
- IV. Declarar que conservarán su validez los actos cumplidos por el Consejo de la Magistratura, de conformidad con lo expuesto en los considerandos.

Vencido el plazo dispuesto por el fallo sin que el Congreso dictará la norma respectiva, el Consejo de la Magistratura se ha constituido conforme lo dispuesto por el Tribunal, presidiendo nuevamente el cuerpo el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

### **Conclusiones**

La reseña efectuada, de naturaleza descriptiva y exploratoria, tiene por objetivo mostrar la tensión y el permanente conflicto entre los poderes netamente políticos coyunturales y el vértice del poder judicial. Tal situación pone en evidencia la vulnerabilidad de la estructura y la permanente descalificación del texto constitucional.

Una vez más, lo político por sobre lo jurídico institucional.

# LA REFORMA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE: UNA OPCIÓN PARA LA PERMANENCIA CONSTITUCIONAL Y LA ESTABILIDAD POLÍTICA



*Miguel P. Vilcapoma Ignacio\**

**Sumario:** Introducción.- Palabras claves.- Postulados para permanencia de la Constitución.- El poder constituyente fuente de toda Constitución.- Asamblea Constituyente de 1978 - 1979. Constitución de 1979. Ruptura Constitucional.- Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático.- La agenda de la reforma constitucional después del Golpe de Estado fujimorista. Comisión de Estudios de Bases de la Reforma Constitucional.- Visión histórica de Constitución y Poder Constituyente.- ¿Realmente la Asamblea Constituyente resuelve problemas económicos y sociales.- Agenda de una nueva Constitución.- El anteproyecto frustrado de reforma total de la Constitución.- La posibilidad de una reforma total de una Constitución.- Conclusiones.- Bibliografía.

**Sumario:** Reforma constitucional, Asamblea constituyente, reforma total de la Constitución, permanencia constitucional y estabilidad política.

---

\* Docente Principal de la Universidad Peruana Los Andes, adscrito al Departamento Académico de Derecho, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC), fundador del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional (ICPDC).

## Introducción

**P**or principio toda Constitución postula su permanencia y su vigencia en el tiempo, a no ser que su propia disposición establezca una sustitución de ella dentro de un plazo establecido que no es el espíritu de la Constitución vigente de 1993.

El tema de la reforma Constitucional y el funcionamiento de una Asamblea Constituyente, se presenta como tema de análisis y discusión, en el nuevo escenario político que vive el país a partir de las últimas elecciones generales y la instalación del gobierno actual. Son propuestas que aparecen en el escenario político cada cierto tiempo y se renuevan presentándose muchas veces como amenaza política y también como esperanza; luego se vuelven a replantear, siendo dos propuestas opuestas en escenario político peruano.

Frente a la carencia de un equipo técnico asesor que oriente adecuadamente una política de gobierno para el Perú, que demuestre capacidad, coherencia y eficiencia; por el contrario, desde la campaña política, han propuesto como una necesidad insoslayable y una situación *sine qua non*, convocar a una Asamblea Constituyente que sustituya la actual Constitución, explicando que ella no permite que el gobierno sea eficaz en solucionar los problemas más urgentes del país. Al no poder demostrar resultados reales a favor de los sectores marginados, persisten en afirmar que el obstáculo se encuentra en la misma Constitución. El gobierno no admite autocriticamente que no cuenta con un equipo suficientemente conocedor de los temas de gobierno para asumir cargos de responsabilidad, antes bien, todo lo contrario. El mensaje de estas Fiestas Patrias, demuestra que el Presidente utiliza actitudes de confrontación y posiciones demagógicas que pretende demostrarnos un Perú no real, sino ideal; es decir, al margen de los problemas que afrontamos los peruanos.

Estas posiciones extremas, en todo caso, plantean que la misma Constitución configura la reforma total de la Constitución, por tanto, plantean que ella sería la salida a los diversos problemas económicos, sociales y políticos.

El planteamiento de una asamblea constituyente no es un planteamiento que goce de seriedad y contundencia, por el contrario, es una posición política de carácter demagógico y populista.

La otra propuesta esgrimida, para explicar frente a la vehemencia de quienes a toda costa plantean que el obstáculo del desgobierno está en la vigencia de la Constitución de 1993, calificada de neoliberal a favor solo de un sector de peruanos que han ostentado el poder político por más de trescientos años sin resolver la marginalidad social, política y económica. Se halla la respuesta más razonada de quiénes explican que en la Constitución vigente no se halla una disposición que establezca la forma de Convocatoria a una Asamblea Constituyente, sobre todo cuando al Estado Peruano, en términos generales, le va bien con esta Carta.

Por tanto, queremos abordar brevemente reflexiones sobre Asamblea Constituyente, reforma constitucional y reforma total de la Constitución.

### **Postulados para permanencia de la Constitución**

Las constituciones, por principio, postulan su permanencia en el tiempo como base o fundamento regulador de la vida política, social y económica, sin la posibilidad que ella fuera sustituida por otro instrumento similar dentro de su marco normativo establecida por ella misma o, caso contrario, a consecuencia de un Golpe de Estado o un proceso revolucionario, como ha ocurrido en la historia del Perú; significando que para el retorno a la constitucionalidad o vida democrática, se ha establecido como necesidad la aprobación de otra Constitución.

Ha habido situaciones excepcionales en la historia que la Constitución misma haya estipulado su total sustitución por otra carta, caso de la Carta peruana de 1828, en la que se establecía su conservación sin alteración ni reforma por cinco años, desde la fecha de su publicación. Luego, el instrumento en comentario, disponía que en julio de 1833, la reunión de una Convención nacional, autorizada para examinar y reformar en todo o en parte la Constitución. Se establecía también la posibilidad de anticipar la reunión de la Convención nacional con los mismos propósitos<sup>1</sup>.

La Convención nacional de 1833 no se sujetó estrictamente a los postulados establecidos por la Constitución 1828, por el contrario, propuso otra Constitución que fue promulgada por el Presidente provisional Luis José Orbegoso la de 1834, conocida como Constitución de 1834.

---

1 Estamos haciendo referencia a los artículos 176, 177 y 178 de la Constitución de 1828.

Para brindar seguridad como estabilidad política en base a una norma Constitucional, la Carta de 1979 estableció disposiciones que explicaban sobre la forma de constituir el poder político que se sustenta en decisión el pueblo, a través de un sufragio; ampliando su contenido el dispositivo mencionado, indicaba que el ejercicio del poder se realiza con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y las leyes.

La Constitución precisa que ninguna persona, organización fuerza armada o fuerza policial o sector del pueblo, puede arrogarse su ejercicio; califica que hacerlo es sedición. Es decir, una conducta calificada como delito con la correspondiente sanción penal.

Estas disposiciones estaban consignadas con la finalidad de disuadir cualquier interrupción de la vida constitucional, señalando las consecuencias que puede producir su inobservancia, con el propósito de evitar que la interrupción de la normalidad constitucional.

Luego para que no tenga consolidación la ruptura constitucional en la vida política, por el contrario, sea rechazada establece que nadie deber obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asuman funciones o empleos públicos en violación de los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen.

No obstante, conforme hemos indicado, lo establecido por la Constitución derogada de 1979, se produjo el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 con proyecto de extenderse por lo menos por el espacio de 20 años con las consecuencias que conocemos.

El proceso de elaboración de la Constitución de 1993, fue la salida que dio Alberto Fujimori a la OEA, porque hubo presión internacional para la recuperación democrática, en el que se reprodujo, un buen porcentaje de las disposiciones de la Constitución de 1979 en el nuevo texto. Es de notar que en el preámbulo del texto de 1979 explicaba minuciosamente los propósitos propuestos para alcanzarlos en el país dentro del marco normativo de aquella Carta.

En esta Constitución elaborada por el Congreso Constituyente democrático se ha reproducido las disposiciones que contiene el texto de 1979 para garantizar su permanencia, que hicimos referencia en líneas anteriores, obviamente con la misma finalidad de brindarle vigencia permanente a

la Carta<sup>2</sup>. Sin embargo, es de notar que, en la configuración de los hechos de arrogarse el ejercicio del poder, fuera de los marcos constitucionales constituye rebelión o sedición; es decir conductas calificadas por el cuerpo normativo penal como delito y acciones públicas perseguibles de oficio. El texto de 1993 agrega la calificación de la conducta de rebelión.

### **El Poder constituyente fuente de toda constitución**

El origen de toda Constitución está vinculado al poder constituyente que la organiza como tal; dentro de la cual habría que diferenciar el Poder constituyente originario de carácter fundacional o el poder constituyente originario de carácter refundacional.

“El poder constituyente originario es aquel que organiza y da forma jurídica a un Estado o permite que éste vuelva a refundar su orden jurídico luego de un proceso revolucionario o de un golpe de Estado, o de una decisión pacífica del cuerpo político de la sociedad, constituyendo una erupción de la libertad política del pueblo para dotarse de un nuevo orden jurídico fundamental.

“...sin embargo, actualmente dicho poder no es ilimitado, ya que debe respetar los principios imperativos del derecho internacional, su vinculatoriedad por el derecho convencional internacional ratificado y vigente y la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas”<sup>3</sup>.

El autor citado también explica que el cuerpo político en que se sustenta el poder constituyente es el pueblo:

“La concepción de poder constituyente admite únicamente al pueblo en cuanto cuerpo político de la sociedad como sujeto titular de ella, excluyendo todo intento de atribuir el poder constituyente a determinados individuos, sectores e instituciones, como ha ocurrido por los gobiernos autocráticos emanados de golpes militares en nuestra América Latina, quienes se autoatribuyeron el poder constituyente vaciándolo de su contenido

---

2 Las disposiciones constitucionales que establecían la permanencia en el tiempo de la Constitución se hallaba establecida en los artículos 81 y 82 de la Constitución de 1979; las que fueron reproducidas en la Constitución de 1993 en sus artículos 45 y 46.

3 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Poder constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de la constitucionalidad*. En, “Cuestiones Constitucionales”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional N° 36, enero-junio, 2017, pág. 328.

esencial e irrenunciable que es ser expresión del cuerpo político de la sociedad expresado en forma democrática. Nunca un poder autocrático podrá legitimarse acudiendo a la noción de poder constituyente, ya que éste sólo es expresión del cuerpo político de la sociedad que se manifiesta organizadamente en forma democrática”<sup>4</sup>.

Este poder constituyente que yace en el pueblo, requiere la permanencia del instrumento político y jurídico aprobado por ella; sin embargo, pueden producirse circunstancias o hechos políticos que generan la ruptura constitucional independiente a la voluntad del espíritu constitucional; por tanto, concluido el período dictatorial o autocrático, se convoca al poder constituyente para recuperar el orden resquebrajado y apruebe un nuevo instrumento político. También puede darse el caso de que el cuerpo político considerando las modificaciones sociales, económicas y políticas, pueden optar por una Asamblea Constituyente para renovar su Constitución; aunque podemos afirmar para eso está reforma constitucional que abordaremos más adelante.

Es necesario fundamentar lo que nuestras últimas constituciones preceptuaban en su contenido la prohibición de arrogarse *motu proprio* el poder del Estado, con las líneas de transcribimos a continuación:

“En un sistema constitucional democrático ninguna fracción del pueblo puede arrogarse, ni siquiera bajo el pretexto de circunstancias extraordinarias, la representación del cuerpo político de la sociedad, ni sustituirlo. El cuerpo político de la sociedad tiene el derecho inalienable a autodeterminarse política y jurídicamente. No hay en puridad voluntad auténtica y legítima del pueblo si no es una expresión organizada y democrática del cuerpo político de la sociedad”<sup>5</sup>.

Conforme hicimos referencia estas ideas de Humberto Nogueira Alcalá, se hallan consignadas en nuestras últimas constituciones; para darle vigencia y permanencia en el tiempo a la Constitución y evitar su ruptura. Ambos instrumentos fueron expresión de Asambleas Constituyentes, aunque cada cual responden a un escenario y momentos políticos totalmente diferentes.

---

4 *Ibidem*, pág. 329

5 *Ibidem*, pág. 330.

### Asamblea constituyente de 1978 - 1979

El General EP, Francisco Morales Bermúdez que ostentaba el cargo de Presidente de la República, después de haber sustituido al General Juan Velasco Alvarado, en la jefatura del Gobierno Militar, mediante un Golpe de Estado entre militares, dictó el D.L. N° 21949 de fecha 4 de octubre de 1977. En el dispositivo mencionado convocaba a elecciones para representantes a una Asamblea Constituyente, las que deberían de realizarse el 4 de junio de 1978. Se señalaba también que tendría como exclusiva finalidad la dación de la nueva Constitución Política del Estado debiendo de contener esencialmente, entre otras, las transformaciones estructurales que vienen llevando a cabo el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas. Señalaba también que la Asamblea se instalará el 28 de julio de 1978 y concluirá sus funciones el 15 de julio de 1979. Esta fue la décima Asamblea Constituyente que se organizó con la finalidad de elaborar una nueva Constitución para el Perú.

Es necesario mencionara que, el gobierno de Morales Bermúdez había anunciado el retorno de la civilidad al gobierno del Perú, publicándolo tal compromiso político en el Plan de Gobierno “Tupac Amaru”, Decreto Supremo N° 020-77-PM<sup>6</sup>. En este mismo plan el gobierno anunciaba las elecciones generales para 1980.

Las elecciones, con fines de conformar la Asamblea Constituyente fue convocada a fines de 1977; la publicación oficial anunciaba *“Se convoca a elecciones para la Asamblea Constituyente. Tendrá como exclusiva finalidad*

---

6 El Gobierno Revolucionario consignó su promesa en el Plan de Gobierno “Túpac Amaru” en el título *Objetivos Específicos y lineamientos de política. Área Global. 1. Estructura Política de Estado*. En el numeral 4, Lineamientos de Política: “4. Instalar en el segundo semestre de mil novecientos setentiocho, una Asamblea Constituyente para formular una nueva Constitución Política que contemple entre otros aspectos: -La institucionalización de las reformas estructurales fundamentales del Proceso Revolucionario.- La estructura y características de las funciones Ejecutiva, Legislativa y Judicial del Estado; y los mecanismos que aseguren entre ellos una acción eficiente de gobierno.- El ejercicio del pluralismo político.- La incorporación de los principios contenidos en la Declaración de los Derechos Humanos.- Los mecanismos de participación de la población.- La función planificadora del Estado, de manera que sirva a la conducción integral de la política de Gobierno, en orden al proceso de desarrollo nacional y regional.

En el punto 5 establece convocar a elecciones generales el año de mil novecientos ochenta. Pág. 10 del Plan de Gobierno, publicado por la Oficina de Información, Impreso en Editora Perú.



*la dación de la nueva Constitución Política del Estado”, obviamente, con la finalidad de que los ciudadanos peruanos elijan a los cien representantes que deben elaborar la nueva Constitución del Perú.*

En el proceso electoral de aquella época participaron el Partido Aprista Peruano (PAP), el Partido Popular Cristiano (PPC), el Partido Demócrata Cristiano (PDC), y organizaciones políticas de izquierda, entre ellas el Frente Obrero Campesino Estudiantil Popular (FOCEP), el Partido Socialista Revolucionario (PSR), el Partido Comunista Peruano (PCP), el Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos (FRENATRACA) y la Unidad Democrática Popular (UDP). También postularon las agrupaciones de Acción Revolucionaria Socialista (ARS) y el Partido Democrático Reformista (PDR).

Con la convocatoria de la Asamblea Constituyente efectuada por el Gobierno Militar, expresaban su conformidad todas las organizaciones políticas de aquella época; es decir, estaban de acuerdo en retornar a la vida democrática, no hubo ninguna organización política que cuestionara o rechazara la convocatoria; por el contrario, todos los grupos políticos, sin distinción alguno, estaban de acuerdo con el mencionado sufragio para la elaboración de una nueva Constitución.

En las elecciones, el APRA obtuvo 37 escaños; por tanto, correspondió a Víctor Raúl Haya de la Torre, líder histórico y carismático del partido que contaba con 83 años de edad, presidir el hemicycle al lograr la mayor votación preferencial. El PPC, salió con 25 escaños, el FOCEP con 12, el PSR con 6 y el PCP también 6 escaños. Las agrupaciones políticas restantes, estaban repartidos entre los grupos minoritarios. Las agrupaciones de ARS y PDR no obtuvieron ningún escaño.

Haya de la Torre en el discurso inaugural de la Asamblea Constituyente, el 28 de julio de 1978, señaló que el pueblo había recuperado el derecho que le habían negado por una década, citó la figura del cubano José Martí, para remarcar la importancia del sufragio, criticó el voto preferencial, hizo referencia a la integración continental, resaltó la importancia de la Asamblea Constituyente: “Esta Asamblea encarna el Poder Constituyente y el Poder Constituyente es la expresión suprema del poder del pueblo. Como tal, no admite condicionamientos, limitaciones, ni parámetros”<sup>7</sup>

---

7 Algunos extractos del discurso de Víctor Raúl Haya de la Torre de fecha 28 de julio de 1978:

### **Constitución de 1979.**

En su elaboración, participaron todas las organizaciones políticas, lo que demuestra que fue una Carta elaborada por consenso; es decir, por acuerdo o pacto de las organizaciones políticas, creando una buena expectativa para el futuro del Perú, después de doce (12) años de dictadura militar. El retorno del Perú al orden democrático constitucional fue parte de la vuelta a la vida democrática de Latinoamérica, en la que se había instituido durante la segunda mitad del siglo XX los gobiernos dictatoriales de carácter militar.

La Constitución de 1979, cuyas notas que lo resaltan vienen a ser el excelente catálogo de derechos fundamentales instituidos, por influencia del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos,

---

*“El pueblo recuperó el ejercicio de una soberanía que le fuera negada a lo largo de diez años, y demostró madurez, responsabilidad y alto espíritu cívico. Superando gallardamente los escollos de una legislación electoral enmarañada con la introducción del absurdo voto preferencial, el pueblo peruano optó por el camino de la democracia y de los partidos en que la democracia se sustenta y quedó confirmada, con la experiencia peruana la luminosa frase del apóstol cubano José Martí, quien dijo. “Cuando el sufragio es ley, la Revolución está en el sufragio”.*

Esta Asamblea encarna el Poder Constituyente y el Poder Constituyente es la expresión suprema del poder del pueblo. Como tal, no admite condicionamiento, limitaciones, ni parámetros. Ningún dictado extraño a su seno puede recortar sus potestades. Cuando el pueblo se reúne en Asamblea Constituyente, que es el primer Poder del Estado. Vuelve al origen de su ser político y es dueño de organizarse con la más irrestricta libertad, nadie puede fijarle temas, ni actitudes, como no sean sus propios integrantes por la expresión democrática del voto. No reconoce poderes por encima de ella misma, porque es fruto indiscutido y legítimo de la soberanía popular.

Sólo autónoma, soberana y libre podrá cumplir este claro mandato renovador con que la ha investido el pueblo. Sólo así podrá servir con honra a la patria. La hora de las asambleas sumisas y de los parlamentos vasallos ha pasado. El pueblo ha rescatado el manejo de sus propios destinos y no puede renunciar a ellos ni enajenarlos. Los votos del pueblo, en un proceso libre, nos dan título irrenunciable para hablar en su nombre y en su defensa.

La independencia y soberanía de la Asamblea nos imponen a todos ineludibles deberes. El primero es un deber de responsabilidad institucional y de cooperación patriótica. Una Asamblea dividida por antagonismos insalvables, debilitada en su unidad superior de Poder Constituyente, será inapta para cumplir sus elevadas funciones. La Asamblea está obligada –por respeto a los millones de electores que en ella depositaron su confianza- a un trabajo infatigable y fecundo y a una austeridad sin mácula. En este país, tantas veces socavado por hondas crisis de moral pública, los Representantes del pueblo deberán ser paradigma de limpieza. Como la mujer del César, no sólo deben ser honrados sino parecerlo.

la institucionalización por primera vez del Tribunal de Garantías Constitucionales, el establecimiento de la Defensoría del Pueblo; las acciones de garantía que tutelan los derechos fundamentales y la supremacía constitucional, entre otras.

En conclusión, fue una Carta con la que se inició la recuperación de nuestra vida democrática con sucesivas elecciones generales y alternancias en el poder del Estado: Fernando Belaunde Terry, Alan García Pérez y Alberto Fujimori.

### **Ruptura constitucional**

La ruptura Constitucional se produjo el domingo 5 de abril de 1992, actitud propiciada por Alberto Fujimori con el respaldo de la Fuerzas Armadas. En esta medida totalitaria adoptada por el Presidente de la República, se produjo el cierre del Congreso bicameral de la República, se intervino al Poder Judicial, al Consejo Nacional de la Magistratura, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República. Además, como en todo Golpe de Estado, se produjo la persecución de miembros de la oposición y el consecuente secuestro de personas.

Sin embargo, según datos de encuestas de la época, hubo apoyo al Golpe de Estado del ochenta y cinco (85%) de la población peruana, por desprestigio del parlamento y desastre del gobierno de Alan García, en su primera gestión gubernativa.

Se instaló el denominado Gobierno de Emergencia y de Reconstrucción Nacional, hallándose como Jefe del Gobierno el Ing. Alberto Fujimori Fujimori.

Los analista políticos, explican que las causas que generaron el golpe fujimorista es que su partido Cambio 90, no obtuvo mayoría en el Congreso de la República, es decir, dentro de la Cámara de Diputados como en la Cámara de Senadores; mientras que, el Partido Aprista Peruano y el Fredemo, alcanzaban ambos, la mayoría en el Parlamento peruano<sup>8</sup>.

---

8 Los datos son los siguientes: FREDEMO obtuvo como resultado en el Parlamento 20 Senadores y 62 Diputados; por su parte el APRA obtenía 17 curules en Senadores y 53 en Diputados, mientras que Cambio 90 llegó a ocupar 14 asiendo para Senadores y 32 de Diputados para diputados. [https://es.wikipedia.org/wiki/Elecciones\\_generales\\_de\\_Per%C3%BA\\_de\\_1990](https://es.wikipedia.org/wiki/Elecciones_generales_de_Per%C3%BA_de_1990).

Según la tesis manejada, en aquella época, por el gobierno fujimorista, para temas frontales de la lucha antiterrorista no llegaban a la mayoría en el Parlamento y en muchas de las sesiones claves no contaban con el cuórum suficiente para las aprobaciones respectivas. Efectivamente los datos señalados del número de parlamentarios, Cambio 90, había ocupado el tercer lugar en la distribución de curules, por tanto, la oposición (FREDEMO Y APRA) sumaba una mayoría contundente.

A este aspecto, como causante de la ruptura constitucional, se agregaban otros aspectos como la revisión minuciosa de los Decretos Legislativos aprobados por el Ejecutivo por facultad delegada del Congreso en cumplimiento del artículo 188° de la Constitución de 1979 y la observación efectuada por el Presidente a más de doce autógrafas de leyes aprobadas por el Parlamento. Por otro lado, una comisión del Senado, investigaba los casos de violaciones de derechos humanos, por lo que años después, fue condenado judicialmente Alberto Fujimori. El Congreso también le denegó al Ejecutivo concederle amplios poderes para legislar sin fiscalización.

Otros aspectos más produjeron el quebrantamiento del orden constitucional peruano que se venía consolidando a través de tres sucesiones presidenciales el democráticamente elegidos.

Al cumplir los diez (10) años de vigencia de la Carta de 1979; los certámenes académicos de análisis de la Constitución con este motivo, propiciado por ONGs, ningún especialista o aficionado al Derecho Constitucional, proponía la necesidad de sustituirla, menos planteaban una Asamblea Constituyente para cambiarla, todos sostenían que era necesario ciertas precisiones y actualizaciones en ella, a través, de la reforma constitucional que ella misma establecía en el artículo 306°.

Instalada el Gobierno de Emergencia y de Reconstrucción Nacional, como así se autodenominó, con fecha martes 7 de abril publicó la Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, mediante Decreto Ley 25 418 (denominada Ley de Bases del Gobierno de Emergencia Nacional y de Reconstrucción Nacional) propuso “la organización del Poder Judicial, Tribunal de Garantías Constitucionales, Consejo Nacional de la Magistratura y el Ministerio Público; a fin de convertirlos en instituciones democráticas al servicio de la pacificación del país, permitiendo el acceso de las grandes mayorías a una correcta administración de justicia, erradicando definitivamente la corrupción imperante en el aparato judicial, y procurando evitar

la impunidad de los crímenes perpetrados por el terrorismo, narcotráfico y la delincuencia organizada”<sup>9</sup>

Queremos traer a la memoria, las ideas que expresó Alberto Fujimori, en su discurso la noche del domingo 5 de abril, fueron los siguientes:

“La actitud irresponsable y negativa de los parlamentarios no respeta, tampoco, los mandatos constitucionales, los cuales son violados conscientemente. Tal es el caso de la promulgación de la Ley N° 25397, denominada Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República que pretende maniar a éste, recortándole atribuciones elementales para gobernar.

“Estos son aspectos tan importantes como la política económica o la lucha antiterrorista, cuando se niega al Presidente la facultad de señalar cuáles son las zonas de emergencia.

“Incurriendo en un acto que arremete y ofende a un país que vive grandes dificultades económicas, el Congreso ha elevado, groseramente, su presupuesto y extendido indebidamente, las células vivas a ex parlamentarios. Esta actitud demuestra la total indiferencia del Parlamento ante el reclamo de austeridad, eficacia y seriedad en el trabajo legislativo, que ha hecho innumerables veces innumerables veces el ciudadano común y corriente”. (...)”<sup>10</sup>

### **Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático**

Por otro lado, el contexto mundial había cambiado vertiginosamente con la conclusión o finalización de la Guerra Fría que duró 45 años y terminó con la disolución de la Unión Soviética y la consecuente recuperación democrática en Europa como en Sudáfrica, expandiéndose al resto del mundo como es África y Asia. En este escenario la OEA aprobaba la Resolución 1080, el 5 de junio de 1991, en su quinta sesión plenaria que se produjo en Santiago de Chile; en la mencionada resolución se establecía que, si se rompía, la institucionalidad democrática en un país miembro

---

9 La cita entre comillas es la que hace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe N°46/97, caso 11.166, Walter Humberto Vásquez, Perú, de fecha 16 de octubre de 1997.

10 Extractos del Mensaje a la Nación del Presidente del Perú, ingeniero Alberto Fujimori, 5 de abril de 1992. <https://www.congreso.gob.pe/participacion/museo/congreso/mensajes/mensaje-nacion-05-04-1992>,

de la Organización de los Estados Americanos, debía celebrarse obligatoriamente una “Reunión de Consulta” de cancilleres para adoptar las medidas contempladas en la Carta.

Los embajadores representantes, reunidos en la ciudad de Washington D.C., sede de la OEA deploraron el autogolpe e instaron al presidente Fujimori a que buscara una fórmula para el retorno de la democracia en el Perú. El Ministro Augusto Blacker Miller, justificó la ruptura constitucional sosteniendo el riesgo de la subversión terrorista para el futuro del Perú; sin embargo, el argumento no convenció a todos los representantes de los países, fundamentalmente a los representantes de los países más importantes de la organización. Se aprobó una resolución, exigiendo al gobierno peruano dialogar con la oposición democrática a fin de encontrar una salida democrática; caso contrario, en la siguiente reunión de cancilleres se procedería a adoptar sanciones contra el Perú.

En la XXII Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en Nassau, Bahamas en mayo de 1992, al que asistió Alberto Fujimori, en la que se comprometió a restablecer los derechos constitucionales en el país, así como a convocar un Congreso Constituyente Democrático para garantizar el equilibrio de poderes y la efectiva participación ciudadana en la elaboración de la Constitución, a través de representantes elegidos, en un nuevo contrato social para el Perú.

Alberto Fujimori cumplió con convocar a un Congreso Constituyente Democrático (CCD); sin embargo, el gobierno complicó el diálogo con los partidos políticos y logró la división de ellos, es así que el Partido Aprista Peruano rechazó dicha alternativa y no participó en ella; mientras que el PPC aceptó participar conforme lo hizo. El gobierno estuvo representado por la alianza oficialista integrada por Cambio 90 y el recién fundado partido Nueva Mayoría (C90-NM).

Las elecciones para el Congreso Constituyente Democrático (CCD) se llevó a cabo el 22 de noviembre de 1992. Cambio 90 y Nueva Mayoría logró 44 curules en el Congreso Constituyente, el Partido Popular Cristiano alcanzó sólo 8 asientos, el Frente Independiente Moralizador 7, Renovación 6. Se benefició el oficialismo con más del 50% de asientos de los 80 representantes convocados para elaborar la nueva Carta. El sufragio se caracterizó por la gran cantidad de votos blancos y viciados que favoreció al oficialismo.

El gobierno de Alberto Fujimori convocó a elecciones mediante D.L. N° 25 684 con fecha 21 de agosto de 1992, para el 22 de octubre del mismo año; además, señalaba en el dispositivo dictado que, el Congreso Constituyente Democrático, tenía como propósito fundamental que el Perú cuente con nueva Constitución Política con sentido de futuro, que haga posible lograr la paz, su desarrollo integral y una auténtica democracia, con tal fin establecía el distrito electoral único. El Congreso Constituyente estuvo integrado por 80 congresistas quien proyectaron la Carta del 93.

El D.L. en referencia, establecía que el texto constitucional aprobado por el Congreso Constituyente Democrático será sometido a un referéndum para su aprobación. También se ponía en la posibilidad de, si el texto no fuera aprobado en el referéndum; en tal caso el Congreso Constituyente Democrático procederá a reformularlo y someterlo en un segundo referéndum. En caso de que tampoco se produjera su aprobación, se disponía que el Ejecutivo realice las rectificaciones correspondientes, dejando expedito para su promulgación. Alberto Fujimori en el dispositivo aprobado, había proyectado que, de todas maneras, se aprobaría una nueva Constitución por más que, los referéndum, lo rechazarían el texto elaborado, el Ejecutivo lo rectificaría y el Presidente promulgaría el texto.

Constitución fue aprobada con fecha 31 de octubre 1993 en un referéndum totalmente controlado y manipulado, en el que se buscaba inclinar la balanza a favor del gobierno, polarizando el ambiente o clima político a favor del oficialismo; con un margen estrecho de votos por la ausencia de ciudadanos participantes en la consulta popular.

### **La agenda de la reforma constitucional después del golpe fujimorista**

Después de la renuncia del Fujimori al cargo de Presidente de la República a través de un fax desde el Japón, tras haber viajado el 13 de noviembre a la Cumbre APEC en Brunéi. Al finalizar esta conferencia, se había previsto la travesía a Kuala Lumpur para luego llegar a Tokio y de ahí emprende viaje a Panamá a la X Cumbre Iberoamericana; ya no concurrió a este último certamen internacional quedándose en la capital del Japón y renunciando al cargo de Presidente por la modalidad ya señalada.

La renuncia formulada por el presidente, no fue admitida por el Parlamento, por el contrario, declararon la vacancia de la presidencia por



incapacidad moral medida establecida en el artículo 113.2 de la Constitución que él mismo había aprobado.

La Constitución de 1993 conforme a la afirmación de Samuel Abad Yupanqui, con el que coincidimos, “surgió como un instrumento jurídico y político destinado a legitimar el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 y para plasmar reglas no prevista con la Constitución de 1979. Ella trató de consolidar al gobierno no democrático y autoritario del ingeniero Alberto Fujimori. Una Constitución a la medida”<sup>11</sup>.

El mencionado profesor agrega que “A tal conclusión puede llegarse a través del análisis del procedimiento empleado para elaborar el texto constitucional. Y, especialmente, a partir del examen de las instituciones plasmadas en él como: el fortalecimiento del Poder Ejecutivo, la introducción de la reelección presidencial inmediata, el Congreso Unicameral, la reducción de atribuciones de los gobiernos locales y regionales, ampliación de la competencia de justicia militar, la pretendida extensión de la pena de muerte, entre otras”<sup>12</sup>.

El citado profesor también sostiene que no hubo suficientes medios de difusión entre los ciudadanos para su discusión, tampoco era de conocimiento de la población las normas que venían aprobándose, tampoco se encontraban canales efectivos para su discusión; es decir no había un “clima constituyente” de libertad y discusión. Todas estas afirmaciones, se explican, puesto que estábamos frente a un gobierno dictatorial que por presión internacional había convocado al Congreso Constituyente.

La Constitución de 1993, registra un tiempo de vigencia más prolongada que la Constitución de 1979; sin embargo, debemos tener presente que se ha introducido una serie de reformas constitucionales que hace que no es la misma Constitución aprobada en sus primeros momentos por el fujimorato, sino un instrumento sobre la que se ha construido parte de nuestra vida republicana y su historia.

---

11 . ABAD YUPANQUI, Samuel B., *Reforma Constitucional o Nueva Constitución, la experiencia peruana*, en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional N° 37, julio - diciembre 1917.

12 . *Ibidem*.



### Comisión de Estudio de Bases de la Reforma Constitucional

Diego García Sayán, en la presentación del informe final de la labor desempeñada por la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional, entre otros, da cuenta que la comisión fue creada mediante Decreto Supremo N° 018-2001 de fecha 26 de mayo de 2001, para que proponga tres productos concretos:

1. Las normas constitucionales que podrían ser reformadas, a partir de la evaluación de su contenido, de su análisis sistemático y de la regulación de las instituciones política.
2. Las opciones sobre el contenido de las reformas propuestos.
3. El procedimiento para desarrollar las reformas constitucionales propuestas.

El Gobierno de Transición (presidido por Valentín Paniagua Corazao) conformó la comisión, la misma que debía estar constituida por especialistas y expertos de reconocida trayectoria profesional y académica, y de probada moral y ejecutoria democrática. García Sayán indica que mediante Resolución Suprema N° 232-2001-JUS, de fecha 31 de mayo de 2001, se designó a un grupo de veintiocho (28) especialistas presididos por García Sayán, Ministro de Justicia, que realizaron la tarea encomendada<sup>13</sup>.

La Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional formuló tres alternativas posibles sobre los procedimientos para la reforma constitucional que son las siguientes:

- a) **La primera alternativa**, formulada planteaba que, lo primero que debe aceptar el Congreso de la República, de ser posible en el mismo mes de agosto del año en curso (2001), es declarar la nulidad de la Constitución de 1993 y declarar la vigencia de la Carta de 1979. Fundamentaban este planteamiento en el art. 307° de la Constitución de 1979 que disponía que la mencionada Carta no perderá vigencia en ningún caso y que todos están obligados a restablecerla, tan pronto que sea posible. Además, sostenían que la Constitución de 1993 había sido aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, fruto de un golpe de Estado, dependiente de un gobierno autoritario y corrupto.

---

13 GARCÍA-SAYÁN LARRABURE, Diego, *Informe de la comisión de estudio de las bases de la reforma constitucional del Perú*, Ministerio de Justicia, pág.3.

Asimismo, la Carta había sido aprobada en un debate parlamentario controlado y no libre, y ratificado en un referéndum sin garantía y con propósito fraudulento. Por último, la mencionada Constitución ha servido para proteger actos de corrupción de violación de derechos humanos, entre otros.

Agregaba en esta alternativa la convalidación de todas las acciones, nombramientos y compromisos, etcétera que se hayan sido hechas bajo su imperio, incluyendo aspectos tributarios, financieros, administrativos, judiciales, etcétera.

Proponía señalarse expresamente: Reconocer, los efectos de las elecciones generales del año 2001, los derechos humanos aprobados por los tratados internacionales y ratificados por el Perú, también se proponía convocar a elecciones para una Asamblea Constituyente de 80 miembros, para en el plazo de seis meses, introduzca en la Constitución de 1979 los cambios que corresponda; entre otros.

- b) **La segunda alternativa**, propuesta por la Comisión fue, utilizar los mecanismos que la actual Constitución de 1993 prevé para la reforma constitucional, teniendo en cuenta lo siguiente: i) Introducir una reforma total incorporando la Constitución de 1979, aprobando esta decisión en dos legislaturas ordinarias sucesivas o en una y ulterior ratificación en referéndum. ii) Simultáneamente, introducir las reformas de actualización a la Carta de 1979, con las correspondientes disposiciones transitorias; estableciendo los plazos correspondientes.
- c) **La tercera alternativa**, consistía en lo siguiente: i) Aprobar una ley de referéndum, para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y; si es así, convocar a una Asamblea Constituyente para que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución. ii) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si quiere que se apruebe una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente para ello<sup>14</sup>.

---

14 *Ibidem*, págs. 75 y 76.

## Visión histórica de Constitución y Poder Constituyente

El tema del poder constituyente tiene un desarrollo histórico, con diversas apreciaciones y enfoques para justificar que ella consiste en el poder de organizar el Estado sus funciones y atribuciones, siendo un poder sin límites y casi absoluto, sobre todo el poder constituyente originario de carácter fundacional, conforme expresamos anteriormente.

Según Georg Jellinek, el concepto de Constitución ha sido reconocido en la antigüedad, primeramente en su sentido material<sup>15</sup>. Agrega que, sobre el conocimiento y el reconocimiento de las relaciones romanas, descansa la idea de un poder constitucional ilimitado, poder que exclusivamente compete a la colectividad soberana de los ciudadanos y que ha de ser ejercitado por ésta libremente. Luego sostiene que, la idea fue divulgada por Pufendorf, Locke y Wolf y halla su aplicación práctica, por primera vez en los Estados Unidos, y después en la Revolución francesa, al propio tiempo que su expresión teórica en la doctrina del *pouvoir constituant*, en el cual tienen todos los poderes del Estado su punto de arranque. Sostiene que los efectos de esta doctrina aún se pueden observar en la actualidad.

Jellinek también explica el surgimiento del concepto de Constitución como Derecho de una comunidad, comienza cuando el Derecho es concedido o confirmado por un poder exterior. Explica que por eso hallamos ya en Roma, transcrito en las *leges datae*<sup>16</sup>, la autonomía que concedía el Estado dominante a las comunidades sometidas.

Asimismo, señala que, en la Edad Media, se escribe el derecho de las ciudades, corporaciones, iglesias y señores, porque era una concesión que les hacía una autoridad superior a ellas.

Nos explica que el concepto de Constitución en la Edad Media, es la unión de los conceptos de Ley y de contrato o pacto (dualismo jurídico) el que se consignaba por escrito. Agrega que, en aquella época, pocas veces se promulgaba las leyes; pero, los contratos necesitaban ser escritos *in perpetuum rei memoriam*. Es decir, sostiene que ambas concepciones influyeron en el origen de las constituciones modernas: redacción de los

---

15 JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, pág. 382. Las subsiguientes páginas nos aportan ideas muy fundamentales en el proceso de elaboración de Constitución.

16 Las *leges datae*, son disposiciones emitidas por los magistrados en uso de las facultades otorgadas por los comicios y que, generalmente, contienen normas administrativas.

derechos de súbditos con relación al señor que está sobre ellos, y contrato entre el príncipe y el país.

El citado estudioso menciona que, en el siglo XVI aparece por vez primera el concepto de ley fundamental, *lex fundamentalis*; ésta, tiene una fuerza superior a las demás leyes. El propio rey estaba obligado respecto de ella, y no la podía modificar por sí sólo. Agrega que, en la época de Enrique IV de Francia, se declaró que las “*lois fondamentales de l’Etat*” constituyen una limitación estricta del poder del rey. De del mismo modo, en Inglaterra, Jacobo I es quien habla por vez primera de *fundamental laws*, la cual considera como derecho divino. En la época de su hijo desempeña el concepto de ley fundamental un gran papel, en las luchas parlamentarias. Señala que, por eso el conde de Stafford fue acusado y juzgado porque cambió las leyes fundamentales de la monarquía. En el Derecho Público alemán se conoce el concepto de la ley fundamental desde la paz de Westfalia.

Según afirma Jellinek, la concepción de ley fundamental no había sido definido por nadie, por tal motivo, Hobbes, en 1651, afirma que no había hallado en parte alguna una explicación de esta expresión de ley fundamental, una distinción jurídica que permita diferenciar leyes fundamentales de las leyes simples, no parece que se había encontrado.

Adiciona que, la concepción de ley fundamental va, pues, unida de un modo especial a la antigua concepción del contrato constitucional entre el rey y el país, especialmente en Inglaterra, donde la concepción medieval de las relaciones contractuales entre el *rex y regnum* ha permanecido muy viva a causa de las innumerables confirmaciones de los derechos y libertades por la Corona.

Mediante la transmisión de la doctrina calvinista de las comunidades eclesíásticas al Estado, y de la aplicación de la doctrina bíblica de la alianza entre Dios y su pueblo, nace entre los puritanos independientes la concepción de que la comunidad cristiana, así como el Estado, descansa sobre la *convenant*, sobre el contrato social, que necesita ser llevado a cabo con unanimidad por todos los miembros de la comunidad. Esta concepción fue llevada a la práctica inmediatamente, pues los colonos americanos acuerdan un contrato para la colonia, mediante el cual se prometen mutuamente fundar una comunidad, instituir la autoridad y obedecer a ésta. Este contrato lo suscriben todos los hombres adultos en nombre propio y en el de sus familias. El más célebre entre todos los antiguos llevados a cabo de este

modo es el de los *Pilgrinfathers*, a bordo a bordo del barco “Flor de Mayo”, el 11 de noviembre de 1620, previa a la fundación de “New Plymouth”.

Señala y describe minuciosamente los pactos o contratos políticos que suscribieron la mayoría de las colonias británicas en Norteamérica, cuyas acciones e ideas contribuyeron a la precisión del concepto de Constitución como pacto político que consigna la forma de organización del Estado y la tutela o garantía de los derechos fundamentales.

De la suma de varias ideas originarias y la concatenación de ellas, se ha decantado la idea o Concepto del Poder constituyente y de la Constitución que en la actualidad permite la organización de los Estados como la vigencia y tutela de los derechos fundamentales.

### **Reforma constitucional expresión del poder constituido**

Conforme reiteramos, de esta forma un poco compleja surge el concepto de Constitución en el proceso de consolidación de una nueva estructura del Estado después de los procesos revolucionarios que sufren las sociedades y el cambio de las ideas y concepciones en el manejo del poder del Estado.

Ahí también surgen conceptos del poder constituyente derivado como potestad o facultad constituida del Congreso o Parlamento para reformar la Constitución; es decir, la teoría de la reforma constitucional. La reforma constitucional como poder constituido tiene por finalidad actualizar o innovar las disposiciones que lo requieran de acuerdo a la modificación que se produce la sociedad en su aspecto social, económico y político.

La Constitución de 1979, como instrumento rígido, establecía la reforma constitucional debería de ser aprobada en dos primeras legislaturas ordinarias, consecutivas. Se señalaba que el Ejecutivo no estaba facultado para observar el proyecto.

La aprobación y la ratificación requerían la mayoría absoluta de votos del número legal de cada una de las Cámaras. Recordemos que la Constitución de 1979 fue bicameral.

La iniciativa de reforma constitucional correspondía al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los Senadores y Diputados; a la Corte Suprema, por acuerdo de la Sala Plena, en materia judicial; y a cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

Era el único mecanismo que establecía la Constitución derogada, no se configura alternativa alguna.

El mecanismo de reforma constitucional ha sido diseñado de manera diferente en la Constitución de 1993; es decir, se establece dos mecanismos. El primero consiste la aprobación del proyecto por mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante referéndum. El segundo mecanismo es el que puede omitirse el referéndum, cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. Se señalaba que la Ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

Además, esta Constitución no exige que la reforma se produzca en dos primeras legislaturas, conforme establecía su antecesora.

La iniciativa se halla en manos del Presidente de la República, de los Congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral. Se ha suprimido a la Corte Suprema de la iniciativa de reforma, luego se ha establecido el 0.3%, de la población electoral con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

### **Reforma total de la Constitución**

El planteamiento de la reforma total de la Constitución que puede desprenderse de un referéndum como establece el art. 32 de la Constitución vigente, lo consideramos no totalmente material ni fáctica, sino solo conceptual. El ejemplo muy tangible, podemos observarlo en la Constitución de 1993, no obstante, teóricamente se sostiene que viene a ser una Constitución totalmente distinta a la de 1979. Pero, si realizamos un análisis por instituciones de la Constitución vigente de 1993 y las normas que las instituyen o crean, vamos a llegar a la conclusión de que muchas de las instituciones han sido reproducidas al interior de la Carta de 1993 del texto de la Constitución de 1979, en algunos casos, en forma literal. Por tanto, tratándose de una reforma total de la Constitución, consideramos que materialmente será imposible una reforma total de una Constitución que se halla vigente y en ejercicio, por cuanto, hablando de una Constitución contemporánea en la que se hallan principios y valores rectores que por su naturaleza son irreformables, salvo que se quiera retornar a los principios vigentes en el

Antiguo Régimen que sería una locura política. En el caso hipotético de que se produzca una reforma total de la Constitución, ella a nuestro parecer no podrá tomar un nombre distinto al originario, por ejemplo, será siempre una Constitución de 1993, pero reformada totalmente.

Los compromisos internacionales y los principios constitucionales democráticos que se sustentan en convenios o tratados internacionales, siempre estarán consignados y vigentes, no podrán ser obviados o sustituidos por otros.

### **¿Realmente la Asamblea Constituyente resuelve problemas económicos y sociales?**

Otro aspecto muy importante que debemos tener presente, viene a ser la coyuntura política, social y económica; es decir, en otros términos, estos factores deben confluír para justificar una reforma total o una Asamblea Constituyente, si así lo determina el cuerpo político de nación.

En el último sufragio, la sociedad electoral peruana, lo que nunca, ha quedado polarizada en dos opciones políticas quedando como finalistas las opciones más extremas y radicales, habiendo sido declarado ganador el candidato de "Perú Libre" en un clima de múltiples cuestionamientos no solo por el accionar de la organización política supuestamente ganadora, sino por las diversas objeciones a los organismos electorales que prestaron garantías en el proceso electoral.

El sector más radical del partido favorecido en las elecciones, son quienes persisten en una Asamblea Constituyente, para cambiar la Constitución fundamentando que es un ofrecimiento de la campaña electoral; sin embargo, como es de conocimiento de la opinión pública, sus dirigentes, están implicados en serias investigaciones por el Ministerio Público y el Poder Judicial que compromete inclusive al Presidente de la República en ejercicio, en cuando respecta al financiamiento de la campaña política y, supuestas vinculaciones con hechos de terrorismo.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la propuesta política del partido político ganador no expresa una tendencia de éxito político, por el contrario, son los resquicios de un modelo que ha fracasado a nivel mundial. Los ejemplos ilustrativos lo hallamos en la caída del Muro de Berlín y la desintegración de la URSS.



En las últimas encuestas realizadas por las instituciones dedicadas a este menester, en el Perú, no existe un indicador superior al 30% de la población que esté de acuerdo con cambiar la Constitución Política mediante una Asamblea Constituyente. Tampoco la propuesta planteada es viable en el Perú porque se pretende, en resumen, reeditar las experiencias bolivianas, no obstante, podemos observar hoy, las consecuencias negativas que venimos observando a consecuencia de la aplicación de la mencionada concepción política por Evo Morales.

En lo que, respecta al aspecto económico, después de la paralización al que nos redujo la pandemia Covid-19, toda la población está preocupada por la reactivación económica dentro del marco constitucional de la Carta vigente, sin requerir de una nueva Constitución o de una reforma total de ella.

Por estas razones, consideramos que Humberto Nogueira Alcalá, sostiene que el ordenamiento constitucional más que cualquier otro requiere de adhesión y sostenimiento por la colectividad, su validez está estrechamente vinculada a su eficacia y ésta a la adhesión de los ciudadanos y los diversos sectores que integran la sociedad. Luego añade que, una Constitución que carece de sustento y adhesión difundida en los miembros de la sociedad está destinada a durar poco, sólo mientras exista la fuerza que la impone

Por último agrega que, una Constitución solo tendrá durabilidad si ella es obra de la participación y adhesión de los diversos sectores que integran la sociedad política y el conjunto de la colectividad la hace suya, ella no permanecerá si es obra sólo de una parte del cuerpo político de la sociedad; únicamente la adhesión sustantiva del conjunto de la sociedad es garantía de eficacia de las normas constitucionales y de su perdurabilidad, asimismo otorga a los gobernantes la autoridad para exigir de modo legítimo su acatamiento<sup>17</sup>.

La reforma total o una nueva Constitución tiene que ser la expresión de un consenso político que se fundamenta en condiciones materiales reales de requerimiento de un nuevo instrumento conforme lo explica el citado docente; pero como explicamos en el Perú, no existe las condiciones anotadas, menos un clima político adecuado para

---

17 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *ob. cit.*, pág. 330.

trabajar debidamente una reforma total, menos para convocar una Asamblea Constituyente.

En el proceso electoral acaecido últimamente, muchas organizaciones políticas, han consignado en su plataforma política la elaboración de una nueva Constitución para el Perú, es decir, el cambio de la Constitución para resolver problemas de educación y pobreza; por tanto, han propuesto un nuevo pacto político, una nueva Carta para el Perú, conforme señalamos en la introducción de esta ponencia, lo hizo también la organización política ganadora en el sufragio; pero, la mayoría de los ciudadanos no compatibilizan con dicha propuesta.

### **Agenda de una nueva Constitución**

El tema de la elaboración de una nueva Constitución no corresponde a la dogmática constitucional; en otros términos, en la Constitución vigente, no está establecido un dispositivo que establezca cuándo debe sustituirse o cambiarse o aprobarse una nueva Constitución que reemplace a la Carta, como hemos señalado se considera que la Constitución tiene su permanente vigencia en el tiempo, así se postuló y tiene que permanecer así. Pero sí corresponde a la dogmática constitucional, la reforma constitucional porque así está establecido en el artículo 206, en el Título VI, lo que se conoce como poder constituido reformador, o poder constituyente derivado o de reforma constitucional.

Estos mecanismos establecidos para la modificación de la Constitución vigente, demuestran que nuestra Constitución es rígida; es decir, en otros términos, para su reforma o modificación adopta un camino procesal totalmente distinto a la aprobación de las leyes ordinarias; es decir, un procedimiento distinto y más complicado que el procedimiento legislativo de carácter ordinario.

Es necesario tener presente lo dispuesto en artículo 32 de la Constitución vigente que en su numeral uno (1) establece que puede someterse a referéndum “La reforma total o parcial de la Constitución”

Como hemos señalado brevemente el surgimiento y desarrollo del concepto de Constitución como de la fuerza constitucional que impulsa la materialización de un instrumento considerado un pacto o acuerdo de quienes conformamos la comunidad.

### **El anteproyecto frustrado de la reforma total de la Constitución**

A través de la ley 27 600 publicada el domingo 16 de diciembre de 2001, por la cual se suprime la firma de Alberto Fujimori Fujimori de la Constitución de 1993 y se dispone que la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, proponga un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979; que tras su aprobación por el Congreso, será sometido a referéndum; y de ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993.

La ley en mención, tenía escasamente cuatro (4) artículos. En aquella época, ocupaba la Presidencia de República, Alejandro Toledo Manrique; mientras que en el cargo de Presidente del Congreso se hallaba Carlos Ferrero y como primer Vicepresidente del Congreso, Henry Pease García.

La ley en mención fue objeto de un proceso de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco que cuestionaba las atribuciones del Congreso de la República en este menester<sup>18</sup>. Es decir, la institución profesional pretendió desconocer las atribuciones del Congreso para elaborar un proyecto constitucional.

La Constitución de 1993, conforme señalamos supera en período de vigencia a la Constitución de 1979 que rigió aproximadamente doce (12) años, esto ocurre con o sin firma del presidente de aquella época. El retiro de la firma de Fujimori no tuvo ninguna trascendencia para su vigencia. En su oportunidad, obviamente, pudo haber sido un acto político contra el dictador; actualmente la Constitución reformada, en reiteradas oportunidades, continúa vigente.

---

18 La demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de la ciudad Imperial, fue asignado por el N° 014-2002-AI/TC, fundamentaba su petición indicando que el Congreso se estaba atribuyendo facultades que son propias del Poder Constituyente Originario, inalienable e intransferible, pues bajo el membrete de "reforma total" pretende estatuir una nueva Constitución. Señalaba la demanda que la actual Carta política no le ha conferido al Congreso la facultad de abrogarla y sustituirla por otra, sino sólo de modificarla, es decir, le ha otorgado la posibilidad de actuar como poder constituyente derivado, por lo que, en realidad, lo que el Parlamento está intentando realizar es un golpe de Estado. La demanda fue declarada infundada. Los magistrados del Tribunal Constitucional que resolvieron fueron: Alva Orlandini, Bardelli Lartirigpyen, Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzáles Ojeda y García Toma.

La Comisión presidida por Henry Pease García, designó el trabajo a diversos congresistas coordinadores, encargados de elaborar una parte de la Constitución convocando a diversos especialistas de la sociedad civil, abogados, expertos, etcétera, para elaborar los textos iniciales. Los trabajos, conforme advierte Samuel Abad, no demostraba una visión del conjunto del texto constitucional.

En el trabajo mencionado, hubo un anteproyecto discutido y publicado, luego presentado al Congreso de la República el 5 de abril del 2002, el mismo que fue revisado, modificado y aprobado por la Comisión de Constitución dando origen al proyecto de ley de la reforma constitucional en julio de 2002, elevando al Pleno del Congreso en julio de 2002. Después del surgimiento de diversas discrepancias al interior del Congreso se suspendió el debate el 25 de abril de ese año, luego tampoco hubo consenso para retomarlo, no obstante que el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco.

Ahí quedó el Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución, sin que haya concluido el camino proyectado de sustituir la Constitución de 1993, conforme establecía la Ley 27 600; por eso, llamamos anteproyecto frustrado.

### **La posibilidad de una reforma total de una Constitución**

Consideramos que la teoría del poder constituyente originario de carácter fundacional o refundacional está desarrollada por la doctrina nacional como por la doctrina comparada. Por eso, Humberto Nogueira Alcalá, conforme ya citamos, sostiene que el poder constituyente originario en cuanto institución de carácter extraordinario opera en un momento histórico determinado y luego de concretar su obra se extingue, dando paso a la Constitución<sup>19</sup>.

Por tanto, el poder constituyente originario en el Perú es la Asamblea Constituyente instalada por San Martín 1822, que dio origen a la Constitución de 1823 y su carácter fue fundacional; las otras constituciones que han existido es producto de un poder constituyente refundacional, inclusive la Constitución de 1993. Por eso la ciudadana Verónica Mendoza, siempre se

---

19 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *ob.cit.* pág. 331

pronuncia que hay que refundar la República, es decir, hay que elaborar otra Constitución.

De igual forma todos admiten que el poder constituyente reformador, se ubica en el poder constituido, como tal, con facultades muy limitadas, sólo para el proceso de modificación o reforma constitucional; como ya hicimos referencia está consignado en artículo 206° de la Constitución vigente.

El Poder Constituyente derivado o la Reforma Constitucional, se sustenta en lo que Humberto Nogueira Alcalá lo explica con los siguientes términos que las constituciones escritas como obras humanas imperfectas y que responden a una realidad histórica y una cultura concretas, deben contener los mecanismos y procedimientos necesarios para procesar los cambios y las adecuaciones necesarias a nuevas realidades y desafíos jurídicos y políticos, como para ir llenando los vacíos o lagunas que contenga, sean estas últimas conscientes cuando por razones políticas dejó temas abiertos (lagunas del constituyente) o inconscientes (lagunas de la Constitución)<sup>20</sup>

El mencionado estudio añade que la reforma opera entre la tensión de la estabilidad constitucional y la necesidad de cambio. Además, adiciona a lo expuesto que el cambio continuo de la Constitución debilita la fuerza normativa de la carta fundamental, así como el *sentimiento constitucional*, la lealtad y la fidelidad a la Constitución, con la consiguiente deslegitimación del texto constitucional.

Por último refiere que la reforma de la Constitución debe utilizarse sólo cuando haya bienes jurídicos consensuados que deben quedar fuera del alcance de la potestad y la función legislativa contingente<sup>21</sup>.

## Conclusiones

1. En los estudios que se han realizado gozan de precisión conceptual la Asamblea Constituyente, la Reforma Constitucional y la Reforma Total Constitucional; por tanto, en la vida política de los Estados, específicamente en la historia de la vida Constitucional peruana se han materializado o es posible su materialización de cada una de las

---

20 *Ibidem*, pág. 332.

21 *Ibidem*.

fórmulas políticas mencionadas. Para la materialización de los mecanismos mencionados es fundamental tener en cuenta las condiciones sociales, económicas y políticas del momento.

2. El posible que en Perú funcione o se desarrolle una Asamblea Constituyente de carácter refundacional a consecuencia de una revolución o de ruptura constitucional que no es el momento político que vive el Perú. Puede convocarse también a una Asamblea Constituyente por decisión del cuerpo político, cuando las condiciones sociales, económicas y políticas del momento lo exijan así. Cuando hay consenso político a favor de ella y no cuando el país está fraccionado políticamente, enfrentado sobre todo el Poder Ejecutivo con el Legislativo.
3. La reforma constitucional establecida, a través de lo dispuesto en el artículo 206, es el mecanismo que se viene utilizando sin cuestionamientos ni observaciones, tomada en cuenta como la viable para actualizar o innovar los preceptos constitucionales, cuando su naturaleza lo requiera. Eso lo demuestra las diversas reformas constitucionales adoptadas hasta ahora.
4. El artículo 32 de la Constitución vigente, establece la posibilidad de la reforma total como parcial de la Constitución. Sin embargo, la reforma total es posible a nivel conceptual imposible a nivel fáctico, porque hay principios insustituibles que contiene la Constitución objeto de reforma total que hay que respetarlos, muchos de ellos se encuentran en convenios o tratados que no podemos dejarlos. Por tanto, una reforma por más que de denomine total, será siempre parcial, porque esos principios serán siempre consignados; por tanto, fácticamente hablaremos no de una nueva Constitución sino reformada totalmente.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ABAD YUPANQUI, Samuel B., *Reforma Constitucional o Nueva Constitución, la experiencia peruana*, en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional N° 37, julio - diciembre 1917.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Las constituciones del Perú*, tomos I y II, Universidad de San Martín Porres, Fondo Editorial, segunda edición revisada, corregida y aumentada, Lima - Perú, 2006.

GARCÍA CALDERON, Francisco, *Diccionario de la Legislación Peruana*, tomos I y II, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, reimpresión de la segunda edición, Lima – Perú, 2007.

GARCÍA-SAYÁN LARRABURE, Diego, *Informe de la comisión de estudio de las bases de la reforma constitucional del Perú*, Ministerio de Justicia. Miraflores, julio de 2001.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Poder constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de la constitucionalidad*. En, “Cuestiones Constitucionales”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional N° 36, enero-junio, 2017.

JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires Argentina, 1980.

SIEYES, Emmanuel J., ¿Qué es el Tercer Estado? Biblioteca Virtual Omegalfa, <https://omegalfa.es>





# LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE Y SU TRATAMIENTO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL\*



Luis R. Sáenz Dávalos\*\*

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. SIGNIFICADO Y CARACTERÍSTICAS DE LA DOCTRINA O JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VINCULANTE. ALGUNOS ASPECTOS DISTINTIVOS CON EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE.. a) El carácter genérico de la Doctrina Jurisprudencial. b) La autonomía de la Doctrina Jurisprudencial frente al caso que la genera. c) La extensión o elasticidad en la aplicación de la Doctrina Jurisprudencial. III. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. IV. LA DOCTRINA O JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y LOS

---

\* La presente ponencia tiene como antecedente inmediato el trabajo que publicamos hace algunos años bajo el nombre “La Doctrina jurisprudencial vinculante y su desarrollo por el Tribunal Constitucional” y que fuese difundido, entre otros espacios, en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, N° 118, Octubre del 2017, págs. 91-117, al igual que en la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 10 (Mujer y Constitución), Diciembre del 2017, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, págs. 239-278. En esta ocasión le hemos efectuado algunas breves revisiones a la par que actualizaciones como consecuencia de la expedición de algunas importantes ejecutorias y de la entrada en vigor del Nuevo Código Procesal Constitucional durante el año 2021.

\*\* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Asesor de Despacho en el Tribunal Constitucional. Miembro ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

ASPECTOS DERIVADOS DE SU REGULACION.. a) La Doctrina Constitucional Vinculante sólo la genera el Tribunal Constitucional. La llamada Doctrina Judicial.. b) El ámbito de vinculación de la Doctrina o Jurisprudencia abarca tanto al Tribunal Constitucional como al Poder Judicial en todas sus instancias y especialidades. Excepciones en el seguimiento de la Doctrina o Jurisprudencia por parte del Poder Judicial.. c) El carácter amplio o genérico de las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional.. V. LA DOCTRINA O JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y LOS ASPECTOS DERIVADOS DE LA PRACTICA JURISPRUDENCIAL.. a) El establecimiento de la Doctrina o Jurisprudencia Constitucional Vinculante se evidencia tras la reiteración de varios casos. Excepciones a la regla.. b) La aprobación de la Doctrina o Jurisprudencia Constitucional. Pleno o Sala. Sentencias o Autos.. c) La aplicación de la Doctrina o Jurisprudencia Constitucional en el tiempo.. d) ¿Supuestos para generar Doctrina Jurisprudencial Vinculante?.. VI. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA O JURISPRUDENCIA JUDICIAL VINCULANTE ESTABLECIDA POR EL PODER JUDICIAL.

## I. INTRODUCCIÓN

El posicionamiento que ha venido adquiriendo el Tribunal Constitucional en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución, ha dado lugar al desarrollo de técnicas de fortalecimiento de su propia jurisprudencia, las mismas que se han visto afianzadas conforme a las previsiones reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico a la par que concretizadas tanto en el Código Procesal Constitucional del año 2004 como en el recientemente promulgado Nuevo Código Procesal Constitucional del año 2021. Tal situación se ha visto evidenciada no sólo en el caso del precedente constitucional vinculante<sup>1</sup>, sino también, en el de la llamada doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante.

Sin embargo y a diferencia de lo que ha ocurrido con el precedente, cuyas pautas o reglas se han encontrado un poco mejor estructuradas, en el caso de la doctrina o jurisprudencia, las cosas pueden considerarse un poco distintas. En tanto los referentes normativos sobre la materia han resultado

---

1 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis R.- “El camino del precedente constitucional vinculante”, en *Gaceta Constitucional* y *Procesal Constitucional*, N° 83, Lima, Noviembre del 2014, Págs. 25 y ss. Un enfoque actualizado del tema hemos expuesto en Sáenz Dávalos, Luis “Los cambios del esquema procesal constitucional en lo relativo al Título Preliminar y a las disposiciones generales aplicables a los procesos constitucionales de tutela de derechos” en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, N° 163, Julio del 2021, págs. 28 y ss. al igual que en un trabajo mucho más reciente “Artículo VI. Precedente Vinculante”; con motivo del proyecto *Nuevo Código Procesal Constitucional Comentado* a cargo de la Gaceta Jurídica.

bastante genéricos en sus alcances, mucho de lo que se ha desarrollado, ha sido en lo esencial consecuencia de un conjunto de prácticas o usos comunes, los mismos que por otra parte, no siempre han sido conocidos en cada uno de sus detalles<sup>2</sup>. De esta forma y si lo que se ha hecho hasta la fecha ha sido positivo o en cambio susceptible de crítica, es algo que merece ser examinado en detalle.

En este contexto, el objetivo central de este trabajo es pues hacer un recorrido de las principales características que ha venido asumiendo la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante específicamente derivada de nuestro Tribunal Constitucional, y hacerlo no sólo desde una perspectiva teórica sino y por sobre todo, fundamentalmente práctica, para lo cual el manejo de casos nos resultara sin duda de mucha utilidad<sup>3</sup>.

Propósito mucho más específico, aunque no por ello menos importante, es el trazar un breve paralelo con lo que en el ámbito judicial ordinario ha venido asumiéndose como una técnica sustancialmente homologa, conocida también como jurisprudencia vinculante. Veremos qué tanto de semejanza o diferencia existe con la misma.

## **II. SIGNIFICADO Y CARACTERÍSTICAS DE LA DOCTRINA O JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VINCULANTE. ALGUNOS ASPECTOS DISTINTIVOS CON EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE**

La idea de una jurisprudencia con carácter obligatorio no es, como se sabe, rigurosamente tributaria del civil law, sino más bien de aquellos modelos

---

2 Ello por otra parte, explica el poco o casi inexistente interés que ha merecido esta técnica por parte de nuestros especialistas, a diferencia de lo que progresivamente ha venido aconteciendo con el precedente constitucional vinculante. Uno de los pocos estudios dedicado directamente y con seriedad al tema que aquí nos ocupa lo encontramos en: Tito Puca, Yolanda Soledad.- “¿Qué es la doctrina jurisprudencial constitucional?” en *Gaceta Constitucional*, N° 48, Lima, Diciembre del 2011. Págs. 75 y ss.

3 Las ejecutorias que se mencionan en el presente trabajo, se utilizan a modo de ejemplo en la idea de graficar los usos y prácticas que se han venido manejando en la construcción de la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante desde los años en que inicio sus labores nuestro Tribunal Constitucional (1996), debiéndose dejar constancia que en algunos casos muy específicos, los temperamentos o criterios de fondo asumidos a título de doctrina fueron dejados de lado con el paso del tiempo, siendo sustituidos en todo o en parte por nuevas tendencias también jurisprudenciales. En la mayoría de los casos, sin embargo, las posiciones doctrinales se mantienen hasta nuestros días.

jurídicos donde el sistema de casos permite ir consolidando líneas de razonamiento en base a directrices jurisprudenciales que por supuesto se ven fortalecidas a la par que ratificadas con el paso del tiempo.

En este contexto y si nos atenemos a una práctica largamente verificada en nuestro mundo jurisprudencial, lo que conocemos como doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante está constituida por todo aquel conjunto de criterios o líneas de raciocinio establecidas con carácter obligatorio por parte del Tribunal Constitucional y cuyo reconocimiento generalmente (aunque no exclusivamente) suele evidenciarse tras su reiteración en un determinado número de casos.

De esta elemental definición puede apreciarse que la adopción de una técnica jurisprudencial como la que aquí se describe marcaría ciertas pautas diferenciadoras con otro tipo de herramientas jurídicas no menos conocidas en el ámbito casuístico. Es lo que ocurriría en particular, con el llamado precedente vinculante.

#### **a) El carácter genérico de la Doctrina Jurisprudencial**

En efecto, a diferencia del precedente vinculante que suele ser asumido bajo la fórmula de una regla o conjunto de reglas nacidas en base a un caso determinado que le sirve de soporte a la par que de referente para cada ocasión en que el mismo tenga que ser aplicado, la doctrina o jurisprudencia no pretende la asunción de reglas en estricto sino de razonamientos o conceptos estructurados a partir de diversos casos que han tenido como elemento en común, el haber desarrollado específicos contenidos constitucionales, especialmente, los referidos a los derechos fundamentales<sup>4</sup>.

La determinación de lo que puede ser una regla desde el punto de vista de los usos y costumbres jurisprudenciales, por supuesto que puede estar sometida a discusión. En teoría, el precedente siempre las crearía

---

4 Advierte Pedro Grández Castro que *“La doctrina constitucional sentada por el Tribunal Constitucional a través de sus argumentaciones, en los distintos procesos constitucionales, constituyen un conglomerado disperso, pero que debe ser comprendido como un conjunto unitario de preceptos orientados a precisar o concretar las disposiciones constitucionales en su confrontación con los casos planteados ante la jurisdicción constitucional”*. Cfr. Su trabajo *“Las peculiaridades del precedente constitucional”* en Carpio Marcos, Edgar & Grández Castro, Pedro (Coordinadores).- *Estudios al precedente constitucional*, Ed. Palestra, Lima 2007, Págs. 94-95.

mientras no sucedería lo mismo en el caso de la doctrina o jurisprudencia que más bien optaría por explicaciones o formulas mucho más abiertas. En la práctica sin embargo otra cosa es lo que a veces se percibe, pues mientras existen algunos casos de precedentes que de reglas tienen poco o nada, como sucedió en el Exp. N° 2877-2005-PHC/TC (Caso: Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez)<sup>5</sup>, también nos encontramos con casos de doctrina cuyo contenido apunta sin discusión alguna, hacía el establecimiento de reglas totalmente objetivas, como aconteció en el Exp. N° 0612-1998-AA/TC (Caso Sindicato Pesquero del Perú)<sup>6</sup>.

**b) La autonomía de la Doctrina Jurisprudencial frente al caso que la genera**

Aspecto distintivo entre el precedente y la doctrina o jurisprudencia vinculante lo constituye sin duda el concerniente con las relaciones que ambas técnicas mantienen frente al caso que las ha generado y que en último término permite definir el grado de discrecionalidad con la que han de operar en su proceso aplicativo.

A este respecto se observa, que mientras el precedente mantiene un nexo permanente con el caso que le sirve de fuente y precisamente por ello, se hace indispensable conocer las características del mismo a fin de determinar cuándo y como es que resulta realmente aplicable, en el escenario de la doctrina, la controversia o supuesto de hecho, no es necesariamente vital en una futura aplicación de la misma, sino los contenidos o desarrollos que finalmente hayan sido considerados como vinculantes. Son estos últimos los que definen la prevalencia o derrotero a seguir.

---

5 Cfr. Sentencia publicada con fecha 11/07/2006. Los fundamentos décimo quinto, vigésimo segundo, vigésimo cuarto y vigésimo quinto, calificados por dicha ejecutoria como precedentes, difícilmente podrían ser considerados como auténticas reglas que traduzcan lo que representa dicha variable jurisprudencial. Conveniente es precisar a este respecto, la reciente modificación que ha hecho el Nuevo Código Procesal Constitucional en torno del tratamiento del precedente y que actualmente si obliga (a diferencia de lo que ocurría con el Código Procesal Constitucional del 2004) a precisar o delimitar las citadas reglas. Al respecto: Sáenz Dávalos, Luis R.- "Los cambios del esquema procesal constitucional en lo relativo al Título Preliminar y a las disposiciones generales aplicables a los procesos constitucionales de tutela de derechos" en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, N° 163, Pág. 34.

6 Cfr. Sentencia publicada con fecha 14/09/1999. Véase al respecto el fundamento octavo de dicha ejecutoria.

**c) La extensión o elasticidad en la aplicación de la Doctrina Jurisprudencial**

Otro matiz diferencial entre ambas técnicas y que en cierta forma, es consecuencia de lo anteriormente señalado, tiene que ver con la extensión que opera en su proceso de aplicación y que marca pautas muy particulares en uno u otro contexto.

Mientras el precedente vinculante sólo se aplica a casos iguales a aquel en el que nació o fue generado, la doctrina o jurisprudencia, puede ser invocada indistintamente a una diversidad de supuestos, siempre que sea necesario ratificar los conceptos o criterios previamente desarrollados<sup>7</sup>.

Puede decirse por lo mismo que el ámbito de aplicación sobre el que se despliega la doctrina es desde todo punto de vista mucho más extenso que el del precedente, aún cuando como veremos más adelante, aquella carezca de la potencia vinculante que por el contrario acompaña a este último.

El precedente, en otras palabras, podrá vincular de manera más fuerte y radical, pero la doctrina tendrá a su favor, la mayor discrecionalidad en el modo y forma de cómo se aplica.

**III. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

El tratamiento jurídico de la Doctrina Constitucional Vinculante, lo tenemos actualmente contenido en dos disposiciones relativamente similares aunque pertenecientes a distintos cuerpos normativos.

La primera de las citadas previsiones se encuentra contemplada en el último párrafo del artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional o Ley N° 31307, de acuerdo con el cual:

*“Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional”*

---

7 En este sentido la doctrina podrá ser aplicada a controversias totalmente distintas, siempre que dentro de las mismas sea planteado el tema constitucional que aquella nos haya expuesto.

La segunda fuente normativa es, por otra parte, la prevista en la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301, cuyo texto prevé que:

*“Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de estos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”.*

No se piense sin embargo, que lo que hoy en día entendemos por doctrina constitucional vinculante, es una técnica que nace con el más reciente esquema procesal. Ya anteriormente, se había ensayado un temperamento regulatorio similar, tanto en el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del 2004 como en la Primera Disposición General de la antigua y actualmente derogada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435.

Mientras que en la primera de las citadas normas se había establecido que:

*“Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”*

En la segunda de las mencionadas se regulaba textualmente que:

*“Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.*

Fácil es pues corroborar que no estamos hablando de una fórmula tan reciente que digamos, ya que no sólo su regulación anterior así lo demuestra<sup>8</sup>, sino incluso y como lo veremos más adelante, su propio desarrollo

---

8 La existencia de una jurisprudencia constitucional entendida como obligatoria, se manejaba embrionariamente incluso desde la época de la antigua Ley de Habeas Corpus y Amparo N° 23506 (Art. 9°) y su ampliatoria, la Ley N° 25398 Art. 8°) a lo que habría que añadir, lo dispuesto en la Ley Orgánica del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales N° 23385 (Art. 50°). Por esa época sin embargo, no se hizo mayores



jurisprudencial también lo ratifica a la par que evidencia que su utilización fue incluso muy anterior a la del precedente constitucional vinculante.

En definitiva, mayor práctica si se quiere, hemos tenido en el uso de la doctrina o jurisprudencia vinculante que en el uso de cualquier otra técnica jurisprudencial.

#### **IV. LA DOCTRINA O JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y LOS ASPECTOS DERIVADOS DE SU REGULACIÓN**

Si nos atenemos en estricto a lo que aparece de la regulación atinente a la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante, son en esencia tres aspectos los que quedan claramente delimitados; el concerniente con la fuente orgánica de la cual se deriva, el relativo a los destinatarios de la vinculación y el referido a los alcances de la interpretación que ha de asumirse como obligatoria.

##### **a) La Doctrina Constitucional Vinculante sólo la genera el Tribunal Constitucional. La llamada Doctrina Judicial**

La condición que ostenta el Tribunal Constitución en el esquema de nuestro ordenamiento jurídico y que le reconoce su posición de órgano de control de la Constitución, conforme a lo señalado en el artículo 201° de la Constitución Política del Estado, y de supremo interprete de la Constitución, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301, lo convierte en un ente con capacidad absoluta para establecer jurisprudencia obligatoria o vinculante, sea que esta se exprese a través de doctrina, sea que se exprese a través de precedentes.

---

precisiones en torno de si adoptaría el formato de doctrina o de verdaderos precedentes, ni mucho menos, se puntualizaría en sus características. Cabe sin embargo anotar, que no todos coinciden con esta percepción, como lo evidencia un reciente trabajo del profesor Domingo García Belaunde, para quien el origen regulatorio de lo que hoy entendemos por doctrina Jurisprudencial vinculante estaría ligado en realidad al del propio precedente con independencia de lo que a la postre haya entendido el Tribunal Constitucional. Al respecto García Belaunde, Domingo.- "Los orígenes del precedente constitucional en el Perú, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 13 (Constitución y Naturaleza), Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional, Lima, diciembre del 2021, especialmente págs. 245-246.

Contra lo que algunas posiciones doctrinales han argumentado en algún momento, en el sentido de que la Constitución no le ha reconocido al Tribunal Constitucional facultades para generar doctrina o precedentes, conviene enfatizar que tal aseveración además de inexacta denota una franca propensión al positivismo, pues no se necesita que una técnica jurisprudencial determinada tenga que ser perfilada expresamente por la norma fundamental para que cuente con cobertura o legitimidad constitucional. Son numerosas las construcciones que la jurisprudencia a realizado (de manera similar a lo que ha ocurrido en el derecho comparado) que reflejan con toda nitidez la plena capacidad innovadora que rodea a todo órgano supremo que defiende la Constitución. Las llamadas sentencias interpretativas, las mutaciones constitucionales, las interpretaciones excepcionales que validan opciones aparentemente negadas por la norma fundamental (amparo electoral, amparo contra decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura, amparo contra resoluciones judiciales, amparo contra normas, entre otras) así lo evidencian a la par que demuestran con palpable exactitud que un Tribunal Constitucional no circunscribe sus labores a una mecánica lectura de las prescripciones constitucionales, sino que las optimiza en aras de fortalecer los roles que le han sido conferidos.

Que la Constitución no necesita afirmar literalmente la legitimidad de la doctrina o de los precedentes, lo refuerza por lo demás la previsión contenida en artículo 139 inciso 8) aplicable a toda autoridad que detente potestades jurisdiccionales y de acuerdo con la cual, los vacíos o deficiencias normativas no impiden o enervan la potestad de administrar Justicia, debiéndose optar en cualquiera de dichos escenarios por los principios generales del Derecho e incluso por el derecho consuetudinario.

Cabe puntualizar, por otra parte, que la capacidad que ostenta el Tribunal Constitucional para erigirse en creador de doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante, no excluye de forma alguna la existencia de técnicas similares de parte de otros órganos jurisdiccionales. Es lo que ocurre, de manera especial, con el Poder Judicial que en los últimos años ha venido generando un interesante aunque no muy sistematizado cuerpo tanto de doctrina como de precedentes judiciales vinculantes, cuyo referente normativo de base parece encontrarse en la disposición

contenida en el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>9</sup> y que como hemos puesto de manifiesto en otro momento, puede abarcar todas las áreas del ordenamiento jurídico, incluida por supuesto la constitucional.

Somos de la idea, en cualquier caso, que ambos órganos ostentan dicha capacidad creadora, siendo ello plenamente consustancial al estatus que les corresponde, más allá de los matices o diferencias naturales en el manejo de dichas variantes jurisprudenciales (una cosa es la doctrina constitucional vinculante y otra distinta, la doctrina judicial vinculante).

**b) El ámbito de vinculación de la Doctrina o Jurisprudencia abarca tanto al Tribunal Constitucional como al Poder Judicial en todas sus instancias y especialidades. Excepciones en el seguimiento de la Doctrina o Jurisprudencia por parte del Poder Judicial.**

El principio general con el que se concibe la existencia de una doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante abarca por supuesto al Tribunal Constitucional que es quien la crea para utilizarla en los casos de los que conoce, pero por sobre todo, abarca al Poder Judicial que es quien se encuentran sometido en este aspecto a lo establecido por el Supremo Intérprete de la Constitución<sup>10</sup>.

---

9 De acuerdo con la citada previsión, que por lo demás, lleva por rótulo “Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial”:

*“Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.*

*Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.*

*Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”.*

10 Se ha sostenido y no sin razón que “La Constitución ha establecido en el artículo 201 que el Tribunal Constitucional se constituye en el “órgano de control de la Constitución”, lo que denota claramente la opción del Poder Constituyente a favor de que este Tribunal se constituya en el órgano supremo de la constitucionalidad pues para controlar las disposiciones constitucionales se hace necesaria la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional, la

En efecto, de acuerdo con la previsión contenida en el Artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional (tercer párrafo), son los jueces y Tribunales quienes se encuentran en la obligación de interpretar y aplicar cualquier disposición del ordenamiento jurídico según lo establecido en los preceptos y principios constitucionales, obligación que sin embargo, no sólo abarca la literalidad de lo establecido por la Constitución, sino que a su vez impone el hacerlo en la forma o a la manera de como lo ha venido haciendo el Tribunal Constitucional. Por lo demás y conforme lo deja mucho más esclarecido, la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dicho mandato de interpretación a la luz de la Constitución y de la jurisprudencia emitida por el Supremo Colegiado no se refiere únicamente a los jueces y Tribunales que conozcan o resuelvan procesos constitucionales, sino a todos los que forman parte de la estructura orgánica del Poder Judicial, independientemente de su especialidad o jerarquía. Todos los jueces en suma, están vinculados por lo que a nivel de doctrina o jurisprudencia establezca en último término el Tribunal Constitucional.

Por supuesto, una enunciación de este tipo podría hacer pensar que el Poder Judicial se encuentra totalmente subordinado a lo que el Tribunal Constitucional pueda llegar a entender por la Constitución y por cada uno de sus contenidos, restándole de alguna forma libertad de criterio y por sobre todo, autonomía jurisdiccional. Sin embargo, tal impresión, entendemos que resulta errónea y hay que matizarla.

Como lo hemos puesto de manifiesto en una anterior oportunidad<sup>11</sup>, la idea de establecer obligaciones de vinculación frente a lo que pueda representar la posición asumida por el Tribunal Constitucional no excluye en lo absoluto la posibilidad de que el Poder Judicial, bajo determinados

---

*que predomina, conforme se desprende del referido artículo 201, respecto de todos aquellos también intérpretes de la Constitución, incluido obviamente el Poder Judicial". Cfr. Adrián Coripuna, Javier.- "La jurisprudencia vinculante de los altos Tribunales como límite al principio de independencia judicial", en Carpio Marcos, Edgar & Grández Castro, Pedro (Coordinadores).- Estudios al Precedente Constitucional, Pág. 124.*

11 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis R.- "El camino del precedente constitucional vinculante", en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, N° 83, Lima, Noviembre del 2014, Págs. 41-42.

supuestos, pueda optar por caminos alternos o francamente distintos a lo que pueda representar la hoja de ruta del Tribunal Constitucional<sup>12</sup>.

Por lo menos hasta en tres escenarios diferentes, es perfectamente posible que observemos un Poder Judicial que marca distancia del Tribunal Constitucional:

- 1) Cuando la interpretación que pueda realizarse sobre determinada materia constitucional, no haya sido objeto de desarrollo o pronunciamiento alguno por parte del Tribunal Constitucional. Lo que de hecho puede suceder en un innumerable repertorio de casos donde el Supremo Intérprete de la Constitución, pese a ostentar dicha condición, haya optado por guardar silencio o franco desinterés sobre aspectos en estricto constitucionales.

No debe olvidarse al respecto que conforme a nuestro ordenamiento jurídico, existe por lo menos un proceso constitucional que es conocido a exclusiva por el Poder Judicial, como ocurre con la acción popular y varios procesos constitucionales donde a pesar de compartirse roles con el Tribunal Constitucional, como ocurre con el habeas corpus, el habeas data, el amparo y el cumplimiento<sup>13</sup>, bien puede generarse doctrina a partir de las atribuciones que en su momento puedan llegar a ostentarse.

- 2) Cuando la materia sobre la que exista interpretación por parte del Tribunal Constitucional colisione o desconozca frontalmente interpretaciones obligatorias asumidas por Tribunales u Organismos Internacionales de protección de los derechos humanos, supuesto en el cual los jueces o Tribunales del Poder Judicial gozaran de

---

12 Algunos doctrinarios aceptan pacíficamente la posibilidad de que el Poder Judicial pueda apartarse de la doctrina vinculante establecida por el Tribunal Constitucional, siempre que se apele a una intensa argumentación en el cambio de criterio. Cfr. Landa Arroyo, César.- "Los precedentes constitucionales" en Castañeda Otsu, Susana (Directora).- *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*; Editora Jurídica Grijley, Lima 2010, Pág. 105.

13 Existen temas que no obstante su indudable relevancia constitucional, es bastante remoto que puedan ser analizados en detalle por el Tribunal Constitucional, como ocurre por ejemplo con el concerniente a las medidas cautelares, cuyo trámite y resolución prácticamente, es visto sólo por el Poder Judicial. Un escenario distinto, pero que también abriría la puerta en la posibilidad de generar doctrina, es el que podría presentarse en los contextos en que el proceso constitucional, por efectos de su resultado estimatorio, sólo pueda ser visto por el Poder Judicial.

una vinculación mucho más fuerte respecto de lo desarrollado por los Tribunales u organismos pertenecientes al sistema de justicia internacional.

Cabe puntualizar que una concepción como la que aquí se describe, no sólo viene reforzada por el hecho de que nuestra propia norma fundamental se adscriba a un modelo en el que la última palabra en materia de protección a los derechos, la tenga el fuero supranacional, sino a la circunstancia por demás significativa, que conforme al primer párrafo del artículo VIII perteneciente al Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, *“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”*<sup>14</sup>.

En otras palabras, el proceso de interpretación constitucional y en particular, el que involucra generación de doctrina o jurisprudencia vinculante, ostenta como fuente de raciocinio definitivo, ya no simplemente lo que digan los tratados e instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, sino el propio desarrollo que en nombre de estos últimos, hayan realizado los Tribunales u Organismos supranacionales.

- 3) Cuando la interpretación del Tribunal Constitucional, resulte mucho más restrictiva en materia de derechos que la interpretación asumida por el Poder Judicial, escenario en el cual, será perfectamente viable una eventual desvinculación de lo establecido por el Supremo Interprete de la Constitución, no porque se desconozca los criterios que éste ha venido desarrollando, sino por sujeción al principio de mayor favorabilidad o protección en materia de derechos.

---

14 Y esto hay que advertirlo muy a pesar de que el segundo párrafo del citado dispositivo contenido en el Nuevo Código Procesal Constitucional, al referirse a la llamada interpretación más beneficiosa o favorable, haya dejado entrever que sería en el razonamiento del operador jurídico (donde podría estar el propio operador interno), que hay que buscar la respuesta mas adecuada. Cfr. al respecto: Sáenz Dávalos, Luis R.- “Los cambios del esquema procesal constitucional en lo relativo al Título Preliminar y a las disposiciones generales aplicables a los procesos constitucionales de tutela de derechos” en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, N° 163, Págs. 36-37.

De lo que se trata en este tercer supuesto es pues de potenciar de manera bastante clara aquella doctrina jurisprudencial que, con independencia de quien la haya emitido resulte mucho más consecuente con los fines constitucionales, postura que incluso ha sido expresamente reconocida por nuestro propio Tribunal Constitucional, como se desprende del fundamento décimo sexto de la sentencia recaída en el Expediente N° 4853-2004-PA/TC (Caso: Dirección Regional de Pesquería de la Libertad)<sup>15</sup>.

**c) El carácter amplio o genérico de las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional**

Aunque el mensaje que se infiere tanto de lo dispuesto por el Nuevo Código Procesal Constitucional como de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es que las interpretaciones que ha de realizarse del ordenamiento jurídico por parte de los jueces y Tribunales del Poder Judicial deben ir de la mano (salvo excepciones que ya se ha precisado) con las interpretaciones de la Constitución que venga realizando el Tribunal Constitucional, no se precisa en ningún momento, por lo menos en relación con lo que pueda hacer el Supremo Colegiado, las variantes que puedan asumir dichas interpretaciones ni tampoco los alcances que aquellas puedan suponer.

Bajo una perspectiva como la descrita, queda claro que el proceso interpretativo que pueda realizar o poner en práctica el Tribunal Constitucional se ejerce de una manera bastante amplia o genérica. Sus interpretaciones, para decirlo de otro modo, podrían ser de todo tipo (históricas, gramaticales, teleológicas, mutativas, etc.) o adoptar las variantes que se considere pertinente utilizar (ordinarias, manipulativas, etc.) teniendo como único límite los marcos o restricciones que la Constitución pueda llegar a establecer.

En el ámbito jurisprudencial y ante el silencio de la normativa procesal, nuestro Tribunal Constitucional, intento describir hace unos años, algunas de las variantes interpretativas pasibles de asumirse, llegando a puntualizarse (entendemos que enunciativamente) en hasta tres posibilidades muy concretas<sup>16</sup>. De acuerdo con las mismas, serían formas de interpretación, constitutivas de doctrina o jurisprudencia constitucional:

---

15 Cfr. Sentencia publicada con fecha 22/05/2007.

16 Cfr. al respecto la ya mencionada ejecutoria recaída en el Exp. N° 4853-2004-PA/TC, especialmente su fundamento 15. Un análisis de estos aspectos y de las problemáticas que podrían presentar a los efectos de su eventual cuestionamiento constitucional



- 1) Aquellas interpretaciones que de la Constitución ha realizado el Tribunal Constitucional tras conocer de los diversos procesos de defensa de la Constitución, sea que estos tengan por objeto tutelar su parte dogmática (procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento) sea que tengan por finalidad proteger su parte orgánica (procesos de inconstitucionalidad de las leyes y competencial).

El universo de opciones interpretativas resulta aquí bastante amplio, pues abarcaría no sólo las interpretaciones a los derechos sino a prácticamente la totalidad de contenidos constitucionales, meritables a la luz de cada controversia que conozca el Tribunal Constitucional.

- 2) Las interpretaciones constitucionales de la ley, desarrolladas en el contexto de la labor de control de la constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional, contra lo que muchos erráticamente suelen sostener, es intérprete de la totalidad del ordenamiento jurídico, cuando le toca desentrañar el mensaje de cada variante normativa en el contexto de la Constitución. De esta forma no es extraño sino perfectamente legítimo que, constantemente nos ofrezca interpretaciones de la ley (y en general de cualquier norma) perfiladas o desarrolladas en clave constitucional.

Esta postura viene incluso reforzada por la regulación actualmente contenida en el Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021 y de acuerdo con la cual, ya no se habla de una interpretación solo restringida al contexto de las normas legales y reglamentarias y según los principios y preceptos constitucionales (como lo hacía su predecesor, el Código del 2004) sino que abarca a todo lo que en último término pueda considerar el Tribunal Constitucional<sup>17</sup>.

---

lo hemos intentado en Sáenz Dávalos, Luis R.- "El amparo contra amparo en el Perú. Estado actual de la cuestión a la luz de los precedentes existentes (Exps. N° 4853-2004-PA/TC y N° 3908-2007-PA/TC)", en Susana Castañeda Otsu (Directora), *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*, Págs. 378-382. También Incorporado a Oscar Peña Gonzales (Coordinador), *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*, APECC, Lima 2012, Págs. 76-81.

17 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis R.- "Los cambios del esquema procesal constitucional en lo relativo al Título Preliminar y a las disposiciones generales aplicables a los procesos constitucionales de tutela de derechos" en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, N° 163, págs. 35-36.



- 3) Las proscripciones interpretativas o anulaciones de determinados sentidos interpretativos de la ley.

El hecho de que el Tribunal Constitucional contextualice la ley a partir del mensaje contenido en la Constitución y que eventualmente repare en interpretaciones erráticas o que colisionen con la norma fundamental, le permite excluir del universo de opciones interpretativas, determinadas maneras de conceptuar o identificar a una norma o contenido normativo. Dicha tarea de depuración, es pues también generadora de doctrina o jurisprudencia obligatoria para los jueces y tribunales del país.

## **V. LA DOCTRINA O JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y LOS ASPECTOS DERIVADOS DE LA PRACTICA JURISPRUDENCIAL**

La generalidad con la que de alguna forma ha sido concebido el tratamiento de la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante, ha dado lugar, a diferencia de lo ocurrido con el precedente constitucional, a que la mayor parte de los criterios que la han venido sustentando, sea consecuencia directa de la práctica jurisprudencial.

Aunque el establecimiento de tales criterios o líneas de raciocinio empezó a ser asumido por el Tribunal Constitucional, prácticamente desde el momento que se iniciaron sus funciones hacía el año 1996, el mismo se ha venido consolidando con el paso de los años.

Naturalmente y como lo veremos inmediatamente, lo dicho no significa tampoco que no existan aspectos de suyo opinables en los que se observa temperamentos no muy uniformes en materia de doctrina o jurisprudencia, sin embargo y en líneas generales, se puede apreciar que las tendencias reflejan una cierta mayor voluntad de cohesión en las prácticas asumidas y que esto es cada vez más progresivo.

De una exploración realizada sobre la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, pueden considerarse los siguientes criterios:

**a) El establecimiento de la Doctrina o Jurisprudencia Constitucional Vinculante se evidencia tras la reiteración de varios casos. Excepciones a la regla**

Al no existir una norma que imperativamente establezca la obligación de precisar de forma expresa la eventual generación de doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante a partir de un determinado momento, la práctica ha ido aceptando, mayoritariamente, que aquella sería individualizable en los supuestos en los que los criterios desarrollados vía una sentencia, se vean posteriormente ratificados en posteriores casos y que dicha ratificación opere de manera uniforme.

Aunque ciertamente el Tribunal conoce de todo tipo de casos, no puede decirse que las sentencias expedidas en relación a todos ellos sean doctrina o jurisprudencia vinculante. Para que esto suceda, es menester que lo que desde una perspectiva teórica fue explicitado de cierta forma, termine siendo reinvidicado en posteriores casos<sup>18</sup>.

No dice la casuística a que numero de sentencias nos estaríamos refiriendo para afirmar con convicción que estamos ante doctrina o jurisprudencia vinculante, sin embargo se asume que se trataría de una pluralidad, con lo cual, en el más restringido de los casos, estaríamos hablando de dos sentencias (la que establece el criterio, y la que lo ratifica o reproduce).

Uno de los primeros ejemplos de este modo de proceder lo tenemos en las ejecutorias recaídas en el Exp. N° 0646-1996-AA/TC (Caso: Fábrica de Hilados y Tejidos Santa Clara S.A.)<sup>19</sup> y en el Exp. N° 0680-1996-AA/TC (Caso: Consorcio Textil del Pacífico S.A.)<sup>20</sup> mediante las cuales se estableció ciertos criterios en materia de caducidad y vía previa, así como se tomo

---

18 Se ha dicho por ello que *“La idea de jurisprudencia constitucional vinculante, no hace alusión a una norma de efecto vinculante general capaz de incorporarse al ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de un acto jurídico específico, a saber, el dictado de una sentencia por parte del TC, sino a una repetición de criterios normativos contenidos en sus sentencias, y que por transmitir el claro parecer del supremo intérprete de la Constitución sobre un concreto asunto de relevancia constitucional, debe ser observado por todos los jueces y Tribunales de la República”*, Cfr. Rodríguez Santander, Roger.- *“El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”* en Carpio Marcos, Edgar y Grández Castro, Pedro (Coordinadores), *Estudios al Precedente Constitucional*, Pag. 59.

19 Cfr. Sentencia publicada con fecha 23/01/1997.

20 Cfr. Sentencia publicada con fecha 23/01/1997.

posición en relación a la inconstitucionalidad del llamado impuesto mínimo a la renta, temperamentos que a posteriori originarían jurisprudencia uniforme y reiterada, como lo demuestra, entre otras, la sentencia recaída en el Exp. N° 0485-1996-AA/TC (Caso: Consorcio Textil del Pacífico S.A.) en cuya fundamentación se hace expresa alusión de una "...*jurisprudencia de carácter obligatorio...*"<sup>21</sup>.

Similar temperamento lo podemos también verificar en la sentencia emitida en el Exp. N° 0020-1995-AA/TC (Caso: Jorge Vargas Díaz)<sup>22</sup> en la que a efectos de delimitar la procedencia o no del amparo contra resoluciones judiciales se identifico el llamado procedimiento regular como aquel en el que se respeta el contenido esencial del derecho al debido proceso, criterio que volvería a repetirse e incluso ampliarse en el fundamento noveno de la ejecutoria recaída en el Exp. N° 0611-1997-AA/TC (Caso: Marina Ojeda Vda. De Cáceres y otros) a título de "...*principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento...*"<sup>23</sup>.

La línea de continuidad en el raciocinio utilizado la tenemos también evidenciada si cotejamos la ejecutoria recaída en el Exp. N° 1211-1999-AA/TC (Caso: Luis Alberto Alvarez Aguirre)<sup>24</sup> en la que se establece como presupuesto de limitación de un derecho fundamental el carácter general de la fuente normativa a utilizar, y la comparamos con la sentencia expedida en el Exp. N° 0057-1998-AA/TC (Caso: Editora Sport S.A.)<sup>25</sup> en cuyo fundamento quinto se reivindica los considerandos noveno y décimo de su predecesora.

Alusiones constantes a jurisprudencia consolidada que marca una pauta en determinado sentido, se aprecia por otro lado en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, incluso en aquellos considerados como particularmente relevantes. Es lo que sucede con las ejecutorias emitidas en los Expedientes N° 0664-1996-HC/TC (Caso: Abel Campos Vásquez)<sup>26</sup>,

---

21 Cfr. Sentencia publicada con fecha 23/07/1997.

22 Cfr. Sentencia publicada con fecha 04/09/1997.

23 Cfr. Sentencia publicada con fecha 20/10/1997.

24 Cfr. Sentencia publicada con fecha 18/05/2000.

25 Cfr. Sentencia publicada con fecha 04/07/2000.

26 Cfr. Sentencia publicada con fecha 22/09/1998.

Nº 0570-1996-HC/TC (Caso: Oscar Laura Maquera)<sup>27</sup>, Nº 0794-1996-AA/TC (Caso: Gustavo Merardo Gutierrez Pizarro)<sup>28</sup>, Nº 0940-1998-HC/TC (Caso: Luis Enrique Guillen Bendezú)<sup>29</sup>, Nº 0934-1998-AA/TC (Caso: Valdemar Demetrio Cabanillas Quispe)<sup>30</sup> y Nº 108-1996-AA/TC (Caso: Ricardo Letts Colmenares)<sup>31</sup> en las que el Tribunal Constitucional se avoca al conocimiento del tema de fondo no obstante existir rechazo liminar de la demanda y que a modo de práctica reiterada es asumida en el fundamento quinto de la sentencia recaída en el Exp. Nº 1277-1999-AC/TC (Caso: Ana Elena Townsend Diez Canseco y Otros) como parte integrante de “... *nuestra propia jurisprudencia...*”<sup>32</sup>.

Criterios de obligatorio cumplimiento los encontramos también expuestos en las sentencias derivadas de procesos de control normativo. Un ejemplo de las mismas lo tenemos en la decisión emitida en el Exp. Nº 0008-2003-AI/TC (Caso: Roberto Nesta Brero)<sup>33</sup> que explicita diversos aspectos de nuestra llamada Constitución económica y que serían recogidos en posteriores pronunciamientos como sucedió, por ejemplo, en la ejecutoria recaída en el Exp. Nº 3315-2004-AA/TC (Caso: Agua Pura Rovic S.A.C.) cuyos fundamentos quinto y siguientes expusieron en detalle y a título de “*doctrina*” los contenidos que involucra la llamada protección del consumidor<sup>34</sup>.

Otra de las sentencias generadora de jurisprudencia vinculante fue en su momento la emitida en el Exp. Nº 4107-2004-HC/TC (Caso: Leonel Richi Villar de la Cruz)<sup>35</sup> mediante la cual se sentarían importantes criterios de excepción a la regla de la firmeza en materia de habeas corpus contra resoluciones judiciales establecida en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional y que a su turno daría lugar a diversas ejecutorias en las

---

27 Cfr. Sentencia publicada con fecha 28/09/1998.

28 Cfr. Sentencia publicada con fecha 02/12/1998.

29 Cfr. Sentencia publicada con fecha 14/08/1999.

30 Cfr. Sentencia publicada con fecha 14/08/1999.

31 Cfr. Sentencia publicada con fecha 14/08/1999.

32 Cfr. Sentencia publicada con fecha 30/10/2000.

33 Cfr. Sentencia publicada con fecha 12/11/2003.

34 Cfr. Sentencia publicada con fecha 16/06/2005.

35 Cfr. Sentencia publicada con fecha 25/05/2005.

que se ratificaría similar línea de razonamiento, como sucedió en el fundamento segundo de la sentencia expedida en el Exp. N° 3300-2012-PHC/TC (Caso: Félix Omar Hinostroza Pereyra)<sup>36</sup> o antes incluso y para el caso del amparo contra resoluciones judiciales, mediante la sentencia emitida en el Exp. N° 0911-2007-PA/TC (Caso: Telefónica del Perú S.A.A.) y los importantes criterios desarrollados de sus fundamentos decimo quinto a vigésimo segundo<sup>37</sup>.

También se han dado casos en los que la doctrina constitucional ha sido mucho más innovadora, como suele suceder en las ocasiones en que se reconoce nuevos derechos fundamentales. Un ejemplo típico de ello lo tenemos en la ejecutoria recaída en el Exp. N° 6546-2006-PA/TC (Caso: César Augusto Zúñiga López)<sup>38</sup> en la que se reconoció el derecho fundamental al agua potable y se delimitó los alcances de su contenido esencial, lo que posteriormente se vería ratificado en la fundamentación de sentencias como la recaída en el Exp. N° 6534-2006-PA/TC (Caso: Santos Eresminda Távara Ceferino)<sup>39</sup> y N° 3668-2009-PA/TC (Caso: Hermelinda García Salgado)<sup>40</sup>.

Los pronunciamientos que aquí se cita son por supuesto meramente indicativos y sólo cubren un pequeño ámbito del universo de sentencias que a lo largo de todos estos años han venido generando doctrina vinculante.

Ahora bien, el hecho de que la regla en materia de doctrina o jurisprudencia vinculante este arraigada sobre una práctica que se materializa en la existencia de reiteraciones en los criterios establecidos, no significa tampoco que no se hayan dado excepciones. De hecho, estas si existen aunque es bueno también precisar que las mismas se han presentado asumiendo variados matices.

En efecto, la casuística del Tribunal Constitucional registra una serie de casos en los que la aparición de doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante es producto de un solo caso con el que se pretende en adelante marcar una determinada ruta conceptual o transformar la que hasta ese

---

36 Cfr. Sentencia publicada con fecha 10/10/2013.

37 Cfr. Sentencia publicada con fecha 07/11/2007.

38 Cfr. Sentencia publicada con fecha 21/12/2007.

39 Cfr. Sentencia publicada con fecha 22/02/2008.

40 Cfr. Sentencia publicada con fecha 20/09/2010.

momento existía. Sin embargo y cuando esta situación se ha presentado, las variantes o estilos han tenido en común el hecho de que el Tribunal ha proclamado su voluntad de sentar criterios obligatorios, dejando expresa constancia de ello dentro de una línea más o menos similar a la acontecida con el precedente constitucional (que por mandato del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del 2004 o en función de lo establecido por el Artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021, obliga a dar cuenta de la creación de dicha figura).

Una de las primeras ocasiones en las que opta por esta fórmula la tenemos en la ejecutoria emitida en el Exp. N° 0942-1996-HC/TC (Caso: Pedro Terrones Casas) en cuyo considerando sexto se proclama la necesidad de dejar “...establecido como principio a observar en lo sucesivo...” que la tramitación o resolución de un proceso constitucional seguido contra un órgano judicial por parte de otro de similar o menor jerarquía no puede ser interpretada como una desnaturalización al orden establecido al interior del Poder Judicial, habida cuenta que de por medio se encuentra comprometido el respeto por los derechos fundamentales<sup>41</sup>.

Similar temperamento sería utilizado por el mismo Tribunal para resolver otras controversias tal y como aconteció con la sentencia emitida en el Exp. N° 0953-1997-AA/TC (Caso: Nery Ventura Quiroz) en cuyo fundamento noveno se dejó establecido “...como principio a observar en lo sucesivo por este Colegiado y los órganos de la jurisdicción común” que la detención preventiva a la que se refiere el artículo 2 inciso 24-f de la Constitución no significa ni debe interpretarse como que existan otras justificaciones para detener una persona fuera de las hipótesis del mandato judicial o el flagrante delito a las que se refiere dicha norma, siendo estas últimas la regla general a respetarse en cualquier caso<sup>42</sup>.

Tratamiento mucho más frontal y que incluso se apoya en la remisión a una fuente normativa directa lo tenemos evidenciado en la ejecutoria recaída en el Exp. N° 0109-1998-HC/TC (Caso: Dante Damas Espinoza) cuyo fundamento cuarto establece “...como doctrina jurisprudencial que deberá observarse por los jueces y magistrados del Poder Judicial, según se está a lo dispuesto por la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal

---

41 Cfr. Sentencia publicada con fecha 20/08/1997.

42 Cfr. Sentencia publicada con fecha 17/09/1998.

*Constitucional, Ley N° 26435...*” que la posibilidad de que los jueces constitucionales puedan en última instancia anular un proceso judicial ordinario como consecuencia de haberse vulnerado el contenido esencial del debido proceso, constituye la última ratio a la que cabe apelar y por lo mismo se encuentra sujeta a la prohibición de que el proceso constitucional realice un pronunciamiento sobre el fondo de la materia ordinaria controvertida y de evitar convertir al amparo en una supra instancia casatoria que permita la prolongación del debate judicial ordinario<sup>43</sup>.

Alusión expresa a la necesidad de crear una doctrina que sirva para futuros casos, la encontramos también en el octavo fundamento de la sentencia emitida en el Exp. N° 0612-1998-AA/TC (Caso: Sindicato Pesquero del Perú S.A.) en la que tras conocerse por vez primera de un proceso de amparo contra amparo, el Tribunal estimara que en atención a la relevancia que ostenta la cosa juzgada en materia constitucional “...es menester explicitar las pautas bajo las cuales este Supremo Intérprete de la Constitución entiende admitir su procedencia”, con lo cual se definirán una serie de reglas que habrán de utilizarse para futuros casos de este tipo<sup>44</sup>.

Otro caso especialmente simbólico por el estilo utilizado, lo tenemos graficado en la ejecutoria expedida en el Exp. N° 0189-1999-AA/TC (Caso: Pesquera Rodga S.A.) que en su momento se constituyó en el primer intento por delimitar jurisprudencialmente los alcances del llamado amparo arbitral. Diría el Tribunal en el fundamento segundo de su sentencia que al no existir a nivel de las instancias judiciales una idea suficientemente precisa respecto de la procedencia o no del proceso constitucional contra resoluciones derivadas del fuero arbitral “se hace necesario... un análisis detallado de tal posibilidad con el objeto de que pueda proyectarse una interpretación que sirva como precedente de observancia obligatoria para posteriores casos, ya sea tanto a nivel de la justicia constitucional ordinaria como de la justicia constitucional especializada”<sup>45</sup>.

---

43 Cfr. Sentencia publicada con fecha 29/09/1998.

44 Cfr. Sentencia publicada con fecha 14/09/1999.

45 Cfr. Sentencia publicada con fecha 16/02/2000. Interesante por otra parte, es observar en esta ejecutoria que ya se hablaba para entonces de precedente de obligatoria observancia en una época en que dicha técnica aún no era incorporada a nuestro sistema procesal constitucional.



Un proceder relativamente parecido se asumiría a su vez en la sentencia emitida en el Exp. N° 2366-2003-AA/TC (Caso: Juan Genaro Espino Espino) cuyo fundamento sexto establecería específicos criterios en materia de control constitucional sobre las decisiones electorales, bajo la lógica de asumirse los mismos como “*pautas de observancia obligatoria*” a tomarse en cuenta para futuros casos<sup>46</sup>.

Mediante los fundamentos cuadragésimo primero, cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero de la ejecutoria recaída en el Exp. N°2915-2004-HC/TC (Caso: Federico Tiberio Berrocal Prudencio) se establecerían indiscutibles criterios “...*de observancia obligatoria...*” por parte de los jueces penales a los efectos de delimitar el plazo razonable en las detenciones preventivas como un contenido implícito del derecho a la libertad individual. Los mismos incluso y además de sustentarse en razón “...*de lo dispuesto por la Primera Disposición General de la Ley N° 26435 -Orgánica del Tribunal Constitucional-*” se verían reforzados al optarse por incorporarlos expresamente al segundo extremo de la parte resolutive<sup>47</sup>.

Sentencia emblemática emitida encontrándose ya vigente el Código Procesal Constitucional del 2004 y en cuyo texto se efectuaran importantes reflexiones concernientes a los derechos fundamentales respecto de las personas jurídicas al igual que en relación a la procedencia del amparo arbitral sería la recaída en el Exp. N° 4972-2006-PA/TC (Caso: Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.). De acuerdo con lo sostenido en el fundamento vigésimo tercero de la misma “...*los criterios desarrollados por la presente sentencia (especialmente los que figuran en los fundamentos 13 a 14 y 17 a 20) se sustentan en la jurisprudencia precedentemente establecida por este mismo Tribunal, constituyendo de conformidad con el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, parte de su doctrina constitucional vinculante, a tomarse en cuenta por todos los jueces y tribunales de la República, debiendo en todo caso, y sin perjuicio de lo resuelto, incorporarse expresamente a su parte resolutive*”<sup>48</sup>.

Particular interés suscita la ejecutoria emitida en el Exp. N° 5527-2008-PHC/TC (Caso: Nidia Yesenia Baca Barturen) cuyo fundamento vigésimo segundo establece como regla general, esto es, por encima del

---

46 Cfr. Sentencia publicada con fecha 07/04/2004.

47 Cfr. Sentencia publicada con fecha 25/11/2004.

48 Cfr. Sentencia publicada con fecha 18/10/2007.



caso específico de la demandante, la prohibición de tipificar a la maternidad como causal de infracción o falta en el ámbito educativo, enfatizando que cualquier norma con ese contenido o característica necesariamente deberá ser inaplicada por los jueces conforme a la facultad conferida por el artículo 138 de la Constitución y asumida como contraria a los derechos fundamentales a la educación, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, criterios que incluso serán incorporados también al cuarto extremo de la respectiva parte resolutive por referencia a lo venía sucediendo en las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú, las que en adelante se encuentran prohibidas de separar alumnas y/o cadetes por su estado de embarazo<sup>49</sup>.

Caso especialmente atípico por la forma en que resulto aprobado, pero que a pesar de todo marco en su oportunidad una pauta doctrinal interesante, lo tenemos en la resolución recaída en el Exp. N° 0168-2007-Q/TC (Caso: Banco Continental) al establecer una serie de criterios que permitan validar el acceso directo al Tribunal Constitucional vía recurso de agravio Constitucional en los casos de incumplimiento o desnaturalización de las sentencias emitidas por dicho Colegiado y que a tenor de lo señalado en el fundamento noveno de dicho pronunciamiento "...constituyen jurisprudencia vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del CPConst."<sup>50</sup>. Este mismo raciocinio, por lo demás, pero aplicado para el caso de las sentencias constitucionales del Poder Judicial que hayan sido incumplidas o desnaturalizadas, también se reproducirá en la resolución emitida en el Exp. N° 0201-2007-Q/TC (Caso: Asociación Pro Vivienda Vecinos de la Urbanización Neptuno)<sup>51</sup>.

Sentencia que se ubica dentro de aquellas que generan doctrina detallada y cuyo tenor evidentemente aspira a una inobjetable observancia por parte de los operadores jurídicos es la recaída en el Exp. N° 4878-2008-PA/TC (Caso: Viuda de Mariategui e hijos S.A.) cuyos fundamentos décimo octavo a vigésimo quinto y vigésimo sexto a quincuagésimo octavo, respectivamente, establecen diversos criterios en relación a la procedibilidad de la solicitud de represión de actos homogéneos y a la determinación de lo

---

49 Cfr. Sentencia publicada con fecha 13/02/2009.

50 Cfr. Resolución publicada con fecha 27/11/2007.

51 Cfr. Resolución publicada con fecha 04/12/2008.

que constituye un acto lesivo homogéneo<sup>52</sup>, los mismos que incluso y poco tiempo después serían validados en buena medida y a título *“doctrina jurisprudencial sobre el artículo 60 del Código... de conformidad con lo previsto en el artículo VI”* del Título Preliminar del citado cuerpo normativo, en el fundamento primero y siguientes de la ejecutoria emitida en el Exp. N° 5287-2008-PA/TC (Caso: Mario Lovón Ruiz-Caro)<sup>53</sup>, aprobada por el Pleno del Tribunal Constitucional.

En una línea bastante similar a la anteriormente descrita, encontramos también a la ejecutoria emitida en el Exp. N° 0607-2009-PA/TC (Caso: Flavio Roberto Jhon Lojas) cuyos fundamentos décimo octavo a sexagésimo tercero efectúan un riguroso desarrollo del régimen jurídico correspondiente a la denominada actuación inmediata de sentencia reconocida en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional del 2004, disponiéndose por otra parte y conforme a lo señalado en el apartado tercero de la parte resolutive de la sentencia, notificar *“...a la Presidencia de cada Distrito Judicial del país, a efectos de que se tomen en cuenta los criterios expuestos en la presente sentencia en la aplicación de la figura de la actuación inmediata...”*<sup>54</sup>.

Ejecutoria que se adscribe a una práctica bastante más explícita al momento de reconocer doctrina o jurisprudencia constitucional, es sin duda la recaída en el Exp. N° 0252-2009-PA/TC (Caso: Máximo Valeriano Llanos Ochoa) cuyo contenido desarrolla la interpretación que debe darse al artículo 44° del Código Procesal Constitucional en ese momento vigente. En este sentido y de acuerdo con el fundamento vigésimo primero, se deja en claro que al haberse *“...desarrollado nuevos criterios en materia de prescripción en el caso del amparo contra resoluciones judiciales, este Colegiado en aplicación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, considera pertinente reconocerlos como parte de su doctrina constitucional vinculante y por tanto obligatorios para todos los jueces y tribunales del país, debiéndose incorporar como tales a la parte resolutive de la presente sentencia”* lo que en efecto se hace, al establecerse en el segundo extremo resolutive *“...que los fundamentos 8 a 17 de la presente sentencia constituyen doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país”*<sup>55</sup>.

---

52 Cfr. Sentencia publicada con fecha 23/03/2009.

53 Cfr. Sentencia publicada con fecha 28/09/2009.

54 Cfr. Sentencia publicada con fecha 18/03/2010.

55 Cfr. Sentencia publicada con fecha 27/07/2010.

Estilo más o menos similar al anterior lo encontramos en la sentencia emitida en el Exp. N° 0004-2009-PA/TC (Caso: Roberto Allcca Atachahua) que innova algunas de las reglas procesales que se había diseñado en el anteriormente mencionado Exp. N° 0168-2007-Q/TC y que cambia la denominación del recurso de agravio para supuestos de incumplimiento o desnaturalización de sentencias del Tribunal Constitucional, por el de recurso de apelación por salto. El tercer extremo resolutivo de la presente ejecutoria, establecerá que se procede de dicha forma *“De conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPCConst.”*<sup>56</sup>.

Otra de las sentencias que procura efectuar un desarrollo interpretativo alrededor de lo que significa un específico derecho fundamental, la tenemos en el Exp. N° 1133-2012-PHD/TC (Caso: Jesús Gonzalo Barboza Cruz), que explicita los presupuestos para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública a la par que establece eventuales excepciones a los mismos. Conforme lo señalado en el extremo segundo de la parte resolutive *“De conformidad con la previsión contenida en el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional los jueces y tribunales del país deberán interpretar el derecho de acceso a la información pública y sus presupuestos de acuerdo con lo dispuesto en la presente sentencia”*<sup>57</sup>.

Adscrita al grupo de ejecutorias que incorpora nuevas figuras procesales, encontramos también a la sentencia recaída en el Exp. N° 5496-2011-PA/TC (Caso: Agustin Llantoy Palomino) que añade al repertorio de recursos atípicos de acceso al Tribunal Constitucional, al recurso de agravio verificador de la homogeneidad del acto lesivo tal y cual lo precisa el cuarto extremo de su parte resolutive al *“Establecer como doctrina constitucional vinculante lo establecido en los fundamentos 9 y 10 de la presente sentencia, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”*<sup>58</sup>.

Sentencia que originaría una gran controversia doctrinal y que sería expedida en un escenario de división de posturas entre los propios Magistrados del Tribunal Constitucional, sería la emitida en el Exp. N° 0139-2013-PA/TC (Caso: P.E.M.M.) en la que se intentó dar una respuesta a las demandas constitucionales a través de las cuales se solicitaba el

---

56 Cfr. Sentencia publicada con fecha 15/11/2010.

57 Cfr. Sentencia publicada con fecha 11/09/2012.

58 Cfr. Sentencia publicada con fecha 13/06/2013.

cambio de identidad sexual. De acuerdo con lo decidido en el extremo segundo de la respectiva parte resolutive “...*la presente sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*”<sup>59</sup>.

Ejecutoria bastante importante y que pertenece al tramo temporal del actual Tribunal Constitucional, es la recaída en el Exp. N° 0295-2012-PHC/TC (Caso: Aristóteles Román Arce Paucar) en cuyos fundamentos sexto, séptimo, noveno, décimo, décimo primero y décimo segundo se desarrollan importantes criterios en relación al plazo razonable en la duración de los procesos penales, los mismos que conforme a lo señalado en el cuarto extremo de la parte resolutive se constituyen “...*a partir de la fecha...*” como “...*doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en trámite*”<sup>60</sup>.

No tan pacífica por razones que más adelante explicaremos, pero también constitutiva de doctrina es la ejecutoria emitida en el Exp. N° 2114-2014-PA/TC (Caso: Inocente Pulucho Cárdenas) en la que se incorporan criterios en relación a los intereses capitalizables para deudas generadas en materia pensionaria. De acuerdo con lo precisado en el segundo extremo resolutive se declara que “...*a partir de la fecha, los fundamentos 20 y 30 de la presente resolución constituyen doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en trámite o en etapa de ejecución, en los que se encuentre por definir la forma de cálculo de los intereses legales en materia pensionaria*”<sup>61</sup>.

En una línea muy similar a la anterior nos encontramos con la resolución expedida en el Exp. N° 1761-2014-PA/TC (Caso: Noemi Irene Zanca Huayhuacuri) en la que se instituye como regla para la procedencia de los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales la exigencia de un nuevo requisito, consistente en la copia de la resolución o resoluciones judiciales objeto de cuestionamiento. Tal temperamento queda

---

59 Cfr. Sentencia publicada con fecha 05/05/2014.

60 Cfr. Sentencia publicada con fecha 03/06/2015.

61 Cfr. Resolución publicada con fecha 07/07/2015.

definido en el extremo tercero de la parte resolutive en la que se declara *“..que a partir de la fecha... el fundamento 6 de la presente resolución constituye doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en los que se encuentre por definir el cumplimiento de los presupuestos procesales para admitir a trámite la demanda”*<sup>62</sup>.

Especial comentario nos merece la ejecutoria recaída en el Exp. N° 6681-2013-PA/TC (Caso: Richard Nilton Cruz Llanos)<sup>63</sup> pues aunque no se nos presenta exactamente como un caso de doctrina constitucional expresa, puede decirse de alguna manera que lo es implícitamente, por los alcances que posee, ya que de sus fundamentos segundo a décimo tercero, se aprecia diversos criterios tendientes a morigerar la aplicación que venía dándose al precedente constitucional vinculante establecido hace algún tiempo atrás mediante la sentencia recaída en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC (Caso: Rosalia Beatriz Huatuco Huatuco)<sup>64</sup>.

Sentencia que también puede ser destacada, es la recaída en el Exp. N° 1423-2013-PA/TC (Caso: Andrea Celeste Alvarez Villanueva) que aunque desarrolla criterios similares a los establecidos en sentencia emitida en el Exp. N° 5527-2008-PHC/TC, esta vez los aplica para el caso de las alumnas y/o cadetes que sean objeto de separación por razones de embarazo de las escuelas de formación pertenecientes a las Fuerzas Armadas. De conformidad con ello y de acuerdo a lo establecido en el punto resolutive tercero, se ordenara *“...a todos los jueces que tengan en trámite demandas donde el acto cuestionado se encuentre fundamentado en las disposiciones legales aquí analizadas, que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 138 de la Constitución, ejerzan control difuso observando las interpretaciones realizadas por este Tribunal en el presente caso, bajo responsabilidad”*<sup>65</sup>.

Otra de las ejecutorias, sin duda importante, será expedida en el Exp. N° 6040-2015-PA/TC (Caso: Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga) mediante la cual y por decisión mayoritaria, se establecerán nuevos criterios, esta vez definitivamente abiertos, en relación a las demandas judiciales mediante

---

62 Cfr. Resolución publicada con fecha 07/09/2015.

63 Cfr. Sentencia publicada con fecha 20/07/2016.

64 Cfr. Sentencia publicada con fecha 01/06/2015.

65 Cfr. Sentencia publicada con fecha 08/09/2016.

las cuales se solicite el cambio de identidad sexual, tal y cual aparece de los fundamentos primero a décimo octavo, consecuencia de lo cual, y conforme a lo señalado en el punto resolutivo segundo se dispone “*Dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia 0139-2013-PA/TC*”<sup>66</sup>.

Más recientemente se tiene como un típico caso de ejecutoria con doctrina constitucional expresa a la recaída en el Exp. N°1413-2017-PA/TC (Caso: Juan Fernando Ruelas Noa) que por mayoría determinara criterios a considerar en relación a la tenencia de mascotas al interior de los edificios, tal y cual se dejara señalado en el apartado cuarto de su parte resolutive al establecerse “*que a partir de la fecha, los fundamentos 19 y 20 de la presente sentencia constituyen doctrina jurisprudencial, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*”<sup>67</sup>.

Finalmente tenemos el caso de lo resuelto en el Exp. N° 0367-2016-PHC/TC (Caso: Oscar Ríos Silvano) que se pronunciara sobre el respeto a la interculturalidad de las personas que participan en el marco de los procesos constitucionales disponiendo en el punto resolutive de la sentencia que “*Los principios enunciados en el fundamento 44, constituyen doctrina jurisprudencial vinculante en atención a lo dispuesto por el artículo VI del Código Procesal Constitucional*”<sup>68</sup>.

De este recuento, que tampoco es completo, se puede pues apreciar que los estilos han sido diferenciados al momento de generar doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante. Estos, como se reitera, han respondido a dos variantes. Aunque mayoritariamente se ha generado doctrina tras la reiteración de posturas en varios casos, en otras ocasiones (que no son pocas) se ha creado la misma a partir de un solo caso que, matices más o matices menos en la forma en que ha sido analizado, ha dado por resultado su inevitable reconocimiento.

#### **b) La aprobación de la Doctrina o Jurisprudencia Constitucional. Pleno o Sala. Sentencias o Autos**

Un detalle que no formal, deja de ser particularmente relevante tiene que ver con la forma como se ha venido aprobando por lo menos durante buen

---

66 Cfr. Sentencia publicada con fecha 08/11/2016.

67 Cfr. Sentencia publicada con fecha 09/07/2019.

68 Cfr. Sentencia publicada con fecha 19/10/2020.

tiempo la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante por parte del Tribunal Constitucional.

En apariencia y por tratarse de criterios o líneas de discernimiento que habrán de marcar un derrotero obligatorio en el obrar de jueces y Tribunales, la doctrina o jurisprudencia vinculante debiera en principio ser aprobada por decisión consensuada (siete votos conformes) o cuando menos mayoritaria (cuatro de siete), sin embargo otra cosa es lo que a veces o durante diversos tramos parece haberse apreciado en la práctica.

En efecto, aunque en las ocasiones en las que ha sido el Pleno del Tribunal el que ha decidido la adopción de doctrina vinculante, la misma ha sido aprobada por la totalidad o la mayoría de sus Magistrados; también se han dado casos en los que a partir del esquema funcional mediante Salas, una buena cantidad de pronunciamientos generadores de doctrina, lo fueron sólo por tres de sus integrantes, lo que en nuestro concepto y a la luz de lo que representa el quórum total del Colegiado, pudo no ser tal vez lo más idóneo.

Por supuesto, no es que el funcionamiento del Tribunal mediante Salas, pueda calificarse como cuestionable en relación a otro tipo de decisiones, sin embargo creemos que la adopción de acuerdos de relevancia como aquellos que involucran generación de doctrina, debieran haber merecido otro tipo de trámite. Ello hubiera despejado, por lo menos en sus orígenes, cualquier atisbo de duda sobre la legitimidad o no de determinadas posturas.

Conviene recordar al respecto que a lo largo de la historia jurisprudencial de nuestro Colegiado, fueron diversas las decisiones que se adoptaron por el Pleno, mientras que otras tantas lo fueron por acuerdo de Sala.

Dentro de aquellas decisiones constitutivas de doctrina que se aprobaron por la totalidad o la mayoría de los Magistrados del Tribunal tenemos por ejemplo a las recaídas en los Expedientes N° 0646-1996-AA/TC (7 Magistrados), N° 0942-1996-HC/TC (4 Magistrados), N° 0020-1995-AA/TC (4 Magistrados), N° 0953-1997-HC/TC (4 Magistrados), N° 0109-1998-HC/TC (4 Magistrados), N° 0612-1998-AA (4 Magistrados), N° 0189-1999-AA/TC (4 Magistrados), N° 1211-1999-AA/TC (4 Magistrados)<sup>69</sup>, N° 0008-2003-AI/TC (7 Magistrados),

---

69 Pertinente es puntualizar que las sentencias recaídas en los Expedientes N° 0942-1996-HC/TC, N° 0020-1995-AA/TC, N° 0953-1997-HC/TC, N° 0109-1998-HC/TC,



Nº 2915-2004-HC/TC (5 Magistrados), Nº 0911-2007-PA/TC (6 Magistrados), Nº 5287-2008-PA/TC (7 Magistrados), Nº 0252-2009-PA/TC (7 Magistrados), Nº 0004-2009-AA/TC (7 Magistrados), Nº 5496-2011-PA/TC (6 Magistrados), Nº 0139-2013-PA/TC (4 Magistrados), Nº 0295-2012-PHC/TC (7 Magistrados), Nº 2214-2014-PA/TC (6 Magistrados), Nº 1761-2014-PA/TC (6 Magistrados), Nº 6681-2013-PA/TC (4 Magistrados), Nº 1423-2013-PA/TC (6 Magistrados) y Nº 6040-2015-PA/TC (4 Magistrados).

Tenemos en cambio dentro de aquellas decisiones que establecieron doctrina vinculante, a nivel de Sala a las recaídas en los Expedientes Nº 2366-2003-PA/TC (3 Magistrados), Nº 4107-2004-HC/TC (3 Magistrados), Nº 4972-2006-PA/TC (3 Magistrados), Nº 0168-2007-Q/TC (3 Magistrados), Nº 6546-2006-PA/TC (3 Magistrados), Nº 0201-2007-Q/TC (3 Magistrados), Nº 5527-2008-PHC/TC, Nº 4878-2008-PA/TC (3 Magistrados), Nº 0607-2009-PA/TC (3 Magistrados) y Nº 1133-2012-PHD/TC (3 Magistrados). En este último caso, por cierto, tampoco estamos diciendo que estas ejecutorias hayan quedado perennemente condenadas a sólo contar con el apoyo de una minoría, pues lo real es que a la larga la mayoría de ellas fueron a su vez validadas por algunos o la totalidad de Magistrados Constitucionales a la luz de posteriores casos.

Para definir de alguna forma este tipo de situaciones, el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional aprobado en su día mediante Resolución Administrativa Nº 095-2004-P-TC<sup>70</sup> intento clarificar las cosas, precisando de alguna forma el procedimiento a seguir.

Actualmente y en el caso específico de la doctrina, la referencia jurídica la tenemos contenida en el artículo 13<sup>71</sup> de la antes citada fuente cuyo texto precisa que *“Los procesos referidos en el artículo 11, iniciados ante las respectivas Salas de las Cortes Superiores, y todos los que, al ser*

---

Nº 0612-1998-AA, Nº 0189-1999-AA/TC, Nº 1211-1999-AA/TC, entre otras, fueron emitidas en la época en que el Tribunal Constitucional sólo contaba con cuatro de sus Magistrados Constitucionales, al haberse destituido a tres de ellos de manera irregular por motivos de sobra conocidos. Con todo y desde el punto de vista rigurosamente formal, fueron decisiones de Pleno.

70 Este reglamento ha sido hasta la fecha objeto de varias reformas o modificaciones como consecuencia de los nuevos razonamientos de los plenos del Tribunal Constitucional y de los cambios en la legislación procesal constitucional.

71 Modificado por el Artículo Único de la Resolución Administrativa Nº 016-2006-P/TC del 27 de enero del 2006.

*resueltos, puedan establecer jurisprudencia constitucional o apartarse de la precedente, deben ser vistos por el Pleno, a petición de cualquiera de sus miembros. En tales casos se procede conforme al artículo 5 de la Ley N° 28301*<sup>72</sup>.

Otro de los aspectos que tiene que ver con el procedimiento de aprobación de la doctrina vinculante y que no deja de ser particularmente curioso, se refiere al tipo de resolución utilizada por el Colegiado al momento de formalizarla.

Al respecto y aunque puede decirse que la casi totalidad de ejecutorias que dieron nacimiento a la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante fueron en rigor sentencias, esto es, pronunciamientos que de una forma o de otra se encaminaron a dilucidar sobre el fondo de la controversia, existen sin embargo, algunos casos, en los que la aprobación de la doctrina fue validada por vía de un auto, lo que podría estar sujeto a discusión, habida cuenta de la naturaleza incidental de los mismos.

Ejemplos de este proceder los tenemos en los casos de las decisiones recaídas en los Expedientes N° 0168-2007-Q/TC y N° 0201-2007-Q/TC provenientes de antiguas conformaciones que tuvo el Tribunal Constitucional. Pero también los encontramos en la actual conformación, como se deduce de las resoluciones recaídas en los Expedientes N° 2214-2014-PA/TC y N° 1761-2014-PA/TC que adoptaron la forma de un auto.

Si esto es procesalmente correcto o no habrá que merituarlo en otro momento. En nuestro concepto y por la trascendencia de la decisión adoptada la doctrina debe nacer fundamentalmente de sentencias, salvo que la naturaleza del caso o el particular contexto de la tramitación realizada, justificara de alguna forma un tratamiento de suyo especial.

### **c) La aplicación de la Doctrina o Jurisprudencia Constitucional en el tiempo**

Asunto que si resulta especialmente sensible y sobre el que parece no haberse efectuado mayores reflexiones tiene que ver con los efectos en

---

72 La Ley N° 28301 es la vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de acuerdo con lo señalado en el Artículo 5, al cual se remite “El quorum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos”.

el tiempo que pueda atribuirse a la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante.

Con ocasión de otros estudios anteriores dedicados en particular al tratamiento del precedente constitucional vinculante, ya advertíamos acerca de las consecuencias que pueden generarse cuando una determinada posición es asumida con carácter obligatorio y tales efectos se irradian sobre todo tipo de situaciones, particularmente sobre los procesos judiciales en trámite<sup>73</sup>.

No vamos a reproducir aquí lo que dijimos en su momento. Bastara con señalar que para quien quiera que conozca realmente la Constitución, es totalmente inobjetable que una de las reglas básicas del debido proceso es el procedimiento preestablecido por la ley (Artículo 139º inciso 3) que obliga a título de derecho del justiciable y de principio de la función jurisdiccional, a que *“Ninguna persona pueda... ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos”*, esto es, a que las reglas de juego conforme a las cuales inicia su participación en un proceso determinado no puedan ser desvirtuadas o desnaturalizadas a mitad de camino, so pena de desvirtuar o volver añicos diversos principios esenciales, entre ellos por supuesto, la seguridad jurídica.

Está claro que con la doctrina al igual que con el precedente, pueden innovarse las condiciones y dicha innovación puede ser capaz de incidir en todas las direcciones temporales, sin embargo, una cosa es cambiar para bien, esto es, en sentido favorable, y otra totalmente distinta cambiar para mal, creando condiciones inevitablemente desfavorables.

Cuando la doctrina constitucional obliga a los jueces y tribunales a aplicar en adelante determinados criterios, no tiene ello nada de cuestionable si el cambio, cualquiera que sea su sentido, empieza a regir con las nuevas situaciones y los procesos recién generados a la luz de las mismas, el problema sobreviene, cuando se ordena que dicho cambio proceda hacia atrás incidiendo incluso sobre los procesos en trámite.

Una aplicación hacia atrás o retroactiva que favorezca no tendría que generar mayor debate, cuando la propia Constitución lo permite. El problema es distinto, cuando tal tipo de aplicación, lejos de favorecer termina

---

73 Cfr. principalmente, Sáenz Dávalos, Luis R.- “El camino del precedente constitucional vinculante”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, N° 83, págs. 32-35.

perjudicando. Que se sepa, ni el legislador ordinario tiene capacidad para generar normas con efecto retroactivo salvo que aquellas beneficien. No entendemos como así lo podría hacer el Tribunal Constitucional cuando este último al igual que cualquier otro órgano constitucional, se encuentra igual de sometido a la Constitución y su esquema de prohibiciones.

Si ya es discutible que se pueda proceder de dicha forma con los precedentes vinculantes, más cuestionable aún es hacerlo con la doctrina cuando esta por lo menos en puridad, está constituida por criterios interpretativos que de una manera o de otra direccionan el sentido con el que debemos entender el ordenamiento jurídico.

Desde nuestro punto de vista hay un problema en el uso de la doctrina constitucional vinculante cuando de sus efectos normativos se trata. Existen ejecutorias que disponen aplicar lo desarrollado incluso a los procesos en trámite, sin reparar en el sentido favorable o desfavorable de tales directrices interpretativas.

Ejemplos de sentencias que han creado doctrina constitucional y que de manera implícita o explícita ha incidido sobre procesos en trámite con efecto notoriamente favorable, se han dado en diversas épocas. Dentro de aquellas y sin afán exhaustivo podemos mencionar las siguientes:

La ejecutoria recaída en el Exp. N° 0646-1996-AA/TC que permitió que en todos los procesos constitucionales en los que invocara las excepciones de caducidad y falta de agotamiento de la vía previa, se procediera a la desestimatoria de las mismas, acorde con los nuevos criterios que dicha ejecutoria establecía sobre dicha materia.

La Sentencia emitida en el Exp. N° 0612-1998-AA/TC que posibilitó que las demandas de amparo contra amparo existentes hasta el momento de la emisión de dicho pronunciamiento se sujetaran a las reglas de procedencia por entonces establecidas.

La ejecutoria recaída en el Exp. N° 0189-1999-AA/TC que permitió que las demandas de amparo arbitral, por lo general desestimadas, se sometieran a las reglas de procedencia que a partir de dicho momento se reconocían.

La sentencia recaída en el Exp. N° 2366-2003-AA/TC que habilitó la procedencia de demandas de amparo electoral dentro de los criterios que a partir de dicho momento se reconocían.

La ejecutoria emitida en el Exp. N° 2915-2004-HC/TC que incorporó nuevos criterios en materia de plazo razonable en la detención preventiva a ser aplicados dentro de los procesos penales.

La sentencia expedida en el Exp. N° 4107-2004-HC/TC que reconoció diversas excepciones a la regla de firmeza contemplada en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional para los casos de habeas corpus contra resoluciones judiciales.

La ejecutoria recaída en el Exp. N° 5527-2008-PHC/TC que impuso la necesidad de ejercer el control difuso frente a todas aquellas normas que sancionen el embarazo como infracción o falta disciplinaria dentro de los centros de educación policial.

La Sentencia recaída en el Exp. N° 0607-2009-PA/TC que estableció una serie de obligaciones para los Magistrados en los casos en que conozcan de solicitudes de actuación inmediata de sentencia.

La ejecutoria emitida en el Exp. N° 0252-2009-PA/TC que estableció un tratamiento mucho más amplio o flexible en el régimen de prescripción dentro de los procesos de amparo contra resoluciones judiciales.

La sentencia expedida en el Exp. N° 0004-2009-PA/TC que habilito el recurso de apelación por salto en los casos de incumplimiento o desnaturalización de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional.

La ejecutoria recaída en el Exp. N° 5496-2011-PA/TC que habilito el recurso de agravio verificador de la homogeneidad del acto lesivo.

La sentencia recaída en el Exp. N° 0295-2012-PHC/TC que establece nuevas reglas en materia de plazo razonable en la duración de los procesos penales.

La ejecutoria emitida en el Exp. N° 1423-2013-PA/TC que estableció la obligación de ejercer el control difuso frente a todas aquellas normas que sancionen el embarazo como infracción o falta disciplinaria dentro de los centros de educación militar.

La sentencia recaída en el Exp. N° 1413-2017-PA/TC que impuso criterios a seguir para los propietarios o residentes de edificios donde se cuente con mascotas.

La ejecutoria expedida en el Exp. N° 0367-2016-PHC/TC que desarrolla principios sobre respecto a la interculturalidad en el marco de tramitación de los procesos constitucionales.

Al contrario de ello, ejecutorias que han incorporado doctrina jurisprudencial obligatoria aplicable a los procesos en trámite y cuyo contenido puede considerarse como evidentemente desfavorable, existen bastante pocas. Entre ellas podemos citar dos ejemplos relativamente cercanos:

La sentencia recaída en el Exp. N° 2214-2014-PA/TC que estableció la prohibición de capitalizar intereses legales en materia pensionaria, no obstante existir jurisprudencia que permitía una opción distinta de suyo mucho más favorable.

La ejecutoria emitida en el Exp. N° 1761-2014-PA/TC que incorporó un nuevo requisito de procedibilidad en los casos de procesos constitucionales contra resoluciones judiciales, no obstante existir un régimen legal y jurisprudencial anterior que no establecía la exigencia de acompañar a las demandas respectivas la copia de la resolución objeto de cuestionamiento.

Con independencia de compartir o no los criterios que estas decisiones presuponen, es un hecho que al establecer condiciones menos beneficiosas que aquellas que venían dándose con anterioridad, no deberían haber sido aplicados sino a los procesos que pudieran tramitarse recién tras la puesta en vigencia de la citada doctrina. El haber aplicado dichos criterios restrictivos a procesos que nacieron en el contexto de otras reglas jurisprudenciales e incluso legales, colisiona desde nuestra óptica con el derecho al procedimiento preestablecido por la ley.

Tal vez una lección de cómo corregir un criterio de este tipo, nos la pueda graficar lo acontecido con la ejecutoria recaída en el Exp. N° 2663-2009-PHC/TC (Caso: Edwin Walter Martínez Moreno) que, como es bien sabido, creo el recurso de agravio especial a favor del orden constitucional, en la lógica de permitir que las sentencias constitucionales estimatorias (favorables a la parte quejosa) que tuviesen alguna relación con investigaciones derivadas del delito de tráfico ilícito de drogas, pudiesen ser revisadas por el Tribunal Constitucional<sup>74</sup>.

Cuando esta sentencia fue emitida muchos se preguntaron si el Procurador Público que era a quien correspondía promover el citado

---

74 Cfr. Sentencia publicada con fecha 17/08/2010.

medio impugnatorio, podía interponerlo contra todas las sentencias estimatorias que se le ocurriera, independientemente de la época o periodo en que las mismas hubiesen sido expedidas, con evidente perjuicio de todo aquel que en su momento hubiese podido obtener sentencia constitucional en su favor.

La respuesta primigenia a dicha interrogante, curiosamente la encontramos explicitada en el tercer extremo resolutivo de la sentencia recaída en el Exp. N° 02748-2010-PHC/TC (Caso: Alexander Mosquera Izquierdo), emitida prácticamente de modo paralelo a la anterior y en la que a título de “...doctrina jurisprudencial... que debe ser observada, respetada y aplicada de manera inmediata por todos los jueces de la República, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional” se dijo que la Procuraduría se encontraba habilitada, independientemente del plazo, para promover recursos de este tipo<sup>75</sup>.

Una postura como la descrita en esta segunda ejecutoria, evidentemente y sin duda alguna, hubiese resultado francamente abusiva, pues hubiese permitido no sólo inundar al Tribunal Constitucional con impugnatorios de este tipo, sino que virtualmente hubiese justificado exhumar sentencias constitucionales de fechas absolutamente pretéritas, so pretexto de una supuesta defensa del orden constitucional.

El mismo Tribunal Constitucional, percatándose del indudable desacierto que tal posición encerraba, tuvo que verse forzado a corregir prácticamente de inmediato dicho temperamento mediante la sentencia emitida en el Exp. N° 03245-2010-PHC/TC (Caso: Jesús Belisario Esteves Ostolaza y otro) cuyo fundamento quinto dejó claramente establecido que si bien “...en la sentencia recaída en el Exp. N° 02748-2010-PHC/TC este Tribunal Constitucional estableció que los procuradores pueden interponer el recurso de agravio constitucional contra la sentencia estimatoria de segunda instancia en cualquier plazo... ello fue establecido en virtud de posibilitar la revisión por parte de este Tribunal Constitucional de aquellas sentencias que indebidamente fueron declaradas fundadas contra procesos judiciales o investigaciones preliminares en materia de tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, esta regla no puede permanecer sine die, sin el peligro de atentar seriamente contra la seguridad jurídica. Es así que, habiendo transcurrido un plazo prudencial desde la publicación de la referida sentencia este Tribunal Constitucional advierte que desde la fecha de publicación

---

75 Cfr. Sentencia publicada con fecha 17/08/2010.



*de la presente sentencia el plazo para la interposición del recurso de agravio es el previsto en el artículo 18° del CPCons.*"<sup>76</sup>.

Aplicar criterios nuevos de inmediato o sobre los procesos en trámite cuando se sabe que los mismos podrían generar consecuencias evidentemente negativas o francamente perniciosas, no es pues un asunto baladí o intrascendente, sino algo que impone obligada merituación dentro del propio marco constitucional.

**d) ¿Supuestos para generar Doctrina Jurisprudencial Vinculante?**

No es en vano que colocamos la interrogante, pues estamos convencidos, que a diferencia de lo que ocurre con el precedente constitucional, con la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante es virtualmente imposible establecer un catálogo de supuestos tendiente a delimitar su procedencia.

En la medida en que la formación de criterios o líneas de raciocinio se sustenta en la tarea interpretativa que permanentemente ejerce el Tribunal Constitucional tras conocer de los diversos procesos de defensa de la Constitución y esta última es prácticamente ilimitada en relación con las materias sobre las que puede llegar a versar (todo el ordenamiento jurídico se interpreta de conformidad con la Constitución), las posibilidades de sentar doctrina o jurisprudencia se encuentran abiertas a todos los escenarios posibles.

Quiere esto decir que el Supremo Interprete de la Constitución podrá crear doctrina o jurisprudencia en cada ocasión en que estime por conveniente realizar explicaciones sobre cualquier aspecto constitucional, sea que este se encuentre directamente reconocido en la norma fundamental, sea que se encuentre basado en cualquier otra norma del ordenamiento emitida conforme con aquella.

De esta forma, estaremos antes supuestos que legitimaran el nacimiento de la doctrina constitucional no sólo en los tradicionales casos que por lo general justifican el nacimiento de un precedente constitucional (contradicciones jurisprudenciales, interpretaciones erróneas, vacíos legislativos, interpretaciones alternas, conductas inconstitucionales con efectos generales, cambio de orientaciones jurisprudenciales), sino en contextos mucho mas

---

76 Cfr. Sentencia publicada con fecha 14/10/2010.

variables o abiertos, con la única diferencia que mientras el precedente creara reglas con contenido normativo, la doctrina principalmente incidirá en criterios o líneas de raciocinio.

## VI. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA O JURISPRUDENCIA JUDICIAL VINCULANTE ESTABLECIDA POR EL PODER JUDICIAL

Este último apartado, en realidad bastante breve, pretende precisar si la doctrina o jurisprudencia vinculante emitida por el Poder Judicial, tiene los mismos alcances que la doctrina o jurisprudencia derivada del Tribunal Constitucional.

Aunque el tratamiento jurídico de la doctrina derivada del Poder Judicial, tiene por base lo dispuesto en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo título se denomina *“Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial”* y cuyo primer párrafo nos precisa que *“Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales”*, el problema viene luego, cuando los párrafos posteriores de la misma disposición consideran que *“Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan”* agregando asimismo que *“Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”*.

De una lectura integral del citado dispositivo, se evidencia una cierta confusión en los conceptos utilizados, pues aunque la idea de fondo pareciera ser la de establecer una cierta regulación de la doctrina o jurisprudencia judicial, la alusión hasta en tres oportunidades a la fórmula precedente

obligatorio, termina por generar más de una incertidumbre alrededor de la técnica jurisprudencial que realmente se quiere reconocer.

Rigurosamente hablando, el precedente solo representa reglas objetivas con carácter normativo. Estas últimas sin embargo en ningún momento son mencionadas en la disposición que aquí se comenta, la que por el contrario y como se observa sólo habla de principios o de criterios, que es más bien lo característico en la doctrina jurisprudencial.

La confusión así planteada pareciera haberse resuelto con lo dispuesto en los códigos procesales ordinarios que han optado por regular directamente la técnica del precedente judicial en específico.

Es lo que ocurre con el Artículo 301-A inciso 1) del Código de Procedimientos Penales, incorporado por conducto del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 959 cuyo texto establece:

*“Artículo 301-A.- Precedente Obligatorio.*

1. *Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema 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. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial”.*

Sin embargo la incertidumbre vuelve a plantearse cuando el inciso 2) de la misma norma que aquí se cita agrega luego que:

“2. *Si se advirtiera que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo -en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional- se convocara inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta. En este supuesto no se requiere la intervención*

*de las partes, pero se anunciara el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial”.*

La remisión a unos criterios discrepantes en la interpretación o aplicación de una determinada norma, podría estar refiriéndose nuevamente a la doctrina jurisprudencial, aunque por supuesto también cabría la posibilidad de que este segundo inciso se asuma de manera autónoma al primero de los señalados.

En el caso del Artículo 400° del Código Procesal Civil, modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 29364, la referencia a la técnica del precedente judicial es mucho más pacífica y directa.

*“Artículo 400°.- Precedente Judicial.*

*La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.*

*La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.*

*Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.*

*El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad”.*

Vistas estas normas en perspectiva podría afirmarse que lo que la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoció ha sido en estricto doctrina, mientras que lo que los Códigos Procesales ordinarios regularon fueron en rigor y más allá de algunos matices, típicas variantes de precedente judicial.

Ahora bien, lo curioso del caso es que fuera de estas normas, no existe una regulación detallada específicamente vinculada a la doctrina o jurisprudencia obligatoria derivada del Poder Judicial, con lo cual y de manera

mucho más discrecional que lo que acontece con la doctrina vinculante del Tribunal Constitucional, la primera se ha venido desarrollado de una manera bastante heterodoxa.

Evidencia de lo señalado tal vez lo encontremos en el siguiente detalle. Mientras que está claro que la doctrina o jurisprudencia constitucional que establece el Tribunal Constitucional solo es obligatoria para los jueces y Tribunales del país y no así para el resto de poderes públicos u órganos constitucionales (a diferencia de lo que ocurre con el precedente constitucional), la doctrina o jurisprudencia judicial parece que tiende a la obligatoriedad no sólo en relación a los órganos del Poder Judicial (lo que sería perfectamente natural) sino que también se expande (o pretende hacerlo) hacia el ámbito de otros poderes públicos.

Un ejemplo de este tipo de práctica, lo verificamos en la ejecutoria emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el marco de la Casación N° 626-2013 (Moquegua), mediante la cual se establece doctrina jurisprudencial sobre la audiencia, motivación y elementos (*fumus delicti comisi*, pena probable, peligro procesal -peligro de fuga-) de la medida de prisión preventiva<sup>77</sup>.

La importancia de este pronunciamiento esta fuera de toda duda, como las muy bien desarrolladas consideraciones en torno al juicio de proporcionalidad de la medida cautelar de prisión preventiva. La interrogante es otra y consiste en saber, como así o en base a qué tipo de norma puede el Poder Judicial imponerle mandatos de actuación al Ministerio Público, cuando este último se supone que es un órgano constitucional autónomo.

La idea de que el Ministerio Público fundamente adecuadamente y con sujeción al principio de proporcionalidad los pedidos de prisión preventiva no es mala en lo absoluto y hay que reconocerlo, pero tenemos serias dudas de que ello pueda imponerse vía doctrina o jurisprudencia derivada del Poder Judicial, a menos claro está, que exista fuente normativa para ello.

Estamos convencidos que al igual como sucede con diversos aspectos de la doctrina o jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, con la doctrina del Poder Judicial, existe la necesidad de una mayor

---

77 Cfr. Ejecutoria publicada con fecha 27/02/2016 en el Diario Oficial El Peruano.

delimitación en torno de su ejercicio y alcances. Caso contrario nos seguiremos moviendo dentro de un escenario de usos y costumbres que aunque ciertamente podrán permanecer estables durante mucho tiempo, también podrán cambiarse en cualquier momento o bajo cualquier tipo de contexto.

Lima, agosto del 2022.





# DERECHOS INNOMINADOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



*Lelia Lourdes Lazo Cornejo\**

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Los derechos innominados en nuestro ordenamiento jurídico. 3. El reconocimiento de los derechos innominados en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 3.1 Derecho al mínimo legal. 3.2. El derecho al agua potable. 3.3. El derecho a la vivienda adecuada. 3.4. El derecho a la verdad. 4. Control de Convencionalidad. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

**Palabras clave:** Derechos innominados, derechos humanos, Constitución, Jurisprudencia, Tribunal Constitucional, Control de Convencionalidad.

## RESUMEN:

**E**ste artículo está dirigido a analizar los derechos innominados que se encuentran identificados y desarrollados en la Jurisprudencia realizada por el Tribunal Constitucional Peruano.

### 1. INTRODUCCIÓN:

La Constitución “es la norma básica del ordenamiento de un Estado, encargada de establecer la regulación jurídica del poder político”<sup>1</sup> y de

---

\* Docente de la Universidad Católica de Santa María, Magister en Derecho Constitucional y con estudios de Doctorado por la misma Universidad.

1 Guzmán Napuri, Christian, La Constitución Política: Un análisis funcional, Primera Edición, Gaceta Jurídica, Perú, 2015, p. 15.

contener los derechos fundamentales de las personas. Nuestra Constitución opera entonces “como la norma que justifica, limita y organiza el poder estatal, estableciendo parámetros al accionar del Estado, definidos por los derechos fundamentales de las personas y por un conjunto de principios, conceptos e instituciones”<sup>2</sup>. (Guzmán, 2015, p.16)

Entonces al hablar de Constitución evidentemente también nos vamos a referir a los derechos fundamentales, los que podemos definir como “los derechos humanos constitucionalizados” es decir, como un “conjunto de bienes humanos esenciales debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, cuyo goce o adquisición le deparan grados de realización, y que han sido recogidos expresa o tácitamente en la Constitución”<sup>3</sup>.

Toda construcción ideal del derecho está basada en la persona, en el ser humano, en su protección, defensa y reconocimiento de su dignidad, por ello podemos decir que “la persona es una realidad con una serie de carencias, necesidades o exigencias que son esenciales porque brotan de la esencia o naturaleza humana”<sup>4</sup> y “a la vez, la persona es un absoluto porque es fin en sí misma, no es un medio”<sup>5</sup>. (Castillo, 2021, p.69)

Por ello, entendemos que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, así lo establece el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, en tal sentido, todo derecho debe interpretarse de manera preferente al ser humano y no al Estado. Esta interpretación, denominada favor homine o pro homine, se encuentra presente en todo el derecho público y se basa en el principio de preferencia por los derechos fundamentales.

Según la Corte Suprema (2019), “el principio pro homine, es un criterio hermenéutico que tiene prevalencia en materia de derechos humanos, que permite hacer una interpretación amplia y no restrictiva de mejor protección a la persona humana y puede activarse su aplicación ante una pluralidad de normas aplicables, y optarse por aquella norma ius fundamental que

---

2 Guzmán Napuri, Christian, La Constitución Política: Un análisis funcional, Primera Edición, Gaceta Jurídica, Perú, 2015, p. 16.

3 Castillo Córdoba, Luis, Constitución y Tribunal Constitucional, Primera Edición, Perú, 2021, p. 69.

4 Ibidem.

5 Kant, Immanuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Segunda edición, Ariel Filosofía, Barcelona, 1996, p. 187.

garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos”<sup>6</sup>.

En esta misma senda, debemos mencionar al Tribunal Constitucional peruano, como el “guardián y órgano supremo de interpretación de la Constitución, al que corresponde la función de velar por hacer de la Constitución una verdadera norma fundamental de vigencia plena”<sup>7</sup>. (Castillo, 2021, p. 166)

Nos queda claro, que a través de la Constitución, se garantiza el respeto a los derechos humanos fundamentales, sin embargo, se debe considerar que no solo los derechos escritos en dicho catálogo constitucional son los que existen, sino que en el devenir de los años hemos sido testigos de los cambios y transformaciones que sufre el derecho en general, lo que conlleva al reconocimiento de nuevos derechos que podemos encontrarlos en la vasta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que a la postre serán conocidos como derechos innominados.

## **2. LOS DERECHOS INNOMINADOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO:**

En nuestra Constitución Política del Perú, de 1993, se describen y enuncian diversos derechos fundamentales de la persona humana, en una suerte de enumeración que parece ser taxativa y cerrada, sin embargo esto no es así, ya que en el artículo 3°, la norma suprema expresa lo siguiente: “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”, en ese contexto diremos que nos encontramos frente a lo que se denomina derechos innominados.

Las sociedades no son estáticas, se encuentran en constante movimiento, transformación, y aparecen nuevos paradigmas en base a distintos avances científicos y tecnológicos, los cuales van a impactar en la evolución de los derechos fundamentales y en la “aparición” de nuevos derechos, que no

---

6 Casación N° 333-2019, Ica, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria.

7 Castillo Córdoba, Luis, Constitución y Tribunal Constitucional, Primera Edición, Perú, 2021, p. 166.

son nuevos, sino que son inherentes a todo ser humano por el hecho de serlo y que solo falta que alguien los reconozca entre los distintos hechos que se presentan en la constante interacción humana.

El surgimiento de derechos innominados se debe a varios factores: 1) El fenómeno de la globalización económica y política. 2) Los avances científicos y tecnológicos. 3) La internacionalización de los derechos humanos y de garantías para su tutela, lo cual ha dejado de ser un asunto de competencia exclusiva de los Estados, aunque son los primeros garantes, de conformidad con el principio de subsidiaridad o complementariedad”<sup>8</sup>.

Estos derechos innominados al ser derechos fundamentales que existen se encuentran en espera de reconocimiento y tutela en nuestro ordenamiento jurídico, como se diría, esperan ser positivizados, para que el ser humano y la sociedad en general tome conciencia de su existencia, de su contenido y por lo tanto respete el derecho de los demás.

### **3. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS INNOMINADOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:**

En el desarrollo jurisprudencial de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano (TC), éste ha determinado la existencia de nuevos derechos fundamentales, que no se encuentran determinados explícitamente en la Constitución, sino vía interpretación e invocación constante por parte del Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo 3° de nuestra Constitución Política, que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno, ante ello mencionaremos algunos derechos innominados desarrollados y reconocidos por el TC en su diversa jurisprudencia:

#### **3.1. El derecho al mínimo legal:**

En la Sentencia recaída en el Exp. N° 03752-2009-PA/TC, el TC, mencionó y desarrollo lo siguiente:

---

8 file:///D:/Users/Usuario/Desktop/Derechos%20innominados/derechos%20innominados.pdf. Los derechos innominados en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional. Dr. Haideer Miranda Bonilla.

*Estas obligaciones derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos, de proveer niveles adecuados de vida para las personas y sus familias, así como de satisfacer mínimos en la protección de los derechos sociales y en la atención de las poblaciones vulnerables; mandatos que ostentan rango constitucional, de acuerdo con la interpretación uniforme del Colegiado Constitucional (STC 0047-2004- AI/TC, FJ. 22; STC 0025-2005-PIITC, FJ. 26), coadyuvan a fundamentar desde nuestra Constitución, incorporado en la cláusula de los derechos innominados del artículo 3, un derecho al mínimo vital, como manifestación concreta del principio de la dignidad humana.”<sup>9</sup>(p.19)*

En la presente sentencia, entonces, se menciona al concreto derecho innominado a tener un “mínimo vital”, es decir como “aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana”<sup>10</sup>. (p.20)

En consecuencia, del derecho a un mínimo vital se enarbola como un derecho fundamental, como necesidad básica para subsistir y sin el cual la vida de las personas sería insoportables, graves, o fatales, por ello el Estado en la obligación de reconocer este derecho y aplicarlo en la vida de miles de peruanos, de acuerdo con la coyuntura social y económica que nos ha tocado vivir, debe proveer.

### **3.2. El derecho al agua potable:**

Este derecho fundamental innominado “ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional (TC) peruano en el caso César Augusto Zúñiga López<sup>11</sup>, donde ha reconocido la presencia autónoma de este derecho fundamental, inscrito en la cláusula de los derechos innominados (...) y cuya fundamentalidad

---

9 Exp. N° 03752-2009-PA/TC, en el caso seguido entre Francisco Pedro León García vs Minera Yanacocha.

10 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-1001-99.htm>. Corte Constitucional Colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 09 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

11 Exp. N° 6546-2006-AA/TC, en el caso seguido entre César Augusto Zúñiga López vs Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque EPSEL.

la ha derivado de la dignidad de la persona y de la cláusula del Estado Social de Derecho”. La Sentencia menciona lo siguiente:

*“El derecho al agua potable, a la luz del contexto descrito supone primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización al Estado fundamentalmente corresponde promover. Su condición de recurso natural esencial, lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia de dicho elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aún aquellas otras que sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia. (...) 7. El agua en cuanto recurso natural, no sólo contribuye directamente a la consolidación de los derechos fundamentales en mención, sino que desde una perspectiva extra personal incide sobre el desarrollo social y económico del país a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores. Tal es el caso de la agricultura, la minería, el transporte, la industria, en magnitud que puede llevarnos a afirmar que, gracias a su existencia y utilización, se hace posible el crecimiento sostenido y la garantía de que la sociedad en su conjunto no se vea perjudicada, en el corto, mediano y largo plazo”. (p.4)*

En el mencionado caso, “el TC determinó la imposibilidad de cortar el servicio de agua potable por falta de pago. Asimismo, reconoció que este derecho fundamental se halla circunscrito por tres ámbitos o contenidos específicos: «El acceso, la calidad y la suficiencia (...) No se trata, por consiguiente, de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario». En síntesis, el derecho al agua puede expresarse como el derecho de toda persona a disponer de agua potable suficiente y de calidad”<sup>12</sup>. (p. 4)

A lo largo de la historia, el hombre ha tenido una conexión inseparable con el agua, las personas necesitaban dicho elemento, se construyeron pueblos y ciudades alrededor o cerca de manantiales, lagos, lagunas o cualquier objeto que contenga agua potable, hasta hubo guerras por ella, el ser humano necesita el agua para vivir, para poder realizar sus más

---

12 Eto Cruz, Gerardo, Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales.

elementales funciones vitales, no pudiendo vivir más de cuatro días sin beberla, ya que necesitamos de hidratación constante, y por lo tanto, actualmente el agua potable, la que está lista para el consumo humano directo, sirve para beberla, para preparar los alimentos y para la higiene, por ello es muy importante su dotación constante, sin ella la vida se extinguiría. En consecuencia, según el TC, no se podría permitir el corte del mismo por falta de pago, porque sería un atentado contra la dignidad del ser humano.

### **3.3. El derecho a la vivienda adecuada:**

En esta sentencia del TC, se determinó lo siguiente:

*“Este derecho, aun cuando no se encuentra incorporado el listado expreso de los derechos fundamentales que nuestra Constitución recoge, debe ser considerado, por las razones que a continuación se señala, en la cláusula de derechos innominados del artículo 3º de nuestra Carta Magna, el cual textualmente prescribe: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.*

*En primer lugar, el derecho fundamental a la vivienda se encuentra estrechamente ligado con el principio de dignidad humana, pues la posibilidad de contar con un ambiente adecuado, saludable, seguro y apropiado a las necesidades de la persona resulta indispensable para que ésta pueda desarrollar con el mayor grado de libertad todos los atributos inherentes a su personalidad. Así, el derecho fundamental a la vivienda adecuada encuentra vinculación con la definición de la dignidad humana realizada por este Tribunal, cuando ha sostenido que “bajo este principio, el Estado no solo actuará con respeto de la autonomía del individuo y de los derechos fundamentales como límites para su intervención - obligaciones de no hacer-, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida - obligaciones de hacer-. El Tribunal Constitucional ya ha señalado anteriormente que no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones asistenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real, lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas. (...)*



*Tal y como lo ha dispuesto la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". Quiere ello decir, que el atributo fundamental de la vivienda digna, debe ser apreciado conjuntamente con las obligaciones que ha asumido nuestro país respecto a este derecho, en los tratados internacionales. Así, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Por su parte, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) dispone "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. La posición del derecho a la vivienda adecuada como derecho fundamental queda pues reforzada a partir de su inclusión en estos tratados internacionales de derechos humanos."*<sup>13</sup>(pp. 30-32)

El derecho a una vivienda adecuada, es un derecho que tiene un ámbito de protección mucho más amplio que el derecho de propiedad, ya que acceder a la misma implica también tener acceso a los servicios básicos y demás lugares próximos para poder acceder a la educación, cultura, entre otras cosas, con la finalidad de vivir en paz y en armonía.

Incumbe al Estado el satisfacer este derecho humano de una vivienda adecuada, a la población en general, mediante la gestación de políticas públicas que apoyen e implementen este derecho humano, que cada día es más lejano para algunas familias.

### **3.4. El derecho a la verdad:**

En esta sentencia del TC, se determinó lo siguiente:

*"La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia*

---

13 Exp. N° 0007-2012-PI/TC, en el caso seguido por el Colegio de Abogados del Callao contra la ley 29625, Ley de devolución del dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo.

*estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable.*

*Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible. Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas. El derecho a la verdad no sólo deriva de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44°, establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre, pues se trata de una circunstancia histórica que, si no es esclarecida debidamente, puede afectar la vida misma de las instituciones. (...)*

*Tanto la legislación supranacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana, definen los derechos que las personas humanas deben gozar; asimismo, algunos textos constitucionales se han impuesto el reconocimiento de nuevos derechos, en particular los vinculados directamente con el principio de dignidad, y con el propósito de entronizarlos en su condición de auténticos derechos fundamentales. Es evidente que ellos son consecuencia de la existencia de nuevas necesidades y de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales; por ello, de cara a este nuevo y diverso contexto las Constituciones suelen habilitar una cláusula de "desarrollo de los derechos fundamentales", cuyo propósito no sólo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino, incluso, el de dotarlos con las mismas garantías de aquellos que sí las tienen expresamente.*

*Nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3°, una "enumeración abierta" de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios*

*de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.*

*Así, el **derecho a la verdad**, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente. (...)*

*Es un derecho que se deriva directamente del principio de dignidad humana, pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales. El desconocimiento del lugar donde yacen los restos de un ser querido, o de lo que sucedió con él, es tal vez una de las formas más perversamente sutiles, pero no menos violenta, de afectar la conciencia y dignidad de los seres humanos.*

*Asimismo, el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, es una concreción directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no sólo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en efecto, el derecho a saber, pero también el deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país, a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no sólo están las demandas de justicia con las víctimas y familiares,*

*sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos.*

*De igual forma, el Tribunal Constitucional considera que el derecho a la verdad proviene de una exigencia derivada del principio de la forma republicana de gobierno. En efecto, la información sobre cómo se manejó la lucha antisubversiva en el país, así como de cómo se produjo la acción criminal de los terroristas, constituye un auténtico bien público o colectivo, y también contribuye con la realización plena de los principios de publicidad y transparencia en los que se funda el régimen republicano. Necesarios no sólo para conocer estos luctuosos hechos, sino también para fortalecer el control institucional y social que ha de fundamentar la sanción a quienes, con sus actos criminales, afectaron a las víctimas y en general a la sociedad y el Estado”<sup>14</sup>.(pp.4-7)*

En ese sentido, el derecho a la verdad, podemos conceptuarlo como la obtención a una información fidedigna e indiscutible de parte de la Administración Pública. Es entonces un nuevo derecho fundamental innominado que se deriva del principio de la dignidad de la persona.

Vemos con gran frecuencia que este derecho es propio de los estados de derecho, ya que en ellos se respeta los derechos fundamentales y el acceso a la información, lo que no sucede en otras formas de gobierno autoritarias en las cuales el derecho a la verdad es más bien reprimido por no decir prohibido.

Últimamente vemos que el derecho a la verdad no solo tiene una dimensión individual, sino también colectiva, y esto se debe a los singulares y nefastos hechos que se sucedieron en la época del terrorismo, donde imperaba las desapariciones forzadas y la falta de información sobre la ubicación de familiares, hechos provocados tanto por algunas personas del gobierno como por grupos armados, por ello el Estado tiene la obligación específica de investigar lo sucedido y de informar la verdad, a los familiares que la requieran, ello con la finalidad de desterrar esa angustia que provoca la falta de conocimiento sobre los hechos ocurridos y la ubicación de las personas o sus cuerpos a efecto de cerrar ese ciclo de angustia y ausencia.

---

14 Exp. N° 2288-2002-HC/TC, en el caso seguido por Genaro Villegas Namuche vs el Estado.

#### 4. Control de Convencionalidad:

No es de extrañar que los derechos innominados desarrollados por el Tribunal Constitucional Peruano y otros que pueden aparecer y ser reconocidos en forma posterior, son influenciados por la jurisprudencia internacional, más que todo vía Control de Convencionalidad, llegando a nosotros estas doctrinas y jurisprudencias a fin de proteger derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional indicó tanto ellos como el “Poder Judicial, según sea el caso, verifica la constitucionalidad de una norma, la no existencia de conflictos de competencias entre órganos estatales, la no existencia de actos lesivos a los derechos fundamentales de las personas, no está ejerciendo más que un control de constitucionalidad (...) que se encuentran en la obligación de ejercer un *control de convencionalidad*, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH”<sup>15</sup>.

Por ello, los jueces y tribunales peruanos deben ejercer un control de constitucional y a la vez un control de convencionalidad debiendo aplicar la Jurisprudencia emitida por la Corte Internacional de Derechos Humanos CIDH, en los casos que se presentan en la jurisdicción judicial, con preeminencia sobre otras normas internas, incluso de la propia Constitución, cuando está reñida con la jurisprudencia emitida por la CIDH.

Los poderes del Estado, y todo el Estado en general debe adecuar su normatividad interna a los derechos reconocidos mediante jurisprudencia por la CIDH.

Este control de convencionalidad por primera vez apareció en el caso llamado “Almonacid Arellano y otros vs Chile”, manifestando en su expresando en su párrafo 124 que:

---

15 Exp. N° 04617-2012-PA/TC, en el caso seguido Panamericana Televisión vs la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

*“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.*<sup>16</sup>(p.53)

## 5. CONCLUSIONES:

- a) Como hemos podido advertir, los derechos innominados no se encuentran explícitamente señalados o positivados en la Constitución Política del Perú, sino se encuentran implícitos a través del Art. 3° de la Constitución.
- b) La Constitución Política es un texto “vivo”, en constante movimiento.
- c) Los derechos innominados para alcanzar el status de derechos fundamentales, tienen que ser evidentemente desarrollados por el Tribunal Constitucional, en su calidad de máxime intérprete de la Constitución.
- d) Los derechos innominados son reconocidos vía aplicación jurisprudencial, las cuales son principalmente señaladas y desarrolladas por el Tribunal Constitucional, quien hará una debida motivación e interpretación de este nuevo derecho.
- e) Una fuente generadora de derechos fundamentales innominados es a través de la jurisprudencia generada principalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás cortes internacionales.

---

16 [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano y otros vs Chile.

- f) Todo derecho fundamental nominado o innominado debe ser interpretado en favor del ser humano, según el principio pro homine.
- g) El Control de convencionalidad es una operación que debe ser realizada por el Estado, y en forma concreta por los organismos jurisdiccionales, los cuales deben hacer un control de las normas internas en comparación con las sentencias, o jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que prevalezcan estas últimas por encima de la norma interna que es contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos.

## 6. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

Corte Constitucional Colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 09 de diciembre de 1999. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-1001-99.htm>.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sobreseimiento. Imputación objetiva en empresas. Casación N° 333-2019. Sala Penal Transitoria. (2019). [https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/CASACI%C3%93N%20N%C2%BA1113-2019-ICA\\_LALEY.pdf](https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/CASACI%C3%93N%20N%C2%BA1113-2019-ICA_LALEY.pdf)

E, Cruz. (2012). Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales. file:///D:/Users/Usuario/Downloads/3062-Texto%20del%20art%C3%ADculo-11545-1-10-20121024%20(1).pdf

G, Napuri & C, Gaceta. (2015). La Constitución Política: Un análisis funcional. Primera Edición. <https://pdfcoffee.com/libro-guzman-napuri-constitucion-5-pdf-free.html>

H, Miranda. (2019). Los derechos innominados en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39747.pdf>

I, Kant. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Segunda edición, Filosofía. Barcelona: España. [https://p mrb.net/books/kantfund/fund\\_metaf\\_costumbres\\_vD.pdf](https://p mrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf)

L, Córdova. (2021). Constitución y Tribunal Constitucional, Primera Edición. <https://zelaeditorial.com/producto/constitucion-y-tribunal-constitucional/>



- Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 2288-2002-HC/TC, 13 de septiembre de 2002 [https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/docs/tc\\_2488-2002-HC.pdf](https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/docs/tc_2488-2002-HC.pdf)
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 6546-2006-AA/TC, 8 de setiembre del 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06546-2006-AA.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 03752-2009-PA/TC, 28 de enero de 2009. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03752-2009-AA.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0007-2012-PI/TC, 10 de enero del 2012. 00007-2012-AI.pdf
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de septiembre del 2016, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).



# MARGEN DE APRECIACIÓN. ANÁLISIS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO



*Julio Martín Fernández Huaranca\**

**Sumario:** I. Introducción, II. Consenso europeo y matrimonio entre personas del mismo sexo. III. Margen de apreciación y su inaplicabilidad en torno al reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo. IV. Camino a un reconocimiento legal alternativo: Matrimonio progresivo bajo otra denominación. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

**Palabras clave:** Margen de apreciación, matrimonio entre personas del mismo sexo, derechos humanos.

## I. INTRODUCCIÓN

**S**i partimos de la premisa en la que el derecho es, o debería ser, el reflejo de la sociedad, en teoría podríamos pensar que los ordenamientos jurídicos responden a paradigmas sociales, o a los cambios que una sociedad esté presentando; sin embargo, en múltiples ocasiones

---

\* Magíster en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid, profesor del área de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santa María. Contacto: [jfernandezh@ucsm.edu.pe](mailto:jfernandezh@ucsm.edu.pe).

esta situación dista mucho de la realidad. La constante transformación y evolución en las diferentes esferas de una nación y los retos que en ella se presentan, hacen que el derecho, en muchas oportunidades, no esté suficientemente preparado para responder a tales necesidades de manera eficiente. Una de esas esferas es el tema de la homosexualidad, tópico cuya discusión cada vez alcanza una mayor relevancia jurídica, sobre todo respecto al punto concerniente a la regulación de las relaciones entre personas del mismo sexo, ello debido a la diversidad de planteamientos que existen al respecto y las diferentes posturas tanto partidarias como reacias a su reconocimiento.

En ese sentido, el presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar, cómo es que el Sistema Jurídico Europeo a través de la jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o Corte), ha respondido a los retos innegables que se plantean en un tema tan controvertido, y sobre todo donde la necesidad de regulación se hace innegable, ya que aunque pareciera existir una tendencia cada vez más protectora de derechos en la materia, la divergencia de posturas estatales al respecto es evidente.

Dicho esto, a lo largo de las siguientes páginas, se abordará en primer lugar, cual fue el intento inicial de regulación solicitado por parte de las parejas homosexuales ante el TEDH, para luego evaluar y reflexionar sobre cómo el Tribunal de Estrasburgo resolvió estas pretensiones regulatorias de forma negativa en base a la fórmula del margen de apreciación; por lo que en segundo término corresponderá analizar si tal margen otorgado a los Estados no era y es susceptible de limitaciones en base al principio de igualdad y no discriminación, para por último, y como tercer punto, desarrollar cuál ha sido la vía de reconocimiento legal alternativa al matrimonio y que actualmente sigue vigente.

## **II. CONSENSO EUROPEO Y MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

### **2.1. ANTECEDENTES**

Si hablamos de regulación en materia de relaciones personales, es evidente que uno de los primeros conceptos que saltan a la luz es el matrimonio, figura jurídica por excelencia que a lo largo del tiempo ha constituido el soporte de las relaciones entre personas de diferente sexo, y cuyo desarrollo no le

es ajeno al Estado, ni al interés de las parejas del mismo sexo, llegando a ser incluso una “materia de interés público urgente, de manera que requiera y merezca reconocimiento y regulación legal” (Gallagher, 2004, págs. 51-52).

Bajo esa línea de ideas, no resulta difícil deducir que uno de los primeros intentos de regulación en materia de relaciones entre personas del mismo sexo por parte de los particulares, se dio en torno al matrimonio, circunstancia reflejada en el TEDH a través del caso Schalk y Kopf v. Austria del año 2010, que constituyó el primer caso sobre regulación de uniones homosexuales y más específicamente en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo.

Si bien, el caso Schalk y Kopf será ampliamente desarrollado a lo largo de las siguientes páginas por su gran relevancia, baste decir por ahora que en dicho proceso se puso de manifiesto cuál es la tendencia jurisprudencial del alto tribunal europeo a la hora de resolver temas tan delicados a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH o Convención), sobre todo en torno a derechos que se encuentran en desarrollo tales como el matrimonio homosexual.

## **2.2. CONSENSO Y MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

De manera introductoria, es necesario señalar que el caso Schalk y Kopf v. Austria tuvo su origen en la negativa jurídica del Estado austriaco a la hora de dar trámite a una solicitud de matrimonio de dos personas del mismo sexo en la Oficina Municipal de Viena, y posteriormente en las diferentes esferas jurisdiccionales del Estado. Esta coyuntura fue presentada ante el TEDH de manera muy peculiar, ya que como se señaló anteriormente, era el primer proceso que versaba sobre matrimonios homosexuales y sobre si su regulación era exigible a los Estados en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos y más concretamente en virtud del Art. 12 de dicho Convenio Internacional.

Así, el tribunal supranacional a la hora de evaluar el conflicto sometido a su revisión hizo un cotejo de la materia con el desarrollo jurisprudencial que había venido sucediendo respecto del reconocimiento de matrimonio para personas transexuales en su género asignado<sup>1</sup>. Si bien, para efectos del

---

1 TEDH: Caso Schalk y Kopf v. Austria. (Solicitud no. 30141/04). Sentencia 24 de junio de 2010, párrs. 51-53.

presente trabajo de investigación, no puede entenderse que un matrimonio de una persona transexual con otra del sexo opuesto sea considerado como una unión entre personas del mismo género, sí resulta interesante, al menos como antecedente, analizar el giro jurisprudencial que se dio en este tema, y cuál ha sido la respuesta del TEDH al respecto, ya que tanto el matrimonio entre personas del mismo sexo como el matrimonio ahora reconocido a transexuales, son derechos cuyo entendimiento se basa en los profundos cambios sociales de la actualidad.

En ese sentido, tal y como señala Sanz Caballero (2014) respecto de la transexualidad:

“Al emitir sus decisiones, el Tribunal Europeo siempre había sido muy condescendiente con las políticas y leyes nacionales en relación con este fenómeno. Para ello aludía a que la dispar legislación de los Estados en la materia demostraba la falta de unidad de criterio entre ellos y, en consecuencia, el amplio margen de apreciación estatal que quedaba, y que el TEDH les debía reconocer” (pág. 838).

No obstante, a partir del caso *Goodwin v. el Reino Unido*<sup>2</sup> el tribunal dio un salto más que importante en la materia, apartándose de su jurisprudencia fundada en la idea tradicional del matrimonio, y dio paso a una nueva interpretación del Art. 12 del Convenio (que reconoce el derecho de un hombre y una mujer a contraer matrimonio), precisando que ya no podía ser entendida únicamente bajo criterios puramente biológicos<sup>3</sup>.

Este asunto, que pareciera no tener relación con el tema aquí planteado, encuentra equiparación importante con la solicitud de reconocimiento de matrimonio de personas homosexuales en el caso *Schalk y Kopf v. Austria*, por la coyuntura de los casos puestos a conocimiento del TEDH y la forma en que éste dio respuesta a tales solicitudes (no tanto en su aspecto sustancial, sino más bien en la oportunidad de regulación de Derechos hasta ese momento no determinados).

En primer lugar, ha de observarse que en el caso *Goodwin* el tribunal hizo referencia a un consenso europeo sobre el reconocimiento de derechos de los transexuales, afirmando que existe una tendencia favorable respecto

---

2 TEDH: *Caso Goodwin v. Reino Unido*. (Solicitud no. 28957/95). Sentencia 11 de julio de 2002, párr. 14.

3 *Ibidem*, párrs. 100 al 104.

al tema<sup>4</sup>; pero también notando que dicha opinión no era completamente unánime; por lo que, tranquilamente cabría preguntarse, ya entrando en materia ¿Acaso el matrimonio entre personas del mismo sexo y su correspondiente reconocimiento, depende también del consenso europeo que exista sobre este punto?, condicionando la tutela de derechos ante Tribunal de Estrasburgo de forma equiparable “al más lento de sus Estados partes.” (Young & Leech, 2001, pág. 401)

Un reflejo de esta afirmación, que a priori pareciera ser desmesurada, encuentra sustento en la resolución que dio el Tribunal EDH al caso Schalk y Kopf, al señalar, como uno de los puntos fundamentales de su decisión denegatoria, que: Si bien “la institución del matrimonio ha sufrido grandes cambios sociales desde la aprobación de la Convención, el Tribunal observa que no hay un consenso europeo sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ya que en la actualidad no más de seis de los cuarenta y siete Estados del Convenio permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo.”<sup>5</sup>

A partir de ese momento, y si tomamos como premisa la afirmación del Tribunal puesta en evidencia de forma literal en el párrafo anterior, pareciera que el debate jurídico sobre el reconocimiento de derechos y más específicamente sobre el posible reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del artículo 12 del Convenio, se encuentra viciado. Hago esta aseveración crítica, debido a que, si el denominado consenso europeo es tan determinante a la hora de sacar conclusiones jurídicas en temas concretos, tranquilamente podría afirmarse que una interpretación tanto favorable como reticente simplemente girarían en torno a la dirección que tome la mayoría de Estados y no en base a preceptos cuyo peso jurídico sean los determinantes.

Así, por ejemplo, siguiendo con el análisis del caso Schalk y Kopf, se observa que en dicho proceso el Tribunal Europeo hizo una interpretación conjunta tanto del CEDH como de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; señalando en primer lugar respecto del Art. 12<sup>6</sup> que si

---

4 Ibidem, párr. 103.

5 TEDH: Caso Schalk y Kopf v. Austria, supra nota 2, párr. 58.

6 Art. 12 de la CEDH señala respecto al Derecho a contraer matrimonio: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.



bien, de la literalidad del artículo no se desprende una prohibición expresa al matrimonio entre personas del mismo sexo, el análisis sistemático y en conjunto del instrumento internacional hace deducible que la elección de las palabras “hombre y mujer” en la redacción correspondiente a dicho apartado haya sido deliberada<sup>7</sup>; no obstante a la hora de examinar el Art. 9<sup>8</sup> de la Carta de Derechos Fundamentales menciona que, aunque no existe ningún obstáculo para el reconocimiento del matrimonio entre personas homosexuales tampoco es deducible la existencia de una obligación positiva para facilitar el mismo<sup>9</sup>. Bajo ese parámetro de ideas, y tomando en consideración que la Corte ya era consiente, por su propia interpretación, que el matrimonio entre personas del mismo sexo era completamente plausible a la luz de ambas herramientas internacionales, llega a una conclusión que resulta llamativa por decirlo menos al señalar que:

“El Tribunal no puede considerar ya, que el derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 12 deba limitarse en todas las circunstancias a dos personas de sexo contrario. Por consiguiente, no puede afirmarse que el artículo 12 sea inaplicable a la reclamación de los demandantes. No obstante, tal como están las cosas, la cuestión de la autorización o no del matrimonio entre personas del mismo sexo se deja a la regulación de las Leyes nacionales de cada Estado Contratante.”<sup>10</sup>

Dicha coyuntura parece no ser más que una historia repetida, una reproducción de la negativa que se dio en un primer momento al reconocimiento de los derechos de personas transexuales en base a la falta de consenso europeo, aseveración que se reafirma aún más, con los recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de matrimonio de personas homosexuales. Casos como el de Oliari y otros

---

7 TEDH: Caso Schalk y Kopf v. Austria, supra nota 2, párr. 55.

8 Art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE sobre Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia: “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

9 TEDH: Caso Schalk y Kopf v. Austria, supra nota 2, párr. 59.

10 Ibidem, párr. 61.

v. Italia<sup>11</sup> o el de Chapin y Charpentier v. Francia<sup>12</sup> cuyas sentencias datan del 21 de junio de 2015 y del 09 de junio del 2016 respectivamente, simplemente parecieran demostrar que, a falta de consenso europeo respecto a un tema, el margen de apreciación sigue siendo absoluto para los Estados pues se repite el mismo argumento viciado que en la sentencia recaída en el caso Schalk y Kopf v. Austria.

### III. MARGEN DE APRECIACIÓN Y SU INAPLICABILIDAD EN TORNO AL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

El margen de apreciación es una figura jurídica desarrollada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Ovey & White, 2006, págs. 53-54), cuya aplicación conlleva otorgarle a los Estados un marco de discrecionalidad “a la hora de resolver determinadas medidas legislativas, administrativas y judiciales”<sup>13</sup> en relación a derechos contenidos en la CEDH, ello atendiendo a que los estados conocen de mejor manera su realidad social y se encuentran en una “mejor posición que la Corte, para valorar la pertinencia y necesidad de la medida adoptada en beneficio del interés público.”<sup>14</sup>

Dicho de ese modo, pareciera ser un concepto no susceptible de fallas pues deviene de la estructura democrática propia en la que se fundamenta el Sistema Universal de Derechos Humanos, e incluso podría decirse que tiene directa implicancia con el carácter subsidiario del TEDH; sin embargo, a lo largo del desarrollo de esta figura jurídica en la jurisprudencia del

---

11 TEDH: Caso Oliari y otros v. Italia. (Solicitudes no. 18766/11 y 36030/11). Sentencia 21 de julio de 2015, párr. 192. “El Tribunal observa que, a pesar de la evolución gradual de los Estados en la materia (hoy hay once Estados que han reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo) las conclusiones alcanzadas en los casos citados anteriormente siguen siendo pertinentes. En consecuencia, la Corte reitera que el artículo 12 de la Convención no imponen una obligación por el Gobierno demandado para conceder a las parejas del mismo sexo como los solicitantes del acceso al matrimonio”.

12 TEDH: Caso Chapin y Charpentier v. Francia. (Solicitud no. 40183/07). Sentencia 09 de junio de 2016 párr. 36.

13 TEDH: Eweida v. Reino Unido. Solicitudes no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10). Sentencia 15 de enero de 2013, párr. 94.

14 TEDH: Vistins y Perepiolkins v. Letonia. (Solicitud no. 71243/01). Sentencia 25 de marzo de 2014, párr. 106.

tribunal supranacional, ésta ha mostrado una serie de imprecisiones, que hacen cada vez más confusa su aplicación de forma correcta, llegando a poner en peligro con ello el núcleo o esencia de un derecho tal y como se pasará a detallar en las siguientes líneas.

En primer lugar ha de decirse, que la aplicación del margen de apreciación según el TEDH, ocurre en dos determinadas circunstancias: i) Cuando el Estado tenga que cotejar la importancia de un derecho con la importancia de una restricción, o ii) Ante la falta de un consenso europeo respecto a determinada materia (Brauch, 2005), o como el mismo tribunal dice, respecto de “derechos en evolución sin consenso establecido<sup>15</sup>, tal y como ocurrió por vez primera en la solicitud de reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo en el caso *Schalk y Kopf* <sup>16</sup>. No obstante, la incertidumbre surge en torno a la forma, es decir, el cómo deben ser manejados y analizados estos supuestos. Ante esto el tribunal señala que su ejecución dependerá de diferentes factores como el objeto, los antecedentes o las circunstancias de cada caso<sup>17</sup>, afirmación llena de imprecisiones y que constituye una carta abierta para las arbitrariedades que, bajo el estandarte del margen de apreciación, pueda cometer un Estado.

Un claro ejemplo de la aplicación indebida del margen de apreciación que poseerían los Estados según la Corte EDH se da respecto del reconocimiento legal del matrimonio entre personas homosexuales, ya que el tribunal señaló:

“Las parejas del mismo sexo tienen la misma capacidad que las de sexo contrario para comprometerse en relaciones estables. Por tanto, se encuentran en una situación relevantemente similar a una pareja de distinto sexo con respecto a su necesidad de reconocimiento jurídico y protección de la relación.<sup>18</sup>”

Es decir, el propio tribunal reconoce la equidad entre las relaciones mantenidas tanto entre personas de sexo opuesto como del mismo sexo; por

---

15 TEDH: *M. W. V. Reino Unido*. (Solicitud no. 11313/02). Decisión 23 de junio de 2009, *X, Y y Z v. el Reino Unido*. (Solicitud no. 21830/93). Sentencia 22 de abril de 1997, párr. 44, y *Goodwin v. Reino Unido*, supra nota 4, párrafo 85.

16 TEDH: *Caso Schalk y Kopf v. Austria*, supra nota 2, párrafo 105.

17 TEDH: *Rasmussen v. Dinamarca*. (Solicitud no. 8777/79). Sentencia 28 de noviembre de 1984, párr. 40.

18 TEDH: *Caso Schalk y Kopf v. Austria*, supra nota 2, párrafo punto 99.

lo que cabe preguntarse entonces ¿Cómo es posible que este alto tribunal supranacional consienta una distinción o inequidad en el acceso a un régimen jurídico de protección? Pregunta que alcanza mayor relevancia cuando la facultad de procreación o la imposibilidad para la misma, que sería una evidente diferencia entre estos tipos de parejas, no son parámetros que puedan ser considerados como un obstáculo para contraer matrimonio.<sup>19</sup>

Esta inequidad en el reconocimiento del acceso a un derecho a partir del amplio margen de apreciación a los Estados, se justifica simplemente en la falta de consenso europeo sobre la materia; apreciación que desde mi punto de vista se torna en arbitraria, pues obedece únicamente a limitaciones basadas en la orientación sexual de las personas, y cuyo escrutinio debió ser más estricto al restringir derechos civiles de un determinado grupo<sup>20</sup>, más aún si tomamos en cuenta la mayor gravedad de la referida restricción (Barbosa Delgado, 2011, pág. 107), pues no se trata de cualquier grupo de personas, sino más bien de una minoría sexual<sup>21</sup>, que a falta de reconocimiento legal, se halla en una posición de vulnerabilidad, impidiéndosele el disfrute de derechos sin discriminación.

Tal situación es de resaltar, debido a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pareciera, precisamente en este punto, ser incongruente y olvidar adrede su propia jurisprudencia. La aseveración hecha en el párrafo anterior sobre la obligación que tenía la Corte de realizar un

---

19 TEDH: Caso Goodwin v. Reino Unido, supra nota 4, párrafo 98.

20 Korematsu v. Estados Unidos, 323 U.S. 215, 216 (1944). En dicho caso la Corte Suprema de los EE. UU. señaló que: "Todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo son inmediatamente sospechosas. Esto no quiere decir que todas esas restricciones son inconstitucionales. Esto significa que los tribunales las deben someter al escrutinio más estricto. Una urgente necesidad pública puede, a veces, justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca".

21 Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Naciones Unidas, Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación., Nueva York-Ginebra, 2010, p. 3. [en línea]. [Consulta: 15 de septiembre de 2016]. Disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf) "Si bien la Declaración de las Naciones Unidas sobre las Minorías se refiere a las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, es también importante luchar contra las discriminaciones múltiples y hacer frente a las situaciones en que una persona perteneciente a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística es también objeto de discriminación por otros motivos tales como su género, su discapacidad o su orientación sexual".

escrutinio y análisis del caso más riguroso atendiendo a que se evidencia un trato diferenciado basado en la orientación sexual de las personas, no le es ajena a ese alto tribunal, quien ya en anteriores ocasiones había tenido la oportunidad de señalar que tales disparidades “requerían serias razones de justificación.”<sup>22</sup>

Un claro ejemplo de la incongruencia a la que se hace referencia es lo señalado por ejemplo en el Caso Vallianatos y Otros v. Grecia, donde el Tribunal sí realizó un examen de discrecionalidad correcto y riguroso estableciendo que:

“Cuando el margen de valoración de que disponen los Estados es escaso, como es el caso por ejemplo de un trato distinto basado en el sexo o la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solo exige que la medida adoptada permita alcanzar normalmente la finalidad buscada, sino que obliga también a demostrar que era necesaria.”<sup>23</sup>

Si bien, la diferencia de trato no en todos los casos deviene en desproporcional o ilegal, también es cierto que “las áreas sobre las que los Estados gozan de menor discreción son aquellas que incluyen algún tipo de criterio de categorización, el cual se debe considerar críticamente” (Edel, 2010, pág. 118). Es decir, que aun partiendo de la premisa de que no todo trato deviene en una desigualdad ilegítima, la diferencia hecha entre personas heterosexuales (cuyo acceso al matrimonio es libre) y las personas homosexuales (impedidas de tal reconocimiento legal), debió obedecer a razones de especial importancia y seriedad aportadas por el Estado y no simplemente en base a una fórmula imprecisa que desnaturaliza la esencia del reconocimiento y ejercicio de un derecho, por lo que correspondería preguntarse ahora ¿Acaso el consenso europeo está por encima del principio de igualdad y no discriminación?

Para responder a esta pregunta, y solo como apreciación previa, debe decirse que el principio de igualdad y no discriminación es un principio

---

22 TEDH: Caso Karner v. Austria. (Solicitud no. 40016/98). Sentencia 24 de julio de 2003, párr. 37; L. y V. v. Austria. (Solicitudes no. 39392/98 y 39829/98). Sentencia 09 de enero de 2003, párr. 45 y Smith y Grady v. Reino Unido. (Solicitudes no. 33985/96 and 33986/96). Sentencia 25 de julio de 2000, párr. 90.

23 TEDH: Caso Vallianatos y Otros v. Grecia. (Solicitudes no. 29381/09 y 32684/09). Sentencia 07 de noviembre de 2013, párr. 85.

cuyo contenido ha ingresado al dominio del *ius cogens* (Cançado Trindade, 2008, pág. 4), es decir, un principio entendido como una norma imperativa de derecho internacional general, aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de los Estados, tal cual lo establece el Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por ello y atendiendo al mismo precepto del Art. 53, ninguna disposición podrá ser contraria a este principio, admitiendo ser modificada o desechada solo por una norma de igual jerarquía, es decir, por otra norma de *ius cogens*.

En ese sentido, y en aplicación al caso concreto, parece evidente sostener que el principio de igualdad y no discriminación al ser considerado una norma de *ius cogens* no puede verse limitado por la fórmula de la ausencia de consenso europeo respecto del reconocimiento legal del acceso al matrimonio por personas del mismo sexo; menos aun cuando dicha limitación no es proporcional y obedece únicamente a una diferencia de trato en base a la orientación sexual de las personas, categoría protegida por el mencionado principio.

Dicho razonamiento sobre igualdad y no discriminación, guarda plena correlación con lo establecido por la homóloga Americana del Tribunal Europeo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que si bien hasta el momento no ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre el matrimonio entre personas homosexuales a través de su labor contenciosa, sí se ha pronunciado respecto al principio de igualdad y no discriminación como norma de *ius cogens* señalando que:

“Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.”<sup>24</sup>

En efecto, y ya para concluir con este punto, la ecuación que da lugar a la aplicación del margen de apreciación de los Estados bajo el pretexto de

---

24 Opinión Consultiva OC-18/03 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados de 17 de septiembre de 2003, párr. 100, p. 109.

la falta de consenso europeo sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, pareciera fallar ante la ausencia de razones de peso que justifiquen la diferencia de trato en base a la orientación sexual, deducción que resulta congruente con lo señalado por los Jueces Rozakis, Jebens y Spielmann en su voto conjunto disidente a la tan emblemática sentencia del caso Schalk y Kopf v. Austria, quienes de manera acertada sostuvieron que:

“El Gobierno demandado no presentó ningún argumento para justificar la diferencia de trato, basándose principalmente en su margen de apreciación. Sin embargo, en ausencia de razones convincentes ofrecidas por el Gobierno demandado para justificar la diferencia de trato, no debería haber lugar para aplicar el margen de apreciación. En consecuencia, la ‘existencia o no existencia de un conflicto entre las leyes de los Estados contratantes’ carece de pertinencia, ya que tales consideraciones son sólo una base subordinada para la aplicación del concepto de margen de apreciación”<sup>25</sup>.

Si bien el desarrollo y análisis realizado en las líneas precedentes pareciera conducir a una respuesta innegociable jurídicamente hablando, también es cierto que dicha conclusión tranquilamente puede ser calificada de ingenua e idealista, pues los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos como el Tribunal de Estrasburgo, no responden únicamente a motivos jurídicos y sus sentencias muchas veces deben obedecer parámetros de mucha prudencia, pues son los Estados los que reconocen sus competencias. Dicha cautela se ve reflejada, desde mi punto de vista, en el tan mencionado consenso europeo; sin embargo y aun cuando en el presente trabajo no corresponda analizar tal coyuntura, jamás debe de perderse de vista la esencia propia de la protección de los derechos reconocidos en los convenios internacionales sobre derechos humanos y sobre los cuales los tribunales internacionales están obligados a tutelar al ser sus máximos intérpretes, ya que de lo contrario el TEDH en vez de ser el guardián último

---

25 TEDH: Caso Schalk y Kopf v. Austria, supra nota 2, Voto conjunto disidente de los Jueces Rozakis, Jebens y Spielmann, párr. 8.



del Convenio y sus valores subyacentes, simplemente se convertiría en un “contador de opiniones nacionales mayoritarias”<sup>26</sup>.

#### **IV. CAMINO A UN RECONOCIMIENTO LEGAL ALTERNATIVO: UN MATRIMONIO PROGRESIVO BAJO OTRA DENOMINACIÓN**

##### **4.1. PRIMER PASO: DERECHO DE FAMILIA**

Después de haber revisado lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto a la negativa del acceso al reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo, corresponde ahora analizar cómo la Corte EDH ha ido tratando la tan evidente necesidad de regulación que demandan las parejas homosexuales, sobre todo ante la negación de su derecho de acceder al matrimonio.

Así, como primer punto, el Tribunal de Estrasburgo yendo contra todo pronóstico, e incluso con la propia línea argumentativa de su sentencia, decidió en el caso *Schalk y Kopf v. Austria* pronunciarse respecto del derecho a fundar una familia por parte de las parejas homosexuales. Si bien, ya en anteriores oportunidades el Tribunal había establecido que las relaciones entre personas del mismo sexo caen dentro de la noción de vida privada, nada hacía prever que después de sostener que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación ante la ausencia de consenso europeo, no iba a aplicar el mismo criterio respecto del derecho a fundar una familia. Este escepticismo y la contradicción acertada en la que cayó el Tribunal, para ser entendida, debe observarse a la luz de lo que habían sido sus pronunciamientos precedentes al respecto.

Un claro ejemplo de ello es la petición hecha en el Caso *Estévez v. España* del año 2001, en el que el demandante solicitaba las prestaciones de seguridad social correspondientes al cónyuge superviviente después de haber mantenido una relación de más de diez años con su difunta pareja. En este proceso el tribunal declaró inadmisibles las solicitudes del peticionario, argumentando que si bien su relación sexual y sentimental con otra persona del mismo sexo cae dentro de la esfera del derecho a la vida privada contemplada en el Art. 8 del Convenio<sup>27</sup> no podía extenderse tal

---

26 TEDH: *Caso Oliari y otros v. Italia*, supra nota 14, párr. 113.

27 TEDH: *Caso Estévez v. España*. (Solicitud no. 56501/00). Decisión 10 de mayo de 2001, p. 4.



entendimiento respecto del derecho de fundar una familia contemplado en el mismo artículo, utilizando nuevamente para sostener dicha negativa la fórmula imprecisa del consenso europeo y el amplio margen de apreciación que poseen los Estados<sup>28</sup>, concluyendo su razonamiento en que las diferencias de trato que pudieran existir son dadas en base al interés de proteger la familia y por lo tanto persiguen un objetivo legítimo y proporcional.

Otro caso en el que el tribunal tuvo ante sí, la oportunidad de manifestarse respecto del derecho de las personas homosexuales a fundar una familia fue el caso *Karner v. Austria* resuelto el 24 de julio del 2003, proceso en el que el demandante alegaba haber sido objeto de discriminación en base a su orientación sexual, ya que, al fallecer su pareja, a cuyo nombre estaba el contrato de arrendamiento, no se le permitió permanecer en dicha vivienda. En este proceso claramente el TEDH tuvo la oportunidad de definir tanto el concepto de vida privada como el de vida familiar para parejas del mismo sexo; sin embargo, hizo caso omiso de pronunciarse sobre tales preceptos, perdiendo con ello una gran oportunidad de avanzar, en aquel momento, con el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales (Kukura, 2006, págs. 17-20).

Ahora bien, ya habiendo delimitado cuál era la tendencia argumentativa del tribunal respecto del derecho a fundar una familia por personas homosexuales, sorprende como en la sentencia del Caso *Schalk y Kopf*, reconoció la existencia del tal derecho.<sup>29</sup> Digo que sorprende pues sus argumentos simplemente son contrarios a toda la línea argumentativa que mantuvo en dicha sentencia, ya que en ella puso de manifiesto cómo el margen de apreciación basado en la falta de consenso europeo, según el entender de la Corte, puede limitar el disfrute legítimo de un derecho. En efecto, en esta sentencia como ya se analizó, el tribunal sostuvo que los Estados poseen un amplio margen de apreciación respecto del acceso al matrimonio por personas del mismo sexo basándose en la diversidad de posturas que existían en ese momento; sin embargo a la hora de analizar la vida de familia respecto de uniones entre personas homosexuales señaló que, desde el año 2001 cuando la decisión del caso *Mata Estévez v. España* fue dada, la evolución en el marco de reconocimiento legal de

---

28 TEDH: Caso *X., Y. v. Reino Unido*. (Solicitud no. 9369/81). Decisión 3 de mayo de 1983, p. 220.

29 TEDH: Caso *Schalk y Kopf v. Austria*, supra nota 2, párr. 93.

estas uniones había progresado ostensiblemente, por lo que “a la luz de esta evolución, el Tribunal consideraba artificial mantener el planteamiento de que, a diferencia de las parejas de distinto sexo, las del mismo sexo no pueden disfrutar de «vida familiar» a los efectos del artículo 8. Por ello, la relación de los demandantes, una pareja del mismo sexo que viven juntos en una unión estable de facto, está incluida en el concepto de «vida familiar», exactamente igual que lo estaría una pareja de distinto sexo en la misma situación.”<sup>30</sup>

Dicho esto, y aun cuando el criterio del amplio margen de apreciación por falta de consenso europeo sea un criterio errado, desde mi humilde punto de vista, a la hora de limitar la esencia de un derecho; uno podría pensar de buena fe, que el tribunal para honrar su planteamiento y para cambiar su postura jurisprudencial reflejada en el caso *Estévez*, observó una transformación más que importante en el tan mencionado consenso europeo desde el año 2001 hasta el año 2010, respecto del derecho a la vida en familia de personas homosexuales; sin embargo, esto no ocurrió.

Si uno observa detenidamente los párrafos 27 al 30 de la sentencia *Schalk y Kopf vs Austria*, podrá notar que el número de países, tomados como parámetro por el tribunal a la hora de resolver, que dan algún tipo de reconocimiento legal como familia a las parejas homosexuales, no llegan ni a la mitad de Estados contratantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por lo que obviamente cabe preguntarse ¿Por qué en el caso del derecho a fundar una familia, aun cuando no hay consenso europeo sobre la materia, sí se reconoce el derecho y sin embargo en el caso del acceso al matrimonio por parte de estas parejas, se les limita tal posibilidad?

De más está decir que con este razonamiento no pongo de manifiesto una postura en contra del reconocimiento del derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales, sino que más bien con este análisis intento poner en evidencia como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la ociosa fórmula del margen de apreciación, cae en una serie de imprecisiones y contradicciones, que ni siquiera se dan en casos distintos, sino que más bien ocurren en una misma sentencia.

Dicho esto, y en atención a que el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos “es un instrumento vivo que ha de interpretarse en las condiciones

---

30 Ibidem, párr. 94.

actuales”<sup>31</sup> la Corte EDH perdió una magnífica oportunidad en el caso *Schalk y Kopf v. Austria* de pronunciarse favorablemente respecto del acceso al matrimonio por parte de personas del mismo sexo, circunstancia que tranquilamente pudo haber realizado en base a los mismos argumentos por los cuales reconoció el derecho a la vida en familia de estas parejas, y que lamentablemente no ocurrió; contexto que se sigue manteniendo hasta la actualidad, debido a que en el caso *Oliari y otros v. Italia* del año 2015 y el más reciente *Caso Chapin y Charpentier v. Francia* del año 2016, el TEDH no varió su jurisprudencia, dejando insigne hasta el momento una diferencia de trato en base a la orientación sexual y que no obedece a ningún criterio de proporcionalidad o fin legítimo más que el de seguir manteniendo en una situación de vulnerabilidad a esta minoría sexual.

## **4.2. SEGUNDO PASO: DELIMITACIÓN DEL RECONOCIMIENTO LEGAL ALTERNATIVO**

El TEDH después de haber optado por señalar que los Estados no tienen la obligación positiva de dar acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, tenía ante sí la disyuntiva de estar dejando sin posibilidad de reconocimiento legal a este tipo de uniones; aun después de haber manifestado abiertamente que las relaciones entre personas homosexuales tienen la misma necesidad de protección y reconocimiento jurídico que las relaciones de sexo opuesto, por lo que, según mi parecer, para enmendar esta situación, optó a través de su jurisprudencia, por dar un avance alternativo de reconocimiento legal que no chocase demasiado con el consenso Europeo.

### **4.2.1. Caso *Vallianatos y otros v. Grecia***

Este caso situado en el país helénico gira en torno a la impugnación de la Ley n° 3719/2008 que establecía el “Pacto de Convivencia” o regulación de las parejas de hecho, pero cuyo régimen jurídico solo abarcaba las relaciones entre personas de diferente sexo, dejando explícitamente fuera de su marco de aplicación a las personas del mismo sexo.

Dicha situación fue tratada por el tribunal de forma correcta como un caso en el que el Estado gozaba de un margen de apreciación muy estrecho o escaso a la hora de actuar, debido a que se trataba de un trato distinto

---

31 TEDH: *E.B. v. Francia*. (Solicitud no. 43546/02). Sentencia 22 de enero de 2008, párr. 92 y *Goodwin v. Reino Unido*, supra nota 4, párrafos. 74-75.

basado en la orientación sexual. Así, el tribunal internacional señaló que en este tipo de asuntos “el principio de proporcionalidad no solo exige que la medida adoptada permita alcanzar normalmente la finalidad buscada, sino que obliga también a demostrar que era necesaria para alcanzar dicha finalidad”<sup>32</sup>. O lo que en otras palabras significaría, que el Estado tenía la carga de la prueba a la hora de demostrar que la regulación de las parejas de hecho contempladas en el Pacto de Convivencia, para alcanzar su fin, era necesario excluir a las parejas homosexuales del reconocimiento a tal regulación, circunstancia que claramente el Estado no pudo demostrar y por lo que fue condenado internacionalmente.

Lo relevante y emblemático de este proceso, es el avance que se dio desde la sentencia *Schalk y Kopf*, pues a diferencia del caso contra el país austriaco donde las pretensiones del tribunal parecían haber quedado en meras intenciones, en este proceso por fin se analizaba la diferencia de trato en base a la orientación sexual en el ordenamiento interno de un Estado; aunque debe hacerse el matiz que nuevamente (aunque esta vez de forma favorable) el TEDH volvía a tomar en consideración el consenso Europeo llegando a la conclusión de que “sí se observa actualmente una tendencia sobre la adopción de formas de reconocimiento jurídico de las relaciones entre personas del mismo sexo”<sup>33</sup>; por lo que, aunque sea solo de forma especulativa y con fines académicos cabría preguntarse ¿Acaso el Tribunal de no haber observado un consenso Europeo en la materia habría realizado el mismo análisis jurídico?. Aunque por obvias razones la respuesta nunca podrá ser satisfecha, si tiramos de los casos expuestos y analizados en el presente trabajo de investigación tranquilamente podría afirmarse que no, pues nuevamente se habría usado la fórmula de un amplio margen de apreciación y los criterios de proporcionalidad y fin legítimo que la Corte toma en consideración en este proceso, simplemente hubiesen sido obviados como en el caso *Schalk y Kopf*.

Por último respecto a este caso, es pertinente mencionar que el tribunal dejó bastante claro que este pronunciamiento no tenía que ver con alegaciones sobre la obligación positiva de los estados de brindar un tipo de reconocimiento jurídico a estas parejas, sino más bien versaba sobre

---

32 TEDH: *Caso Vallianatos y Otros v. Grecia*, supra nota 29, párr. 85.

33 *Ibidem*, párr. 91.

el trato diferenciado de una Ley griega vigente<sup>34</sup>, dejando en el aire lo concerniente a si los Estados, en virtud del convenio, tienen algún tipo de compromiso positivo respecto al régimen jurídico de las relaciones entre personas del mismo sexo.

#### 4.2.2. Caso Pajic v. Croacia

El caso de la señora Pajic gira en torno a la solicitud de residencia que realizó la demandante (ciudadana del país de Bosnia y Herzegovina) al país croata, por razón de reunificación familiar con su pareja del mismo sexo. En este proceso se pudo observar que las autoridades jurisdiccionales del Estado denegaron la petición de residencia argumentando que la normativa interna de Croacia no contemplaba a través de su Ley de Extranjería la posibilidad de reagrupación familiar respecto de personas del mismo sexo, ello atendiendo a que la normativa del país sobre Uniones Registradas entre personas del mismo sexo, no hacen ninguna referencia al derecho de fundar una familia por parte de este grupo de personas.

El TEDH a la hora de resolver, aplicó los mismos principios que en el caso Vallianapolis, señalando que las diferencias de trato basadas en la orientación sexual obligaban al Estado a demostrar razones de peso que demostraran que dicha disparidad entre parejas heterosexuales y homosexuales estaba justificada, siendo proporcional y persiguiendo un objetivo legítimo<sup>35</sup>, añadiendo además que “si bien el artículo 8 no incluye el derecho a establecerse en un país concreto ni el derecho a obtener un permiso de residencia, “el Estado debe, sin embargo, ejercer su política de inmigración de manera compatible con los derechos humanos de un extranjero, en particular el derecho al respeto de su vida privada o familiar y el derecho a no ser objeto de discriminación.”<sup>36</sup>

Para efecto del presente trabajo, el caso Pajic resulta relevante pues el Tribunal Europeo parece ya no conformarse con el mero reconocimiento legal de las parejas homosexuales, sino que además añade para el caso particular, que las disposiciones concernientes a política de inmigración no deben mostrar atisbos discriminatorios en base a la orientación sexual de

---

34 Ibidem, párr. 75.

35 TEDH: Caso Pajic v. Croacia. (Solicitud no. 68453/13). Sentencia 23 de febrero de 2016, párr. 81.

36 Ibidem, párr. 80.

las personas, es decir, que ya no basta solo con un reconocimiento insípido, sino que este debe ser equivalente a los derechos que sobre otras esferas gozan las personas de sexo opuesto.

#### 4.2.3. Caso *Hämäläinen v. Finlandia*

Este caso se desarrolla en base a la petición hecha por una demandante transexual, que contrajo matrimonio siendo varón y que en el 2009 fue sometida a una cirugía de reasignación de género. Sin embargo, en el proceso la solicitante alega una afectación tanto de su derecho a la vida privada como a la vida en familia argumentando que el pleno reconocimiento de su género estaba supeditado a la transformación de su matrimonio en una asociación registrada, circunstancia que le parecía vejatoria de sus derechos.

Este proceso, al presentar una serie de peculiaridades puede ser estudiado desde dos puntos de vista diferentes.

**Primer análisis.-** Atendiendo a la evolución jurisprudencial del TEDH sobre el reconocimiento legal (alternativo al matrimonio) de las parejas del mismo sexo, puede ser tomado como un ejemplo de lo que realmente el margen de apreciación debería significar y cómo un Estado puede actuar de manera correcta aun cuando niegue el reconocimiento del acceso al matrimonio a las personas homosexuales.

Para explicar esta apreciación resulta necesario traer una vez más bajo análisis el caso *Schalk y Kopf contra Austria*, ya que en este proceso como se mencionó, se recurrió al margen de apreciación únicamente por la falta de consenso europeo sobre la materia; sin embargo, para que dicha apreciación tuviera lugar de manera correcta, hubiese sido necesario argumentar una razón de peso en la diferencia de trato que justifique tal disparidad. Todo lo contrario pasó en el caso *Hämäläinen*, pues si bien en este proceso el Estado gozaba de un margen de apreciación por falta de consenso sobre la materia, el gobierno pudo aducir razones que justifiquen la diferencia de trato, atendiendo a que Finlandia a través de la Asociación Registrada le permite a la solicitante “seguir disfrutando, en esencia y en la práctica, de la misma protección jurídica concedida en el matrimonio”<sup>37</sup>, lo que en otras palabras significaría que el actuar del Estado no resulta desproporcionado, siendo por tanto legítimo.

---

37 TEDH: Caso *Hämäläinen v. Finlandia*. (Solicitud no. 37359/09). Sentencia 16 de julio de 2014, párr. 83.

**Segundo análisis.-** El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso bajo estudio, mencionó en el párrafo 85 de su sentencia que: “El Tribunal considera que los efectos de la transformación del matrimonio del demandante en una asociación registrada serían mínimos o inexistentes en lo que respecta a la vida familiar del demandante.”<sup>38</sup>

Si bien del primer análisis realizado podría deducirse que efectivamente el reconocimiento legal de una pareja homosexual a través de una Asociación Registrada tiene efectos equivalentes a los de un matrimonio, y la protección de los derechos de la demandante respecto de su relación estarían igual de protegidos; la medida se convierte en desproporcional al comprender que no solo se alega la vulneración del derecho a fundar una familia, sino el derecho al reconocimiento de su identidad de género, derecho que simplemente ve limitado por la negación del Estado de brindarle el acceso al matrimonio, circunstancia por la que evidentemente el margen de apreciación se reduce<sup>39</sup>, y las razones brindadas por el estado dejan de obedecer a un objetivo legítimo, en la medida en que únicamente se justifican en una distinción basada en la orientación sexual de la persona y que van en detrimento del reconocimiento de su identidad de género.

#### **4.3. TERCER PASO: RECONOCIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN POSITIVA IMPUESTA A LOS ESTADOS**

Como corolario al desarrollo del presente trabajo de investigación, con el objetivo de analizar cuál es el estado actual del reconocimiento jurídico de las relaciones entre personas del mismo sexo, resulta inevitable detallar las directrices establecidas por el Tribunal EDH en el caso Oliari y otros v. Italia. En este proceso, los demandantes alegaron que el Estado no concebía en su ordenamiento interno algún tipo de regulación que salvaguardara las uniones homosexuales; es decir, que no solo se denegaba el acceso al matrimonio, sino que adicionalmente no se consentía ningún tipo de régimen jurídico alternativo que protegiera sus derechos como pareja.

---

38 Ibidem, párr. 85.

39 TEDH: Caso Oliari y otros v. Italia, supra nota 14, párr. 162 o el caso X e Y v. Países Bajos. (Solicitud no. 8978/80). Sentencia 26 de marzo 1985, párrs. 24 y 27 donde se señala que “cuando un aspecto particularmente importante de la existencia de una persona o la identidad está en juego el margen permitido por el Estado estará restringido”.



Este caso, es probablemente el más importante después del de Schalk y Kopf contra Austria, debido a que lo que en realidad se estaba solicitando era que el tribunal supranacional se pronunciara sobre si los Estados tenían alguna obligación positiva respecto de la regulación legal de las parejas homosexuales. Así el TEDH para resolver la disyuntiva presentada en el proceso, apeló principalmente a dos argumentos: *i)* Primero, recurrió nuevamente al matiz de consenso europeo señalando que para ese momento 24 Estados de los 47 contratantes del Convenio concedían a las parejas del mismo sexo algún tipo de reconocimiento legal, ya sea a través del matrimonio, la unión civil, o las uniones registradas<sup>40</sup> y *ii)* Segundo, tomando en consideración los argumentos de los propios órganos jurisdiccionales de más alto nivel en Italia, ya que en el momento en que tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre el tema señalaron la evidente necesidad de reconocimiento legal por parte de las uniones entre personas homosexuales<sup>41</sup> y que tal atribución correspondía únicamente al parlamento.

Así, el tribunal de manera concluyente señaló que “el gobierno italiano había sobrepasado su margen de apreciación y no cumplió su obligación positiva de garantizar que los solicitantes dispongan de un marco jurídico específico que prevea el reconocimiento y la protección de las uniones de personas del mismo sexo”<sup>42</sup>.

Bajo ese parámetro de ideas, interesaría preguntarse ¿Cuál es la obligación positiva que tienen los Estados sobre reconocimiento legal de las parejas homosexuales a partir de esta sentencia?

Si uno lee con detenimiento el fallo bajo análisis, podrá notar que en el párrafo 177 de la misma, el tribunal señala de manera explícita que el caso versa “únicamente sobre la necesidad general de reconocimiento jurídico y de la protección esencial de los demandantes como parejas del mismo sexo”<sup>43</sup>. Lo que, en otras palabras, significaría afirmar que los Estados aun gozan de un amplio margen de apreciación respecto primero del régimen jurídicos a través del cual se les dé reconocimiento legal a este tipo de uniones, y segundo respecto de los derechos y obligaciones que tal régimen jurídicos les vaya a conferir.

---

40 TEDH: Caso Oliari y otros v. Italia, supra nota 14, párr. 55.

41 Ibídem, párr. 180.

42 Ibídem, párr. 185.

43 Ibídem, párr. 177.



Sin perjuicio de esto, y ya para terminar, cabe decir que aun cuando en esta sentencia se mantiene la idea de que los Estados siguen gozando de un amplio margen de apreciación, dicha aseveración sólo se mantendrá respecto de la libertad de elegir ya sea el matrimonio, o las uniones civiles, o las uniones registradas o cualquier otro régimen jurídico de protección; no obstante, tal libertad no se conservará respecto del reconocimiento de derechos, pues como se pudo observar en los casos *Vallianatos v. Grecia*, *Pajic v. Croacia* y *Hämäläinen v. Finlandia*, los derechos reconocidos a las personas homosexuales tendrán que guardar un sentido de equidad respecto de las parejas heterosexuales, ya que en caso de trato diferenciado, el Estado estará obligado a demostrar que tal distinción obedeció a criterios de objetividad, razonabilidad, proporcionalidad, necesidad y fin legítimo.

## V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, y sin ánimo de hacer una recopilación reiterativa de los argumentos expuestos en el presente trabajo de investigación, considero pertinente señalar que, vista la evolución del reconocimiento legal de las uniones entre personas del mismo sexo a través de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se perdió en primer término una gran oportunidad en el caso *Schalk y Kopf*, de delimitar hasta qué punto, era y es aceptable tomar en consideración el margen de apreciación de los Estados a raíz de la falta de consenso europeo a la hora de limitar un derecho contenido en el CEDH.

Hecho que alcanza especial connotación a efecto de ponderar preceptos jurídicos, pues aun cuando el TEDH en años venideros, bajo el supuesto de que la mayoría de Estados abran el acceso al matrimonio para las parejas homosexuales, se manifieste y diga que en virtud de tal avance considera que seguir negando el matrimonio a este tipo de uniones resulta artificial; dicho reconocimiento ya estará viciado, pues desde mi punto de vista no obedecerá a razones jurídicas en sí. Un razonamiento propiamente jurídico hubiera sido señalar en el año 2010 en el caso *Schalk y Kopf*, o en el año 2015 en el caso *Oliari*, o incluso en el caso de *Chapin y Charpentier* del 2016, que aun cuando los Estados no lleguen a un consenso respecto de determinada materia, su margen de apreciación se ve reducido cuando la diferencia de trato en el reconocimiento de derechos, obedece únicamente a razones de orientación sexual de un grupo de personas; por lo que, para evitar responsabilidad internacional, deberán demostrar que las medidas

tomadas a nivel interno, fueron objetivas, razonables, proporcionales, necesarias y que además perseguían un fin legítimo.

Ahora bien, y respecto al reconocimiento alternativo a través de uniones civiles, uniones registradas o cualquier otro régimen de reconocimiento legal, considero que el tribunal está desarrollando una doctrina jurisprudencial que poco a poco y sin que los Estados siquiera tengan oportunidad de percatarse, serán sometidos; pues aun cuando el TEDH haya señalado un amplio margen a la hora de regular las uniones entre parejas homosexuales a nivel interno, el matiz importante está en que esta obligación positiva no es tan abierta como parece, pues si uno analiza las últimas sentencias al respecto, notará que tal regulación deberá obedecer a parámetros de equidad respecto de las relaciones entre personas de sexo opuesto, con lo que claramente la tendencia resolutoria del tribunal está orientada a lograr un reconocimiento alternativo al matrimonio pero bajo el pleno reconocimiento equitativo de los derechos de las personas pertenecientes a esta minoría sexual.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Barbosa Delgado, F.R. (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado*, n. 26, pp.107-135.
- Brauch, J. (2005). The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law. *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, pp. 113-150.
- Cançado Trindade, A. (2008). La ampliación del contenido material del Ius Cogens. XXXIV Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano, Washington D.C., Secretaría General de la OEA. Washington D.C.: Secretaría General de la OEA.
- Edel, F. (2010). *Prohibition of Discrimination Under the European Convention on Human Rights*. S.I.: Council of Europe.
- Gallagher, M. (2004). (How) Will Gay Marriage Weaken Marriage as a Social Institution: A Reply to Andrew Koppelman. *U. St. Thomas LJ*, vol. 2 n. 1, pp. 33-70.

- Kukura, E. (2006). Finding family: Considering the recognition of same-sex families in International Human Rights Law and the European Court of Human Rights. *Human Rights Brief*, vol. 13, n. 2, pp. 17-20.
- Ovey, C., & White, R. (2006). *Jacobs And White: The European Convention on Human Rights*. S.I.: Oxford University Press.
- Sanz Caballero, S. (2014). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio. *American University International Law Review*, vol. 29, n. 4 pp. 831-868.
- Young, R., & Leech, S. (2001). Marriage, Divorce and Ancillary Relief Under the Human Rights Act 1998: An Introduction. *European Human Rights Law Review*, vol. 3, p. 401.

# LA NECESARIA REFORMA JUDICIAL PARA ATENDER LOS CONFLICTOS FAMILIARES JUDICIALIZADOS



*Manuel Bermúdez-Tapia\**

**Sumario:** Resumen. 1. Introducción. 2. Una crisis social que incide en el fraccionamiento familiar que no es evaluado en el ámbito judicial. 3. La identificación de un problema de carácter nacional. Conclusiones. Referencias

**Palabras clave:** Conflicto Familiar; Derecho Procesal de Familia; Constitucionalización del Derecho de Familia; Sobre carga procesal; Reforma Judicial

## Resumen

La sobrecarga procesal y la gestión atemporal de los expedientes son los elementos negativos más significativos en el ámbito judicial. Una referencia que ha provocado varios procesos de reforma que no han logrado tener un éxito significativo.

Los planteamientos de solución han sido múltiples y van desde la “desjudicialización” de materias hasta la flexibilización de criterios

---

\* Abogado graduado con la mención de *Summa Cumme Laude* por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho. Profesor ordinario auxiliar de la Facultad de Derecho y Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Registrado en Min Ciencias en Colombia y en RENACYT PO140233, ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

de evaluación de hechos para proceder a emitir una sentencia judicial. Consecuentemente, el Estado no ha logrado generar ni una política de Estado eficiente ni tampoco una política pública que pudiera reducir el volumen de casos vinculados a la evaluación de conflictos familiares que se han judicializado.

Ante esta situación, se plantea una necesaria reforma judicial para generar un sistema judicial en la especialidad del Derecho Procesal de Familia que permita la sistematización de información, la acumulación de procesos judiciales, la ampliación de las facultades del juez, la reformulación de los procedimientos judiciales en un único método de evaluación y la implementación de mecanismos de ejecución de las sentencias.

Una alternativa que podría reducir la elevada carga procesal en el Poder Judicial por casos derivados de violencia familiar y procesos judiciales vinculados al ámbito familiar que son analizados en juzgados civiles, constitucionales, penales y comerciales, debido a la atomización del conflicto familiar que genera la legislación civil, societaria, procesal civil, penal y procesal penal.

El objetivo del texto es explicar la importancia del análisis interdisciplinario de los conflictos familiares, la evaluación del costo-beneficio de una sistematización judicial, procesal y sustantiva bajo la dirección de un único juez y con reglas procedimentales, probatorias y procesales que garanticen la tutela de derechos en un plazo razonable y con un elevado nivel de eficacia, para así garantizar la paz social, sobre la cual se detalla un estudio cualitativo y aplicativo, que permite fundamentar la hipótesis de trabajo que fundamenta el contenido de un nuevo sistema de impartición de justicia aplicable a un ámbito privado-público derivado de un conflicto familiar judicializado.

Se plantea el presente estudio, como resultado del Proyecto de Investigación N° 0042-2020, "Análisis de la institucionalidad democrática en el Perú", aprobado con Resolución de Vicerrectorado de Investigación N° 061-2019-VRI-UPSJB ejecutado en la Universidad Privada San Juan Bautista.

## **1. Introducción**

En los últimos cinco años, la sobre carga procesal en el Poder Judicial, Ministerio Público y Tribunal Constitucional se ha incrementado de forma

notoria, debido a la judicialización de conflictos familiares que se tramitan en las jurisdicciones de violencia familiar, derecho penal, derecho de familia, derecho civil y derecho constitucional (Gutiérrez, 2015, p. 18).

En este sentido, Walter Gutiérrez detallaba en una época previa a la pandemia del Covid-19 el hecho de que cada año hasta el 2015, se registraba un incremento de casi tres millones de nuevos expedientes, no evaluándose las características de estos procesos.

Referencia importante porque permite detallar que el Sistema de Impartición de Justicia no tenía un método para evaluar las características de cada situación con lo cual se generaba una condición negativa en todo el sistema, al no poder identificarse a las *partes procesales* o la naturaleza de las controversias, sobre las cuales es posible detallar una incidencia de varios procesos judiciales en función a un *único* conflicto familiar, como sucede por ejemplo en casos de violencia familiar donde las mismas partes procesales también desarrollan procesos de “alimentos” o “tenencia” o plantean un “régimen de visitas”.

El registro de varios procesos paralelos, derivados, complementarios o secundarios permite sostener un defecto en el sistema judicial que no logra *acumular* los expedientes cuando se tiene la posibilidad de ejecutar esta acción sobre la cual se podría tener una mejor evaluación del conflicto familiar, sobre todo para desarrollar recursos cautelares o de tutela en función a las circunstancias (Bermúdez-Tapia, 2019 a, p. 11)

Condición que se genera debido a la evaluación judicial y procesal de un “hecho”, en un único “tiempo”, que debe ser evaluado en función a la “especialidad”. Sobre esta referencia limitada en función al patrón condicional impuesto por la legislación procesal civil, el contexto socio familiar en situación de crisis se amplifica porque no todas las *partes procesales* podrán ser “partícipes” en los otros procesos judiciales al no tener “interés o legitimidad para obrar”, conforme se vaya desarrollando el conflicto familiar, sobre todo cuando se registran varios grupos familiares con una persona en común.

Ante estas circunstancias, el *proceso judicial en la especialidad civil-familiar* puede tener características especiales que la diferencia de otros contextos, donde la naturaleza del conflicto es muy particular, tal como se puede registrar en el ámbito civil, en el ámbito constitucional, en el ámbito probatorio e inclusive en el ámbito penal.

La *naturaleza jurídica* de cada uno de estos procesos judicializados en función a una especialidad permite detallar el énfasis que impone la ley en una manera de evaluar a las “personas”, los “hechos”, las “condiciones” vinculadas a “derechos” y “obligaciones”, como también el patrón de referencia del ámbito normativo de carácter público y privado, que puede ser subjetivo debido a la alta discrecionalidad de las partes en contradicción.

Consecuentemente, el Poder Judicial y el Ministerio Público pueden registrar a diferencia del Tribunal Constitucional procesos que *podrían* ser evaluados bajo otras condiciones, especialmente porque el carácter dispositivo de los derechos evaluados puede desarrollar mecanismos de resolución de conflictos privados, los mismos que la elevada sobre carga procesal ha demostrado que no pueden ser de utilidad.

Ante esta situación se propone un texto cuyo objetivo es demostrar la necesidad de establecer un método que permita una *reforma* del sistema procesal y judicial vinculado a la evaluación de conflictos familiares para así generar en una única jurisdicción, la capacidad para que un juez pueda evaluar varios aspectos derivados de una inicial controversia para así garantizar una acción de tutela eficaz en un plazo razonable y sobre todo con la diligencia debida, si se registran condiciones de vulnerabilidad en niños, mujeres, personas de tercera edad o personas que requieren una urgente atención de sus derechos, conforme registra la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “niños de la calle” vs Guatemala (Corte IDH, 1999), “Hermanos Gómez vs. Perú” (Corte IDH, 2004), caso “Campo Algodonero vs México” (Corte IDH, 2009), Caso Fornerón e hija vs. Argentina (Corte IDH, 2012), caso Ramírez Escobar vs. Guatemala (Corte IDH, 2018), caso López y otros vs. Argentina (Corte IDH, 2019).

De este modo, se desarrolla un texto derivado de una investigación de tipo cualitativo, de corte interdisciplinario, donde se emplea el análisis de la realidad judicial y procesal derivado de la atención de conflictos familiares como unidades de evaluación, en función a los resultados del proyecto de investigación “Análisis de la institucionalidad democrática en el Perú”, ejecutado en la UPSJB (2020).

## 2. Una crisis social que incide en el fraccionamiento familiar que no es evaluado en el ámbito judicial

Las estadísticas derivadas de la evaluación de casos de *violencia familiar* están provocando algunos errores de apreciación, especialmente debido al contenido negativo que afecta a personas en situación de vulnerabilidad y limita los derechos de grupos vulnerables (Álvaro, 2013).

En este sentido, se están asumiendo algunos errores que inciden en la perspectiva que desarrolla el gobierno nacional y el legislador en el Congreso de la República. Errores, que no logran identificar correctamente la *naturaleza* del conflicto familiar y por ello se mantiene una evaluación del contexto familiar bajo las condiciones procesales y judiciales de un “conflicto civil puro” resultan válidos, eficientes y definitivos.

Consecuentemente, se evidencian algunos errores de apreciación (Gracia, 2022, p. 201), que nos permiten indicar una posición contraria a la mayoría de la doctrina especializada en la materia:

- a) Los conflictos familiares que se judicializan no se desarrollan en un único momento.

La identificación de los *fundamentos de hecho* en las denuncias penales y demandas en el ámbito civil y familiar no pueden identificar un único elemento de referencia que pueda “relacionar” los elementos normativos aplicables en la justificación de los *petitorios*.

No se asume que el *conflicto familiar* es dinámico, que puede ser condicionado por las partes en contradicción y puede amplificarse, limitarse, suspenderse o anularse en función a la ejecución de comportamientos o acciones que puedan enfatizar un resultado (Sierra-Zamora et al, 2020)

La condición dinámica del *conflicto familiar* entonces permite detallar que los *nuevos hechos* que puedan surgir en una situación de crisis familiar no serán evaluados y por tanto no podrán enfatizar las obligaciones que deberá tener el juez al momento de emitir una resolución o sentencia, porque probablemente estos “hechos” sean modificados durante el trámite del proceso judicial o no logren tener vinculación con los resultados que se puedan generar en un proceso paralelo, derivado, complementario o secundarios.



- b) Las *partes procesales* son diferentes a las *personas* que participan en el conflicto familiar.

En este sentido, el problema judicial y procesal más relevante en la evaluación de un expediente judicial está enfatizado en el hecho de la incidencia de la condición de *sujeto de derechos* que puede tener un *niño o adolescente*, en un proceso donde sus progenitores son las *partes procesales*.

En este ámbito, los derechos y expectativas que puedan tener los niños y adolescentes no logran ser tutelados eficientemente porque los progenitores anteponen sus propios intereses y derechos en el trámite judicial y por ello el contenido del artículo 85° del Código del Niño y Adolescente resulta muy limitado, porque la *opinión* de un menor de edad no puede ser excluyente a la evaluación de los otros elementos probatorios que se actúan en el proceso (Bermúdez-Tapia, 2020, p. 117).

Condición que también se presenta como factor negativo a otras personas que forman parte del conflicto familiar, como pueden ser:

- i. Los integrantes de otro grupo familiar, sobre todo cuando deben ejecutar varios procesos judiciales para lograr una condición de equivalencia de derechos o condiciones con respecto de los integrantes del inicial grupo familiar, debido a que estos no tendrán *legitimidad para obrar* en las acciones que los otros han ejecutado y que son resueltos sin tomar en cuenta el contexto familiar múltiple.
  - ii. Los abuelos e integrantes de la familia amplia o extendida de un niño o adolescente. Situación que se evidencia en la limitada mención en los *regímenes de visita* que se puedan establecer y que amplían la separación en una familia que ya debe asumir el contexto de un conflicto judicializado (Bermúdez-Tapia, 2021, p. 487).
- c) El *conflicto familiar* es *subjetivo* y puede ser modificado en función a condiciones sujetas a una discrecionalidad que puede ser prevista o proyectada, sobre todo porque los *intereses* de las partes en contradicción pueden ser influenciadas por situaciones pasajeras, progresivas, condicionales, temporalmente breves, temporalmente prolongadas o se registre una situación inadmisibles, intolerable o excluyente de derechos.

En este ámbito, una situación de “adulterio o infidelidad” no siempre garantiza que se ejecute un proceso judicial o eventualmente no provoca la *separación* de una pareja. Contexto que resulta diferente a lo que se puede evaluar en un ámbito procesal civil, donde los “intereses y derechos” resultan ser los factores de evaluación objetivos de las partes procesales.

- d) El *conflicto familiar* es *multidisciplinario*.

Una situación que puede provocar una “interpretación” en función a la especialidad judicial que pueda ser *empleada* por parte de la persona que se ha sentido afectada en sus derechos o intereses.

En este sentido, una situación que implica un atentado contra la integridad física de una persona puede provocar en una jurisdicción civil-familiar un *proceso de divorcio*, empleándose la causal de “violencia” conforme al artículo 333º del Código Civil y también puede provocar una *denuncia por violencia familiar* en la jurisdicción penal, conforme detalla la Ley N° 30364.

- e) La evaluación del *conflicto familiar* exige la evaluación de varios elementos teóricos interdisciplinarios (Bermúdez-Tapia, 2012, p. 69).

La evaluación de un *conflicto familiar* puede depender de elementos teóricos provenientes de varias disciplinas jurídicas que no siempre tendrán un contenido especial y objetivo porque pueden registrarse situaciones de ambigüedad y de contradicción.

En este sentido, es posible detallar:

- i. En los contextos de violencia familiar, los *objetivos de la pena* no logran atender los intereses y derechos de las víctimas, pese a que se estipula que las víctimas podrán ser “reparadas”.

Una contradicción que se puede evidenciar por ejemplo en casos donde se plantea una *restricción* de derechos en la parte agresora o el retiro de esta persona del hogar conyugal o convivencial sin que se tenga un efecto directo en la evaluación de una *separación de cuerpos* o *divorcio* (Jiménez et al, 2012, p. 53).

De igual manera, el análisis de la condición de *última ratio* del derecho penal resulta incongruente con la elevada intervención del sistema punitivo estatal en situaciones de conflicto familiar, conforme se

puede detallar en las conclusiones del XI Pleno Jurisdiccional Penal, conforme el Acuerdo Plenario N° 09-2019/CIJ-116, que exige que toda situación denunciada genere un proceso judicial excluyendo la competencia del fiscal del Ministerio Público de aplicar el “principio de oportunidad” (Poder Judicial, 2019).

- ii. Las condiciones de prevención general, carácter disuasivo o condición extrema de la “pena” en los contextos de violencia familiar permiten desarrollar *medidas de protección* sin la participación de la parte acusada y en formato virtual, con lo cual la “presunción de inocencia” ha sido relativizada (Quispe, 2021, p. 7).
- iii. El contenido y alcance de las evaluaciones psicológicas y psiquiátricas no garantizan su empleabilidad en la evaluación que ejecute el juez, debido sobre todo al escaso nivel de *descripción* a las personas evaluadas, tomando en cuenta que en menos de dos horas no se puede plantear la evaluación de una *personalidad* o conducta de carácter biogénético.

Una referencia que anula la posibilidad de evaluar el contenido de algunas psicopatologías recurrentes en víctimas de violencia familiar, especialmente en los casos donde se ha registrado un Síndrome de Estocolmo o una Indefensión Aprendida, que *anula* la capacidad de la víctima de evaluar el entorno de violencia en el que se encuentra (Bermúdez-Tapia, 2019 b, p. 181).

Situaciones que en forma conjunta detallan un elevado nivel de exigencias que un juez no puede evaluar correcta o diligentemente porque está condicionado por los límites que puede imponer su especialidad y competencia en el despacho a cargo, pese a la posibilidad de ampliar su propia jurisdicción para ejecutar una *socialización del proceso*, que permita atender en un *plazo razonable* una controversia que exige una *evaluación en función a la economía procesal y la tutela judicial efectiva* si se evalúan condiciones negativas que afectan a niños, adolescentes, mujeres, personas de la tercera edad, personas con alguna discapacidad, entre otras personas en alto nivel de vulnerabilidad (Bermúdez-Tapia, 2011, p. 11).

### **3. La identificación de un problema de carácter nacional**

En función a lo detallado en los puntos precedentes, es necesario indicar que no se trata de condiciones de *violencia familiar* o de casos de *violencia*

*contra las mujeres*, se trata de un reflejo de la sociedad en extrema violencia que se registra en los últimos años en el país.

No es admisible evadir las consecuencias de graves problemas sociales que se han registrado en los últimos setenta años en el país (Arboccó, 2014, p. 47), sobre todo cuando se complementan los efectos de la migración, de la Reforma Agraria, del terrorismo, de la crisis económica entre los años 1986-1991 y el proceso de informalidad del país, que en conjunto permiten proyectar una negativa *salud mental* en la población en el país (Ávila, 2014, p. 117).

En este sentido, el nivel de violencia social que se registra en el país genera una condición que se evidencia en las estadísticas que detallan casos de violencia contra la mujer, porque no se ha logrado identificar:

- a) El verdadero nivel e incidencia de la violencia en el interior de una familia en crisis, porque la mayor parte de situaciones negativas o de violencia constituyen una *cifra negra* que implica un proceso de victimización estructural que no logra ser identificado en un proceso judicial, porque este no se puede desarrollar si no existe una *notitia criminis* o una *demanda* en el ámbito civil (Bermúdez-Tapia, 2015, p. 131).
- b) Los casos de violencia psicológica sólo reportan la judicialización de un porcentaje reducido de casos, especialmente porque las mismas víctimas no toman consciencia del efecto negativo que se registra por parte de sus parejas o familiares.

En este sentido, los casos de *alienación parental* no son evaluados correctamente y el nivel de condiciones psicológicas que se registran en los hijos alienados pueden provocar conductas violentas cuando estos menores tengan una condición adulta y desarrollen sus relaciones afectivas o familiares (Gago et al, 2005, p. 77).

- c) Las condiciones de violencia económica (Muñoz, 2004, p. 53) o sexual (Pereda et al, 2017, p. 131) no son registradas diligentemente debido a la necesidad de evaluar otros elementos complementarios que pueden incidir en la conducta de la víctima y así puede optar por no ejecutar una actividad procesal o judicial porque puede considerar que podría incrementar su condición de “víctima”, exigiéndosele

que participe de modo activo en el trámite de un expediente judicial (Bermúdez-Tapia et al, 2021, p. 145).

- d) Las condiciones derivadas del registro de *nuevos tipos de familia*, en particular cuando surgen derechos y condiciones especiales en grupos familiares múltiples.

En este ámbito, las condiciones que puedan tener los *grupos de hermanos* generados en una primera relación familiar pueden tener mayores o menores condiciones económicas que las registradas por sus hermanos en una segunda relación familiar, conforme se puede constatar en el trámite de proceso de nulidad de anticipos de herencia, disposición patrimonial de parte de un causante o las acciones que implican una posesión de un bien por parte de un sucesor forzoso que registra la oposición de otras personas con la misma condición sucesoria, tal como sucede en las oposiciones de derechos ejecutados por “hermanos” de un mismo causante.

En el ámbito de la jurisprudencia nacional, es posible identificar estos tipos de “nuevas familias” que no han sido correctamente detalladas por la Corte Suprema de Justicia en los casos:

- i. Casación N° 1465-2007, Cajamarca, donde no se identificó a una familia “monoparental” que se deriva de varios *grupos familiares*, porque los niños tienen papás diferentes.
- ii. Casación N° 4664-2010, Puno donde se registra una *familia paralela* debido a la acción de la parte demandante que actuó negativamente contra su primer grupo familiar.

Condición de identificación de “categorías” de relaciones familiares que sí ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional, en los casos:

- i. Caso Janet Rosas Domínguez, Expediente N° 06572-2006-PA/TC (TC, 2006) donde se evaluó a la *familia convivencial*.
- ii. Caso Reynaldo Shols, Expediente N° 09332-2006-PA/TC (TC, 2006) que analiza por primera vez a nivel mundial el caso de las *familias ensambladas*.
- iii. Caso Hijos Tudela, Expediente N° 1317-2008-PHC/TC (TC, 2008) donde se analiza el contexto de conflicto entre los hijos de un primer

grupo familiar con respecto de los intereses de la pareja del patriarca de los demandantes.

De este modo, el elevado volumen de procesos judiciales que implican la evaluación de *conflictos familiares* permite detallar una condición que supera la “referencia” de la violencia familiar porque se trata de un *problema de carácter progresivo* y de alcance *nacional*.

La deslegitimidad que registra el Poder Judicial y Ministerio Público por la poca efectividad de la actividad judicial en la atención de procesos donde se analizan casos de violencia familiar y *conflictos familiares* permite observar la relación secuencial de procesos, conforme la siguiente condición:

- a) El trámite de procesos de “alimentos” permite detallar que cuando este derecho no es reconocido o no es tutelado de forma eficiente, se genera un *segundo proceso*, al tramitarse un proceso penal por la presunta comisión del delito de omisión de asistencia familiar, que no implica una condena efectiva, conforme detalla el Decreto de Urgencia N° 008-2020 y el Decreto Legislativo N° 1459, que permiten que el condenado pueda evadir la pena limitativa de privación de la libertad si abona la deuda por “alimentos”.
- b) El registro de situaciones de *sustracción de menores* es usual cuando una sentencia judicial o un acuerdo de conciliación extrajudicial no ha logrado tener la efectividad suficiente para que dicho *conflicto familiar* no se amplíe en el tiempo y se agudice la contradicción entre los progenitores (Bermúdez-Tapia, 2007, p. 07).

Un panorama judicial que detalla una condición que puede ser mucho más negativa si es que no se ejecutan las reformas normativas necesarias en el ámbito familiar, civil, constitucional y penal, porque el *proceso judicial* que evalúa *conflictos familiares* no puede ser excluyente a una visión interdisciplinaria que involucre una acción orgánica de parte del Estado.

## Conclusiones

Del análisis de la realidad social en evaluación es posible afirmar que los *conflictos familiares* no han sido identificados en su real dimensión y por ello es que la “atomización” de controversias puede generar procesos en

una determinada jurisdicción sin que ello pueda implicar una referencia inmediata en otra vía jurisdiccional (Bermúdez-Tapia, 2015, p. 45).

Consecuentemente, el error parte de una limitada visión del *conflicto familiar* por parte del legislador, del gobierno nacional, del Poder Judicial a través de su Consejo Ejecutivo y Centro de Investigaciones Judiciales, como también de la Academia de la Magistratura porque se mantiene la visión tradicional de focalizar alguna controversia para así dar trámite a un proceso extendido en el tiempo y sin la opción de solucionar el verdadero problema que se registra en una familia en un proceso de crisis y separación.

### Referencias

- Álvaro Estramiana, J. (2013) *Fundamentos sociales del comportamiento humano*. Barcelona: Editorial UOC
- Arboccó de los Heros, M. (2014) Reflexiones psicológicas sobre la educación y la sociedad peruana actual. *Educación*, (20), 47-55
- Ávila, J. (2014) El estrés, un problema de salud del mundo actual. *Revista Con-Ciencia*, 2(1), 117-125
- Bermúdez-Tapia, M. (2007) La violencia familiar invisible provocada por la separación o divorcio. *Campus (Revista de la Escuela de Postgrado de la UPAO)*, 2(3), 07-33.
- Bermúdez-Tapia, M. (2011) *La constitucionalización del derecho de familia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante
- Bermúdez-Tapia, M. (2012) *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia*. Lima: Editorial San Marcos
- Bermúdez-Tapia, M. (2015) La victimización estructural en el tratamiento de casos derivados de una crisis familiar. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 21(205), 131-134.
- Bermúdez-Tapia, M. (2017 b) *El Derecho de Familia en la postmodernidad*. Trujillo: UPAO. P. 45
- Bermúdez-Tapia, Manuel (2019 a) *La evaluación constitucional de derechos en el Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica. P. 11



- Bermúdez-Tapia, M. (2019 b) *Elementos procesales y probatorios en el Derecho de Familia*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. P. 181
- Bermúdez-Tapia, M. (2020) El bloque de convencionalidad en el desarrollo del ISN que evalúa derechos de orden multidimensional e interdependientes a favor de niños y adolescentes". *Revista oficial del Poder Judicial*. 11(13), 117-138 <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.41>
- Bermúdez-Tapia, Manuel (2021) La incidencia de los derechos individuales en el contexto familiar como una proyección de un nuevo modelo de evaluación de derechos sociales, en Aguilar Cavallo, Gonzalo y Nogueira Alcalá, Humberto (Coordinadores) *La evolución de los derechos sociales en un mundo global*. Santiago de Chile: Tirant lo Blanch, pp. 487-504
- Bermúdez-Tapia, M. y Bocanegra Risco, T. C. (2021, marzo) La debida diligencia estatal y el trámite de un expediente judicial en familia. *Actualidad Civil*. (81), 145-159
- Cueva Quispe, C. (2021) Desprotección jurídica penal del núcleo familiar ante el homicidio entre hermanos en el Perú. *Derecho*, 9(9), 7-22
- Gago Espina, A. y Pérez, M. (2005) Sobre la elaboración del duelo en terapia familiar. *Revista de psicoterapia*, 4(3), 77-87
- Gracia Fuster, E. (2002) Visibilidad y tolerancia social de la violencia familiar. *Psychosocial Intervention*, 11(2), 201-211
- Gutiérrez Camacho, W. (2015) *La justicia en el Perú. Cinco grandes problemas. Documento preliminar 2014-2015*. Lima: Gaceta Jurídica
- Jiménez Arrieta, M. Amaris Macias, M. & y Valle Amaris, M. (2012) Afrontamiento en crisis familiares: el caso del divorcio cuando se tienen hijos adolescentes. *Revista Salud Uninorte*, 28(1), 99-112
- Muñoz Portugal, I. (2004) Pobreza, economía y familia en el Perú. *Provincia*, (12), 53-64
- Pereda, N. & Sicilia, L. (2017) Reacciones sociales ante la revelación de abuso sexual infantil y malestar psicológico en mujeres y víctimas. *Psychosocial Intervention*, 26(3), 131-138
- Sierra-Zamora, P. A. y Bermúdez-Tapia, M. (2020) La invisibilidad de la identificación de víctimas en las fuerzas militares y el inicio de



una crisis en la defensa y seguridad nacional a raíz del Acuerdo de Paz. *Vniversitas* (69). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.iivf>

Universidad Privada San Juan Bautista (2020). “Análisis de la institucionalidad democrática en el Perú”, Proyecto de Investigación N° 0042-2020, aprobado con Resolución de Vicerrectorado de Investigación N° 061-2019-VRI-UPSJB

### **Jurisprudencia referencial**

Corte IDH (1999) *Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. [https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=321](https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=321)

Corte IDH (2004) *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_110\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf)

Corte IDH (2009) *Caso González y otras (“Campo algodnero”) vs. México*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)

Corte IDH (2012) *Caso Fornerón e Hija contra Argentina*. [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)

Corte IDH (2018) *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_351\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf)

Corte IDH (2019) *Caso López y otros vs. Argentina*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_396\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf)

Poder Judicial (2008) *Casación N° 1465-2007, Cajamarca*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/09ca528047e3d59dbb60ff1f51d74444/Primer+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=-09ca528047e3d59dbb60ff1f51d74444>

Poder Judicial (2010) *Casación N° 4664-2010, Puno*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444/TERCER+PLENO+CASATORIO+CIVIL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444h>

Poder Judicial (2019) *XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, Acuerdo Plenario N° 09-2019/CIJ-116*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d77162804ff83abc31ab76976768c74/9-2019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d77162804ff83abc31ab76976768c74>

Tribunal Constitucional (2006) *STC N° 06572-2006-PA/TC, caso Janet Rosas Domínguez*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2006) *STC N° 09332-2006-PA/TC, Caso Reynaldo Shols*. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2008) *STC N° 1317-2008-PHC/TC. Caso hijos Tudela a favor de su padre*. <https://vlex.com.pe/vid/caso-tudela-barreda-stc-77115830>



# APUNTES SOBRE LA PROPUESTA DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN EL PERÚ Y LA IMPORTANCIA DE PRESERVAR EL ORDEN CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO



*Andrés Alonso Zúñiga Najarro\**

**Sumario:** I. Introducción. II. La constitucionalidad democrática. III. ¿Qué implica un proceso de reforma? IV. ¿Qué reformas se podrían proponer? V. Reflexiones finales. VI. Bibliografía.

**Palabras clave:** asamblea constituyente, constitucionalidad democrática, reforma.

## I. INTRODUCCIÓN

**E**l presente trabajo se propone abordar un análisis respecto de los factores que orbitan en torno a la propuesta de acometer un proceso de reforma Constitucional a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente. En esa perspectiva, se desarrollan algunos apuntes de carácter constitucional y se advierten aspectos vinculados a la preservación del

---

\* **ABOGADO**, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Alumno de la Maestría en Derecho Constitucional, con estudios de Segunda Especialidad en “Derecho Administrativo y Constitucional” por la misma casa de estudios.

“orden constitucional democrático” que podrían verse comprometidos a propósito de la crisis política que atraviesa nuestro país.

Con estas reflexiones se busca formar criterio a partir de la revisión de distintos aportes brindados por los principales especialistas sobre la materia; tarea que hemos llevado adelante atendiendo las posturas a favor y en contra.

## II. LA CONSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA

En una reciente ponencia, al referirse a la reforma de la Constitución de 1993, el profesor Óscar Urviola abordó su exposición desarrollando los conceptos de “*Estado de Derecho*” y “*Constitucionalidad Democrática*” a efectos de llamar la atención respecto al talante con el que debemos resolver las situaciones propias de la materia constitucional. En ese sentido, señaló que la Constitución no es suficiente para que estemos frente a un Estado de Derecho, sino que las instituciones tienen que funcionar; siendo importante prestar atención a aquello que impone un Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho. Ergo, no se trata de un ejercicio de retórica, sino de plena vigencia de los principios constitucionales fundamentales (Líderes Regionales para el Desarrollo del Perú, 2021).

En esa misma perspectiva de vigencia institucional, muchos autores han coincidido al momento de definir la democracia. Francine Jácome, por ejemplo, ha señalado que la democracia puede ser conceptualizada *-según la forma de acceso al poder-*, de dos maneras: a través de una definición minimalista que reduce a la democracia a un ejercicio eminentemente electoral; y a través de una definición maximalista que incorpora a la democracia el vínculo con la ciudadanía (JACOME, 2009). Jorge Carpizo, por su lado, sustenta una visión amplia del concepto de democracia, atribuyéndole la misma fuerza expansiva de los Derechos Humanos (CARPIZO, 2008). Y es que el antiguo concepto de democracia *-desde su visión minimalista-* ha venido evolucionando hasta llegar a un punto en el cual se dejan de lado las posturas hiperpresidencialistas, y se asume un esquema democrático transversal al quehacer institucional del Estado. La democracia implica una constante práctica de observancia constitucional. No se trata de un mero acto de sufragio universal que instrumentaliza la democracia delegativa, pues debe ser entendida en su concepción maximalista; es decir, como un modo político y constante de gobierno en el que se garantiza la primacía plena de los derechos fundamentales de las personas.

En el ámbito interamericano, dicho planteamiento es consustancial al contenido de la democracia representativa *per sé*. En efecto, Manuel Ventura, por ejemplo, ha resaltado la importancia del estudio en torno al concepto de democracia partiendo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma en mérito a la cual se considera a la democracia como derecho humano y como eje transversal del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana (AGUIAR, 2012). Precisamente, en este último instrumento normativo, al referirse a la sujeción al orden constitucional, se establece *ad litteram*:

*“Artículo 2.- El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional”.*(Organización de los Estados Americanos, 2001)

Así las cosas, amén de la obligación de la preservación del orden constitucional en salvaguarda del orden democrático<sup>1</sup>, se colige que la discusión en torno a la convocatoria a una Asamblea Constituyente no puede escapar al ámbito de lo que en estricto establece nuestra Constitución vigente; de conformidad *-además-* con lo postulado en los distintos instrumentos internacionales vinculantes que brindan alcances sobre la materia. Ninguna propuesta política *-aun cuando fuese promovida desde el propio Gobierno-* puede poner en riesgo el orden constitucional, siendo que este último se encuentra cautelado, no sólo por el ordenamiento jurídico nacional, sino también por los instrumentos jurídicos internacionales pertenecientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual formamos parte<sup>2</sup>.

- 
- 1 La alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático de un país miembro de la Organización de los Estados Americanos, configura el supuesto para la activación del artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana en cuyo contenido se incorpora el mecanismo de protección de la democracia, lo que puede desembocar en una sanción de suspensión para el Estado.
  - 2 Como miembro activo de la Organización de los Estados Americanos, nuestro Estado Peruano no podía quedar exento de los alcances que, en materia de Protección Internacional de los Derechos Humanos fueron pergeñados en el seno de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos llevada a cabo en noviembre de 1969 en San José de Costa Rica. En esa línea, el Perú ratificó la Convención

En ese mismo sentido, el doctor Alberto Borea, al efectuar un análisis sobre la naturaleza de las Constituciones, explica que las mismas se constituyen en instrumentos diseñados para limitar el ejercicio del poder; siendo que nacieron a la caída de gobiernos de monarquía absoluta, como fue el caso de Estados Unidos y los Estados Latinoamericanos *-por ejemplo-*. Ergo, la Constitución es la Carta de asignación de competencia, a través de la cual se estructura el poder. (Líderes Regionales para el Desarrollo del Perú, 2021). Siendo ello así, queda establecido de manera taxativa que la implementación de cualquier propuesta política de reforma constitucional será viable en la medida en la que se respete la esencia constitucional vigente.

### III. ¿QUÉ IMPLICA UN PROCESO DE REFORMA?

A propósito de la aprobación de la Constitución de 1993, el doctor Borea explica la necesidad de que en el Perú se produzca un proceso de debate y reflexión constitucional en el que se busque un “Acuerdo de Paz Interno”. En esa línea, señala que la Constitución es un “Tratado de Paz Interno”, un lugar en donde todos debemos sentirnos parte, a contrario sensu de lo que Paniagua denominó como un “Estatuto de Ocupación del Poder” (Líderes Regionales para el Desarrollo del Perú, 2021). Así las cosas, para que se produzca un proceso de reforma primero se requiere del consenso del pueblo, pues la Constitución no se refiere a un tema concreto de política específica; sino que abarca todo el ordenamiento de una nación (distintos ámbitos). No podemos soslayar el hecho de que una iniciativa de estas magnitudes tendría que producirse sin que se sacrifiquen las libertades, y preservando la igualdad y la solidaridad social. Víctor García Toma señala, además, que la Constitución es un proyecto de vida en común con la participación de distintas tendencias políticas (Instituto Víctor Andrés Belaúnde Diez-Canseco FCJyP UCSM, 2021). Una reforma total entonces implicaría un proceso de concertación global que no excluya a ningún sector del país.

---

Americana sobre Derechos Humanos el 09 de setiembre de 1980. Posteriormente, como señal de compromiso, se presentó ante la Secretaría de la Organización de los Estados Americanos un instrumento en el que, de acuerdo a con lo prescrito en el párrafo 1° del Artículo 62 de la Convención, el Gobierno del Perú declaraba reconocer como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.

Ahora bien, partiendo del texto constitucional vigente, se tiene que el establecimiento de un camino para la reforma de la Constitución a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente no es factible en la configuración actual, pues dicha figura no está prevista en su cuerpo normativo. Ello, debido a que, tal como explicita Urviola, lo que quiso el constituyente -no solo el del 93 sino también el del 79- fue que el Congreso tuviera un doble carácter: a) ser el poder constituido para legislar, fiscalizar y representar (además de otras funciones); y b) ser el poder constituyente derivado o delegado; ergo, el órgano que puede proponer, debatir y aprobar una reforma total o parcial de la Constitución. En esa línea, la reforma como tal si está prevista, siendo una primera posibilidad para ella la aplicación del artículo 206 de la Constitución, norma en cuyo contenido se establece a la letra:

#### *“Reforma Constitucional*

*Artículo 206.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.*

*La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.*

En consecuencia, para llevar adelante una reforma a través de la Convocatoria a una Asamblea Constituyente, un primer paso sería a través de la modificación del artículo 206, impulsada desde el mismo congreso, a efectos de instaurar dicho mecanismo de la Asamblea Constituyente. Al respecto, el constitucionalista Luciano López ha señalado que existe la posibilidad de la formulación de una propuesta de nuevo texto constitucional desde el mismo Parlamento (Comisión de Constitución), a través de la vigente Ley 27600 - Ley que suprime firma y establece proceso de Reforma Constitucional (HUACASI, 2021). Sin embargo, tal como ha quedado establecido por el Tribunal Constitucional en el caso Colegio de Abogados del Cusco (Exp. N.º 014-2002-AI/TC), se trata de reformas parciales. En



ese sentido, el doctor García Toma resalta que se debe respetar la fórmula basilar de la Constitución: el tipo de Estado (unitario y descentralizado), la forma de Gobierno (republicano), el modelo de economía social de mercado (libertades, derechos, rol del Estado, etc), y tener presente que no se puede alterar el contenido esencial de los derechos fundamentales. En el fundamento 79 de la precitada sentencia se establece textualmente:

*“79. Desde una perspectiva doctrinaria, la reforma constitucional es siempre parcial. Como expresa Carl Schmitt [Teoría de la Constitución, Alianza Editorial, Madrid 1982, Pág. 119], “Una facultad de ´reformar la Constitución´, atribuida a una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo: La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional”.*

*Como bien refiere, a guisa de ejemplo, Guillermo Calandrino (“Reforma Constitucional”, en AA.VV. Curso de Derecho Constitucional, Editorial La Ley, Buenos Aires 2001) “El poder constituyente originario es aquél que establece los cimientos de una casa (techo, hormigón y columnas), en tanto que el poder constituyente reformador es aquél que se ejerce para modificar el orden en que recibimos una casa (anular una ventana, abrir una puerta, recortar el jardín)”.*” (Tribunal Constitucional, 2002).

Por otro lado, han surgido también discusiones en torno a la posibilidad de reforma total de la Constitución, a propósito de lo que se establece en su artículo 32 inciso 1, el mismo en el que se señala a la letra:

*Consulta popular por referéndum. Excepciones*

*Artículo 32.- Pueden ser sometidas a referéndum:*

- 1. La reforma total o parcial de la Constitución;**
- 2. La aprobación de normas con rango de ley;*
- 3. Las ordenanzas municipales; y*

4. *Las materias relativas al proceso de descentralización.*

*No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.*

*(Negrita y subrayado propios)*

Al respecto, el propio Tribunal Constitucional, se ha pronunciado a través de la precitada Sentencia recaída en el Exp. N.º 014-2002-AI/TC, siendo que en sus fundamentos 106 al 109 se señala:

*"106. Como antes se ha expresado, el artículo 32º, inciso 1), de la Constitución, ha constitucionalizado la función constituyente, al señalar que puede practicarse una reforma total de la Constitución, pero no ha previsto quién la pueda ejercer. Y no podía ser, en verdad, de otro modo, pues si se hubiese previsto que uno de los órganos constituidos llevase adelante tal función constituyente, ello no podría entenderse de otra manera que la constitucionalización del ejercicio de una competencia jurídica y, por lo mismo, reglada, vinculada y, por lo tanto, limitada.*

*107. Por ello, el Tribunal Constitucional considera, como lo ha expuesto el demandante, que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, per se, no puede aprobar una Constitución distinta, pues sólo el Poder Constituyente está autorizado para llevar a cabo el ejercicio de una función semejante.*

*108. El Congreso de la República, como se ha expuesto, es uno de los órganos que puede efectuar la reforma parcial de la Constitución, y tal competencia está regulada en el artículo 206º de la Carta. Evidentemente, la competencia para reformar parcialmente la Constitución no puede entenderse como la constitucionalización de un poder constituyente originario, sino como la condición de un poder constituyente derivado y, en esa medida, como un poder constituido, sujeto por lo tanto a un régimen especial de limitaciones (procedimentales, formales y materiales)." (Tribunal Constitucional, 2002)*

Así las cosas, la mayoría de las posturas expresadas por los especialistas en materia constitucional coinciden en la posición que reconoce que, en el esquema actual de la Constitución, se tendrían que producir modificaciones previas para considerar la posibilidad de convocar una Asamblea Constituyente para promover una reforma total de la Constitución. Por otro lado, el profesor García Toma agrega que no podría existir un Congreso

Constituyente porque sería el equivalente a tener 2 congresos; situación que podría acarrear una profunda crisis política por la escasez de cuadros políticos idóneos para ejercer la labor (aunado a la crisis de representación). Consecuentemente, arribamos a una postura con la que coincidimos; y es que las prioridades en este momento son otras; tales como acabar con la pandemia, la crisis política, la crisis económica, la estabilidad laboral, las inversiones, la inseguridad ciudadana, etc. Para que se produzca una situación equivalente a una reforma total de la Constitución, tendría que haber un momento histórico que amerite el cambio. Bien hace García Toma en traer a colación el caso de la Constitución de Querétaro de 1917 *-por ejemplo-*, la misma que, como resalta, fue resultado de una revolución. Igualmente ocurrió con la revolución francesa. Por consiguiente, habría que analizar si nos encontramos en un escenario dentro del tiempo histórico similar al de una gesta emancipadora (Instituto Víctor Andrés Belaúnde Diez-Canseco FCJyP UCSM, 2021).

Consecuentemente, si atendemos a todos estos factores, parece que históricamente y coyunturalmente, un proceso de este tipo no sería auspicioso *per sé*, pues implicaría un debilitamiento de las bases institucionales, en tanto la agenda actual está concentrada en la crisis sanitaria por efectos del COVID19 y la situación política que viene atravesando nuestro país. En ese sentido, la gobernabilidad no implica únicamente atender los temas propios de la política; sino que implica priorizar las metas más próximas dirigidas a salvaguardar la vida y la salud, así como dinamizar los procesos económicos que permitan atender las necesidades prioritarias de la población.

Existe una crítica constante a aquellos quienes respaldan la Constitución del 93; pues dado su origen, ello implicaría aceptar que basta que el poder se afirme para que un texto sea reconocido como Constitución. Sin embargo, pese a su asidua crítica, reconoce que el proceso de cambio de la Constitución debe ser un proceso serio, que si bien es cierto debió promoverse con la caída del régimen fujimorista, debe contar con todas las condiciones propicias para el debate; situación que no se produce en el clima actual de profunda polarización. En esa misma línea, Raúl Bravo Sender señala que, si bien es cierto que la Constitución de 1993 fue dada en el contexto de una dictadura y carecería de legitimidad; sin embargo, la historia de las distintas constituciones a nivel del Perú refleja que estas fueron dadas en climas de crisis política (BRAVO SENDER, 2021). Samuel B.

Abad Yupanqui también ha hecho referencia a las circunstancias negativas que dieron lugar a la Constitución de 1993; y a pesar de las fuertes críticas al esquema incorporado en sus inicios, también habla de sus reformas. A pesar de que señala la necesidad de un cambio constitucional, resalta también que este debe darse a través de un acuerdo entre todas las fuerzas políticas, tomando en cuenta los intereses de la población; sólo así se dará un clima constituyente (Abad Yupanqui, 2017).

Están también quienes tienen una perspectiva desde otra vertiente. Óscar Urviola *-por ejemplo-*, destaca las bondades de la vigente Constitución; resaltando que en las Constituciones de 1979 y 1993 se incorpora *-al inicio-* las disposiciones sobre los derechos fundamentales; lo que refleja un sentido más humanista. En ese sentido, se destaca el hecho de que la fuerza normativa de la Constitución se da en la medida que las instituciones del Estado cumplan con sus funciones. He allí la importancia de que un Estado Constitucional deba tener jurisdicción constitucional a través del Tribunal Constitucional.

En un reciente artículo publicado en “El Comercio”, la ex titular del Ministerio de Cultura Betsy Chávez, hizo referencia al hecho de que la Constitución del 93 debe ser cambiada debido a que nació del caos y se consolidó en un marco de impunidad y corrupción. Sin embargo, se tiene también la opinión de Rosangella Barbarán, quien señala que las desigualdades del país no son culpa de la constitución y que el problema ha radicado en el trabajo ineficiente a nivel de gobiernos locales y regionales, así como otros factores; siendo la corrupción uno de los más importantes. En consecuencia, se muestra a favor de llevar adelante reformas parciales de la Constitución (CHÁVEZ & BARBARÁN, 2021).

Sin perjuicio de todas estas posturas, resulta evidente que una iniciativa de reforma de estas magnitudes requiere de un momento constituyente, el cual, no se ha configurado antes de la atomización de los principales sectores y grupos de representación política del país. En ese sentido, siendo el paso previo, el alcanzar un momento de diálogo y acercamiento propicios para la concertación, es evidente que los impulsores de la propuesta se encuentran frente a una dificultad insuperable.

#### IV. ¿QUÉ REFORMAS SE PODRÍAN PROPONER?

Sin perjuicio de lo manifestado, coincidimos con la necesidad de plantear reformas sustanciales que permitan reducir brechas y atender la agenda prioritaria del país, tales como proceso de descentralización, una mejor relación Ejecutivo - Legislativo, la mejorar del sistema de partidos, la mejora del sistema de representación parlamentaria, el sistema electoral, la mejorar del modelo económico, el fortalecimiento del Poder Judicial y el Ministerio Público; entre otros aspectos de igual relevancia. En esa perspectiva, es preciso hacer un análisis responsable de los aspectos que deben ser reformados a efectos de generar un impacto positivo que permita obtener resultados a corto plazo. Al respecto, Piero Ghezzi *-por ejemplo-* señala que no se trata de hacer un cambio total del modelo económico pues ello acarrearía problemas (GHEZZI, 2021). En ese sentido, coincidimos en el hecho de la necesidad de evaluar medidas económicas que desde el ámbito constitucional permitan afrontar la crisis internacional que se viene afrontando, a propósito de la guerra Rusia - Ucrania. Sin embargo, reiteramos que el proceso implica la confluencia de esfuerzos por parte de los distintos actores concernidos, cuya voluntad encuentre un punto de coincidencia en torno a la necesidad del fortalecimiento del tejido constitucional.

#### V. REFLEXIONES FINALES

Cualquier ejercicio de reforma implica un análisis de sujeción estricta al actual reducto de la esencia constitucional. Ello implica entender que las vías para el ejercicio del poder se sujetan a los límites establecidos en ella, siendo uno de ellos, el respeto por el estado constitucional democrático social de derecho. La propuesta de una reforma total debería pasar por un proceso de debate y consenso, con amplia participación y la promoción de un espacio dialogante de encuentro; situación que es ajena al actual contexto de polaridad política nacional.

En el contexto actual, es evidente que no se puede acometer un proceso de reforma constitucional. Es evidente que no nos encontramos en un momento constituyente; ello, sin perjuicio del hecho taxativo de que los mecanismos actuales de reforma de la constitución no contemplan la figura de la convocatoria a una Asamblea Constituyente. Sin embargo, está la vía de reforma establecida en el artículo 206 de la Constitución, el mismo que permite además la participación ciudadana.

Con relación a la Constitución del 93, consideramos que no todo es malo; a pesar de que no se pueden soslayar las circunstancias que dieron lugar a su aprobación (golpe de 1992). Sin embargo, sería un despropósito deshacer todo lo que se hizo. Los problemas de corrupción, crisis de la salud, seguridad ciudadana, etc., no son atribuibles a la Constitución; sino a la inoperancia e ineficacia de las instituciones públicas. En ese sentido, resulta de vital importancia introducir propuestas de reforma dirigidas a la atención de la problemática prioritaria de la agenda del país.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Abad Yupanqui, S. B. (2017). Reforma constitucional o nueva Constitución. La experiencia peruana. *Cuestiones constitucionales*, 37, 295-301. doi:<https://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.37.11460>
- AGUIAR, A. (2012). *JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA DEMOCRACIA*. Buenos Aires / Caracas: Observatorio Iberoamericano de la Democracia.
- BRAVO SENDER, R. (22 de Abril de 2021). *Nueva constitución ¿Para qué?* Obtenido de [laley.pe](https://laley.pe): <https://laley.pe/art/11056/nueva-constitucion-para-que>
- CARPIZO, J. (2008). *Concepto de Democracia y Sistema de Gobierno en América Latina* (2da. Edición. ed.). Lima.: IDEMSA.
- CHÁVEZ, B., & BARBARÁN, R. (14 de Mayo de 2021). *Cara y sello: ¿Se debe cambiar la Constitución?* Obtenido de [El Comercio](https://elcomercio.pe): <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/cara-y-sello-se-debe-cambiar-la-constitucion-peru-libre-fuerza-popular-asamblea-constituyente-noticia/>
- GHEZZI, P. (07 de Mayo de 2021). *¿Qué cambios hacerle al modelo?* Obtenido de [gestion.pe](https://gestion.pe): <https://gestion.pe/opinion/piero-ghezzi-que-cambios-hacerle-al-modelo-noticia/>
- HUACASI, W. (18 de mayo de 2021). *Hay tres vías constitucionales para consulta sobre una Constituyente*. Obtenido de [larepublica.pe](https://larepublica.pe): <https://larepublica.pe/elecciones/2021/05/18/elecciones-2021-hay-tres-vias-constitucionales-para-consulta-sobre-una-constituyente-pltc/>
- Instituto Víctor Andrés Belaúnde Diez-Canseco FCJyP UCSM. (28 de Mayo de 2021). *¿ES NECESARIA UNA ASAMBLEA*

CONSTITUYENTE? Arequipa, Perú. Obtenido de <https://www.facebook.com/109564667083407/videos/145205464316276>

JACOME, F. (2009). *Situación Actual y Desafíos de la Democracia en la Subregión Andina*. Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS) Oficina en Venezuela de la Fundación Friedrich Ebert.

Líderes Regionales para el Desarrollo del Perú. (28 de mayo de 2021). Foro Cambio o Reforma de la CPP 93 [video]. Facebook. Obtenido de <https://www.facebook.com/LideresRegionalesParaElDesarrolloDelPeru/videos/1141043233051278>

Organización de los Estados Americanos. (2001). *Carta Democrática Interamericana*.

Tribunal Constitucional. (2002). *Caso Colegio de Abogados del Cusco. Sentencia recaída en el EXP. N.º 014-2002-AI/TC*.

**CONTROL  
DE CONVENCIONALIDAD  
Y SISTEMAS SUPRANACIONALES**





# GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS VERSUS IDENTIDADES CONSTITUCIONALES: LA PROTECCIÓN SUPRANACIONAL



Javier García Roca\*

**Sumario:** 1. ¿Hacia una globalización de los derechos fundamentales? La protección regional y el trabajo judicial en red. 2. Soberanía nacional, subsidiariedad, identidades constitucionales, margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión. 3. Conclusiones.

## 1. ¿Hacia una globalización de los derechos fundamentales? La protección universal y regional y el trabajo judicial en red

**L**a ambigua pero indefectible idea de globalización. ¿Qué añade una protección internacional, regional o continental, iberoamericana y europea e incipientemente africana, pero con aspiraciones de eficacia global en la realidad de las cosas<sup>1</sup>, a la garantía de los derechos fundamentales?

---

\* Doctor en Derecho. Presidente Emérito de la Asociación de Constitucionalistas de España. Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

1 En el **Caso ND y NT contra España**, de 13 de febrero de 2020, una Gran Sala del TEDH valida -cambiando de criterio- la expulsión colectiva (artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH) de un amplio grupo de emigrantes subsaharianos que intentaron cruzar la alta valla de la frontera de Melilla por la fuerza, y fueron expulsados sin procedimientos de revisión individualizados de sus circunstancias personales, las llamadas “expulsiones en caliente”. Comparecieron en el proceso numerosos Estados parte como observadores, los tres Altos Comisionados para los Derechos Humanos y para

La expresión “globalización” es ambigua y se aplica en muchos escenarios<sup>2</sup>. Si bien todos sus usos tienen en común la contracción del tiempo y del espacio, la revolución digital y tecnológica, la rápida circulación de ideas de manera muy difusa o capilar, y la creación de nodos y redes de conocimiento y trabajo<sup>3</sup>. La sociedad global es una sociedad red. Este fenómeno tiene una influencia decisiva también en los derechos fundamentales<sup>4</sup>, pues los supuestos de hecho, estándares y controversias adquieren frecuentemente dimensiones espaciales muy amplias, y adoptan soluciones basadas en la cooperación internacional y en la búsqueda de respuestas conjuntas, interactuando los órganos jurisdiccionales<sup>5</sup>. Hay v.gr. una Conferencia de

---

Refugiados de Naciones Unidas y de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Amnistía Internacional y un largo etcétera de entidades. Puede leerse un comentario de ALONSO SANZ, L., “Deconstructing Hirsi: the returns of hot returns” en *European Constitutional Law Review*, 17, pp. 335-352, 2021. Es difícil pensar que este discutible estándar no tenga alguna influencia global en situaciones semejantes en otros escenarios: en la frontera de Méjico con Estados Unidos, en los desembarcos en Italia, o las expulsiones del Reino Unido.

En **Hassan contra el Reino Unido**, de 16 de septiembre de 2014, el TEDH revisa la detención de un iraní por las tropas británicas durante la invasión por Estados Unidos de Iraq. Igualmente, en **Jaloud contra los Países Bajos**, de 20 de noviembre de 2014, se enjuicia la muerte de un iraquí por tropas holandesas y su responsabilidad criminal por no haber investigado las causas de los disparos.

- 2 Puede leerse KÖHLER, H., “Hacia una mejor globalización” en [www.imf.org/external/np/speeches](http://www.imf.org/external/np/speeches), Director General del Fondo Monetario Internacional, defiende una globalización “correcta”; o BARICCO, A., *Next. Sobre la globalización y el mundo que viene*, Anagrama, Barcelona, 2002.
- 3 Vid CASTELLS, M. (ed.), *La sociedad red una visión global*, Alianza editorial, Barcelona, 2006, primera reimpression 2009, Parte I “La teoría de la sociedad red” (pp. 27-75). CASTELLS razona la interacción entre tecnología y estructura social, y la importancia de la estructura en red -un conjunto de nodos interconectados- como nueva forma organizacional de la actividad humana, lo que obliga a las sociedades a implementar nuevos paradigmas adaptados a la flexibilidad y constante retroalimentación y reconfiguración del nuevo entorno tecnológico (pp. 23-24, 30, 37).
- 4 Véase GARLICKI, L., “Universalism versus regionalism? The role of the supranational judicial dialog” en GARCIA ROCA, J., FERNÁNDEZ, P.A., SANTOLAYA, P. y CANOSA, R. (editores): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 27-64. In *extenso*, BREMS, E., *Human Rights: Universalism and Diversity*, Boston-London, La Haya, 2001.
- 5 Cfr KONDOROSI, F., “Los derechos del hombre en un mundo globalizado” en *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furio Ceriol*, nº 38/39, 2002, pp. 85-96. PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La globalización de los derechos humanos. El reto del siglo XXI” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2003, nº 2, pp. 19-33- Hice una

Tribunales Constitucionales Europeos, y otra Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. La declaración de Kampala de 2019 auspicia la cooperación, y llevó a la firma de un memorando de entendimiento para mejorar el diálogo y el intercambio de jurisprudencia de los tres tribunales regionales: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

*La globalización de los derechos: algunos rasgos.* No me ocuparé de “los derechos en un mundo globalizado”, un tema mucho más amplio, sino de la noción de “globalización de los derechos” y de las consecuencias de su protección regional en tres continentes que emana de la protección universal en Naciones Unidas. Esta protección tricontinental<sup>6</sup> irradia a otros espacios fuera de sus fronteras territoriales, por la propia capacidad suasoria y relevancia de su doctrina: los derechos crecen como buena masa de pan y tienen una gran fuerza expansiva. Del mismo modo que las jurisprudencias de algunos altos tribunales de referencia, sitios fuera de ella, como pueden ser los de la India (con influjo en los países pobres p.ej. en la discusión sobre el voto de los analfabetos), Israel o Canadá (p.ej. en el voto de los presos) irradian hacia esta protección supraestatal y regional y las propias protecciones nacionales. Esta globalización de los derechos en que ya nos movemos ha generado diversos rasgos que trataré de analizar.

Primero, conlleva un internacionalismo que permite remover los obstáculos que entrañan la tendencia -consustancial a muchos nacionalismos- a defender viejas inercias históricas, tradiciones obsoletas o prejuicios locales, bajo el pretexto de integrar supuestas identidades nacionales, a veces fundadas en el historicismo, y que distan de ser manifiestas, inequívocas e inamovibles en vez de puro decisionismo voluntarista de algunos altos tribunales. Las identidades constitucionales, de no estar

---

primera aproximación en GARCÍA ROCA, J. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y bases para una globalización de los derechos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 5, 2006, México, pp. 139-182, y en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 6, 2005, pp. 37-82.

6 Puede consultarse BURGORGUE -LARSEN, L., *Les 3 Cours regionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi*, Editions A. Pedone, Paris, 2020, donde se comparan las tres Cortes supranacionales y se ofrece abundante información.

recogidas en cláusulas expresas en normas fundamentales, suelen no ser un concepto normativo.

Segundo, una modernización o tendencia a la actualización de los contenidos de los derechos y la interrelación de las declaraciones en un proceso de fertilización recíproca, donde los textos más nuevos impactan en los más antiguos mediante una interpretación sistemática y los transforman. La Carta de Derechos Fundamentales de 2000, heredera del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, ha contribuido a su puesta al día mediante el diálogo entre ambas declaraciones y entre el Tribunal de Justicia y el TEDH. La Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 está impulsando la transformación de numerosas normas -las electorales entre ellas- bajo una nueva comprensión de la discriminación por discapacidad como discriminación social, y ya no clínica o individual como era una tradición secular del Derecho<sup>7</sup>. Un verdadero cambio de paradigma de la capacidad jurídica.

Tercero, una progresiva homogeneización y armonización de los derechos en el espacio europeo e interamericano mediante el uso de unos estándares convencionales, a menudo compartidos y tendencialmente globales, por su mismo carácter abstracto y general. Las controversias, conflictos de derechos y sus ponderaciones ya no se detienen en las fronteras nacionales, y aspiran a soluciones derivadas de una lengua franca o común, que arrancan de unas normas constitucionales e internacionales similares y un océano de precedentes que han creado a lo largo de décadas un rico *case-law*. Prácticamente cualquier pretensión de una presunta víctima encuentra una respuesta en ese Derecho de casos salvo los asuntos nuevos o emergentes que reclaman la creación de un precedente. Existe una red de órganos jurisdiccionales que dialogan en sus pronunciamientos, conocen y analizan sus respectivas decisiones, y se matizan sucesivamente los unos a los otros. Es una estructura de trabajo en red, carente de jerarquía, donde rara vez nadie tiene el poder de decir la última palabra, y a veces lo importante es realmente decir la primera y abrir un constante debate, un *ongoing debate*, que tarda un largo tiempo en cerrarse. El planteamiento de Waldron no parece adecuado a la realidad del funcionamiento del sistema<sup>8</sup>.

---

7 Véase REY, F., *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

8 WALDRON, J., *Derechos y desacuerdos*, Marcial Pons, 2005, Madrid, en su polémica con DWORKIN.

Cuarto, las decisiones de la Corte Interamericana viajan a Europa, y de Estrasburgo vuelan a San José, e influyen más allá de ese diálogo bilateral en otros espacios fuera de ambos continentes. Estrechamente unido, la doctrina científica posee un papel inspirador de estas jurisprudencias que no se detiene en la glosa de las sentencias, y está creando lentamente un nuevo Derecho común: un fenómeno análogo a la creación del *ius commune* medieval<sup>9</sup>, que inspira primero los *iura propria* y luego los suple e integra subsidiariamente, día a día, avanzando en resolver cuestiones para disputar y proponiendo transformaciones y soluciones. Los avances en la supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH tienen que ver con buenas prácticas del Comité de Ministros y del propio Tribunal, pero también con diversos estudios doctrinales innovadores que defienden una comprensión “holística” o global de la jurisdicción europea mucho más avanzada que la diseñada por el Convenio Europeo en 1950 y que aún recoge el tratado originario<sup>10</sup>. Algunos de estos expertos llegan a ser magistrados, o sus críticas y opiniones influyen en las reflexiones de las sentencias, o en los votos particulares de algunos de los magistrados. Así impacta la doctrina científica del Derecho común en la jurisprudencia.

Quinto, se ha creado, lenta pero progresivamente, una conciencia de una interdependencia en la efectividad de los derechos y en la reparación de las violaciones de las víctimas. Incluso cuando no sea todavía viable la reparación, v.gr. las graves violaciones de derechos que están ocurriendo actualmente en Turquía y en Rusia tras la suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en un caso, o la salida del Consejo de Europa, en otro, y las arbitrariedades en algunas democracias iliberales europeas (Polonia, Rumania Hungría) no dudemos que más pronto que tarde tendrán una respuesta regional y global, y algunas autoridades nacionales devendrán responsables ante las opiniones públicas nacionales y las internacional<sup>11</sup>. Los gobiernos pasan los estados permanecen y ningún mal -tampoco las democracias enfermas- dura cien años.

---

9 Es clásico y muy ilustrativo CALASSO, F., *Introduzione al Diritto Commune*, Giuffrè, Milán, 1970.

10 La expresión y la tesis es de KELLER, H. y MARTI, C., “Reconceptualizing implementation: the judicialization of the execution of the European Court of Human Rights’ judgments” en *European Journal of International Law*, Volume 26, Issue 4, November 2015, pp. 829-850

11 Puede verse ESSEN, S., “The right of derogation from the ECHR and the Case of Turkey” en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GIBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e*

En definitiva, nos movemos hacia una cierta homogeneidad en el entendimiento objetivo de los derechos bajo el impulso de las protecciones regionales. La interpretación convencional es una tarea común, al igual que lo es la interpretación constitucional<sup>12</sup>, sus estándares y argumentos -la racionalidad del buen Derecho, su materialidad<sup>13</sup>- no se detienen en fronteras territoriales sino lógicas y normativas, sin perjuicio de las especificidades de cada comunidad.

*¿Existen desventajas como en la globalización económica?* No hay una competencia desleal, situaciones de *dumping* o de competencia hacia la baja en la tributación, o de deslocalización de empresas, ubicándose sus instalaciones donde las legislaciones laborales o sanitarias sean menos exigentes, como es un claro riesgo de la globalización económica y una práctica frecuente. Tampoco se reducen los espacios políticos de decisión de los ciudadanos, tal y como apresuradamente se ha dicho<sup>14</sup>, atemorizados por la inercia de los juristas a conservar el estado de las cosas, el temor a salir del confortable Estado nación que hace tiempo que ya no es la única forma constitucional de Estado. Los elementos de los “Estados constitucionales convencionalmente limitados” se han transformado seriamente. No se genera una crisis del principio democrático, sino que la participación y la información deben ensancharse en un espacio más amplio y organizarse de manera diferente y más compleja. Por más que, ciertamente, se limita o transforma la idea de soberanía nacional, ahora mismo en transición, allí donde existen diferentes procesos de integración supranacional, en particular, en la Unión Europea y el Consejo de Europa<sup>15</sup>.

---

*integración*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 241-275.

12 ZAGREBELSKY, G., “L’ interpretazione costituzionale come compito” en *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. La garantía jurisdiccional de la Constitución*, FERRER MACGREGOR, E. (editor), pendiente de edición.

13 Esta dualidad, las exigencias materiales de racionalidad o *auctoritas* de la ley e imperio o *potestas*, a veces contradictorias, se expresan bien por ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bolonia, 2008.

14 Plantea la polémica DE VEGA, P., “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual” en *Revista de Estudios Políticos*, 1998, nº 100, p. 13, una supuesta contradicción entre el ensanchamiento de los espacios económicos y la reducción de los ámbitos políticos como ciudadanos. No creo sea así necesariamente en el ámbito de los derechos regionalmente protegidos.

15 Cfr WALKER, N. (ed.), *Sovereignty in transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003. Una colección de ensayos sobre las restricciones a la soberanía -especialmente en la

La globalización de los derechos tiende a incrementar su efectividad en los numerosos lugares donde las autoridades nacionales no respetan suficientemente las garantías que entrañan los derechos ante la amenaza de ver sometidas sus arbitrariedades a un control subsidiario, independiente y externo fundado en el juicio de sus iguales, otros Estados pares, y tribunales internacionales. La política judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacia la protección del estatuto de la oposición frente a malas prácticas como son las detenciones de sus líderes o las prisiones preventivas por agendas falsas en algunas *illdemocracies*, incluso antes de las concurrencias electorales, es un buen ejemplo de la tutela de elecciones y democracia frente a mayorías irrespetuosas con las reglas democráticas del Estado de Derecho que intentan impedir la alternancia<sup>16</sup>.

La protección internacional llega donde no basta con la tutela interna de los derechos o está perniciosamente contaminada. La creación de redes y de amplios espacios de protección permite un movimiento en favor de los derechos: una cultura o lenguaje de unos derechos verdaderamente europeos, interamericanos o universales. Al contrario de la globalización económica, muy discutida por sus efectos en el deterioro del medio ambiente, o en la restricción de los derechos sociales de los trabajadores o las condiciones de empleo, la globalización que nos ocupa no se basa en la desregulación ni en la supresión o privatización de los servicios públicos, sino que contribuye a fortalecer la democracia y el Estado de derecho. La protección supraestatal de los derechos no fomenta la desregulación como la globalización económica, por el contrario, son frecuentes las obligaciones de legislar y de proteger que vienen impuestas como medidas generales de reparación en las sentencias convencionales. La globalización de los derechos no produce la desregulación, sino que intensifica las garantías

---

Unión Europea- en un mundo global, cuyo declinar no significa que desaparezca ni tampoco que deba ser reforzada. La cuestión es más compleja, y conviven diversas perspectivas contrapuestas. Pero es un hecho que la Unión aminora, si no sustituye, este concepto mediante la idea de primacía y constante negociaciones sobre acuerdos y competencias. Otro tanto ocurre con la acción del pluralismo europeo de constituciones sobre la soberanía.

16 La construcción por el TEDH de un estatuto reforzado de los opositores políticos puede leerse en GARCÍA ROCA, J., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos como tribunal electoral y el estatuto de la oposición política" EN SÁNCHEZ NAVARRO, A. y FERNÁNDEZ, R. (editores), *Reflexiones para una democracia de calidad en la era tecnológica*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 429-444.



normativas e institucionales al crearse: comisionados parlamentarios para la defensa de los derechos humanos, comités de prevención de la tortura, diversos protocolos de actuación de las administraciones o de la policía o de las administraciones y órganos judiciales en materia perspectiva de género, etc.

*¿Derechos fundamentales fuera de las constituciones?* Se produce una enriquecedora tensión en los derechos fundamentales protegidos por las constituciones nacionales, los tratados y declaraciones internacionales, y los legisladores de manera que las interpretaciones crean en cada caso un todo armónico: un bloque de la constitucionalidad o un bloque de la convencionalidad. Las tensiones normativas son insoslayables y las consecuencias manifiestas. Se ha creado una teoría de las obligaciones positivas y de aseguramiento que llevan a los poderes públicos, nacionales y supraestatales, a hacerse responsables incluso de las violaciones de derechos ocasionadas por poderes privados en una forma de eficacia horizontal o *Dritwirkung*.

Los derechos fundamentales ya no están sólo reconocidos en las constituciones nacionales, como antaño enseñábamos en las aulas, sino también en algunos tratados internacionales protegidos jurisdiccionalmente a instancias de las propias víctimas. En efecto, algunos derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional adquieren el rango y valor de derechos fundamentales: verdaderos derechos subjetivos, con un contenido esencial, indisponibles por el legislador y los poderes públicos, y protegidos con remedios jurisdiccionales a instancias de demandas individuales o colectivas que permiten dictar variadas medidas de restablecimiento de los derechos.

Numerosos “contenidos nuevos de derechos viejos”, o directamente “derechos nuevos” no previstos expresamente en los Convenios, pero inmanentes a los mismo, se han creado en esa protección internacional -a *judge made convention*- y acaban formando parte de la tutela constitucional<sup>17</sup>. Son derechos globales o universales, porque no dependen sólo del Estado, y su defensa y efectividad deviene una cuestión internacional.

---

17 Una justificación teórica de esta distinción en REY, F., “Cómo nacen los derechos” en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. (coord.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 327-352.

*Universalismo, fragmentación, relativización*<sup>18</sup>. Igualmente se produce una globalización de la sociedad civil donde son frecuentes las colaboraciones entre ONGs y diversas entidades privadas e instituciones públicas dedicadas a la tutela de derechos. La sociedad civil se ha convertido en una “fuerza motriz de la globalización”: los movimientos de conservación ambiental, de defensa de los derechos de la mujer o del colectivo LGTBI, de las personas con discapacidad, de los emigrantes, de diversos grupos étnicos<sup>19</sup> o colectivos de personas vulnerables, y, en general de muchos derechos humanos, producen un efecto globalizador en una corriente de abajo a arriba hacia los tribunales. Muchos asuntos llegan a las jurisdicciones convencionales bajo el impulso de asociaciones de defensa de intereses generales, o éstas comparecen en los procesos en una intervención adhesiva como *amicus curiae*. Se está produciendo una apertura a terceros de los procesos convencionales de tutela de derechos<sup>20</sup>. Una seria transformación del Derecho Procesal clásico.

Pero, en sentido contrario, hay también procesos de fragmentación del Derecho Internacional<sup>21</sup>, y no siempre existen pasarelas ni suficientes mecanismos de relación entre los diversos ordenamientos jurídicos

---

KONDOROSI, F. explica como con el aumento de los retos de la globalización, aumentan los derechos y el catálogo de derechos de nuevas generaciones se ensancha. Algunos de estos derechos no pueden ser realizados dentro de las fronteras nacionales (op. cit., p. 86). Es patente en los edrechos digitales.

18 Ibid., pp. 87-89. KONDOROSI afirma que la universalidad de los derechos se puede interpretar de varias maneras: en la constitución de normas, -así en el marco de la ONU-, y en su realización, también en los destinatarios, o en la normalización de todos los derechos en su tratamiento incluidos los sociales. Pero la globalización se alimenta de interdependencias e influencias mutuas. Algunos autores incluso discuten el adjetivo “universal” dada su tensión con el relativismo cultural y la fragmentación del Derecho Internacional.

19 Ibid, p. 95.

20 SALAS CRUZ, A. “Enmienda democrática de la Convención Americana sobre derechos humanos. Una propuesta de participación ciudadana” en *Revista de Derecho Político*, nº 114, 2022, pp. 387-424, alude al carácter estático de la Convención Americana, con un procedimiento de enmienda en desuso, y cree que la participación ciudadana puede legitimar la presentación de proyectos ante la Asamblea General.

21 KONDOROSI, F, op. cit., p. 88, recuerda que no sólo los representantes del relativismo cultural provienen del Islam o de los países asiáticos sino que hay p.ej. una clara actitud de rechazo de muchos tratados internacionales de derechos humanos en los Estados Unidos, comenzando por la negativa a la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

interconectados, y aparecen disrupciones que deben corregirse por los propios tribunales con mentalidad dialogística, impidiendo situaciones de bloqueo.

Es asimismo importante recordar la existencia de un relativismo cultural: la presencia de quienes creen que la civilización occidental, la *Western tradition*<sup>22</sup>, intenta imponerse como cultura universal, a través de los derechos fundamentales, denunciando que responden a unos valores que no son verdaderamente globales y encajan mal v.gr. en las culturas china o, en general, asiática, o árabe, o en los diversos fundamentalismos religiosos tanto cristianos como islámicos. La cultura occidental, o euroatlántica, posee unos valores basados en la confianza en el individuo y el ciudadano, en su autodeterminación, y en la igualdad, ésta es la cultura que orienta el constitucionalismo y el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Si bien los derechos sociales, que protege la Carta Social Europea revisada en 1996, también el TEDH y la Corte IDH mediante una interpretación sistemática de sus respectivos parámetros y extendiendo los derechos civiles, y algunas normas de la Unión Europea sobre medio ambiente o economía y energía sostenibles (algunos de estos bienes son pilares de las inversiones de los Fondos *Next Generation*)<sup>23</sup>, atienden asimismo al valor de la solidaridad, reconocido expresamente en un capítulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, y a la interdependencia de los individuos en una comunidad.

*El advenimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos.* En este sentido, es muy relevante la novedosa perspectiva de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 -que impulsa la declaración de Kampala- y pone gran énfasis: en los derechos de los pueblos (artículos 19 a 24) y los deberes de los individuos (artículos 27 a 29); en no disociar los derechos civiles, políticos y económicos de los sociales y culturales desde una comprensión universal; y en la defensa de la civilización africana y la

---

22 Sobre la *Western tradition*, entre otros, VERGOTTINI, G., "Comparación y tradición constitucional: discurso de investidura como doctor honoris causa por la Universidad Complutense de Madrid en *Revista de las Cortes Generales*, nº 97, 2016, pp. 7-31.

23 Véase GONZÁLEZ PASCUAL, M., "Next Generation: ¿hacia una Europa social" en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, op. cit., pp. 339-367.

eliminación del neocolonialismo<sup>24</sup>. Todo ello se mueve dentro del espacio de Naciones Unidas. No puede orillarse la tremenda importancia que tuvo la extensión de la cultura de los sistemas europeo e interamericano a África en esta Carta de Banjul de 1981 tanto como las especificidades que la Organización para la Unidad Africana añaden a su sistema. La aprobación del Protocolo de 1998 por el que se establece la Corte Africana de Derechos Humanos, con entrada en vigor en 2004, es un hito significativo. Es menester apoyar e impulsar la consolidación del sistema de la Carta Africana. Hay desde luego diferencias entre el sistema interamericano y el sistema del Convenio Europeo e incluso con el sistema de protección de Naciones Unidas y los numerosos -y generosos- pronunciamientos de su comitología. La diversidad cultural, el pluralismo de los diversos pueblos es sobre todo un hecho innegable que la subsidiariedad debe preservar.

*Universalismo y particularismos o prejuicios*<sup>25</sup>. Pero el universalismo de los derechos permite sospechar que ciertas tradiciones y costumbres nacionales muy arraigadas, que pueden parecer naturales para los miembros de una comunidad política al estar habituados a ellas, pero no para la cultura global de los derechos y que, en consecuencia, se descuelgan de la red global de diálogo jurisdiccional<sup>26</sup>, del constitucionalismo global<sup>27</sup>, sean realmente preferencias desnudas, discriminatorias, atavismos culturales que deben

---

24 *In extenso*, BURGORGUE-LARSEN, L., *Les 3 Cours regionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi*, op. cit., con amplias referencias bibliográficas.

25 Sobre universalismo y particularismo, deben consultarse GARLICKI, L., op. cit., y BREMS, E., op. cit.

26 Pueden verse en GROPPI, T., *Menopaggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Il Mulino, Turín, 2020, dos ensayos y muestras del apartamiento del constitucionalismo global, capítulos "La Costituzione tunesina del 2014 nel quadro del costituzionalismo globale" (pp. 23-61), y, sobre todo, "Tra costituzionalismo globale ed eccezionalismo: diritti e libertà nel sistema costituzionale cinese" (pp. 159-179), donde se aborda el debate sobre los "valores asiáticos" y la Declaración de Bangkok de 1993 que apuesta por las especificidades culturales y el valor central de la soberanía nacional en la tutela de los derechos humanos.

27 Luigi FERRAJOLI se manifiesta a favor de un "constitucionalismo global", de la "extensión del paradigma constitucional", para defender la misma idea de democracia, lo que lleva a una defensa de los derechos fundamentales a todos los niveles, no solo en los ordenamientos estatales sino en el plano del Derecho Internacional. Sostiene que el constitucionalismo sólo tiene futuro si se extiende más allá del Estado y es capaz de garantizar los derechos en situaciones de vulnerabilidad o debilidad (Constitucionalismo más allá del Estado, Trotta, Madrid, 2018, traducción de P.ANDRÉS IBÁÑEZ, pp. 26, 41, 43...).

ponerse al día y no verdaderas identidades nacionales. Una sociedad abierta y decente -una *open minded society* en palabras del TEDH- debe revisar constantemente sus fundamentos con racionalidad. La globalización rompe las fronteras de los enjuiciamientos y motivaciones, pues su capacidad suasoria permite detectar prejuicios aislacionistas y desprovistos de justificación y diferenciarlos de verdaderas especificidades locales fundadas en hechos objetivos. Globalización no es uniformidad y debe haber un margen de apreciación, especificación y diferenciación nacional. El interrogante es cuán grande debe ser ese margen y la respuesta sólo puede darse caso a caso y en función de la naturaleza del derecho y las diferencias en los contextos.

*El alcance global de los estándares.* Los estándares internacionales sobre derechos a menudo tienen una aplicación más amplia que la estrictamente típica de una protección regional. Suele haber una cierta extraterritorialidad. Las opiniones de la Comisión de Venecia, donde hay una quincena de países miembros y varios observadores que no son europeos además de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, son un buen ejemplo de una “consultoría constitucional internacional”<sup>28</sup>. Pero hay muchos otros ejemplos comenzando por los Comités de Naciones Unidas.

El secretario general de la Organización de Estados Americanos (OEA) le preguntó a la Comisión de Venecia sobre los límites temporales a los mandatos presidenciales y parlamentarios, y ésta emitió dos informes en marzo de 2018 y marzo de 2019, rechazando que existiera un derecho fundamental a la reelección. El sufragio es un derecho de configuración legal y pueden ponderarse varios intereses en conflicto. El problema no es distinto en uno u otro continente ni en cualquier lugar. Más tarde, el 7 de junio de 2021, dictó también una opinión consultiva la Corte IDH en un sentido coincidente con la Comisión de Venecia en respuesta a una consulta realizada por Colombia. Se concluyó que la reelección indefinida no es un derecho humano. La cuestión surgió en parte, porque ciertos tribunales constitucionales de algunos países de Iberoamérica (Bolivia entre otros) dictaron previamente algunos pronunciamientos -dóciles en exceso respecto del ejecutivo-, afirmando que la prohibición de reelección del Presidente era una restricción injustificada al derecho de sufragio conforme al art. 23.2 CADH, que establece unas limitaciones que deberían entenderse

---

28 SÁNCHEZ NAVARRO, A., “Los límites temporales del poder político: algunos estándares de la Comisión de Venecia” en *213\_380\_Estado\_Derecho indd*, p. 320. Donde se citan los informes de la Comisión sobre la limitación del mandato.

como un *numerus clausus*. Pero no es así y la Corte IDH no aceptó estos argumentos formalistas y literales. En un contexto global, recordemos que la Constitución de los Estados Unidos (vigésimo segunda enmienda de 1951) establece un límite de dos mandatos del Presidente; unas ideas que ya estaban en Washington, Jefferson y Madison. En México, el lema “sufragio efectivo, no reelección” -que luego asumió el constitucionalismo clásico desde que Madero compite en 1910 contra el dictador Porfirio Díaz que llevaba 35 años en el poder y tenía el control de todas las instituciones. En definitiva, en el actual contexto del “hiperpresidencialismo” iberoamericano, la reelección continuada supone el evidente riesgo de tener un monarca republicano, un caudillo o un tirano. La restricción del derecho de sufragio que entraña la prohibición de reelección es proporcionada: está prevista en las constituciones, persigue fines legítimos, como es mejorar el funcionamiento democrático del Estado por encima de los concretos intereses del titular de la presidencia o del candidato a la misma, y puede considerarse una medida necesaria en una sociedad democrática en cuanto acertada muestra de una división de poderes en el tiempo y de un sistema de frenos y contrapesos que limite el poder del Príncipe. Los ejemplos que podrían ponerse son numerosos. Baste esta muestra para evidenciar que un organismo internacional puede crear estándares y precedentes con un alcance supracontinental y aquí se hizo tras un diálogo entre una institución del Consejo de Europa y otra de la OEA. El mismo debate sobre la reelección del Presidente ha tenido lugar en algunas Comunidades Autónomas en España y estas decisiones deberían inspirar las soluciones normativas que se adopten en los respectivos Estatutos de Autonomía en otros contextos pero con problemas semejantes.

*El diálogo entre el TEDH y la Corte IDH.* Por otra parte, en diversos trabajos hemos puesto de manifiesto la existencia de un relevante diálogo en la jurisprudencia del TEDH y la Corte Interamericana con estándares compartidos en una larga veintena de temas<sup>29</sup>. No insistiré de nuevo en el asunto, para no repetirme, y razonaré mediante el reenvío a esos estudios,

---

29 Cfr GARCIA ROCA, J., FERNÁNDEZ, P.A., SANTOLAYA, P. y CANOSA, R. (editores): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, op. cit.; se publicó una segunda edición por la misma editorial en Perú en 2015 con un prólogo de LANDA, C. También GARCIA ROCA, J., “El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana” en Pablo SANTOLAYA, P. y WENCES, I. (coords.): *La América de los derechos*, CEPC, Madrid, 2016; una versión en inglés se publicó en Polonia en homenaje a un antiguo Magistrado del TEDH *Human*



pero recordaré que tanto desde un método principialista y deductivo como desde otro inductivo, fundado en las citas ocultas o expresas en las sentencias de ambas Cortes, se corrobora el diálogo de ambas jurisprudencias y la fertilización recíproca entre ellas.

*El razonamiento por estándares convencionales o test de enjuiciamiento generales favorece su aplicación en un espacio global.* Me parece significativa la tendencia del TEDH, cada vez mayor, a razonar por estándares, la construcción de test de enjuiciamiento o criterios generales que se reiteran a la hora de enjuiciar un mismo problema, y se especifican después en cada concreto supuesto de hecho, en vez de motivaciones y decisiones singulares, caso a caso, con razonamientos aislados. Se objetivan de este modo las decisiones de una jurisdicción y se supera el riesgo del puro decisionismo o voluntarismo judicial: quedar al albur de la composición de una Sala o Gran Sala o de los titulares del órgano y sus renovaciones.

Antes o después, estos estándares convencionales se acaban asumiendo también como estándares en las jurisdicciones constitucionales en un proceso de “incorporación” o recepción del Derecho común europeo y por otros tribunales de diversos espacios por su misma razonabilidad. La incorporación y la eficacia de “cosa interpretada” son las herramientas principales del TEDH y la Corte IDH.

El razonamiento por estándares o test es patente, por ejemplo, en la consolidación de los muy conocidos ingredientes para enjuiciar la existencia de unas dilaciones judiciales indebidas (la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y del juzgador, la duración habitual del tipo de pleito), ya sean estructurales o no. Pero existen otros muchos ejemplos del empleo de test objetivos. Mencionaré algunos casos, menos conocidos, para advertir la estructura de la motivación y la eficacia de este método en la confección de la jurisprudencia, que debería -a mi entender- generalizarse.

En el relevante **Caso Saquetti contra España**, STEDH de 30 de junio de 2020, se condena a nuestro país y se traslada la garantía de la doble instancia penal al Derecho sancionador en ciertos casos (artículo 2 al Protocolo 7 del CEDH). El Tribunal de Estrasburgo aplicó los **criterios Engel** para saber cuándo una sanción administrativa era asimilable a una “ofensa” o infracción penal: la calificación según el derecho nacional, que

---

*rights in contemporary world. Essays in honour of Professor Leszek Gralicki*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa, 2017.

no es un criterio decisivo, la naturaleza de la infracción, y la severidad de la pena impuesta -pese a que no comportaba una pena privativa de libertad-, rechazando la existencia de exenciones en este caso, y considerando-acertadamente- que el amparo constitucional no era una segunda instancia penal. Con posterioridad, el Tribunal Supremo, Sala Tercera sentencia de 2 de noviembre de 2022, entendió que el recurso de casación sí satisfacía las exigencias de una revisión penal en segunda instancia.

En el **Caso Saber y Boughassal contra España**, de 18 de diciembre de 2018, se estimó la demanda por haberse expulsado a dos ciudadanos marroquíes que habían cometido sendos delitos, sin tener en cuenta o ponderar la necesidad de la expulsión de acuerdo con todos los criterios establecidos en la jurisprudencia europea. Son los llamados **criterios Üner** e incluyen entre otros: la naturaleza y gravedad de la infracción; la duración de la estancia de la persona en el país del cual va a ser expulsada; el período de tiempo transcurrido desde la infracción, y el comportamiento del demandante durante ese período; la situación familiar del demandante y, en su caso, la duración de su matrimonio u otros factores que demuestren la efectividad de la vida familiar en el seno de la pareja; si los hijos son fruto del matrimonio y, en caso afirmativo, su edad; la gravedad de las dificultades con las que el cónyuge pueda toparse en el país al que el demandante vaya a ser deportado; el interés y el bienestar de los hijos; y la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país anfitrión y el país de destino. En definitiva, una ponderación más compleja y equitativa que el tiempo de duración de la pena.

En la STEDH **Winterwerp contra Países Bajos**, de 24 de octubre de 1979, se resolvió que los criterios generales para enjuiciar la liberación de un enajenado del confinamiento obligatorio eran: que no se discutiera que los recurrentes eran enajenados, que sus desórdenes mentales fueran permanentes, y que tuvieran grave entidad; sobre estas bases debe establecerse un sistema de revisión judicial permanente de las medidas de seguridad. El test de enjuiciamiento se ha mantenido p.ej. en el **Caso Denis e Irvin contra Bélgica**, de 1 de junio de 2021, tres décadas después.

El traslado de un juez sin las debidas garantías cae dentro del ámbito del art. 6.1 CEDH, cuando habla de “derechos civiles”, y su violación se enjuicia siguiendo el llamado **test Eskelinen (Eskelinen y otros contra Finlandia)**, de 17 de abril de 2007). Según esta aproximación, el rechazo a la aplicación del art. 6.1 reclama dos condiciones: que las leyes nacionales



excluyan expresamente el acceso a los tribunales del puesto en cuestión; y que la exclusión esté justificada en razones objetivas ligadas al interés del Estado y al ejercicio de una función pública de soberanía. Fuera de estas dos condiciones, que incumbe acreditar al Estado demandado, se presume la aplicación del art. 6.1 CEDH a las reclamaciones.

Las jurisdicciones internacionales y constitucionales están condenadas a entenderse, pues se ocupan de unos mismos problemas y supuestos de hechos semejantes. La fuerza expansiva de una motivación judicial mediante un estándar o test de enjuiciamiento fundado en criterios abstractos y generales depende de su capacidad suasoria, y si los criterios y principios que los jueces construyen como buenos juristas son razonables es de esperar que se extiendan con más o menos matices o excepciones a otras jurisdicciones<sup>30</sup>. La oposición a su empleo no tiene fronteras espaciales sino lógicas o contextuales.

*Los paradigmas han cambiado y a menudo son globales: la sociedad red y los derechos digitales.* No se trata sólo de una mera similitud y aproximación de los parámetros normativos de enjuiciamiento, nacionales o convencionales, sino también de la presencia de fenómenos globales. Así ocurre con el tránsito de la sociedad analógica a la sociedad red o digital: el nuevo papel de los derechos digitales, el Ciberderecho, los *big data* y la inteligencia artificial. Se ha hablado de otra Galaxia distinta a la Galaxia Gutemberg y de una nueva civilización<sup>31</sup>, la Galaxia Internet, con el desarrollo de las herramientas telemáticas de comunicación de masas, y la consideración de los internautas como emisores o creadores y receptores de información con un potencial de crear comunidades globales. Está todavía en buena medida por analizar el impacto de los nuevos medios en nuestros derechos,

---

30 GROPPI, T., op. cit., capítulo X “Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri de parte delle Corti Costituzionale”, pp. 279-291, citando a BARAK afirma que el Derecho comparado es como un espejo que me permite observarme y comprenderme mejor (p. 290).

31 BARRIO, M, *Manual de Derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, sobre las tecnologías emergentes, los retos y los sujetos de este nuevo Derecho y las responsabilidades de las plataformas digitales, las redes sociales, los Estados y los internautas; y “Génesis y desarrollo de los derechos digitales” en *Revista de las Cortes Generales*, nº 110, 2021, pp. 197-233. Manuel MEDINA, M., “El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales” en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 49, 2022, pp. 141-171, donde se evidencia nuevas amenazas a este derecho de acceso a la información derivadas de la falta de transparencia y la opacidad técnica.

democracias e instituciones y como está alterando p.ej. el funcionamiento del parlamentarismo y las ideas de publicidad, rendición de cuentas y responsabilidad política.

Otro tanto podríamos decir del impacto de los algoritmos en los poderes públicos: un flujo de datos para tomar decisiones políticas quizás al margen de la representación, pero puede que más participativas e informadas; acaso abonen la construcción de una democracia deliberativa. Moisés Barrio afirma que Internet inaugura una nueva esfera o espacio público en las sociedades democráticas: una nueva ciudadanía en un mundo virtual donde gran parte de la vida cotidiana ha migrado a Internet<sup>32</sup>.

Sin embargo, hace tiempo que diversos autores señalan que los Estados nación e incluso las organizaciones internacionales o la Unión Europea no podrán aplicar sus leyes a las actividades en línea en una red global y que el ciberespacio puede estar por encima de la supervisión de las regulaciones<sup>33</sup>. Otro tanto puede decirse de las censuras y controles de los contenidos en función de los intereses del mercado o de los creadores de los buscadores y las redes sociales, o de los instigadores de noticias falsas (*fake news*) mediante repeticiones fraudulentas. Dista de ser evidente que el ciberespacio sea un mercado libre y, por el contrario, está creando frecuentes problemas en los derechos fundamentales y distorsiones en la veracidad de las concurrencias electorales e igualdad de las campañas. La sociedad digital y global va a transformar también diversos derechos fundamentales como ya ha hecho con las libertades de la comunicación. Estamos en una era digital casi sin derechos digitales: todo un desafío. Surge una nueva generación de derechos que deben ser reconocidos constitucional y convencionalmente; por más que existan ya algunos reconocimientos legales de derechos digitales, e incluso una reciente Carta de Derechos Digitales en España que recoge un conjunto de recomendaciones<sup>34</sup>.

---

32 BARRIO, M, "Génesis y desarrollo de los derechos digitales", op. cit., p. 203 y p. 206.

33 Ibid, p. 203 cita el trabajo de JOHNSON and POST: "Law and borders: the rise of law in cyberspace"-

34 Ibid, p. 206. Véase la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) en desarrollo del artículo 18.4 CE, que se ocupa de derechos como son la neutralidad de la red, el acceso universal o los derechos a la seguridad y educación digitales, el derecho al olvido o la portabilidad en redes sociales. También la llamada "Carta de Derechos Digitales" de 2021 que carece de valor normativo, pero puede guiar proyectos legislativos

Hay un déficit de regulación y también de autorregulación de las propias grandes corporaciones, si bien algunas como Facebook han creado sus propios *Oversight Committes*, comisiones internas de control que pueden recibir reclamaciones de los afectados y adoptar recomendaciones. Pero es un sistema cuya eficacia futura aun desconocemos. Mas es sencillo imaginarse que los precedentes de estos comités de autorregulación, integrados por juristas normalmente de referencia, serán antes o después revisados por órganos judiciales, y se establecerá un diálogo en red en torno a concretos casos que lleve a la creación de estándares tan globales como es el espacio de Internet. Es imposible poner puertas al campo como nos enseñaron Miguel de Cervantes y Octavio Paz

## **2. Soberanía nacional, subsidiariedad, identidades constitucionales, margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión**

*La relación dialéctica entre globalización e identidades nacionales y otras nociones afines.* En el otro polo de esta relación, en el sentido contrario de la marcha, y en una tensión dialéctica que reclama una síntesis enriquecedora, pues no entraña necesariamente una situación de incompatibilidad si estas ideas se interpretan adecuadamente, están ubicadas la “soberanía nacional” de los Estados miembros, o sus “identidades constitucionales o nacionales”, o la “subsidiariedad” propia de una protección internacional, incluso, la doctrina del “margen de apreciación nacional”, categorías y nociones que cumplen funciones centrífugas o deferentes semejantes en favor de las comunidades estatales. La integración regional o la globalización de los derechos deben respetar un cierto pluralismo cultural de los Estados en espacios muy amplios, y no eliminar totalmente la autonomía o margen de maniobra de los Estados miembros: unidos en la diversidad. Analicemos este complejo asunto con gran concisión, para seguir el hilo central del discurso.

### **2.1. Soberanía nacional**

*Soberanía nacional en transición o transformación: una soberanía convencionalmente limitada.* Neil Walker se ha referido a una “soberanía en transición” en los actuales contextos de integración política y económica, ligando esta idea a

---

futuros, reconoce un buen número de derechos digitales y, en realidad, antes bien perfila o especifica algunos derechos en el entorno o espacio digital.?

la situación de “pluralismo de constituciones” en el que vivimos: las normas fundamentales y originarias del Consejo de Europa, la Unión Europea y las constituciones nacionales<sup>35</sup>. Otros autores hablan de “soberanía transformada”, pero el mensaje es el mismo<sup>36</sup>. Los elementos clásicos de la teoría general del Estado, que creó el positivismo jurídico alemán del siglo XIX, han sufrido una profunda modificación. No es extraño que hace décadas que ningún autor europeo se atreva a escribir una teoría del Estado, pues son harto difíciles de describir las dimensiones de los elementos estatales en los nuevos escenarios de integración. El Estado es soberano por definición; es una tautología o argumento circular, una proposición o axioma que no se puede rebatir, como cualquier mito o creencia compartida, pero la globalización y la integración han revelado la fragilidad de los Estados<sup>37</sup>. Tanto como su fortaleza e inercia. León Duguit dio por muerta la soberanía tras su viaje a Estados Unidos y vivir los horrores de la Gran Guerra, y evidentemente se equivocó, pese a lo que ha llovido desde entonces<sup>38</sup>. La cuestión no es sencilla. Pero si ha cambiado la idea de que la soberanía es indivisible y sólo reside en el Estado-nación. La soberanía es una relación sobre el lugar de cada ente que se negocia continuamente<sup>39</sup>.

La vieja idea de soberanía nacional, aparecida en un contexto tan distinto como era el siglo XVI con las elaboraciones en Francia de Juan Bodino en “Los seis libros de la Republica”<sup>40</sup>, frente a la previa fragmentación de los regalistas en la atribución de facultades singulares al monarca, fue luego impuesta con fuerza en el siglo XIX como Estado nación bajo

---

35 Cfr WALKER, N. (ed.), *Sovereignty in transition*, op. cit, en particular el trabajo de FASSBENDER, B. Me he ocupado del impacto del sistema de protección de derechos fundamentales del Convenio Europeo en la soberanía en GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2019, entre otros, epígrafe “Principio de integración funcional y soberanía en transición”, pp. 136-139

36 KONDOROSI, F, “Los derechos del hombre en un mundo globalizado”, op. cit., p. 85

37 KEATING, M. “Reivindicación de la soberanía: estados naciones y autodeterminación en el contexto europeo” en <https://revistaidees.cat/es/reivindicacion-de-la-soberania-estados-naciones-y-autodeterminacion-en-el-contexto-europeo/>.

38 DUGUIT, L., *Soberanía y Libertad. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New York, 1920-1921)*, Granada, Comares, 2013

39 Vid. KEATING, M., op. cit.

40 BODINO, J., *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 3ª ed, 1997, original en francés de 1576, con un excelente estudio preliminar de P. BRAVO.

el romanticismo en Italia y Alemania e incluso en España hasta el punto de identificar Estado constitucional con Estado nacional. Pero se está viendo sometida a una profunda revisión en los “Estados constitucionales convencionalmente limitados” por muy diversas razones. La soberanía popular permanece hoy ligada al principio republicano y a la legitimidad democrática de una comunidad política y a los derechos de ciudadanía y participación política. Pero el papel de la soberanía como poder superior e ilimitado, por encima del cual no se reconoce otro, tiende a sustituirse por la categoría jurídica de división de competencias entre diversos sujetos<sup>41</sup>. Una de estas transformaciones es la integración en organizaciones supranacionales y otra la atribución de competencias a tribunales internacionales que ejercen una protección jurisdiccional, colectiva y efectiva, de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los grupos frente a sus propios Estados. La soberanía ha sufrido numerosos embates y los derechos fundamentales delimitan el espacio de las decisiones soberanas internas. Los Estados ya no toman decisiones internas sin estar limitados por arriba, sin reconocer superior alguno -ni el Papa ni el Imperio-, los procesos de integración europea y las jurisdicciones convencionales lo impiden. Tampoco son ilimitados por abajo, frente al poder de los aristócratas y señores feudales, pudiendo centralizar todo el poder originario en el monarca, pues los Estados vienen sometidos a procesos internos de distribución de competencias y descentralización política en entes territoriales dotados de un autogobierno constitucionalmente protegido: Estados federados, regiones, CCAA, Provincias, Municipios. La soberanía surgió como un concepto en triple lucha contra la Iglesia, el Imperio y los señores feudales. Hoy esta tensión dialéctica se mantiene, pero con otros sujetos distintos: ciertas organizaciones supranacionales y entes territoriales. Las viejas marcas de la soberanía -de las que hablaba Bodino- son otras distintas y difíciles de identificar, pero ya no p.ej. acuñar moneda que es hoy una competencia del Banco Central Europeo.

El Estado nacional no es en nuestros días un ente de competencia universal e ilimitada. Existe una soberanía en permanente tensión con los derechos fundamentales de los individuos y de los ciudadanos del propio Estado y de las formaciones sociales en que se integran. Esta situación produce una seria división de poderes entre las sociedades civil y política:

---

41 Es utilísimo releer LUCAS VERDÚ, P, “El poder político soberano” en *Curso de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1974, vol. II, Capítulo IV.

un sistema de frenos y contrapesos. Hay una frontera que limita la acción de los poderes públicos y marcan los derechos fundamentales. La soberanía nacional no puede entenderse como una patente de corso que autorice a las autoridades a navegar como piratas desprovistos de las ataduras de las normas: una cláusula en blanco de indemnidad para violar los derechos fundamentales de sus súbditos. La misma génesis de la Unión Europea y del Consejo de Europa se encuentra en el intento de frenar los excesos de los nacionalismos soberanistas y a veces supremacistas, y en la voluntad de crear una unión más estrecha, pese a que existan indudablemente disposiciones para proteger las minorías nacionales. En definitiva, la soberanía nacional no impide el control externo de las decisiones estatales que afecten a las protecciones regionales de derechos fundamentales. La soberanía no puede comprenderse como un escudo.

## 2.2. El principio de subsidiariedad

*La subsidiariedad como responsabilidad primaria de los Estados y no como una cláusula de indemnidad.* No obstante, las protecciones regionales de los derechos que el Derecho Internacional ha creado son subsidiarias y actúan en defecto de las tutelas que las autoridades nacionales deben dispensar como ocurre en toda protección internacional<sup>42</sup>. Robert Spano, Presidente del TEDH, ha dicho que estamos en la “era de la subsidiariedad”. Este eslogan -realmente político- sólo puede entenderse jurídicamente, concluyendo que la responsabilidad primaria en la protección de los derechos corresponde a los Estados parte del sistema. Éste era precisamente el sentido originario del Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1950, y por eso la Comisión únicamente mandaba al TEDH algunos casos importantes, filtrando el resto, pues se esperaba que los propios Estados repararan por sí mismos la mayor parte de las violaciones, haciéndose responsables del cumplimiento y aseguramiento de los derechos del Convenio.

La idea primigenia debe en parte recuperarse. La subsidiariedad no puede comprenderse como una inmunidad de los Estados miembros: una

---

42 Me he ocupado del principio de subsidiariedad a lo largo del libro GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., y, en particular, epígrafes “El impulso de la subsidiariedad a través de las Conferencias de los Estados (pp. 30 y ss), y “Un principio de subsidiariedad propio de una protección internacional...” (pp. 101 y ss), donde puede encontrarse abundantes referencias bibliográficas.

indemnidad que les permita restringir la jurisdicción del Tribunal Europeo, consagrado indefensiones y violaciones de derechos de los justiciables, o impidiendo que dicte medidas cautelares, o se adentre en la supervisión de la ejecución de sentencias en colaboración con el Comité de Ministros y los propios Estados demandados. Por el contrario, su sentido estructural reside en que, una vez detectadas las brechas convencionales, las violaciones reiteradas, sistemáticas o estructurales de algunos derechos en un Estado parte, es el propio Estado quien viene obligado internacionalmente a adoptar las medidas internas y oportunas de reparación y no repetición, para impedir que esas lesiones sigan produciéndose<sup>43</sup>. Estas medidas pueden comportar cambios legislativos, reglamentarios o jurisprudenciales, mejores prácticas administrativas o incluso reformas constitucionales. La entrada en vigor del Protocolo 15 de enmienda al Convenio Europeo añade una mención al principio de subsidiariedad y al margen de apreciación nacional en el Preámbulo. Pero una comprensión adecuada, cualquiera que fuera la verdadera voluntad política del Gobierno británico del euroescéptico Sr. Cameron en la Cumbre de Brighton, no puede ser la afirmación de la subsidiariedad como una restricción del alcance de la jurisdicción europea, o la concesión de una patente de corso a las naves de los Estados para atacar los derechos de las personas y los grupos. Por el contrario, debe entenderse como la afirmación y el reforzamiento de la responsabilidad primaria de los Estados en la primera línea de defensa de los derechos del sistema del Convenio sin esperar a que las violaciones se reparen en el lejano y subsidiario Estrasburgo.

*Los verdaderos instrumentos de la subsidiariedad.* En este sentido, en distintos estudios, he razonado<sup>44</sup> que los verdaderos instrumentos de una

---

43 Recientemente, GARCÍA ROCA, J., "La subsidiariedad y el margen de apreciación nacionales como responsabilidades de los Estados y contrapesos a la armonización de los derechos por el TEDH" en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, op. cit., pp. 29-62, en particular, pp. 43-55, posiciones que aquí sintetizo.

44 GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op.cit., epígrafe "El margen de apreciación nacional y la tesis del procedimiento razonable" (pp. 104-136). La distinción entre los usos retóricos y estructurales del margen es una reelaboración de la tesis de LETSAS, G. "Two concepts of the margin of appreciation" en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, nº 4, 2006, pp 705-732, quien habla de dos conceptos: estructural o sustantivo, si bien estima que ambos son dos conceptos débiles, y advierte del riesgo de que los Estados definan sus propias morales u órdenes públicos frente a la adjudicación europea de derechos.



subsidiariedad comprendida de manera adecuada para el recto funcionamiento de la jurisdicción europea son otros. Primero, la aprobación del Protocolo 16, el llamado protocolo del diálogo, que permite a algunos altos tribunales de los Estados parte elevar una cuestión prejudicial, llamada opinión consultiva, al TEDH, suspendiendo el litigio que conozcan y esperando al efecto devolutivo de una respuesta para resolver el pleito con un margen de maniobra. Segundo, tomarse, sobre todo, en serio el derecho al recurso efectivo (art. 13 CEDH) y crear instrumentos judiciales internos que protejan con prontitud y eficacia las violaciones de derechos, allí donde se detecten brechas en las garantías por las sucesivas sentencias estimatorias del TEDH<sup>45</sup>. Tercero, la colaboración de las autoridades nacionales en los planes de acción y adopción de las medidas de reparación y no repetición con el departamento de ejecución de sentencias del Comité de Ministros y la oficina creada a tal efecto por el TEDH en toda la fase de supervisión de la ejecución. Hay aquí un amplio espacio de libertad de los Estados al elegir las medidas de cumplimiento respetando con lealtad el espíritu de las sentencias. Por último, el proceso de ejecución de las sentencias convencionales debe ser transparente, público y participativo y las ONGs y otras entidades de la sociedad civil pueden colaborar con el Comité de Ministros y el Tribunal, primero, en llevar las violaciones de derechos a la jurisdicción y las nuevas ideas y jurisprudencias, como *amicus curiae*, o apoyando en su estrategia de defensa a los grupos o colectivos cuyos derechos han sido violados, y, finalmente, en asegurarse de que las sentencias se den por cumplidas cuando realmente han sido ejecutadas con lealtad y no antes. Cuándo una sentencia internacional ha sido cumplida puede ser una pregunta nada fácil de responder.

### 2.3. Las identidades constitucionales o nacionales

*Las identidades como terrenos selectivos y de desencuentro.* Preguntarse por la “identidad constitucional” o la “identidad nacional” de una comunidad política -usaré ambas expresiones indistintamente como sinónimos-, o incluso sobre la identidad europea, es abrir un interrogante muy difícil de cerrar<sup>46</sup>. Con la lucidez propia de un maestro -y sano escepticismo- Gustavo Zagrebelsky nos

---

45 Puede revisarse, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

46 Sigo la breve pero sugerente ponencia de G. ZAGREBELSKY, “La identidad europea” en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 6, nº 12, 2009, pp. 17-22.



ha dicho que la identidad de una colectividad humana es algo demasiado complicado y difícil de entender por cualquier ciencia social, también por el Derecho, que no puede abarcar el asunto en su integridad. Puede que el punto de vista jurídico no sea el más relevante y que la respuesta no esté en las normas de los tratados -nos advierte- y los juristas cometamos un “pecado de orgullo”<sup>47</sup>. No es una pregunta que pueda contestarse desde una dimensión formal, sino que reclama otro material, no menos propia de la dualidad y racionalidad inherente al Derecho<sup>48</sup>. Es tanto un problema de legalidad como de legitimidad. El interrogante sólo puede ser comprendido -afirma- como una tarea que tiene que ser construida; “cuando me pregunto quién soy, significa que no lo sé”, y precisamente, por eso, indago en qué me diferencio como comunidad en relación con otras<sup>49</sup>. A veces esta línea de pensamiento desemboca en un puro historicismo<sup>50</sup>. En suma, construir identidades históricas y culturales es un sendero muy arriesgado e inseguro para el Derecho, difícil de andar, con salidas inciertas y donde es fácil despeñarse. Las identidades nacionales o la europea son un terreno a menudo de desencuentro, pues toda identidad es el producto de una selección, insiste Zagrebelsky; requiere preguntarse no sólo quiénes somos sino quiénes no queremos ser. La discusión sobre las raíces cristianas de Europa ilustra bien el problema. La pregunta sobre la identidad quizás sea realmente una decisión sobre el futuro: una opción sobre las diversas estrategias en el campo de batalla cuando el enfrentamiento no ha acabado. Estas preguntas grandilocuentes -concluye Zagrebelsky- pueden crear dificultades en vez de allanarlas.

Estimo también, en esta misma línea, que deberíamos centrarnos con realismo en ponderaciones de derechos en concretos supuestos de hecho. Pese a las apariencias, si se ahonda en el asunto, preguntarse qué es la globalización

---

47 Ibid, p. 19.

48 Vid ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, op.cit.

49 G. ZAGREBELSKY, “La identidad europea”, op. cit., p. 20.

50 Por el contrario, HERRERO DE MIÑÓN defiende el valor de la identidad constitucional frente a la todavía más ambigua globalización y sus “pródromos” supranacionales: el malestar que precede a una enfermedad. HERRERO DE MIÑÓN, M., “El valor constitucional de identidad” en *XXI Ensayos de Derecho Constitucional Comparado*, BOE-CEPC, Madrid, 2020, p. 164, citando a MEINECKE. No obstante, recordaré que los pródromos son también los signos sensibles de un parto: algo próximo a nacer o en proceso de nacimiento, como ocurre con algunos ingredientes en construcción de la identidad europea.

de los derechos puede ser una pregunta más sencilla de responder, como creo haber demostrado, que identificar unas identidades constitucionales no previstas expresamente en cláusulas escritas de intangibilidad en las Leyes Fundamentales. Identificar de manera general y abstracta identidades nacionales, se asemeja a interrogarse sobre cuál sea el “alma rusa”<sup>51</sup>, la manera de entender el mundo por los rusos, pregunta retórica que en manos de un tirano pueden llevar a excluir a los homosexuales -como se ha dicho-, o el alma húngara, que supuestamente permitiría excluir a los no cristianos por mandato constitucional; dos absurdos en la cultura de los derechos fundamentales de las personas. ¿Quién decide las identidades? Es preferible la autodeterminación de individuos, titulares de derechos fundamentales que desarrollan libremente su personalidad en un escenario multinivel de protección nacional, regional y universal.

*La trama de las identidades constitucionales o nacionales en la Unión Europea: una aproximación peligrosa.* Retengamos pues que la idea de identidad constitucional-nacional es pues, por definición, un concepto peligroso. Es una trama comprendida más en su acepción como un enredo que como un conjunto de hilos entrelazados que formen una tela compacta. Se basa en una selección de ingredientes, más o menos arbitraria o subjetiva, ya que depende de la condición del intérprete y de la existencia o no de un parámetro normativo en cada ordenamiento constitucional, que predetermine la respuesta con suficientes dosis de seguridad jurídica.

Por eso el modelo de la Unión Europea (la idea de “identidad nacional” en el artículo 4. 2 del Tratado de la Unión Europea) no me parece bueno. De hecho, ha producido malos resultados: una suma de ingredientes heterogéneos en su uso por bastantes altas cortes nacionales, cuando no se ha utilizado directamente para oponerse a la primacía del Derecho Comunitario, o para efectuar un control del llamado *ultra vires*. Veámoslo sin el detenimiento que la complejidad del asunto merece por razones de espacio.

*El origen de las identidades constitucionales como límites implícitos a la reforma de la constitución: un límite ad intra y un concepto decisionista.* María Roca ha desandado la historia del dogma, porque el concepto de identidad

---

51 Orlando FIGES explora el alma rusa en *El baile de Natasha. Una historia cultural rusa*, EDHASA, Barcelona, 2006. Muchos clásicos rusos han reflexionado sobre este asunto, de hecho, el autor arranca de una conocida frase de TOLSTOI.

nacional-constitucional no nace en el vacío ni en el Derecho de la Unión<sup>52</sup>. El resultado es muy revelador. El concepto de “identidad constitucional” surge en el período de entreguerras en la República de Weimar (1919) y no llega a precisarse jamás. Tenía como función establecer límites materiales inmanentes y no escritos o expresos a la reforma constitucional. Algo en sí mismo muy discutible. Hacía referencia al núcleo esencial e indisponible de un texto constitucional que -se decía- no puede ser cambiado por una enmienda sin fracturar el sistema constitucional. La identidad -pensaban algunos iuspublicistas- preserva la continuidad de la Constitución como un todo frente a la revisión. La tesis no fue siquiera entonces pacífica y autores de la talla de Anschütz o Thoma se opusieron a ella con muy variadas razones<sup>53</sup>.

Me parece que esta idea sólo puede entenderse en el contexto del concepto positivo y decisionista de Constitución, típico de la época<sup>54</sup> y expresado por Carl Schmitt en su Teoría de la Constitución junto a otros posibles, quien distingue las decisiones políticas básicas del resto de las normas de una Constitución o Ley Fundamental y fue uno de los defensores de la idea de identidad. Es una noción incompatible con el moderno

---

52 ROCA, M. “La identidad constitucional en la Unión Europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales” en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, op. cit., pp. 63-90.

53 Ibid, p. 66.

54 Mucho más tarde la misma polémica que abrió SCHMITT volvió a producirse en los años setenta en Italia entre Costantino MORTATI y Paolo BISCARETTI DI RUFFÍA. MORTATI defendía en sus *Istituzioni di Diritto Pubblico* (Padua, CEDAM, 1976, tomo II, pp. 1241 y ss), con la misma abstracción y oscuridad con la que escribió su libro sobre las Constitución material, que la ley de reforma ocupa en la jerarquía de fuentes un grado inferior a la Constitución y de ahí derivan una serie de límites, el primero es limitar la revisión total, porque la reforma debe respetar los principios esenciales del orden constitucional de un Estado. Una prohibición implícita de subvertir el núcleo de los principios fundamentales, para impedir la caída del ordenamiento y garantizar su continuidad. Pero no alcanza tampoco a identificar esos límites implícitos, más allá de la prohibición expresa de reformar la forma republicana (art. 139 de la Constitución) y acaba por admitir la posibilidad de la reforma del mismo procedimiento de revisión. En cambio, BISCARETTI, en su *Derecho Constitucional* (Tecnos, Madrid, 1973, pp. 271 y ss, especialmente p. 279, y en artículos previos de los años cuarenta y cincuenta), por el contrario, rechazaba la existencia de límites implícitos absolutos, pues todo Estado puede modificar el propio ordenamiento supremo como corroboran las cláusulas de reforma constitucional total. Una Constitución no es inmodificable y no determina el modo a través del cual pueda luego cambiarse o extinguirse.

concepto racional normativo de Constitución donde todas las normas integran un sistema, tienen la misma jerarquía y son iguales en rango. No es una categoría normativa sino decisionista. A mi entender, los límites a la reforma o incluso a la revisión total de una Constitución deben ser expresos, aunque no se trate de verdaderas cláusulas de eternidad y puedan ser modificados. No es extraño pues que nunca llegaran a decantarse, tampoco en Weimar, estos supuestos límites esenciales constitutivos de la identidad constitucional.

*Las identidades constitucionales como límites ad extra de las competencias de la Unión.* En la Unión Europea, en cambio, la idea es un límite externo que restringe la acción de la Unión e impide que sus competencias puedan lesionar la identidad nacional de los Estados: “sus estructuras fundamentales políticas y constitucional”, “la autonomía local y regional” y las “funciones esenciales del Estado especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional” (artículo 4.2 TUE).

El precepto procede en términos casi iguales del proyecto de tratado por el que establecía una Constitución para Europa, que no fue ratificado, y, al regular las relaciones entre la Unión y los Estados miembros (artículo I-5), determinaba que la Unión respetará “la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional inherente” a las cláusulas que acabamos de mencionar. Una especie de llamada a preservar la estatalidad o la soberanía nacional en la edificación de una Constitución europea. Pero el mismo precepto también sostenía que la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente conforme al principio de cooperación leal, y que éstos últimos se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro los objetivos de la Unión. Las tres cosas están en una síntesis indisoluble: respeto a la identidad nacional, cooperación leal, y mantenimiento de los objetivos de la Unión. Tres principios que no pueden utilizarse de forma separada como expresaba bien el tratado constitucional, quizás mejor que lo hace el actual Tratado de Lisboa (véase el artículo 4.3 TUE).

*Las dudas sobre la jurisprudencia constitucional alemana: control del ultra vires y respeto a los derechos.* Desde este anclaje de la identidad en los tratados comunitarios, se ha usado por algunos tribunales constitucionales nacionales como un escudo defensivo frente al Derecho de la Unión y el principio de primacía. El Tribunal Constitucional Federal Alemán, sobre

todo, ha sostenido que las decisiones de los órganos de la Unión no pueden producir efectos que pongan en peligro principios -tan amplios- como son la dignidad humana, la vinculación a los derechos fundamentales, el orden constitucional democrático de la República, y la división de la Federación en Estados (que garantizan los artículos 1, 20 y la cláusula de intangibilidad o eternidad del artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn) sin lesionar la identidad constitucional de la República como Estado abierto a la Unión. Los derechos fundamentales forman parte de esa identidad inmutable y el Tribunal Constitucional puede revisar, mientras tanto no exista una protección equivalente, que la Unión ofrezca una protección compatible con la alemana, y controlar el *ultra vires* de las decisiones adoptadas por sus órganos para que no alteren la esencia de esos principios. Bien es verdad que todo este bloque normativo debe ser también interpretado con el artículo 12, párrafo 1º, que pide a Alemania que contribuya a la realización de una Europa unida y al desarrollo de la Unión: una cláusula constitucional de apertura a Europa. La identidad constitucional se conecta con la cláusula de eternidad y con los límites a la reforma del contenido esencial de la Ley Fundamental por el Derecho de la Unión.

*El azaroso uso de las identidades por muchos otros tribunales constitucionales: una simple commixtio.* Veamos algunos ejemplos que María Roca ha recopilado y a la que reenvío<sup>55</sup>. Austria, en la sentencia Sayn-Wittgenstein, puso en conexión la identidad nacional con el concepto -no menos ambiguo- de *orden público* que considera parte de su identidad constitucional, adentrándose en las competencias del Tribunal de Justicia. Algo que sólo podría aceptarse, en línea de principios, si se trata de una violación manifiesta y un asunto de cierta entidad. Pero, en Alemania, se ha relacionado con el orden de los apellidos de los padres adoptivos que no podría alterarse por la adquisición de otra nacionalidad. Hungría ha puesto en conexión su identidad constitucional con la cultura cristiana. Mientras Francia ha subrayado, por el contrario, su laicidad como parte de su identidad republicana. Bulgaria ha introducido en la noción una idea tradicional de familia, que estaría consagrada por la Constitución, e impediría que un niño tenga más de un padre o una madre, con la finalidad de impedir progenitores de un mismo sexo. Para Lituania la ortografía de los apellidos, a la luz de la historia del país dada la larga influencia polaca y luego rusa,

---

55 ROCA, M., op. cit., pp. 72-76.

sería parte de esa identidad nacional. Letonia se refiere a la retribución de los jueces a tiempo parcial y las indemnizaciones por despido o jubilación. Chequia ha mencionado el complemento de las pensiones eslovacas de ciudadanos checos. En Francia, la idea de servicio público. En Irlanda, el referéndum. En suma, la recopilación de jurisprudencia que María Roca ha realizado con detalle en nuestra investigación colectiva produce una sensación de vértigo y evidencia los rasgos de una simple *commixtio*: los razonamientos identitarios han generado una suma de cosas demasiado heterogéneas. No hay una clara zona de certeza positiva y seguridad jurídica sobre qué sean las identidades nacionales según las jurisprudencias constitucionales. Podemos detectar incluso unos usos más populistas o retóricos e incluso autoritarios y poco respetuosos con los derechos individuales antes que estructurales o ligados a las estructuras fundamentales del Estado (federalismo, república, unidad del Estado...) <sup>56</sup>.

Me parece un resultado que era previsible a la vista de la construcción dogmática de la categoría de identidad constitucional que la Unión recibe como identidades nacionales, porque ya he razonado que no es un concepto normativo sino decisionista, salvo cuando existan límites expresos a la reforma constitucional que jueguen como identidades constitucionales frente al Derecho de la Unión; si bien, incluso en esos casos, una salida, si no cabe una interpretación conforme, es la reforma constitucional.

*Las identidades, como mecanismo de relación entre ordenamientos jurídicos.* En nuestra investigación colectiva, sostenemos que las identidades constitucionales sólo pueden comprenderse como bisagras o principios de relación entre unos ordenamientos jurídicos interconectados <sup>57</sup> que no deben mantener conflictos irresolubles. Cada identidad constitucional-nacional de un Estado miembro presupone la identidad europea y lo mismo en sentido contrario. Debe existir una relación de convergencia y no de contraposición <sup>58</sup>. Es preciso un discurso técnico jurídico conforme al cual la identidad europea tenga en cuenta en sentido ascendente las identidades nacionales, y, a su vez, éstas no se decanten o construyan por contraposición

---

56 Ibidem.

57 GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., "Conclusión: la trama de identidades europeas" en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, op. cit., pp. 369-390.

58 Idem, y ROCA, M., op. cit. quien usa la expresión "bisagra".

a la europea. Una responsabilidad compartida en la protección de los derechos. No pueden comprenderse como obstáculos o escudos sino de forma muy dinámica. Este contexto invita a una solución dialogada de los conflictos sobre identidades. De manera que se rechacen los conflictos estructurales o directos, la negación de la otra identidad, y se entienda el diálogo como requisito existencial de supervivencia del sistema. Simples conflictos coyunturales que deben resolverse mediante distintos instrumentos procesales: el derecho al recurso efectivo, la cuestión prejudicial u opinión consultiva, el margen de apreciación nacional, la doctrina de la protección equivalente, y un largo etcétera de mecanismos que sería imposible resumir aquí. Se trata de que los tribunales con mentalidad dialogística redacten sentencias con interpretaciones equivalentes, compatibles o mutuamente conformes en un esfuerzo de acomodación de los ordenamientos implicados. En definitiva, un concepto procedimental de las identidades como una recíproca invitación al diálogo y a practicar la deferencia y la empatía entre ordenamientos conectados mediante exégesis e interpretaciones amistosas.

*El TJUE como guardián último de las identidades nacionales: el control identitario europeo*<sup>59</sup>. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha confirmado buena parte de estas tesis en la Sentencia RS (C-430/21, de 22 de febrero de 2022) en cuyas conclusiones se afirma: que el Tribunal de Justicia es el guardián último de las identidades nacionales, y debe verificar, por mandato del artículo 4.2 TUE, que el Derecho de la Unión las respeta suficientemente; la cláusula de identidad nacional no autoriza a un tribunal o autoridad nacional, incluso de rango constitucional, a inaplicar el Derecho de la Unión; si se considera que una norma de Derecho de la Unión contradice la identidad constitucional se debe plantear una cuestión prejudicial para que el Tribunal de Justicia se pronuncie y resuelva el aparente conflicto normativo. Con anterioridad, el TJUE ya había precisado que la primacía del Derecho de la Unión se impone también a las Constituciones nacionales (Sentencia de 11 enero de 2000, Asunto C-285/98 Tanja Kreil contra RFA)<sup>60</sup>.

---

59 GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., “Conclusión: la trama de identidades europeas”, op. cit., p. 388.

60 UGARTEMENDÍA ECEIBARRENA, J.I. y BUSTOS GISBERT, R.: “El control supraestatal de las normas constitucionales: los confines europeos de la identidad constitucional”



En suma, nos movemos dentro de la comprensión de las identidades como una invitación a un diálogo procedimental, pero que no puede alterar la cooperación leal entre las instituciones de la Unión y las de los Estados ni la edificación de una Unión más estrecha.

#### 2.4. El margen de apreciación nacional

*El margen de apreciación nacional como un corolario de la subsidiariedad.* Dentro del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la doctrina del margen de apreciación nacional cumple una función semejante, una restricción o deferencia en el control jurisdiccional europeo, a la soberanía nacional en otros contextos, o a las identidades constitucionales nacionales en el Derecho de la Unión. De hecho, se entiende como una manifestación de un principio de subsidiariedad, típicamente internacional. El nuevo Protocolo 15 introduce una referencia a la subsidiariedad y al margen de apreciación nacional en el Preámbulo del Convenio. Pero ya he razonado que no puede ser entendido como una “*blanket immunity*”, en palabras del Presidente Nicolás Bratza, una cláusula general de inmunidad de los Estados demandados, porque eso impediría la misma subsistencia de una jurisdicción supranacional que se legitima frente a los justiciables por la tutela de los derechos y no sólo por el consentimiento de los Estados parte.

*¿Cuándo aplicar el margen? Los usos retóricos y estructurales: el método comparado.* Tampoco se identifica con carácter general en el Preámbulo del Convenio o en dicho Protocolo en qué circunstancias, derechos o situaciones debe aplicarse la doctrina del margen de apreciación nacional y limitar la intensidad del juicio de proporcionalidad del TEDH. Es una decisión pretoriana, caso a caso, que depende sobre todo de la naturaleza del derecho y del contexto, pero también del tipo de interferencia o lesión<sup>61</sup>. En ciertos casos, El TEDH decide que es mejor no practicar un enjuiciamiento muy intenso y da por buena la solución estatal, teniendo en cuenta esos ingredientes, para evitar problemas mayores ante la sensibilidad de la comunidad nacional hacia un problema en la que no parece conveniente una solución europea uniforme. Pero, a veces, la cita del margen es retórica y no va acompañada de un razonamiento específico, simplemente se

---

en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, op. cit., pp. 91-140.

61 GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, 2010, Madrid,



menciona como justificación teórica de una decisión deferente o de autocontención del Tribunal Europeo, o incluso, de forma paradójica, se menciona el margen, para luego hacer justamente lo contrario en el razonamiento de la sentencia y revisar la interferencia con alguna intensidad; un uso claramente retórico. Sin embargo, en otros casos, sí existe un verdadero uso estructural del margen y se efectúa un método comparado y el Tribunal analiza cuál es la situación de la institución o de la regulación del derecho fundamental en buena parte de los Estados parte, indagando la existencia de un consenso o *common background* europeo del cual se aísle el Estado demandado, lo que facilita mucho la decisión. Claro está que cuando no aflora una solución mayoritaria, -como suele ocurrir con frecuencia- un mínimo denominador común, el Tribunal puede optar por armonizar una solución para todos los europeos, o por mantener una prudente autocontención y apostar por la diferenciación o el pluralismo. Estamos ante la justicia de un pretor o de un diplomático experto en política internacional y solución pacífica y arbitral de conflictos.

*La necesidad de un procedimiento razonable de decisión.* En los últimos años, el TEDH en algunas sentencias -y un sector de la doctrina científica- han apostado por la doctrina del procedimiento razonable de decisión. Sobre esta tesis he manifestado algunas dudas, aunque no puede dejar de considerarse un avance garantista, si no se convierte en un monocultivo que desplace otros enjuiciamientos de fondo más profundos<sup>62</sup>. Al igual que el control de constitucionalidad de las leyes el control de convencionalidad no puede limitarse sólo a los vicios formales o de procedimiento. Las interferencias, limitaciones o restricciones de los derechos deben hacerse con calidad de ley, es decir, siguiendo un procedimiento deliberativo y participativo, con discusión, garantías y respeto a las minorías. Esta actitud excluye las precipitaciones parlamentarias o gubernamentales, las pasiones poderosas o intereses inconfesables de las mayorías, o cuando menos las dificulta, y otorga una apariencia de razonabilidad o proporcionalidad a la decisión nacional que se revisa y puede respetarse. Seguir un procedimiento razonable de decisión no debe impedir un sucesivo control jurisdiccional europeo, pero puede amortiguar la intensidad de esta revisión externa en

---

62 Volví al tema del margen una década después para bordar este asunto en GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2019, op. cit., epígrafe "El margen de apreciación nacional y la tesis del procedimiento razonable", pp. 104-136, existe una versión de esta parte publicada como artículo en inglés y otra en francés.

cuestiones muy difíciles de ponderar desde fuera y contextos complejos. En todo caso, la presencia de un control supranacional demanda una razonable calidad del procedimiento interno de decisión, y esto ya es una sensible mejora de las herramientas del Estado constitucional contemporáneo para la tutela de los derechos.

### 3. Conclusiones

La idea de globalización es ambigua y problemática. Pero la “globalización de los derechos fundamentales” es más precisa y ofrece muchas más ventajas, desde una perspectiva garantista, que inconvenientes. La actual sociedad global es una sociedad en red y este carácter tiene consecuencias también en los derechos que tienden a protegerse mediante un trabajo jurisdiccional en una red muy amplia. La protección tricontinental que dispensa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana, y la emergente Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos está creando mediante su colaboración un Derecho Común que irradia más allá de sus fronteras y fuera de su espacio jurisdiccional, y a la vez recibe la influencia de otras Cortes señeras de distintos lugares.

Entre los rasgos de la creciente globalización de los derechos están los siguientes. La internacionalización permite identificar las prácticas que son sólo prejuicios locales, más que verdaderos particularismos, soluciones que se descuelgan de la red del constitucionalismo global y la protección internacional y de las que es razonable sospechar. Una modernización de las declaraciones de derechos y tratados y de las jurisprudencias que interactúan entre ellos en una fertilización recíproca. La armonización de los derechos mediante la incorporación por las autoridades nacionales de los estándares convencionales y el diálogo judicial en red sobre los respectivos precedentes, argumentos y estándares. Es particularmente remarcable la influencia recíproca de las jurisprudencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana. La globalización crea una interdependencia que incrementa la efectividad de los derechos y su tutela, así como la tendencia a su regulación y garantía mediante la doctrina de las obligaciones positivas y de aseguramiento. La interpretación convencional es una tarea común al igual que lo es la interpretación convencional. No obstante, junto a la globalización y el universalismo existe un relativismo cultural en ciertas culturas, y supuestos de fragmentación -disrupción- del Derecho Internacional de los derechos humanos.

La acertada tendencia del TEDH al razonamiento mediante test generales de enjuiciamiento y estándares convencionales, que se aplican en cada caso sobre un mismo derecho y problemas, favorece su aplicación global por otras jurisdicciones en supuestos de hecho análogos. Añade una fuerza expansiva, abstracción y generalidad, a la motivación judicial.

Existen asimismo paradigmas y espacios globales como claramente ocurre con los derechos digitales. Internet es un espacio público difuso que se resiste a regulaciones locales. La sociedad digital tiene como reto la garantía global de los derechos digitales.

En el sentido contrario de la marcha, en una tendencia centrífuga, frente a la globalización de los derechos se encuentran, en una tensión dialéctica, una serie de ideas que cumplen una función semejante, apostar por el pluralismo cultural, el particularismo y la diversificación: la soberanía nacional, la subsidiariedad, las identidades constitucionales, el margen de apreciación nacional y la doctrina del procedimiento razonable de decisión. Es menester encontrar un equilibrio: unidos en la diversidad. Pese a lo que puede pensarse a primera vista, bastantes de estas ideas son aún más ambiguas e imprecisas que la globalización de los derechos.

La soberanía nacional no ha muerto, pero se encuentra en proceso de transición o transformación, entre otras razones, como consecuencia de los procesos de integración económica y política, de transferencia de soberanía, y de atribución de competencias jurisdiccionales a la protección supranacional de los derechos. La soberanía no impide la tutela externa de los derechos. Vivimos en “Estados constitucionales convencionalmente limitados”. El Estado nacional ya no es un ente de competencia universal e ilimitada ni hacia arriba ni hacia abajo. La soberanía implica hoy un constante diálogo y negociación sobre el lugar de cada ente. Los derechos fundamentales de las personas y de los grupos crean una frontera y un sistema de frenos y contrapesos a la acción de los poderes públicos, y esta frontera puede ser revisada en la protección internacional. La soberanía nacional o la primacía de la constitución no entrañan ya una cláusula general de indemnidad.

El principio de subsidiariedad, ahora incorporado al preámbulo del Convenio Europeo junto al margen de apreciación nacional por el Protocolo 15, tampoco es una patente de corso para que las autoridades nacionales puedan transgredir los derechos de sus súbditos, y limitar el

alcance de las jurisdicciones europea e interamericana. En vez de concebirse como un escudo, debe comprenderse como una asunción por los Estados miembros de su responsabilidad primaria en la garantía de los derechos. Donde se detecten brechas convencionales, reiteradas violaciones sistemáticas o estructurales de los derechos, deben adoptar con prontitud medidas de reparación y no repetición, recursos efectivos y regulaciones adaptadas a las jurisprudencias convencionales para impedir que las violaciones lleguen a los Tribunales internacionales.

La identidad constitucional -sinónimo de identidad nacional- es un concepto peligroso y decisionista, según corrobora la historia del dogma y su génesis en la República de Weimar. Es una idea muy ligada al concepto positivo de Constitución en Carl Schmitt sobre las decisiones políticas básicas de una comunidad, que no es compatible con el actual concepto racional normativo de constitución, pues todas las normas constitucionales tienen igual jerarquía. ¿Quién identifica la identidad constitucional o nacional? Si no existe una disposición escrita y expresa de limitación a la reforma constitucional, una cláusula de intangibilidad o eternidad, es difícil admitir límites tácitos e inmanentes, so pretexto de mantener la continuidad constitucional de un ordenamiento. El modelo del artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea, con génesis en el fallido proyecto de tratado constitucional para Europa (que hablaba también de cooperación leal y mantenimiento de los objetivos de la Unión), no es un buen modelo sino excesivamente abierto y, en consecuencia, peligroso. Numerosos tribunales constitucionales de la Unión han usado las supuestas identidades constitucionales-nacionales para colgar los asunto más variopintos y muy discutiblemente esenciales, en simple *commixtio*, practicar el control del *ultra vires* y oponerse a la primacía del Derecho de la Unión. Puro decisionismo voluntarista. Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha asumido su papel de guardián del sistema, reconociendo que puede revisar las identidades nacionales, por mandato del citado art. 4.2, y que estas identidades no justifican inaplicar el Derecho de la Unión sin plantear una cuestión prejudicial. Las identidades nacionales y europeas deben presuponerse la una a la otra, y converger en vez de contraponerse; son una invitación al diálogo a través de diversos procedimientos.

Finalmente, el margen de apreciación nacional, de uso habitual en Europa y creciente en Iberoamérica, donde hay un debate al respecto sobre su incorporación, es una manifestación del principio de subsidiariedad

y del pluralismo cultural. Una herramienta típica de una protección internacional que lleva a que el TEDH detenga su enjuiciamiento pleno conforme al principio de proporcionalidad y practique una deferencia o autocontención, respetando la decisión nacional. Su uso es extremadamente casuístico -la justicia del pretor- y depende de la naturaleza del derecho y del contexto, cuando el asunto es especialmente sensible para la cultura o la historia de una comunidad política, y no existe un consenso europeo sobre el alcance del derecho. Aboca al empleo de un método comparado y a un uso estructural. En los últimos tiempos, el Tribunal de Estrasburgo se pregunta si ha habido en el Estado demandado un procedimiento razonable de decisión. Los vicios de procedimiento no agotan todo el alcance del control de convencional (como tampoco lo hacen con el control de constitucionalidad), pero asegurarse de que las interferencias nacionales en los derechos se tomen siguiendo un procedimiento de calidad, con deliberación, participación, y respeto a las minorías y, sobre todo, a los trámites y formas predeterminados es un avance garantista en un Estado de Derecho, y no un obstáculo a la globalización.

# LA DEMOCRACIA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS\*



*Eduardo Ferrer Mac-Gregor\*\**

*Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla\*\*\**

**Sumario:** I. Introducción: la Carta Democrática y su relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. II. Opiniones consultivas: la génesis de la relación entre los derechos humanos y las sociedades democráticas. III. Cinco temáticas fundamentales en casos contenciosos: A. Restricciones legítimas a derechos humanos. B. Independencia judicial. C. Derechos políticos. D. Libertad de expresión. E. Acceso a la información pública. IV. El papel de los poderes públicos en la garantía de los derechos fundamentales: la función de supervisión de cumplimiento y de medidas provisionales. V. Conclusión. Bibliografía

---

\* La presente ponencia constituye una versión actualizada del trabajo “La protección de la democracia desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (*Parlamento y Constitución: Anuario*, núm. 21, Toledo, Universidad y Cortes de Castilla-La Mancha, núm. 21, 2020, pp. 83-124).

\*\* Juez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho, ambos de la Universidad Autónoma de México (UNAM). Profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

\*\*\* Carta Democrática Interamericana, art. 1.

## I. Introducción: la Carta Democrática Interamericana y su relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Como en cualquier otra organización internacional, la Organización de Estados Americanos (OEA) tiene importantes desafíos a más de siete décadas de su creación (Rojas, 2018; Barreto et. al., 2016). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos “le ha dado a la OEA renombre y la ha hecho más conocida en nuestros países y en el mundo entero” (Dulitzky, 2008, pp. 69-108). Y en ese ámbito “la democracia” ha jugado un papel fundamental para la consolidación y la vigencia de los derechos humanos. Tal ha sido la importancia de este elemento dentro de los Estados que lo conforman, que el 11 de septiembre del 2001, a través de una Asamblea General extraordinaria celebrada en la ciudad de Lima, Perú, se adoptó la Carta Democrática Interamericana (CDI)<sup>1</sup>.

La CDI tiene como antecedente a la Resolución 1080 del año 1991, la cual habilitó por primera vez a la OEA para analizar hechos que ocasionaran “una interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo en cualquiera de los Estados miembros” de la OEA y así poder “adoptar las decisiones que se estimen apropiadas” (OEA, 1991, puntos resolutivos 1 y 2). Sin embargo, la CDI es reconocida por haber ido más allá de aquellas disposiciones y abundar sobre diversas temáticas relacionadas con los principios, prácticas y la cultura democrática entre los Estados de las Américas.

Este instrumento se encuentra dividido en seis capítulos: I) La democracia y el sistema interamericano. II) La democracia y los derechos humanos. III) Democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza. IV) Fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática. V) La democracia y las misiones de observación electoral, y VI) Promoción de la cultura democrática. Como se puede apreciar, al momento de su adopción los Estados Americanos tuvieron la especial intención de enfatizar el vínculo claro entre los derechos y la democracia, así como la importancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la protección de aquellos y la garantía de ésta, al reconocer en su artículo 8 el derecho de acceder al Sistema por parte de cualquier persona o grupo de personas,

---

1 Resolución AG/RES.1 (XXVIII-E/01). Resulta interesante la intervención del Comité Jurídico Interamericano en la elaboración de la CDI (OEA, 2011).



así como la intención de su fortalecimiento para la consolidación de la democracia en el hemisferio.

La CDI no es un tratado internacional. Se configura como un instrumento político para la defensa colectiva de la democracia (Negro, 2018; Olmedo, 2011; Perina, 2012; Salas, 2014;), teniendo una importancia para los Estados miembros de la OEA<sup>2</sup>. Como ejemplo clave de lo anterior, tenemos lo sucedido tras el golpe de Estado en Honduras en 2009, por el cual la Asamblea General Extraordinaria decidió suspender a aquel país de la Organización. En la resolución adoptada, fue invocado por primera vez el artículo 21 de la CDI<sup>3</sup> como fundamento para el proceso de suspensión de Honduras (OEA, 2009, punto resolutivo 1). También debe destacarse la aplicación de “los mecanismos para la preservación y la defensa de la democracia representativa previstos en sus artículos 20 y 21” de la CDI en 2018 para la situación de Venezuela (OEA, 2018).

Como se mencionó, la CDI externa el vínculo existente entre los derechos humanos y los valores democráticos a los que deben aspirar los países de las Américas. En este sentido, en su Preámbulo refiere que “[t]eniendo presente que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia”. Asimismo, el Preámbulo indica que “[...] el Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales resalta la importancia de que tales derechos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar el régimen democrático representativo de gobierno”.

---

2 No debe pasar inadvertido que la propia Carta de la OEA, desde que se adoptó en 1948 se refería a la “democracia representativa” como uno de los altos fines que persiguen los Estados, quedando con mayor claridad establecida en el Protocolo de Cartagena de Indias de 1985 (reformas a la carta fundacional), al establecer como propósito esencial de la OEA “promover y consolidar la democracia representativa dentro del principio de no intervención”. Numerosas obras han desarrollado los antecedentes, orígenes y evolución de la OEA (Arriaghi, 2015; Fernández, 1963; Negro 2018)

3 CDI, artículo 21, párrafo primero: “Cuando la Asamblea General, convocada a un período extraordinario de sesiones, constate que se ha producido la ruptura del orden democrático en un Estado Miembro y que las gestiones diplomáticas han sido infructuosas, conforme a la Carta de la OEA tomará la decisión de suspender a dicho Estado Miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros. La suspensión entrará en vigor de inmediato”.

De la lectura de la CDI podemos identificar cómo se vincula la democracia con los derechos humanos, tanto con los derechos, económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), así como con los derechos civiles y políticos.

En cuanto a los DESCAs, sus disposiciones hacen alusión a los siguientes derechos: al trabajo (art. 10), al medio ambiente (art. 15) y a la educación (art. 16). En relación con estos derechos debe considerarse el título del apartado III "Democracia, desarrollo Integral y combate a la pobreza". Particularmente la CDI hace hincapié en que la "pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humanos" inciden negativamente en la consolidación de la democracia (art. 12), por lo que "la promoción y la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral [...] y a la consolidación de la democracia" (art. 13). Por otro lado, no podemos perder de vista lo dispuesto en el artículo 15, el cual indica que "el ejercicio de la democracia" facilita "la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente".

En cuanto a los denominados "derechos civiles y políticos", de la lectura de las disposiciones de la CDI podemos agrupar en tres grandes aspectos los derechos humanos que contempla: a) la libertad de expresión, incluida la libertad de prensa, la transparencia y de acceso a la información (art. 4), b) la participación política (incluido el derecho a la celebración de elecciones, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo, arts. 3 y 6), y c) algunas expresiones de la independencia de poderes públicos, especialmente en el art. 3 de la CDI indica que "son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros [...] la separación e independencia de los poderes".

Desde el Preámbulo de la CDI estas normas tienen un sentido de inmersión en el Sistema Interamericano, pues no fueron concebidas en aislado, ya que tanto la Declaración Americana como el Pacto de San José, tuvieron en cuenta la relación entre los derechos humanos y la democracia.

En el caso de la Declaración y de la Convención Americana, ambos instrumentos marcan el vínculo de los derechos humanos y la democracia, al compartir disposiciones similares al respecto. Así, el artículo 32.2 de la Convención estipula que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas

exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”<sup>4</sup> Sin embargo, con independencia de lo anteriormente indicado, es importante hacer notar que el Pacto de San José en diversas disposiciones normativas que contemplan algunos derechos hacen referencia a que éstos solo pueden estar sujetos a las restricciones previstas en las leyes, que sean necesarias en una sociedad democrática<sup>5</sup> o “en la medida de lo indispensable en una sociedad democrática”<sup>6</sup>.

Otros instrumentos como el Protocolo de San Salvador, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia, la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en sus respectivos Preámbulos hacen alusión también al vínculo de los derechos humanos y la democracia.

Como podemos ver, la democracia y los derechos humanos, al menos desde la propia concepción de los Estados en el Sistema Interamericano (cuestión que queda manifestada en los instrumentos interamericanos) se encuentran estrechamente relacionados, pues sería inconcebible una democracia en la que no se gocen y respeten derechos humanos, o en su defecto, la existencia de derechos humanos plenos y efectivos sin democracias.

En este contexto, no es ajeno a los órganos que conforman el Sistema Interamericano, es decir, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que en sus

---

4 De manera similar, el artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se refiere a que “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

5 Artículo 15. Derecho de Reunión. “[...] El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, [...]”. Por su parte, el Artículo 16. Libertad de Asociación “[...] 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática [...]”.

6 Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia. “[...] 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.[...]”.

decisiones se haga referencia a aspectos democráticos que deben ser salvaguardados desde una óptica de protección de derechos humanos en el ámbito internacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conceptualizado a la CDI como “[...] una norma de interpretación auténtica de los tratados a que se refiere, pues recoge la interpretación que los propios Estados miembros de la OEA, incluyendo a los Estados parte en la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], hacen de las normas atinentes a la democracia tanto de la Carta de la OEA como de ésta” (Corte IDH, 2018, párr. 114). En ese sentido, cabe hacer mención de los *Considerandos* 2 y 4 del Preámbulo de la Convención Americana:

“Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; [...] Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados [...]”<sup>7</sup>.

Para efectos del presente trabajo, dividiremos el análisis en la jurisprudencia que ha emitido el Tribunal Interamericano dentro del ejercicio de sus funciones que le otorgan tanto la Convención Americana como su Reglamento, destacando aquellas decisiones en las cuales se ha hecho alusión explícita a la CDI o bien se han desarrollado aspectos consubstanciales a la democracia dentro de sus competencias.

## **II. Opiniones Consultivas: la génesis de la relación entre los derechos humanos y las sociedades democráticas**

Los primeros pronunciamientos de la Corte IDH sobre la relación entre los derechos humanos y la democracia fueron emitidos en su función consultiva. Particularmente la esencia de esa relación es enfatizada por

---

7 La Carta también podría ser catalogada como un acuerdo entre los Estados parte en ambos tratados acerca de la aplicación e interpretación de esos instrumentos, de acuerdo con el artículo 31.3 a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones”.

el Tribunal Interamericano como parte de una posible justificación por la cual se podrían imponer restricciones “en una sociedad democrática”. De esta manera, la primera ocasión en que la Corte IDH hace alusión a esta situación, fue en la Opinión Consultiva (OC) 5, sobre la *Colegiación obligatoria de los periodistas*.

En dicha opinión la Corte IDH consideró que si bien el artículo 13 sobre la libertad de expresión no hace referencia “a las exigencias de una sociedad democrática” — como si lo hacen los artículos 15 (derecho de reunión) y 16 (derecho de asociación) —, se deben tener en cuenta el Preámbulo de la Convención Americana<sup>8</sup> y el artículo 32 (Correlación entre Derechos y Deberes) de la misma, para determinar “el contexto” en el cual se deben interpretar las posibles restricciones a dicho derecho. Para el Tribunal, se desprende de la reiterada mención a las “instituciones democráticas”, “democracia representativa” y “sociedades democráticas” que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión impuesta por un Estado es “necesaria para asegurar” uno de los objetivos mencionados en los literales a) o b) del mismo artículo, tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas (Corte IDH, 1985)

En otras palabras, sólo pueden ser reconocidas aquellas restricciones que sean propias de una sociedad democrática, dado que es la misma democracia el marco dentro del cual los Estados Miembros de la Convención reafirmaron su propósito de consolidar un régimen de libertad personal y de justicia social.

Este criterio debe ser entendido como aplicable no únicamente a la libertad de expresión, sino también a los demás derechos, en vista de que el Preámbulo de la Convención es una pauta interpretativa para todas las disposiciones del tratado, además de que el enunciado general del artículo 32 “opera especialmente en aquellos casos donde la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas” (Corte IDH, 1985, párr. 65).

Por otro lado, si bien en aquella Opinión Consultiva la Corte IDH no estableció lo que debe entenderse por una “sociedad democrática”, sí inicia

---

8 Al respecto, el Preámbulo de la CADH indica “su propósito de consolidar, en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.

con un proceso de identificación de aquellos elementos que podrían estar en juego cuando se pretenden imponer restricciones a los derechos, como lo es la libertad de expresión. En ese sentido, la Corte IDH observó que, al relacionar los argumentos expuestos con las restricciones a que se refiere el artículo 13.2, aquellos apuntaban a justificar la colegiación obligatoria como un medio para asegurar el orden público (art. 13.2.b) como una justa exigencia del bien común en una sociedad democrática (art. 32.2).

El Tribunal (1985, párr. 64) identificó que “el orden público” dentro del contexto de la Convención Americana se refiere a las condiciones “que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público”. Por otro lado, consideró que el *bien común* es:

“un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. (...)” (párr. 66).

En particular, la Corte IDH concibe que lo que interesa al *orden público democrático*, es que “se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información” (Ibid., párr. 69 y 70), por lo que la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática.

Con posterioridad, en la OC- 6 sobre *La expresión leyes*, la Corte IDH precisa que el “bien común” (art. 32.2 de la CADH) es un elemento integrante del “orden público democrático” el cual tiene como *fin principal* “la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad” (Corte IDH, 1986, párr. 29). Adicionalmente, indica que *bien común* y *orden público*, en la Convención Americana, son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia “según la cual los Estados Americanos requieren la

organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa” (párr. 30).

En esta OC, la Corte IDH agrega lo que se debe entender por el concepto “de ley” bajo la Convención Americana y concibe que:

“son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo [...] Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención” (Corte IDH, 1986, párr. 35).

En otras palabras: “sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana” (Corte IDH, 1986, párr. 37). La Corte IDH agregar que:

“es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un “principio” reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. El régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (art. 23), que son de aquellos que, en los términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema” (párr. 34).

En la OC- 8, sobre el *Habeas corpus bajo la suspensión de garantías*, la Corte Interamericana recordó los abusos a que ha dado lugar en nuestro hemisferio la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos. En ese sentido, señaló que la suspensión de garantías no puede desvincularse del “ejercicio efectivo de la democracia representativa”, por lo que carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona (Corte IDH, 1987, párr. 20).

El Tribunal Interamericano indicó que en los “contextos” en los cuales se suspenden las garantías – situación que considera excepcional –, los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de



los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. En esta OC, la Corte IDH considera que “una sociedad democrática” está compuesta por una tríada: “los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías, y el Estado de derecho” (Corte IDH, 1987, párr. 24 y 26).

Asimismo, cabe mencionar a la OC-23, *Sobre medio ambiente y derechos humanos*, en donde la Corte IDH se refirió a la CDI como uno de los instrumentos de nuestra región que han abordado la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible, al prever que el “[el] ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente” (Corte IDH, 2017, párr. 53).

Tiempo después, la Corte Interamericana emitió su OC-26, sobre *la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales*, en donde desarrolló importantes consideraciones respecto del papel de la democracia durante dichos procesos de denuncia.

En ese sentido, al analizar las obligaciones internacionales en derechos humanos que subsisten para un Estado miembro de la OEA que ha denunciado la Convención Americana, el Tribunal se refirió al *principio democrático* que deriva de los artículos 29<sup>9</sup>, 30<sup>10</sup> y 32<sup>11</sup> de la Convención, el cual constituye tanto un principio rector como una pauta interpretativa. Como principio rector, articula la forma de organización política elegida por los Estados americanos para alcanzar los valores que el sistema quiere promover y proteger, entre los cuales se encuentra la plena vigencia de los

---

9 Artículo 29: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno [...]”.

10 Artículo 30: “Alcance de las restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

11 Artículo 32: “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.



derechos humanos. Como pauta interpretativa, brinda, una clara orientación para su observancia a través de la división de poderes y el funcionamiento propicio de las instituciones democráticas de los Estados parte en el marco del Estado de Derecho (Corte IDH, 2020, párr. 72).

Lo anterior guarda relación con el proceso de denuncia de la Convención Americana, en donde las obligaciones dispuestas en ella permanecen incólumes durante el período de transición que precede a que la denuncia entre en efecto (que en el caso de la CADH, el periodo es de un año); el Tribunal señaló que lo anterior constituía “una salvaguarda para impedir que un Estado pretenda de manera abrupta e intencionadamente, bajo el impulso de una coyuntura o contingencia específica, sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones” (Corte IDH, 2020, párr. 68). Asimismo, consideró que este periodo de transición constituía el marco temporal adecuado para que el resto de los Estados Parte de la Convención Americana, como garantes colectivos de su eficacia, exteriorizaran las observaciones u objeciones que estimen pertinentes ante denuncias “que no resistan *un escrutinio a la luz del principio democrático* y afecten el interés público interamericano” (párr. 71).

Este escrutinio consiste en indagar sobre la buena fe estatal en conexión con el propósito y contexto en que se gesta y verifica la denuncia, atendiendo muy especialmente a las circunstancias en que la denuncia se da, como lo pueden ser “una progresiva erosión de las instituciones democráticas” o “una alteración o ruptura manifiesta, irregular o inconstitucional del orden democrático”, dentro de otras más situaciones que denotan una especial gravedad y pueden acarrear una afectación a la estabilidad democrática, la seguridad y la paz hemisférica, con la consiguiente afectación generalizada a los derechos humanos (Corte IDH, 2020, párr. 73). Lo anterior debería culminar con la correspondiente obligación de los demás Estados Parte de la Convención en:

“(…) exponer, en el marco de los espacios institucionales de la OEA, sus observaciones u objeciones de forma oportuna y como garantes colectivos de la Convención Americana, a fin de resguardar la efectiva protección de los derechos humanos y el principio democrático, para prevenir que, a través de una denuncia se procure evadir de mala fe los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, disminuir o cercenar la efectiva protección de los mismos, debilitar el acceso al mecanismo jurisdiccional de carácter internacional, y dejar

al ser humano al desamparo de la protección complementaria del sistema interamericano” (párr.75)<sup>12</sup>.

Por otro lado, en su OC-27, relativa a los *derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género*, la Corte Interamericana consideró que la existencia de una legislación sindical no constituye en sí misma una violación a los derechos sindicales, así como que resultan admisibles las disposiciones que tienen por finalidad promover los principios democráticos en el seno de las organizaciones sindicales, sin que esto constituya necesariamente una afectación a la autonomía o la libertad sindical, pues son parte de las restricciones legítimas a los derechos sindicales, propias de una sociedad democrática. En consecuencia, la autonomía sindical debe ser entendida en su interrelación con la protección de principios democráticos, por lo que los Estados y los sindicatos deben adoptar medidas a fin de asegurar la igualdad y no discriminación en el ejercicio de los derechos sindicales de las mujeres y en sus organizaciones internas (Corte IDH, 2021, párr. 192).

Para finalizar, resulta de especial relevante la OC-28, sobre *la figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*<sup>13</sup>, en la que se pone en evidencia el vínculo indisoluble entre “democracia, derechos humanos y Estado de Derecho”. La Corte IDH señaló que “en una democracia representativa es necesario que el ejercicio del poder se encuentre sometido a reglas, fijadas de antemano y conocidas previamente por todos los ciudadanos, con el fin de evitar la arbitrariedad” (Corte IDH, 2021, párr. 71).

En ese sentido, el Tribunal Interamericano reconoció que la realización de elecciones para escoger a los representantes del pueblo es uno de los fundamentos de las democracias representativas. Esta obligación de celebrar elecciones periódicas implica indirectamente que los mandatos de cargos de la Presidencia de la República deben tener un período fijo, por lo que los presidentes no pueden ser elegidos por plazos indefinidos. Tal

---

12 Más adelante, en la Opinión este criterio fue extendido para el caso de las denuncias a la Carta de la OEA, por parte de un Estado que no es Parte de la Convención Americana. Ver párr. 147 y 158.

13 Sobre la OC-28, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Existe un derecho humano a la reelección presidencial indefinida en el Sistema Interamericano? Los límites de los derechos políticos en una democracia representativa”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, CEPC, núm. 26 (1), pp. 11-37.

prohibición de mandatos indefinidos busca evitar que las personas que ejercen cargos por elección popular se perpetúen en el ejercicio del poder, situación que conllevaría el riesgo de que el pueblo deje de ser debidamente representado por sus elegidos, y que el sistema de gobierno se asemeje más a una autocracia que a una democracia (Corte IDH, 2021, párrs. 72 y 73).

Es así como el Tribunal estableció que los principios de la democracia representativa incluyen, “además de la periodicidad de las elecciones y el pluralismo político, las obligaciones de evitar que una persona se perpetúe en el poder, y de garantizar la alternancia en el poder y la separación de poderes” (Corte IDH, 2021, párr. 84).

La Corte IDH también señaló que la reelección presidencial indefinida<sup>14</sup> no se encuentra expresamente reconocida como derecho autónomo por la Convención o la Declaración Americana, ni en otros Tratados Internacionales de derechos humanos de la región y tampoco forma parte del derecho internacional consuetudinario (Corte IDH, 2021, párr. 92-94 y 96-97).

Asimismo, la Corte IDH consideró que existían cuatro principales razones que avalan el razonamiento de que la reelección presidencial indefinida resulta incompatible con la democracia representativa en el Sistema Interamericano, a saber (Corte IDH, 2021):

- i. La permanencia en funciones de un mismo gobernante en la Presidencia de la República por un largo período de tiempo tiene efectos nocivos en el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, propio de una democracia representativa, porque favorece la hegemonía en el poder de ciertos sectores o ideologías (párr. 133).
- ii. La falta de limitaciones a la reelección presidencial conlleva el debilitamiento de los partidos y movimientos políticos que integran la oposición, al no tener una expectativa clara sobre su posibilidad de acceder al ejercicio del poder (párr. 134).
- iii. La permanencia en el poder de un presidente por un largo período de tiempo afecta la independencia y la separación de poderes, pues es

---

14 Cabe puntualizar que por “reelección presidencial indefinida” la Corte entendió: “la permanencia en el cargo de la persona que ejerza la Presidencia de la República por más de dos períodos consecutivos de duración razonable. Esta duración no podrá ser modificada durante la vigencia del mandato de aquél”, además sólo se refirió a esta figura en el marco de un sistema presidencial (Corte IDH, 2021, párr. 38 y 39).

frecuente que las constituciones confieran a los presidentes la atribución de nominar o elegir a las autoridades que integran otros poderes públicos, por lo que la duración distinta del mandato presidencial constituye la principal forma de evitar que estas facultades vayan en detrimento de esta separación (párr. 139-140).

- iv. Los presidentes que buscan la reelección tienen una amplia ventaja de exposición mediática y de familiaridad para los electores. Asimismo, el propio ejercicio del poder puede fomentar la idea que la continuidad de la misma persona en el cargo es indispensable para el funcionamiento del Estado. Todo ello vulnera las condiciones generales de igualdad necesarias en procesos de elecciones a cargos populares (párr. 141).

### **III. Cinco temáticas fundamentales en casos contenciosos**

La Corte IDH ha considerado a la democracia como un principio interpretativo en el ejercicio de su competencia contenciosa. Así, el panorama jurisprudencial demuestra una nutrida mención de los valores democráticos como fundamento para el desarrollo de variados estándares sobre los derechos humanos contenidos en la Convención Americana.

Por ejemplo, el Tribunal ha resaltado que una sociedad “multicultural, pluralista y democrática” debe respetar los derechos reconocidos a miembros de pueblos y comunidades indígenas o tribales, como lo son sus derechos a la propiedad comunal y la estrecha relación que guardan con su territorio, así como a la identidad cultural en sí misma, además de la garantía de protección a líderes indígenas, en tanto representantes de grupos en situación de desigualdad (Corte IDH, 2012, párr. 113, 159 y 217).

Asimismo, la Corte IDH ha señalado reiteradamente que en todo Estado democrático la jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional, siendo que ésta se ha de encontrar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares, por lo que el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar (Corte IDH, 2009, párr. 272).

Por otro lado, la jurisprudencia interamericana ha analizado el complejo tema de los límites a la regla de las mayorías, a partir del análisis de leyes de amnistía, promulgadas mediante canales democráticos y que sin embargo

repercutirían en impedir las investigaciones y dejar impunes graves violaciones a derechos humanos. Así, se ha sostenido que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales; la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas (Corte IDH, 2011, párr. 239).

Sin embargo, si bien es cierta la abundante referencia a la democracia dentro de las sentencias de la Corte IDH, es posible distinguir cinco líneas jurisprudenciales que destacan por el mayor análisis que se ha prestado respecto a la relación misma entre democracia y derechos humanos, que pasamos ahora brevemente a destacar.

### 1. Restricciones legítimas a los derechos humanos

El primer acercamiento que tuvo la Corte IDH sobre la relación entre derechos humanos y democracia fue a partir del análisis de las restricciones legítimas hacia aquellos. En esa sintonía, dentro del ejercicio de su competencia contenciosa, el Tribunal ha enfatizado que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática (Corte IDH, 2019, párr. 92; 2015, párr. 294; 2014, párr. 390; 2004, párr. 154). Tal exigencia implica que las injerencias o afectaciones a los derechos no sean arbitrarias o abusivas, por lo que a partir de la resolución de casos concretos el Tribunal ha desarrollado los requisitos que debe cumplir toda restricción legítima, mediante la figura del *test de proporcionalidad*.

De esta forma, la Corte ha evaluado en su labor jurisdiccional diversos tipos de restricciones, requiriendo que éstas: i) se encuentren previstas en una ley; ii) respondan a un fin legítimo de los aquellos permitidos por la Convención, ya sea en virtud del artículo 32 o de las disposiciones específicas contempladas para ciertos derechos; iii) sean idóneas para alcanzar tal fin; iv) sean necesarias, es decir, que dentro de las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo, se utilice aquella que implique el menor grado de injerencia en el derecho en cuestión<sup>15</sup>; y v) sean proporcionales (proporcionalidad en sentido estricto), esto es, que la medida logre una

---

15 No hay que confundir esta “necesidad”, relativa a la menor afectación del derecho en cuestión, con la “necesidad en una sociedad democrática” a la que me refiero,

importante protección del derecho o interés protegido, sin hacer nugatorio aquel otro derecho objeto de la restricción<sup>16</sup>.

El anterior estándar ha sido aplicado por la Corte IDH de manera reiterada, por ejemplo, en casos relativos a los derechos a la libertad personal (Corte IDH, 26 de noviembre de 2019, párr. 72; octubre de 2019, párr. 200; 2016, párr. 143; 2013, párr.158; 2006, párr. 67; 2005, 74), a la vida privada (Corte IDH, 2012, párr. 164; julio de 2009, párr. 116; enero de 2009, párr. 56), a la libertad de expresión (Corte IDH, agosto de 2019, párr. 104; 2017, párr. 102 y 124; agosto de 2004, párr. 95 y 96; julio de 2004, párr. 120), a la libertad de asociación (Corte IDH, noviembre de 2012, párr. 184; septiembre de 2012, párr. 167; 2001, párr. 168), a la circulación y residencia (Corte IDH, agosto de 2019, párr. 175), a la propiedad comunal indígena (Corte IDH, 05 de febrero de 2018, párr. 125; octubre de 2015, párr. 154; 2007, párr. 127; marzo de 2006, párr. 138; 17 de junio de 2005, párr. 144 y 148) y a los derechos políticos (Corte IDH, 2008, párr. 185 y 186; 23 de junio de 2005, párr. 206). En todos ellos el Tribunal Interamericano consideró a la democracia como uno de los pilares sobre los que deben fundarse los actos de las autoridades que restrinjan derechos.

## 2. La independencia judicial

La Corte IDH ha señalado que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez en específico. Respecto de la primera, el tribunal precisa que la dimensión institucional se relaciona con “aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia” (Corte IDH, agosto de 2013, párr. 154; 05 de octubre de 2015, párr. 194). Asimismo, teniendo como base su jurisprudencia y la de la Corte Europea, así como de conformidad con los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, el Tribunal Interamericano reconoció que las siguientes garantías derivan de la independencia judicial: Un adecuado proceso de

---

como fundamento de las restricciones legítimas; esta última contiene a la primera como uno de sus requisitos.

16 A manera de ejemplo, sugiero consultar el *Caso Kimel Vs. Argentina* (2008, párr. 58-95), donde la Corte aplicó de manera detallada cada uno de estos requisitos.

nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas (Corte IDH, junio de 2009, párr. 70).

Al hablar de la relación entre la independencia judicial y la democracia, es importante hacer una distinción de (1) casos en los cuales miembros del poder judicial han sido removidos o destituidos por cuestiones institucionales<sup>17</sup>, de (2) aquellos casos en donde han sido removidos o destituidos por las decisiones que, en el marco de sus competencias, han adoptado los jueces o miembros de un cuerpo colegiado perteneciente a la judicatur. También hay que distinguir los casos que el Tribunal Interamericano ha conocido bajo (3) “contextos de inestabilidad institucional o (4) por el “rol que han tenido los jueces en contextos de ruptura institucional”, como lo es un golpe de Estado. En lo que nos ocupa, la Corte IDH ha hecho importantes pronunciamientos en los escenarios 2, 3 y 4.

En los casos *Tribunal Constitucional (Perú)*<sup>18</sup>, *Apitz Barbera y otros (Venezuela)*<sup>19</sup>, *Reverón Trujillo (Venezuela)*<sup>20</sup>, y *Ríos Avalos y otro (Paraguay)*<sup>21</sup>,

- 
- 17 Por ejemplo, en este supuesto podemos encontrar los casos *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador* y *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*.
- 18 En el caso del *Tribunal Constitucional Vs. Perú*, tres magistrados fueron sancionados por medio de un juicio político realizado por el Congreso por acciones que supuestamente atentaban contra el debido procedimiento al pronunciarse sobre un caso, y donde además, los tres magistrados procesados habían tomado una decisión sobre una aclaración de un fallo el cual estaba relacionado con la posibilidad de elección presidencial.
- 19 Las sanciones de destitución a las cuales fueron sometidos los magistrados de la Corte Primera tuvieron origen por una sentencia resolviendo una solicitud de amparo cautelar y un recurso contencioso administrativo de nulidad. Por tal decisión, se formuló una acusación contra los cinco miembros de la Corte Primera por “error judicial”. Como consencuencia de dicha acusación los magistrados fueron destituidos.
- 20 El 6 de febrero de 2002 la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial destituyó a la señora Reverón Trujillo de su cargo. Dicho organismo consideró que la jueza habría incurrido en ilícitos disciplinarios según la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura y la Ley de Carrera Judicial, que incluían el “abuso o exceso de autoridad” y el incumplimiento de su obligación de “guardar la debida atención y diligencia” en la tramitación de la causa”.
- 21 Este caso versa sobre la destitución de los señores Bonifacio Ríos Avalos y Carlos Fernández Gadea de sus puestos como ministros de la Corte Suprema de Justicia, en el marco de un juicio político cuyos cargos incluían las decisiones dictadas por los acusados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales; en donde fueron cometidas una serie de violaciones a la independencia judicial, el derecho a la protección judicial y la garantía del plazo razonable.



la Corte IDH desarrolló el enfoque de “la “separación de poderes” que consagra la CDI en el artículo 3 como reflejo de “independencia” que deben gozar los jueces en el ejercicio de sus funciones. Así, la Corte IDH ha indicado que:

“uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o inclusive dentro del mismo Poder Judicial” (Corte IDH, enero de 2001, párr. 73; 05 de agosto de 2008, párr. 55; junio de 2009, párr. 67; agosto de 2021, párr. 86).

Adicionalmente, “el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática” (Corte IDH, junio de 2009, párr. 67).

En cuanto al *Caso Apitz Barbera*, es importante mencionar que la Corte IDH se pronunció sobre la inamovilidad o estabilidad en el cargo de los jueces provisorios. En ese sentido, señaló que su carácter provisional no debe ser impedimento para que los Estados aseguren que este tipo de jueces también gocen de la independencia necesaria para el ejercicio de sus funciones, puesto que la provisionalidad no equivale a la libre remoción, ni debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables (Corte IDH, agosto de 2008, párr. 43).

Asimismo, respecto del *Caso Ríos Avalos* (Corte IDH, agosto de 2021) cabe señalar que el Tribunal se refirió a los requisitos específicos que han de contemplarse en los juicios políticos cuando procedan en contra de autoridades judiciales, que si bien no son contrarios a la Convención *per se*, tienen que cumplir con las garantías del artículo 8 y deben existir ciertos criterios que limiten la discrecionalidad del juzgador (en referencia al órgano que tramita y resuelve el juicio político) con miras a proteger la garantía de independencia (párr. 96). En específico, dentro de estos criterios se encuentra la prohibición de remover a las juezas y jueces de sus cargos con motivo del contenido de las decisiones dictadas en ejercicio de su función jurisdiccional, en el entendido que “la protección de

la independencia judicial impide deducir responsabilidad por los votos y opiniones, con la excepción de infracciones intencionales al ordenamiento jurídico o comprobada incompetencia” (párr. 107). Lo anterior no obsta a que los miembros de los otros Poderes del Estado, conforme a la naturaleza de su labor política, puedan emitir críticas u opiniones respecto de las decisiones judiciales, siempre y cuando no encubran un mecanismo de presión externa ni determine la remoción de las autoridades judiciales, lo que supondría un atentado contra la independencia inherente a estas últimas (párr. 114).

Por otro lado, están los casos *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)* y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros)*<sup>22</sup>, ambos contra Ecuador, relativos a las resoluciones emitidas por el Congreso de aquel entonces para decretar el cese de las presuntas víctimas en sus funciones, como magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de vocales del Tribunal Constitucional, respectivamente. En estos casos, a diferencia de los tres primeros la Corte IDH constató que el cese de los cargos del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema y además del Tribunal Supremo Electoral había desencadenado una crisis política y social cuya principal característica fue la inestabilidad institucional, provocando movilizaciones en contra del gobierno nacional por considerar que estaba violando la Constitución y el Estado de Derecho. El Tribunal consideró que aquellas destituciones realizadas en el transcurso de tan solo 14 días constituyeron un actuar intempestivo totalmente inaceptable, así como una afectación a la independencia judicial. En particular, la Corte IDH aborda la faceta institucional y “la dimensión objetiva de la independencia judicial” (Corte IDH, 23 de agosto de 2013, párr. 91 y 175; 28 de agosto de 2013, párr. 109, 188-199 y 212).

La Corte IIDH analizó de manera pormenorizada “la faceta institucional de la independencia judicial, separación de poderes y democracia”. Para la Corte IDH “el cese masivo de jueces, particularmente de Altas Cortes, constituye no sólo un atentado contra la independencia judicial

---

22 En este caso, además del contexto que fue valorado por la Corte IDH, también se constató que los juicios políticos contra los vocales del Tribunal Constitucional fueron iniciados por algunos congresistas por su oposición en contra de dos decisiones adoptadas por dicho órgano. Una de ellas relacionada con un “décimo cuarto sueldo” y la otra respecto a un sistema de asignación de escaños electorales, conocido como “método D`Hondt”.

sino también contra el orden democrático” (Corte IDH, 23 de agosto de 2013, párr. 170; 28 de agosto de 2013, párr. 207).

En las circunstancias de ambos casos, la Corte IDH estimó que el haber destituido en forma arbitraria a toda la Corte Suprema y a los miembros del Tribunal Constitucional constituyeron un atentado contra la independencia judicial, alteró el orden democrático, el Estado de Derecho e implicó que en ese momento no existiera una separación real de poderes. Además, en palabras del Tribunal Interamericano, existió una desestabilización tanto del poder judicial como del país en general y desencadenó que, con la profundización de la crisis política durante siete meses no se contara con la Corte Suprema de Justicia con los efectos negativos que ello implica en la protección de los derechos de los ciudadanos (Corte IDH, 23 de agosto de 2013, párr. 178).

Un aspecto diferencial en los dos casos es que, invocando el artículo 3 de la CDI (Separación de poderes), la Corte IDH precisó que:

“[l]a destitución de todos los miembros de la[s] Corte[s] Suprema[s] implicó una desestabilización del orden democrático existente en ese momento en Ecuador, por cuanto se dio una ruptura en la separación e independencia de los poderes públicos al realizarse un ataque a las tres Altas Cortes de Ecuador en ese momento” (Corte IDH, 23 de agosto de 2013, párr. 179; 28 de agosto de 2013, párr. 221).

La Corte IDH resaltó que la separación de poderes guarda una estrecha relación, no sólo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos.

Finalmente, encontramos el caso *Lopez Lone y otros (Honduras)* en donde las cuatro víctimas, tres jueces y una magistrada, se manifestaron en contra del golpe de Estado y a favor del restablecimiento de la democracia y el Estado de Derecho; ya sea mediante su participación en una manifestación, por vía de la interposición de acciones judiciales o denuncias, a través de una opinión manifestada en el marco de una conferencia universitaria o en conversaciones con colegas. Además, dichas personas se expresaron a través de la *Asociación Jueces para la Democracia*, de la cual todos eran miembros, en tanto esta organización emitió comunicados reclamando la necesidad de restitución del Estado de Derecho, lo anterior provocó que se les aplicaran procedimientos disciplinarios y que fueran destituidos

de sus cargos<sup>23</sup>. En el caso el Tribunal Interamericano conceptualizó que dichas víctimas en realidad estaban cumpliendo con el deber de “*defender la democracia*”<sup>24</sup> e indicó que:

“153. [...] las actividades desarrolladas por las presuntas víctimas durante esta “ruptura inconstitucional” constituían no solo un derecho, sino que son parte del deber de defender la democracia, con base en lo establecido en la Convención Americana y en las obligaciones de derecho internacional que el Estado de Honduras adquirió al ser parte de dicho tratado y de la Carta de la OEA, obligaciones que se expresan en instrumentos como la Carta Democrática Interamericana”.

Para conceptualizar este deber, la Corte IDH invocó los artículos 1, 2, 3, 6, 7 y 8 de la CDI<sup>25</sup> y el artículo XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>26</sup>. De esta forma el Tribunal Interamericano

---

23 Cabe señalar que luego de la realización de reclamos en contra de la destitución, sólo fue dejado sin valor y efecto el despido de uno de ellos, el señor Enrique Barrios (Corte IDH, octubre de 2015, párr. 186-147).

24 La CDI hace entonces referencia al derecho de los pueblos a la democracia, al igual que destaca la importancia en una democracia representativa de la participación permanente de la ciudadanía en el marco del orden legal y constitucional vigente y señala como uno de los elementos constitutivos de la democracia representativa el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho (Corte IDH, octubre de 2015, párr.151).

25 Artículo 1 Los pueblos de América tienen derecho a la democracia [...]. Artículo 2. El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. [...]. Artículo 3 Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; [...] la separación e independencia de los poderes públicos. Artículo 6. La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. [...] Artículo 7. La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos. Artículo 8 Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo. [...].

26 Artículo XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece que: “Toda persona tiene el deber de obedecer a la Ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquél en que se encuentre”.

consideró que este derecho “constituye una específica concretización del derecho a participar en los asuntos públicos y comprende a su vez el ejercicio conjunto de otros derechos como la libertad de expresión y la libertad de reunión” (Corte IDH, octubre de 2015, párr. 164). En concreto, y de manera innovadora, las Corte IDH agrega a su jurisprudencia que existe una relación entre los derechos de reunión, asociación, libertad de expresión y derechos políticos, derechos que hacen posible “el juego democrático” y en el caso de contextos de ruptura institucional como un golpe de Estado, la relación resulta más manifiesta; por ello “las manifestaciones y expresiones relacionadas a favor de la democracia deben tener la máxima protección posible” (párr. 160).

En el Caso López Lone, la Corte IDH se pronunció por primera vez sobre el derecho “a participar en política, libertad de expresión y de reunión de las personas que ejercen funciones jurisdiccionales”. Para ello, el Tribunal Interamericano precisó que la CADH garantiza estos derechos a toda persona “por lo que no cabe considerarla ni restringirla a una determinada profesión o grupo de personas” (Corte IDH, octubre de 2015, párr.169) pero especificando que dichos derechos no son absolutos, por lo que pueden ser objeto de restricciones compatibles con la Convención Americana.

En el caso de los jueces, el Tribunal Interamericano indicó que dadas las funciones que realizan, pueden ser objeto de restricciones distintas a las que afectarían a otros funcionarios públicos, todo ello en aras de “de proteger la independencia y la imparcialidad en el ejercicio de la justicia” (Corte IDH, octubre de 2015, párr.169 y 171). No obstante, en los “contextos de graves crisis democráticas” no serían aplicables a las actuaciones de los jueces y de las juezas de defensa del orden democrático las normas que restringen sus derechos de asociación, reunión, expresión o políticos, ya que “sería contrario a la propia independencia de los poderes estatales, así como a las obligaciones internacionales del Estado derivadas de su participación en la OEA, que los jueces y juezas no puedan pronunciarse en contra de un golpe de Estado” (párr. 174).

### **3. Los derechos políticos**

De acuerdo con la Corte IDH (febrero de 2018, párr. 114), “el principio democrático permea la Convención y, en general, el Sistema Interamericano, en el cual, la relación entre derechos humanos, democracia representativa y

derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana”<sup>27</sup>. Así, el ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye una obligación jurídica internacional y éstos soberanamente han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva.

Los derechos políticos y su ejercicio propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. En cuanto a los derechos políticos, y su relación con la democracia, la jurisprudencia de la Corte IDH (octubre de 2015, párr. 162) ha indicado que:

“[e]l ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención. Además, de conformidad con el artículo 23 convencional, sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”.

El artículo 23.1 de la Convención (participación política) puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos o de interés público (como la defensa de la democracia), directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país (Corte IDH, 23 de junio de 2005, párrs. 195-200; 05 de octubre de 2015, párr. 163).

En cuanto a los casos concretos en los cuales la Corte IDH ha tenido una aproximación en lo referente a esta temática, encontramos el Caso

---

27 En este caso, la Corte IDH (febrero de 2018, párr. 114) apunta que según la CDI, son “elementos esenciales de la democracia representativa”, entre otros: “el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; [ ] la separación e independencia de los poderes públicos” y, en definitiva, “la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad” y “es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia”, por lo cual “la eliminación de toda forma de discriminación [ ] y de las diversas formas de intolerancia [ ] contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana”. Ver también: Carta Democrática Interamericana. artículos 2, 3, 4, 6 y 9.

Yamata (Nicaragua)<sup>28</sup>, relativo a la adopción de una ley electoral que sólo permitía la participación en los procesos electorales a través de la figura jurídica de partidos políticos. Esta situación afectó especialmente a los miembros de YATAMA, una organización indígena representante de numerosas comunidades y etnias de la Costa Atlántica de Nicaragua, que de manera previa ya había podido participar en las contiendas electorales sin la necesidad de constituirse en partido<sup>29</sup>. Los miembros de tal organización señalaron que la necesidad de transformarse en partido político desconoció las costumbres, organización y cultura de los candidatos propuestos por YATAMA.

En dicho caso el Tribunal Interamericano señaló que “[e]l derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán” por lo que “[l]a participación mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello” (Corte IDH, 23 de junio de 2005, párr. 198 y 199).

En cuanto al acceso a cargos públicos por otro medios que no sean los partidos políticos, tomando como base el artículo 5 de la CDI, la cual indica “[e]l fortalecimiento de los partidos y *de otras organizaciones políticas*”, la Corte IDH consideró que no existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo puedan ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político, por lo que esta figura no es la única que puede tener cabida en

---

28 Resulta interesante traer a colación el voto concurrente emitido por el juez García Sayán para esta sentencia, quien señaló que en la actualidad es posible referirse a un “derecho humano a la democracia”; para ello tomó en cuenta lo expresado por la CDI, cuyo primer artículo estipula que “*los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla*”. (Corte IDH, 23 de junio de 2005, Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, párr. 7).

29 Esto era posible porque las anteriores legislaciones de Nicaragua permitían la participación en la contienda electoral bajo la figura de “asociación de suscripción popular”, una forma de organización cuyos requisitos y características resultaban más propias de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica, a diferencia de los partidos políticos (Corte IDH, 23 de junio de 2005, párrs. 124.17, 124.18 y 124.20)



un régimen democrático, cuando otro tipo de organización sea pertinente o incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales (Corte IDH, 23 de junio de 2005, párr. 215). Así:

“la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos, sustentadas en los términos aludidos en el párrafo anterior, es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa” (párr. 217).

Por otro lado, encontramos el caso *López Mendoza (Venezuela)*, en donde la Corte IDH analizó los hechos relacionados con un proceso y las correspondientes sanciones, multa e inhabilitación del señor López Mendoza<sup>30</sup>, por haber recibido una donación a favor de una asociación sin fines de lucro en donde la víctima se desempeñaba. El nombre de la víctima se encontraba en una lista de aproximadamente 400 personas realizada por el Contralor General de la República, a los que se les imponía la “sanción de inhabilitación política”, situación que le afectó pues aspiraba a presentarse como candidato para una alcaldía en su país<sup>31</sup>. En el caso, el Tribunal Interamericano decidió que se había infringido el artículo 23.2 de la Convención debido a que éste indica las causales por las cuales los derechos políticos pueden ser restringidos por vía de sanción, a saber, debería: a) tratarse de una condena, por b) juez competente, c) en proceso penal (Corte IDH, septiembre de 2011, párr. 107).

Tiempo después, en 2020 la Corte resolvió el caso *Petro Urrego (Colombia)* relacionado con la sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría General de la República en contra del señor Urrego, quien fue destituido

---

30 La imputación general contra la presunta víctima era por haber incurrido en “conflicto de intereses” en relación con las donaciones mencionadas, dado que se desempeñaba tanto como trabajador en una empresa estatal y a la vez como miembro de la Junta Directiva de una organización que recibió donaciones de dicha empresa y además su madre (quien laboraba en la misma empresa) fue quien habría autorizado una de las donaciones.

31 La víctima del caso aspiraba a ocupar el cargo público, para lo cual era necesario que se registrara en una página web. Dicha página web no permitió la inscripción del señor López Mendoza por la sanción de inhabilitación política para el ejercicio de funciones públicas por 3 años.

como Alcalde Mayor de Bogotá. El Tribunal reiteró que el artículo 23.2 de la Convención no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal (Corte IDH, julio de 2020, párr. 96).

Así, mientras que en el caso *López Mendoza* se abordaron los requisitos para la restricción de derechos políticos a partir de una sanción que inhabilitó a la víctima a postularse para un cargo de elección popular, en *Petro Urrego* el Tribunal concluyó que el mismo criterio era aplicable para quienes ya ocupaban un puesto de elección popular y fueran destituidos del mismo; tanto la inhabilitación como la destitución exigen que se cumpla con el mencionado estándar. Además, en este último caso la Corte IDH enfatizó que la destitución constituía:

“una restricción a los derechos políticos tanto del funcionario democráticamente electo, que no pudo continuar ejerciendo su cargo, como una afectación a los derechos de aquellas personas que lo eligieron, y en general afecta la dinámica del juego democrático al constituir una alteración de la voluntad de los electores” (Corte IDH, julio de 2020, párr. 100).

En otra oportunidad, la Corte IDH analizó el tema de la oposición política como parte de la democracia, en el *Caso Cepeda Vargas (Colombia)*, relativo a la ejecución extrajudicial de un líder político de oposición, así como la posterior falta de investigación y sanción de los responsables. El Tribunal resaltó que las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores de grupos sociales (Corte IDH, mayo de 2010, párr. 173).

Finalmente, en el caso *San Miguel Sosa y otras (Venezuela)*, se analizó el impacto que tuvo en los derechos políticos de las víctimas (funcionarias públicas del gobierno venezolano), por hacerse públicas unas listas con el nombre y los datos de las personas que habían participado en un “revocatorio de mandato” del entonces Presidente Hugo Chávez. Abonando a los precedentes anteriores, la Corte IDH indicó que el artículo 23, incisos a) y b), de la CADH protege el derecho de “participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente, mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos” (Corte IDH, 08 de febrero de 2018, párr. 111). De este modo, “el acto de firmar la solicitud de referendo, a efectos de la revocatoria de un funcionario público de alto rango, [como lo es] el Presidente de la República, implicaba la participación en un procedimiento de activación de un mecanismo de democracia directa reconocido en el ordenamiento jurídico interno” (párr. 117), lo cual es un acto de participación política protegido por el artículo 23 del Pacto de San José.

Adicionalmente, la Corte IDH analizó de manera transversal “la discriminación encubierta por razones políticas” que las tres víctimas del caso sufrieron. Para ello tomo en consideración que se había hecho públicas las listas con los nombres de las personas que habían firmado a favor del mandato revocatorio (los cuales fueron concebidos por las autoridades internas como “disidentes políticos”). La materialización - o represalias en el caso concreto de las tres víctimas- se manifestó en que los contratos nos les fueron renovados. Para ello la Corte IDH valoró la finalidad encubierta (relacionada con el *manto de legalidad* del cual goza el Estado)<sup>32</sup> y la finalidad real (la cual en el caso concreto estaba relacionada con las declaraciones públicas de las autoridades en diversos medios “de tomar represalias” en contra de las personas que hubieran firmado el mandato revocatorio) (Corte IDH, 08 de febrero de 2018, párrs. 148-151).

---

32 En el caso este estaba relacionado con la potestad, según el Estado de renovar o no contratos de sus servidores públicos que se encontraban en un régimen laboral en el cual no se asignaba un cargo fijo en el puesto.

#### 4. La libertad de expresión

Los artículos 3 y 4 de la CDI resaltan la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática<sup>33</sup>, tanto en una dimensión individual como en una dimensión colectiva (Corte IDH, 1985, párrs. 30-32; 22 de junio de 2015, párr. 135 y 136). La libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática” (Corte IDH, 1985, párr. 70; 22 de junio de 2015, párr. 140). No sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población (Corte IDH, 05 de febrero de 2001, párr. 69). Estos postulados, han tenido mayor impacto en aquellos casos en los cuales se han visto involucrados medios audiovisuales de comunicación – principalmente por una línea editorial crítica a las actuaciones gubernamentales-, dado el mayor espectro de alcance que tienen en las sociedades, así como en sus ciudadanos. Al respecto en los casos *Ríos y otros*, *Perozo y otros* y *Granier y otros* (*Radio Caracas Televisión*), todos respecto de Venezuela, el Tribunal Interamericano se pronunció sobre las afectaciones a la libertad de expresión.

En los dos primeros casos la Corte IDH se pronunció sobre la libertad de expresión y cómo las declaraciones de funcionarios públicos<sup>34</sup> en contra de los integrantes y de la propia línea editorial de los canales de televisión (*Radio Caracas Televisión -RCTV-* y *Globovisión*) fueron incompatibles con la obligación estatal de garantizar los derechos de esas personas a la integridad personal y a la libertad de buscar, recibir y difundir información,

---

33 Las disposiciones establecen que “[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales” y “[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

34 Al respecto, la Corte IDH, siguiendo el criterio de la Corte Internacional de Justicia indicó que “[...] ha entendido que las declaraciones de altas autoridades estatales pueden servir no sólo como admisión de la conducta del propio Estado, sino también generar obligaciones a éste. Aún más, tales declaraciones pueden servir como prueba de que un acto es atribuible al Estado que representan esos funcionarios. Para hacer estas determinaciones, resulta importante tomar en consideración las circunstancias y el contexto en que se realizaron dichas declaraciones” (Corte IDH, 28 de enero de 2009, párr. 131; 28 de enero de 2009, párr. 120).

al haber podido intimidar a quienes se hallaban vinculados con ese medio de comunicación y constituir falta al deber de prevenir situaciones violatorias o de riesgo para los derechos de las personas por colocarlos en una situación de vulnerabilidad real.

Para llegar a esta conclusión, la Corte IDH tomó, primordialmente en cuenta los siguientes aspectos: a) fueron emitidas las declaraciones de altos funcionarios públicos, en programas de televisión y en intervenciones públicas en diferentes fechas y eventos ocurridos durante los años 2001 a 2005, que fueron transmitidas a través de medios de comunicación y tuvieron lugar en periodos de mayor inestabilidad política y conflictividad social; b) los discursos y pronunciamientos señalados, de naturaleza esencialmente política, se referían a los medios privados de comunicación social en Venezuela, en general, y a Globovisión RCTV, sus dueños y directivos, en particular, aunque no se hacen señalamientos a periodistas específicos y c) las expresiones proferidas contra los medios de comunicación los calificaban como “enemigos de la revolución” o “enemigos del pueblo de Venezuela” y se acusaba a dichos medios de “conspira[r] contra la revolución”, de “perversión golpista y fascista” y de responder a un “plan terrorista” (Corte IDH, 28 de enero de 2009, párrs. 138, 139; 28 de enero de 2009, párrs. 126, 127).

Para la Corte IDH, en una sociedad democrática no solo es legítimo, sino que en ocasiones constituye un deber, que las autoridades estatales se pronuncien sobre cuestiones de interés público, sin embargo, al hacerlo están sometidas a ciertas limitaciones como la de “constatar los hechos” (aunque no de manera exhaustiva) sobre los cuales fundamentan sus opiniones, hacerlo con la mayor diligencia posible y evitar que las personas reciban una versión manipulada de determinados hechos de modo que sus declaraciones no constituyan formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento (Corte IDH, 28 de enero de 2009, párr. 151; 28 de enero de 2009, párr. 139).

En el mismo sentido se encuentra el caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión)*, en donde si bien se continúa con la anterior línea jurisprudencial sobre la libertad de expresión hay que destacar, en lo que nos concierne, tres aspectos diferenciales de los dos primeros casos: a) se hace un mayor

análisis de los medios de comunicación<sup>35</sup>, b) el vínculo de los medios de comunicación con la democracia y c) la violación del artículo 13.3 (prohibición de restricciones indirectas).

En cuanto al primer y segundo punto, la Corte IDH resaltó la importancia del “pluralismo” en una sociedad democrática<sup>36</sup>. Como expresión de ello, en el marco del artículo 13 la Corte IDH, ha indicado “que la pluralidad de medios o informativa” constituye una efectiva garantía para tales efectos, por lo tanto existe un deber del Estado de proteger y garantizar este supuesto, tanto de la minimización de restricciones a la información, como por medio de propender por el equilibrio en la participación. Asimismo, el Tribunal ha afirmado que los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (Corte IDH, 22 de junio de 2015, párr. 142).

En consecuencia, la Corte IDH considera que las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares y dado que el espacio radioeléctrico es un bien escaso, con un número determinado de frecuencias, esto limita el número de medios que pueden acceder a ellas, por lo que es necesario asegurar que en ese número de medios se halle representada

---

35 Para la Corte IDH en el caso apuntó que: “148. Los medios de comunicación [...] son, generalmente, asociaciones de personas que se han reunido para ejercer de manera sostenida su libertad de expresión, por lo que es inusual en la actualidad que un medio de comunicación no esté a nombre de una persona jurídica, toda vez que la producción y distribución del bien informativo requieren de una estructura organizativa y financiera que responda a las exigencias de la demanda informativa. De manera semejante, así como los sindicatos constituyen instrumentos para el ejercicio del derecho de asociación de los trabajadores y los partidos políticos son vehículos para el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, los medios de comunicación son mecanismos que sirven al ejercicio del derecho a la libertad de expresión de quienes los utilizan como medio de difusión de sus ideas o informaciones” (Corte IDH, 22 de junio de 2015).

36 La Corte IDH indicó que “141. [...] los medios de comunicación libres e independientes son fundamentales para la democracia, para la promoción del pluralismo, la tolerancia y la libertad de pensamiento y expresión, y para la facilitación de un diálogo y un debate libre y abierto entre todos los sectores de la sociedad, sin discriminación de ningún tipo” (Corte IDH, 22 de junio de 2015).

una diversidad de visiones o posturas informativas o de opinión<sup>37</sup>, los límites o restricciones que se deriven de la normatividad relacionada con la radiodifusión deben tener en cuenta la garantía del pluralismo de medios dada su importancia para el funcionamiento de una sociedad democrática (Corte IDH, 22 de junio de 2015, párr. 151 y 170).

En cuanto al tercer punto, a diferencia de los dos casos previos, la violación del artículo 13.3, tomando en cuenta que el Estado venezolano alegó que no se había renovado la concesión sobre el espacio radioeléctrico por ser una facultad discrecional del Estado (manto de legalidad), el Tribunal Interamericano hace una distinción entre la “finalidad aparente” (que en el caso estaba constituida por el manto de legalidad) y la “finalidad real” (que en este caso estaba relacionada con eliminar una línea editorial crítica contra el gobierno), esta situación fue caracterizada por la Corte como “una desviación de poder” ya que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno principalmente porque la decisión de no renovación se encontraba tomada con anterioridad y que se fundaba en las molestias generadas por la línea editorial de RCTV, sumado al contexto sobre el “deterioro a la protección a la libertad de expresión” que fue probado en el presente caso (Corte IDH, 22 de junio de 2015, párr. 197). De forma conclusiva, relacionando los tres puntos aquí analizados (libertad de expresión, democracia y restricciones indirectas) la Corte indica que:

[L]a desviación de poder aquí declarada tuvo un impacto en el ejercicio de la libertad de expresión, [...] en la dimensión social de dicho derecho [...] es decir, en la ciudadanía que se vio privada de tener acceso a la línea editorial que RCTV representaba. En efecto, la finalidad real buscaba acallar voces críticas al gobierno, las cuales se constituyen junto con el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, en las demandas propias de un debate democrático que, justamente, el derecho a la libertad de expresión busca proteger (Corte IDH, 22 de junio de 2015, párr. 198).

---

37 La Corte IDH resalta que el pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura.



## 5. Acceso a la información pública

Como se ha podido apreciar, el ejercicio de la libertad de expresión juega un papel trascendental para la consolidación de una sociedad democrática. En esta misma línea, otra vertiente que ha desarrollado la Corte Interamericana respecto de este derecho ha sido el acceso a la información pública<sup>38</sup>. Sin duda, el *leading case* sobre este tema lo encontramos en la sentencia de *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, referente a la negativa de aquel Estado en brindar información relacionada con un proyecto de industrialización forestal al señor Marcel Claude Reyes, así como a la falta de un recurso adecuado y efectivo para cuestionar tal decisión.

En aquella oportunidad, la Corte IDH estimó que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protegen el derecho de toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, la cual debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción (Corte IDH, septiembre de 2006, párr. 77).

Cabe resaltar que el Tribunal señaló que existía dentro de la comunidad internacional, un consenso respecto de la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección. En específico, la Corte se refirió a los artículos 4 y 6 de la Carta Democrática Interamericana, siendo que en el primero de ellos se destaca el valor de la “transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa” como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia (Corte IDH, septiembre de 2006, párr. 79). Asimismo, la sentencia retomó que la Asamblea General de la OEA, en diversas resoluciones, ha reconocido que el acceso a la información pública:

“es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública,

---

38 La importancia de este derecho, como parte de la libertad de expresión, ha sido señalada por el Tribunal desde la propia Opinión Consultiva No. 5, en donde señaló que “el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto” (Corte IDH, 1985, párr. 69).

y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información” (párr. 84).

Otro punto importante de esta sentencia fue el gran peso que el Tribunal otorgó al acceso a la información en poder del Estado, para el control democrático de la gestión pública. Por un lado, el actuar de las autoridades estatales debe encontrarse regido por los principios de publicidad y máxima transparencia (Corte IDH, septiembre de 2006, párr. 86)<sup>39</sup>, así como el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información sea accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones (párr. 92). Lo anterior permite que, por su parte, las personas ejerzan el control democrático, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Este control por parte de la sociedad promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, lo que fomenta además una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad (párr. 86 y 87).

Finalmente, el Tribunal señaló que es necesario el cumplimiento de los requisitos del *test* que fue abordado en el apartado A) del presente capítulo, para cualquier restricción legítima al derecho de acceso a la información pública. Sin la observancia de estos límites convencionales, se crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, como efectivamente sucedió en aquel Caso, donde el Tribunal declaró que las víctimas vieron afectada la posibilidad de realizar un control social de la gestión pública (Corte IDH, septiembre de 2006, párr. 98 y 99).

Por otro lado, el estudio de las solicitudes de acceso a la información pública fue retomado por la Corte al resolver el *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, en lo relativo a la falta de respuesta por parte del Estado ante una solicitud de información por las presuntas víctimas, sobre las fechas

---

39 Cabe señalar que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha referido que estos principios “implican un deber básico de recolección, registro y difusión de oficio de información por parte del Estado sobre el ejercicio de sus funciones, de forma tal que permita a las personas obtener información, entre otros, sobre las instituciones, sus funciones y competencias, quienes las integran, así como sobre las actividades que realizan para cumplir sus mandatos” (CIDH, 2007, párr. 116).

exactas en que diversos títulos de propiedad y arrendamiento se emitieron a personas no indígenas sobre parte del territorio tradicional. El Tribunal determinó los criterios que son requeridos ante la negativa de este tipo de solicitudes, así como la falta de respuesta a las mismas; de tal manera, como regla general:

“los Estados se encuentran en la obligación de suministrar la información solicitada. Sin embargo, en caso de que proceda la negativa de entrega, deberá dar una respuesta fundamentada que permita conocer cuáles son los motivos y normas en que se basa para no entregar la información. [...] En los casos en que no se obtiene respuesta del Estado la Corte entiende que además de la violación al artículo 13 de la Convención, tal actitud supone una decisión arbitraria. En razón de esto es necesario que la carga de la prueba para justificar cualquier negativa de acceso a la información recaiga en el órgano al cual la información fue solicitada”. (Corte IDH, noviembre de 2015, párr. 262)

Asimismo, respecto del caso de pueblos y comunidades indígenas y tribales, se puede observar dentro de la jurisprudencia interamericana ciertas aproximaciones en torno al acceso a la información para la garantía del derecho a la consulta. En ese sentido, en el *Caso Saramaka Vs. Surinám*, la Corte manifestó que la participación efectiva de los integrantes de aquel pueblo en los planes de desarrollo e inversión en su territorio implicaban la obligación del Estado de brindar toda información relacionada con el tema, así como llevar a cabo una constante participación entre las partes (Corte IDH, 2007, párr. 129 y 133).

Si bien en aquella sentencia la Corte no abordó directamente el artículo 13 de la Convención Americana, tiempo después en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, tanto la Comisión Interamericana como los representantes de las víctimas alegaron que el Estado había violado aquel artículo ante la falta de información clara, suficiente y oportuna, sobre la naturaleza y el impacto de las actividades que se buscaba realizar y sobre el proceso de consulta previa. El Tribunal reconoció que el acceso a la información “es vital para un adecuado ejercicio del control democrático respecto de las actividades de exploración y explotación de los recursos

naturales en el territorio de las comunidades indígenas, un asunto de evidente interés público” (Corte IDH, párr. 126)<sup>40</sup>.

Finalmente, cabe hacer mención del Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, en donde el Tribunal reconoció la relación existente entre el acceso a la información en poder del Estado con el derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos. En aquel caso, relativo a las desapariciones forzadas de los miembros de la Guerrilla de Araguaia ocurridas entre 1972 y 1975, familiares de las personas desaparecidas promovieron una acción civil ordinaria para requerir al Estado que informara sobre la sepultura de sus familiares, así como que se suministrara el informe oficial sobre las operaciones militares de combate a la Guerrilha do Araguaia. Las autoridades no procedieron con la entrega de toda la información bajo su tutela.

El Tribunal Interamericano señaló que “toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas, y la sociedad, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones” (Corte IDH, noviembre de 2010, párr. 200). Si bien retomó su práctica recurrente de considerar que el derecho a conocer la verdad se enmarca dentro del de acceso a la justicia (artículos 1.1, 8.1 y 25 de la CADH), la Corte señaló además que en este caso aquel derecho se relacionaba también con la Acción Ordinaria interpuesta por los familiares y por lo tanto con el derecho a buscar y recibir información (párr. 201).

En ese sentido, la Corte IDH (noviembre de 2010) reconoció que, en casos de violaciones de derechos humanos, “las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes” (párr. 202) Asimismo, “el Estado no puede ampararse en la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados sino que, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando

---

40 Sin embargo, cabe señalar que en este caso la Corte tampoco entró en un análisis más a fondo sobre el acceso a la información, por considerar que los hechos ya habían sido suficientemente analizados bajo los derechos a la propiedad comunal, a la consulta y a la identidad cultural.

que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía”. Actuar de manera contraria, posibilita la actuación discrecional y arbitraria del Estado de facilitar o no determinada información, generando con ello inseguridad jurídica respecto al ejercicio de ese derecho (párr. 211).

#### **IV. El papel de los poderes públicos en la garantía de los derechos humanos: la función de supervisión de cumplimiento y de medidas provisionales**

Por lo general, los asuntos en los cuales la Corte IDH se ha pronunciado sobre la relación entre los derechos humanos y la democracia han sido en las funciones consultiva y contenciosa, como ha sido desarrollado en los apartados anteriores. Sin embargo, en los años 2018 y 2019 la Corte adoptó dos decisiones en el marco de su función de medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencias, de casos donde previamente la Corte IDH ya había declarado la responsabilidad internacional del Estado en la función contenciosa. Debo hacer notar que se traen a colación los siguientes precedentes debido a que en ambos asuntos el accionar de la protección interamericana se debió al hecho que algunos miembros de Altas cortes habían adoptado “algunas decisiones” por las cuales se les iniciaron procedimientos de “destitución” e “inhabilitación”.

##### **4.1. Supervisión de cumplimiento de sentencias**

En febrero de 2018<sup>41</sup>, la Corte IDH resolvió una solicitud de medidas provisionales en el caso *Durand y Ugarte*. La Sentencia de fondo fue emitida en el año 2000. En la solicitud de medidas provisionales realizada por los representantes de las víctimas se solicitó a la Corte IDH que “tutelara la estabilidad de los puestos” de cuatro magistrados del Tribunal Constitucional por una serie de decisiones que tenían relación con lo ordenado por el Tribunal Interamericano sobre la obligación de “juzgar, investigar y sancionar” a los responsables de las violaciones constatadas en la Sentencia.

---

41 Cabe señalar que previamente, en diciembre de 2017, el Presidente de la Corte IDH adoptó medidas urgentes en relación a este caso debido a que dicha solicitud fue remitida al Tribunal cuando este no se encontraba reunido en su sede. De acuerdo al Reglamento de la Corte IDH, el Presidente puede emitir medidas urgentes entre tanto el Tribunal se reúne en Pleno en el siguiente periodo de sesiones para ratificar, modificar o levantar lo dispuesto en la resolución de medidas urgentes. (Corte IDH, diciembre de 2017).

Las decisiones adoptadas por los magistrados estaban relacionadas con la calificación jurídica, como crímenes de lesa humanidad, de los delitos bajo cuyo proceso se encontraban 35 personas por su presunta participación en los hechos, ocurridos en el establecimiento penal “El Frontón” (que pertenece al marco fáctico de la sentencia de Durand y Ugarte). Varias de las personas imputadas en dicho proceso interpusieron una acusación constitucional contra los magistrados, la cual fue admitida y llevada a cabo por el Congreso de la República (Corte IDH, febrero de 2018, Considerando 21).

La Corte IDH consideró que la eventual destitución e inhabilitación de un magistrado y eventual suspensión de los otros tres impactaría sobre la obligación de investigar los hechos del caso, pues:

“podría conllevar una inseguridad jurídica en relación con la calificación realizada en el proceso penal en trámite respecto de si los hechos podrían estar prescritos o no, así como la imposibilidad o no de abrir nuevos procesos penales para investigar a otros autores materiales o autores mediatos [...], lo cual podría constituirse en un daño grave al cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar los hechos ocurridos hace 31 años. En este sentido, la eventual imposibilidad de investigar a todos los posibles responsables de los hechos podría generar un daño irreparable al derecho del acceso de la justicia de las víctimas del caso [...]” (Corte IDH, febrero de 2018, Considerando 40).

El Tribunal determinó la existencia de una afectación a la independencia judicial por parte del Congreso, generando un daño irreparable a las víctimas del caso, en su derecho de acceso a la justicia, pues estas tienen el derecho a que los jueces que adopten decisiones en relación con los procesos de investigación de los hechos, o que incidan en el mismo, puedan realizar un ejercicio autónomo de su función judicial, sin ser objeto de represalias, amenazas ni intimidaciones directas o indirectas (Corte IDH, febrero de 2018, considerando 27). La Corte IDH adoptó las medidas provisionales a favor de los magistrados debido a que se configuraban los requisitos exigidos por el artículo 63.2 de la Convención Americana.

Por otro lado, en octubre de 2019, la Corte IDH resolvió una solicitud de ampliación de medidas provisionales realizada por las representantes de las víctimas del caso *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades*

*vecinas del Municipio de Rabinal* a favor de tres Magistrados de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Previamente a esta solicitud, durante marzo de 2019 la Corte IDH había adoptado medidas provisionales en el mismo caso en donde había ordenado que el Estado interrumpiera el trámite legislativo de la iniciativa de Ley No. 5377 mediante la cual se otorgaba una amnistía general a las graves violaciones a derechos humanos perpetradas durante el conflicto armado interno (Corte IDH, marzo de 2019, punto resolutivo 2)<sup>42</sup>. En este marco, la solicitud de las representantes estaba enfocada a una decisión (amparo provisional) que habían adoptado los tres miembros de la Corte de Constitucionalidad en la cual le ordenaban al Congreso “interrumpir el trámite legislativo” entre tanto se adoptaba una decisión definitiva sobre la iniciativa de ley No. 5377. A los tres miembros se les inició un procedimiento de “antejuicio” por la decisión provisional emitida (Corte IDH, octubre de 2019, párr. 29 y 30)<sup>43</sup>.

Si bien en el asunto en particular, la Corte IDH decidió no adoptar la ampliación de medidas provisionales<sup>44</sup>, sí se pronunció sobre la especial gravedad que revestía el antejuicio y la posible investigación penal contra los tres magistrados, únicamente con motivo de las decisiones tomadas en el ejercicio de sus cargos (Corte IDH, octubre de 2019, párr. 38 y 39). En ese sentido, recordó que los procesos relativos a medidas disciplinarias, suspensión o separación del cargo no pueden tener una “aparente

---

42 En tal decisión la Corte IDH resolvió que el impacto de la aprobación de dicha ley abarcaría a otros 13 casos de Guatemala durante el conflicto armado interno, y que fueron resueltos por el Tribunal.

43 El 24 de julio de 2019, la mandataria judicial con representación del Congreso de la República de Guatemala interpuso una querrela penal ante el Juez de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Guatemala contra los referidos tres magistrados de la Corte de Constitucionalidad por la posible comisión de los delitos de violación a la constitución, abuso de autoridad, resoluciones violatorias a la constitución, prevaricato y usurpación de funciones. Como fundamento de hecho señaló la referida resolución de amparo provisional emitida el 18 de julio de 2019, y como fundamento de la comisión de los referidos delitos indicó que dicha decisión de amparo limitaba y violentaba las atribuciones legislativas que confiere la Constitución al Congreso de la República.

44 A diferencia de las medidas provisionales del caso *Durand y Ugarte* en donde el procedimiento de destitución e inhabilitación se encontraba en las últimas etapas, en el caso del procedimiento de antejuicio guatemalteco, éste aun se encontraba en una etapa “preliminar”, por lo que no se configuraba el requisito de “urgencia” (Corte IDH, octubre de 2019, párr. 35 y 36).



legalidad” de manera que “una mayoría parlamentaria” pueda “ejercer un mayor control” sobre Altas Cortes con un “fin completamente distinto y relacionado con una desviación de poder dirigida a obtener el control de la función judicial a través de diferentes procedimientos” como pueden ser “el cese y los juicios políticos” (párr. 43).

Asimismo, el Tribunal consideró que el Estado debía garantizar que los magistrados de la Corte de Constitucionalidad tuvieran las condiciones necesarias para poder decidir, sin presiones, de manera definitiva el proceso de amparo relacionado con la iniciativa de ley No. 5377, ya que “[e]l principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso” y “resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales” (Corte IDH, octubre de 2019, párr. 44).

Con independencia del resultado de ambas solicitudes de medidas provisionales, lo que comparten en común es que el Tribunal cuando analizó el requisito de “gravedad” exigido por el artículo 63.2 de la Convención Americana, reiteró la importancia de la independencia judicial frente a presiones externas (en ambos asuntos, los procedimientos de inhabilitación/ destitución adelantado por los órganos Legislativos de los respectivos países) dentro de una sociedad democrática, en especial por las decisiones que toman en el ejercicio de sus funciones. Particularmente, la Corte IDH (febrero de 2018) expresó en las medidas provisionales del caso Durand y Ugarte:

35. En este sentido, si bien este tribunal internacional ha señalado con anterioridad que la garantía de estabilidad e inamovilidad de los jueces no es absoluta, también ha indicado que los procesos relativos a medidas disciplinarias, suspensión o separación del cargo no pueden tener una “aparente legalidad” de manera que “una mayoría parlamentaria” pueda “ejercer un mayor control” sobre un Tribunal Constitucional con un “fin completamente distinto y relacionado con una desviación de poder dirigida a obtener el control de la función judicial a través de diferentes procedimientos” como pueden ser “el cese y los juicios políticos”. La Carta Democrática Interamericana establece, en su artículo 3, que “la separación e independencia de los poderes públicos” es uno de los “elementos esenciales de la democracia representativa”. En el artículo 4 del mismo instrumento se determina que “[l]a subordinación constitucional de todas las instituciones

del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”.

#### **4.2. La protección de derechos relevantes para sociedad democrática: la postura del Tribunal Interamericano en el marco de las solicitudes de medidas provisionales**

En otras solicitudes de medidas provisionales también se han presentado temas consustanciales a la democracia como lo son la participación política o la libertad de expresión. Si bien en la mayoría de estos casos la Corte IDH ha considerado no otorgar las medidas provisionales (ya sea por considerar que no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 63.2 de la Convención Americana o bien porque de otorgarse se estaría pronunciado sobre el fondo de la cuestión planteada, objeto que escapada de las medidas provisionales<sup>45</sup>).

En el *asunto Edwin Leonardo Jarrín Jarrín, Tania Elizabeth Pauker Cueva y Sonia Gabriela Vera García respecto de Ecuador*, se le solicitaba a la Corte IDH que mediante las medidas provisionales “suspendiera o interrumpiera” una convocatoria a consulta popular hasta en tanto se restablecía el orden democrático en Ecuador, ya que de lo contrario serían removidos de sus cargos como miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (Corte IDH, 08 de febrero de 2018, Considerando 17).

Particularmente en este asunto el Tribunal Interamericano especificó que no estaba “llamada a pronunciarse sobre los derechos presuntamente vulnerados en perjuicio de los propuestos beneficiarios de las medidas provisionales en el marco del procedimiento de referendun” ni efectuar “un análisis de convencionalidad sobre las actuaciones de las autoridades internas que culminaron con la organización de esos comicios”. Además, añadió que notaba que diversas cuestiones estaban relacionadas con el fondo del caso en relación, entre otros, a los derechos políticos. De este modo, agregó el Tribunal, analizar estas afectaciones “llevarían necesariamente a la Corte a efectuar un análisis sobre la legitimidad de la ausencia de un

---

45 Al respecto, la Corte IDH ha indicado que, ante una solicitud de medidas provisionales, no puede considerar el fondo de ningún argumento que no sea de aquellos que se relacionan estrictamente con la extrema gravedad, urgencia y necesidad de evitar daños irreparables a personas. Cualquier otro asunto solo puede ser puesto en conocimiento de la Corte en un caso contencioso.

alegado control constitucional previo a la luz de la normatividad interna de Ecuador o sobre la convencionalidad de una consulta popular para determinar la destitución de ciertos altos funcionarios públicos” (Corte IDH, 08 de febrero de 2018, Considerandos 23 y 24).

Asimismo, durante 2021 fueron emitidas una serie de medidas provisionales para el asunto *Juan Sebastián Chamorro y otros respecto de Nicaragua*. El tribunal decidió otorgar estas medidas tras tomar en cuenta el contexto que imperaba en aquel país, caracterizado por una serie de conflictos que habían iniciado desde 2018 pero adquirieron mayor gravedad con la llegada de las elecciones presidenciales del presente año. Los beneficiarios eran integrantes de organizaciones políticas pertenecientes a la oposición que desarrollaron actividades encaminadas (en palabras de la Comisión) a conseguir que el proceso electoral fuera democrático, además de que algunos tenían intenciones de participar como candidatos; con motivo de ello, fueron objeto de persecuciones, procesos judiciales, detenciones y amenazas. La Corte consideró que los hechos sufridos:

“(…) conlleva implícito un mensaje intimidatorio orientado a disuadir y silenciar a otros opositores políticos al poder verse expuestos a la privación de la libertad, cuestión que cobra especial importancia ante la inminencia de las elecciones generales que se celebrarán este año, situación que, de persistir, estaría erosionando las reglas del juego democrático y del Estado de Derecho. (...)” (Corte IDH, 24 de junio de 2021, párr. 41; 09 de septiembre de 2021, párr. 19 y 51).

Por otro lado, la Corte IDH también ha abordado la libertad de expresión en estas solicitudes de medidas provisionales. En el asunto *Belfort Istúriz y otros respecto de Venezuela* (2010) se solicitaron medidas provisionales a favor de “la sociedad venezolana” y de un grupo de accionistas de cinco radioemisoras (Circuito Nacional Belfort) para que se mantengan al aire y se proteja el derecho a expresarse libremente de los accionistas. La Corte IDH precisó que “no está llamada a pronunciarse sobre la compatibilidad o no del cierre de las emisoras radiales con la Convención, el procedimiento llevado a cabo para tal efecto y las supuestas violaciones a los derechos de los propuestos beneficiarios” ya que ello podría ser debatido en una petición (Corte IDH, 15 de abril de 2010, Considerando 11). Así, la Corte IDH consideró pertinente analizar si lo beneficiarios se encontrarían en una situación de extrema gravedad, urgencia e irreparabilidad de daño.

Sobre la gravedad, el Tribunal Interamericano hizo referencia al contenido de la libertad de expresión<sup>46</sup> e indicó sobre los medios de comunicación que éstos deben estar:

“virtualmente abiertos a todos sin discriminación, [y] que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios. Dado que los medios de comunicación social son útiles para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, es indispensable que, *inter alia*, sea posible la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos” (Corte IDH, 09 de septiembre de 2021, Considerando 13)

Y precisó que:

“[d]ada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo” (Corte IDH, 09 de septiembre de 2021, Considerando 14).

Así, estimó que el cierre de las cinco emisoras del “Círculo Nacional Belfort” sin que los propuestos beneficiarios hayan tenido la posibilidad de ser escuchados, podría configurar una situación de extrema gravedad, por la pérdida de los espacios en los cuales se transmitida diariamente información. En cuanto a la urgencia, la Corte constata que el riesgo o amenaza no son sólo inminentes, sino que ya se estaría materializando, pues a la fecha las cinco emisoras han dejado de transmitir (Corte IDH, 09 de septiembre de 2021, Considerandos 15 y 16). No obstante, en lo relativo a la irreparabilidad del daño, respecto a la “sociedad venezolana” que supuestamente se vería perjudicada de manera irreparable por el cierre de

---

46 La Corte IDH indicó: “12. Respecto al contenido de la libertad de expresión, la jurisprudencia de la Corte ha sido constante en señalar que quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello por lo que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (Corte IDH, 09 de septiembre de 2021, Considerando 12).

las emisoras, el Tribunal recordó que la protección de una pluralidad de personas requiere que al menos éstas sean “identificables y determinables”, requisito que no se configura en el presente asunto (Considerandos 17 y 18). Por otro lado, respecto de la protección de la libertad de expresión de los accionistas, la Corte IDH estimó que el derecho que se les vería afectado sería el de “propiedad”<sup>47</sup> por ser dueños del referido circuito de radios, por lo que, bajo la Convención Americana, no era un derecho que sea de naturaleza “irreparable” (Considerando 20).

## V. Conclusión

La CDI se inserta en un *corpus iuris* interamericano en el cual se hace evidente la estrecha relación entre la democracia y la vigencia de los derechos humanos como un componente de las sociedades democráticas. La CDI contempla a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como a los derechos civiles y políticos para la plena realización del ser humano.

Dentro del Sistema Interamericano, la Corte IDH ha concebido a la referida CDI como un instrumento con validez interpretativa, como “norma auténtica de interpretación de los tratados”, que pone de manifiesto los principales compromisos que asumen los Estados para lograr la vigencia de los derechos humanos y libertades fundamentales que tienen las personas en el continente. El Tribunal Interamericano ha tenido en cuenta el claro vínculo entre el Sistema Interamericano y la CDI, establecido en el artículo 8 de este instrumento. A partir de tal relación, ha considerado las disposiciones de la CDI como un marco interpretativo de aplicación necesaria para los más diversos temas de carácter democrático que ha tenido que resolver en el ejercicio de sus funciones.

Los primeros desarrollos sobre dicho vínculo en la jurisprudencia se dieron en las opiniones consultivas desde 1985. Aquí encontramos a nivel jurisprudencial la génesis de la relación entre los derechos humanos y las sociedades democráticas. Desde entonces se identificaron algunos elementos en las sociedades democráticas como lo son el bien común o el orden público, elementos a considerar para la restricción de derechos. En

---

47 Es importante hacer notar que esta solicitud es anterior al caso *Granier y otros* (2015), en donde se indicó que los accionistas ven vulnerados sus derechos a la propiedad y a la libertad de expresión en estos contextos de restricciones a canales de comunicación.

su competencia contenciosa, la Corte IDH ha analizado fundamentalmente esta relación en cinco grandes líneas jurisprudenciales: a) las restricciones legítimas a los derechos humanos, b) la independencia judicial, c) la participación política en asuntos públicos, d) la pluralidad de los medios de comunicación como medios que facilitan el debate deliberativo, y e) el acceso a la información pública.

En su competencia contenciosa es en donde el Tribunal Interamericano ha tenido mayores desarrollos jurisprudenciales, al grado de derivar que, en algunos contextos, las personas tienen un derecho y un deber de defender la democracia. La jurisprudencia del Tribunal se ha enfocado en gran medida en la independencia de los operadores de justicia, de tal suerte que inclusive en resoluciones sobre medidas provisionales y de supervisión de cumplimiento, ha recalcado la importancia de la separación de poderes en sociedades democráticas, ello para asegurar la vigencia de los derechos humanos.

De esta manera, es posible concluir que la jurisprudencia de la Corte IDH ha protegido la democracia a partir de la tutela a los derechos humanos contenidos en la Convención Americana y del *corpus iuris* interamericano. Ha entendido que sólo dentro de una sociedad democrática es posible que florezca el respeto y garantía de los mismos, y en sentido contrario, no se puede concebir a un Estado como democrático en tanto no garantice los derechos para todas las personas por igual.

## BIBLIOGRAFÍA

- Rojas Hernández, L.A. (2018), *La Organización de los Estados Americanos hacia su 70 aniversario: desafíos actuales y su relevancia en el acontecer hemisférico*. México: Senado de la República.
- Barreto et. al. (2016), *The Inter-American Human Rights System. Changing times, ongoing challenges*, Washington: Due Process of Law Foundation/ CELS/ Conectas/ Dejusticia/ Fundar.
- Arrighi, J. (2015), *La OEA y el Derecho Internacional*, México: Porrúa.
- Dulitzky, A. E. (2008), *La OEA y los derechos humanos: nuevos perfiles para el Sistema Interamericano*, Diálogo Político, Konrad Adenauer, Año XXV, núm. 4.

- Fernández Shaw, F. (1963), *La Organización de los Estados Americanos (O.E.A.). Una nueva visión de América*, Madrid: Cultura Hispánica.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2022), *¿Existe un derecho humano a la reelección presidencial indefinida en el Sistema Interamericano? Los límites de los derechos políticos en una democracia representativa*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, CEPC, núm. 26 (1).
- (2020), *La protección de la democracia desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Parlamento y Constitución: Anuario, núm. 21, Toledio, Universidad y Cortes de Castilla-La Mancha, núm. 21.
- Negro Alvarado, D.M. (2018), *La democracia en el Sistema Interamericano: Una aproximación a la Carta Democrática Interamericana a dieciséis años de su adopción*, Revista Derecho & Sociedad, núm. 50.
- Olmedo González, H. (2011), *Diez años de la Carta Democrática Interamericana: un régimen internacional para la defensa de la democracia*, Revista electrónica de estudios internacionales, núm. 22.
- Perina, R.M. (2012), *Los desafíos de la Carta Democrática Interamericana*, Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, núm. 173.
- Salas Cruz, A. (2014), *La Carta Democrática Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México: Cuestiones Constitucionales, núm. 31.
- Steiner, C. y Fucks, M.C. (Ed.) (2019), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2da. ed., Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.





# HACIA UN REENCUADRE CONCEPTUAL DEL CONTROL LATINOAMERICANO DE CONVENCIONALIDAD. EN PARTICULAR, SOBRE SU PAPEL CONSTRUCTIVO O POSITIVO



*Néstor Pedro Sagüés\**

**Sumario:** 1. Introducción. El significado del control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos. 2. Dificultades para ensayar una clasificación. 3. Asumiendo la empresa clasificatoria. Primer paso: distinción entre el control de convencionalidad externo, o regional; y control interno, o nacional. 4. Segundo paso: diferenciación entre el control de convencionalidad mediando “cosa juzgada” o “cosa interpretada”. Hipótesis de “res judicata”. 5. Hipótesis de “res interpretata” (I). Control represivo o destructivo. 6. Hipótesis de “res interpretata” (II). Control constructivo o positivo. 7. Conclusión. Notas. Bibliografía.

---

\* Doctor en Derecho. Cuenta con el Diploma de Aprobación de Estudios de la Sesión Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Se desempeña actualmente como Profesor Titular en la Universidad de Buenos Aires. Es Presidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional, Presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Existen dificultades para ensayar una clasificación de las variables del control latinoamericano de convencionalidad: desconocimiento de todas las manifestaciones señaladas por la Corte Interamericana, confusión entre esos distintos tipos, análisis meramente superficiales, rechazo del control o simple hedonismo en continuar con modelos ya desactualizados.

El autor propone distinguir entre el control externo y regional, del interno. Dentro del segundo, diferencia un control mediando cosa juzgada, y cosa interpretada. Respecto del último, separa el control represivo del constructivo; y en cuando este, el control practicado mediante selección y construcción de interpretaciones.

*Voces.* Control de convencionalidad. Control difuso. Control selectivo. Control externo (regional). Control interno (nacional). Control represivo. Control constructivo. Selección de interpretaciones. Construcción de interpretaciones. Interpretación “conforme”. Interpretación mutativa. Cosa juzgada. Cosa interpretada.

## **1. Introducción. El significado del control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos**

El esquema latinoamericano (o interamericano) de derechos humanos cuenta con un tramo *dogmático*, encabezado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también llamada usualmente “Pacto de San José de Costa Rica” (1969), complementada por varias declaraciones y convenciones, que enuncian, precisamente, derechos humanos, y otro *estructural u orgánico y operativo*, compuesto por un nutrido grupo normativo insertado en aquel documento, y en otros que lo reglamentan, relativos –por ejemplo- a la Corte Interamericana (CorteIDH) y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sus mecanismos, procedimientos y resoluciones. O sea, a entes destinados a fiscalizar el cumplimiento del sector dogmático.

El segmento estructural y operativo es vital e indispensable para la efectiva vigencia del estadio dogmático del sistema. Uno de los aportes más decisivos del derecho internacional de los derechos humanos durante el siglo XX, fue en efecto destacar que sin organismos actuantes y sin procesos idóneos, un programa internacional de derechos humanos podía concluir como mera poesía o música de fondo convencional. Basta,

al respecto, pensar en la siguiente hipótesis para constatar la gravedad del asunto: ¿cuál sería la eficacia concreta de la Convención Americana sobre Derechos Humanos si ella no incluyera cuerpos supranacionales jurisdiccionales o revisores como los dichos, o si las funciones de estos fueran meramente declarativas y no obligatorias? ¿que grado de utilidad tendría la proclamación internacional de un derecho, si ella depositara su cumplimiento exclusivamente a cargo de los estados nacionales, sin mediar fiscalización supraestatal? Sin descartar, desde luego, una probable y apreciable cuota de autoefectivización estatal, quizá muy apreciable en algunos países, es dable concluir que la vigencia real del régimen interamericano depende, y en mucho, de esa supervisión regional del sistema al que hacemos referencia.

En ese escenario, el “control de convencionalidad” (1) aparece como la herramienta más contundente para lograr la eficacia sistémica aludida. Equivale, en sus trazos más gruesos, al control de constitucionalidad, aunque obviamente su meta no es tutelar la supremacía constitucional, (2) sino la plena eficacia del sistema interamericano de derechos humanos frente a normas, prácticas, interpretaciones, conductas u omisiones de índole local (nacional, provincial, municipal, etc.) que puedan obstaculizarlo (por ejemplo, entre muchos otros, Corte IDH, “Gudiel Alvarez vs. Guatemala, 2012, párrafo 330). ¿Podría afirmarse, entonces, que su meta es custodiar una suerte de *supremacía convencional*? La respuesta es opinable, aunque nos inclinamos por la afirmativa. Ello es así porque en algunas situaciones el control de convencionalidad puede restar eficacia jurídica a normas incluso constitucionales, o decisiones de una corte suprema o tribunal constitucional doméstico. (3) Todo ello conduce a reevaluar y a reconformar el concepto, v. gr., de supremacía constitucional, circunscribiéndola, *in suo ordine*, al ámbito del interior del Estado.

## 2. Dificultades para ensayar una clasificación

No obstante la indiscutible trascendencia del control de convencionalidad, cabe advertir que su clasificación no ha sido fácil. Veamos algunos de los inconvenientes que presenta.

- a) *Negación*. Están, en primer lugar, quienes discuten la juridicidad del control de convencionalidad, en particular en su versión de control nacional represivo. El argumento sustancial es que no estaría contemplado (al menos, explícitamente) por la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, motivo por el cual el control –al menos en la versión referida– resultaría, paradójicamente, inconventional. Desde luego, si se descarta la validez de este instrumento, no tiene sentido clasificarlo.

Una variante de la posición negativista es, más bien, política, y se funda en argumentos que podrían englobarse bajo el rótulo de “democratismo”. En concreto: para quienes desean transformar el debate jurisdiccional en materia de derechos humanos en un proceso deliberativo con fuerte intervención popular, el control de convencionalidad, que en definitiva subordina las instancias locales a la doctrina de una Corte Interamericana externa, no electa por los pueblos de los estados miembros del sistema, y que no tramita sus causas al estilo de la democracia deliberativa, no puede menos que despertar escozor; y por último, objeciones, en particular si el tribunal regional declara inconventionales cláusulas de constituciones o leyes aprobadas mediante referéndum o plebiscito. En tal ambiente, es natural que la clasificación de los tipos de control de convencionalidad poco o ningún interés despierte.

- b) *Desconocimiento*. Otro grupo, esta vez de descuidados clasificadores, omite decisiones fundamentales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: por ejemplo, la resolución segunda emitida en el caso “Gelman vs. Uruguay”, del 20 de marzo de 2013, sobre revisión y seguimiento del primer caso así resuelto por el tribunal regional (2011), que reexamina y rediseña el sistema de control de convencionalidad. En ciertos autores, este último fallo, por cierto relevante, es olímpicamente ignorado.

Una variable de la tendencia omisiva consiste, aunque no se rechace el resto, en atender solamente un aspecto del control de convencionalidad (casi siempre, el *repressivo* o destructivo, derivado de “Almonacid Arellano vs. Chile”, del 26 de septiembre de 2006, inmediatamente complementado por “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, el 24 de noviembre del mismo año). En particular, la manifestación del control de convencionalidad que no siempre se destaca es la del control *constructivo* o positivo, que comienza a emerger en “Radiella Pacheco vs. México” (23/11/2009), derivada de la doctrina de la “interpretación conforme”. Esta actitud renuente es francamente inexplicable, dado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que el control positivo debe ahora ser previo al represivo

(caso “Casa Mina vs. Perú”, 24/11/2020). En otras palabras, el control represivo únicamente prospera si no fuera viable el constructivo.

El porqué de la tendencia omisiva estriba, probablemente, en que sus partícipes se han autolimitado con la versión inicial del control de convencionalidad judicial nacional ensayada por la Corte regional en los dos primeros pronunciamientos que mencionamos (“Almonacid Arellano”, y “Trabajadores cesados del Congreso”), sin proseguir debidamente el estudio de la evolución del instituto en los otros fallos, que son posteriores. Es decir, que por hedonismo se quedan con la primera parte de la película, sin ver la segunda. Otra explicación puede consistir en que no manejan una de las manifestaciones modernas del control de constitucionalidad, como es la tesis hoy tan consolidada de la “interpretación conforme”, ya que solamente operan con la doctrina represiva de “Marbury vs. Madison”, donde el referido control se ciñe a inaplicar normas inconstitucionales, y no a adaptarlas a la constitución. Y como soslayan el control positivo de constitucionalidad, basado, según repetimos, en la “interpretación conforme”, también sortean al control positivo de convencionalidad.

- c) *Complejidad.* Otra razón que explica los déficits en el organigrama explicativo del control de convencionalidad podría fundarse en que el dicho control, en el caso latinoamericano, es de factura principalmente jurisdiccional, plasmado y construido en sentencias y opiniones consultivas dictadas en diferentes momentos y con tribunales con distinta composición; o sea, al revés de una norma sancionada legislativamente en un momento único. Por ello, no siempre resulta coherente, ni de avance lineal (sino, en cambio, zigzagueante, con avances y retrocesos), muchos flecos colgando y puntos oscuros, cuando no ambiguos. Tal estado de cosas muestra, en definitiva, que el control de convencionalidad es actualmente complejo, bastante sofisticado, de vez en cuando no consistente y con ciertas lagunas. Ante ese panorama, una actitud esperable es la de no adentrarse demasiado en el asunto, conformarse con apreciaciones más bien superficiales y, por supuesto, no molestarse a emprender la clasificación de un material algo (o muy) intrincado.

**3. Asumiendo la empresa clasificatoria. Primer paso: distinción entre el control de convencionalidad externo, o regional; y control interno, o nacional**

Siguiendo las huellas del segundo caso “Gelman vs. Uruguay”, (CorteIDH, 20/3/2013, párrafo 67 y siguientes), la primera clasificación que puede realizarse, en función de los sujetos “controlantes”, consiste en diferenciar el control de convencionalidad practicado por órganos regionales, supranacionales, supraestatales o externos a un Estado, como se los quiera llamar (v. gr., Corte y Comisión Interamericana de derechos humanos), del verificado por órganos domésticos (control interno): jueces, legisladores, legisladores, constituyentes, miembros del ministerio público, etc. Históricamente, el control de convencionalidad fue por lo común de tipo “externo”, pero a partir de septiembre de 2006 la Corte Interamericana requirió en el mentado caso “Almonacid Arellano vs. Chile” que los jueces primero, y después (v. gr., “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, 2010, párr. 225), todos los órganos del Estado, en particular los vinculados con la administración de justicia, dentro del marco de sus competencias y en consonancia con las reglas procesales internas de admisibilidad y procedencia, también ejecutaran control de convencionalidad. El motivo práctico fue en parte aliviar el trabajo del tribunal regional, y en paralelo, comprometer igualmente a los agentes estatales a involucrarse en la misión de realizar la Convención Americana sobre derechos humanos y normas anexas, así como las sentencias de la Corte (y del mismo modo, a ejecutar los otros tratados de derechos humanos que un Estado hubiere ratificado).

**4. Segundo paso: diferenciación entre el control de convencionalidad mediando “cosa juzgada” o “cosa interpretada”. Hipótesis de “res judicata”**

Como anticipamos, en la resolución del 20 de marzo de 2013 sobre revisión de la primera sentencia dictada en el caso “Gelman vs. Uruguay”, de 2011, la Corte diferencia esas dos “manifestaciones” (así las llama) del control de convencionalidad.

La primera se presenta cuando un Estado es condenado por la Corte Interamericana por haber infringido la Convención Americana de Derechos Humanos. En tal caso, ha mediado un proceso donde el Estado ha tenido oportunidad de ser oído, de alegar, presentar pruebas



y producirlas. Existe, pues, *cosa juzgada internacional*. El tribunal regional entiende que en tal supuesto, corresponde un cumplimiento *legal e íntegro* del fallo condenatorio.

El sustento de esta postura es explícitamente normativo, y está justificado por los arts. 67 y 68 de la CADH: el primero establece que el fallo de la Corte será “definitivo e inapelable”. El segundo, que los estados se comprometen “a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

Los órganos estatales de cumplimiento pueden variar, según la naturaleza de la condena: poderes ejecutivo, legislativo y también, por lo común, el judicial, que es el principal comprometido en tal proceso de ejecución (CorteIDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, 2013, párrafo 73). Eventualmente, deberán involucrarse también otros órganos extra poder o constitucionalmente autónomos.

Históricamente ha habido casos de renuencia de cumplimiento, como los de Perú en 1999, donde algunos tribunales de ese país imputaron a la Corte regional violar el mismo pacto de San José de Costa Rica (CADH) y la constitución y leyes peruanas, o de Venezuela durante el régimen chavista, prácticamente con iguales imputaciones. En 2017 la Corte Suprema Argentina negó competencia al tribunal regional para que éste le ordenara revocar una sentencia suya, y además puntualizó que ningún tratado internacional o decisión de organismos internacionales podía vulnerar el orden público constitucional (art. 27 de la ley suprema), cosa que ocurriría si se negare la condición de la Corte nacional como suprema, e intérprete final de la constitución argentina.

Estos conflictos terminaron de distinto modo: Perú, removido de su cargo de Presidente Alberto Fujimori, aceptó finalmente cumplir con los veredictos de la Corte Interamericana; Venezuela se retiró del sistema interamericano de derechos humanos; y con Argentina, la Corte regional aclaró que la corte nacional no debía necesariamente revocar un fallo suyo, sino dejar constancia marginal en el protocolo respectivo de que el mismo había sido reputado inconvencional por la Corte Interamericana. La Corte doméstica aceptó esa vía de arreglo. (4)

Lo cierto es que si un Estado no cumple con una sentencia de la Corte IDH, incurre en inconvencionalidad por omisión. Ahora bien, esta falta, que ocasiona responsabilidad internacional al Estado, puede terminar en

un callejón sin salida a tenor del art. 65 de la CADH. El mismo determina que en cada periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la CorteIDH, “de manera especial, y con las recomendaciones pertinentes, señalará los caso en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”. A partir de ese momento, la cuestión, pues, prácticamente se “desjudicializa” y se vuelve asunto diplomático; vale decir, que pasa a un terreno muy especial de ambientación política hartamente flexible e incierta, donde rara vez media una sanción efectiva contra el Estado renuente.

El asunto suscita algunas reflexiones. La primera, es preguntarse debido a qué causas el problema del incumplimiento a las sentencias del tribunal regional puede terminar en agua de borrajas y con impunidad convencional. La respuesta, a todas luces de naturaleza política, quizá estriba en que si no se instrumentaba una cláusula como la que comentamos, la mayoría de los Estados no habría suscripto la CADH. La segunda evaluación es la siguiente: mediante el referido art. 65, ¿no está la propia CADH programando –jurídicamente– una norma gatopardista de eventual habilitación de incumplimientos? Esta regla, en efecto, no obstante prever la adopción por la CADH de una serie de pesadas cargas sobre los estados, en materia de prevención, castigo y reparación por violaciones de derechos humanos, podría operar como una suerte de ruta de escape para los evasores a tales obligaciones.

## **5. Hipótesis de “res interpretata” (I). Control represivo o destructivo**

En esta alternativa de la segunda manifestación del control de convencionalidad, la CorteIDH reclama a los operadores nacionales que *no apliquen* en el ámbito de sus competencias, normas, prácticas o interpretaciones locales contrarias al derecho internacional de los derechos humanos adoptado por su Estado, u opuestas a las pautas fijadas por la Corte al interpretar la CADH. Esa directriz, a partir del ya referido caso “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006), es seguida por “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú” (del mismo año), que exige que tal función sea asumida de oficio.

En el espacio donde ahora nos encontramos, el operador nacional (juez, legislador, agente del poder ejecutivo, etc.), no se encuentra ante un fallo de la CorteIDH dictado contra su Estado y que él deba ejecutar, con efectos *inter partes*, sino ante normas jurídicas (en particular, la CADH) y criterios interpretativos fijados por el tribunal regional en otras sentencias, resoluciones

u opiniones consultivas anteriores tuyas, a las que la propia CorteIDH da, en verdad, efectos expansivos que trascienden al caso concreto. Debido a ello, las sentencias interpretativas de la CorteIDH cuentan con resultados *erga omnes*, como bien advierte Eduardo Ferrer Mac Gregor. (5) Más todavía, entendemos: tales lineamientos interpretativos cuentan con indudable valor jurídico *-hard law-* y se perfilan, materialmente, como “normas” obligatorias para los agentes del sistema interamericano de derechos humanos, con sustancia igual o aun superior al texto de la CADH, ya que este último vale según y cómo lo interprete el tribunal regional.

El problema más significativo que afronta esta directriz es que la CorteIDH está exigiendo a los operadores domésticos que efectivicen los lineamientos fijados por el tribunal regional en procesos y situaciones anteriores al caso actual, en los que el Estado de ese operador, incluso, pudo no haber sido parte. Tal deber o carga procesal y sustantiva no está previsto por la CADH, cuyo art. 68, según vimos, alude solamente al compromiso de los estados a cumplir las decisiones de la Corte aludida, “en todo caso en que sean partes”.

La CorteIDH ha procurado, a partir de “Almonacid Arellano vs. Chile”, sustentar su criterio en razones como los principios *pacta sunt servanda*, *bona fide* y *effet utile* de los tratados internacionales, pero los mismos reclaman que exista algo claramente convenido en el tratado, cosa que no ocurre, repetimos, en la CADH.

La CorteIDH ha argumentado, por último, su condición de intérprete final de la CADH, alegación que formalmente es cierta (aunque no todas las veces simpática), fundada en su autoridad normativa: como diría Hans Kelsen, (6) lo que resuelva el máximo intérprete de una convención es siempre convencional (al no poder rebatirse en una instancia superior), por más que fuere materialmente inconventional. Conforme con esta perspectiva, la CorteIDH ha realizado aquí una *interpretación mutativa por adición*: le ha agregado a la CADH, merced a su autoridad institucional, algo que originalmente la convención no tenía; y tal acto sumatorio, que en cuanto su legitimidad intrínseca fortalece el sistema interamericano de derechos humanos y la potencialidad jurídica del tribunal, se encuentra corroborado por ya una cuarentena de decisorios de la misma Corte, y por una observancia mayoritaria por los tribunales nacionales. De hecho, es prácticamente reputable como derecho consuetudinario convencional consolidado.

Lo dicho, por supuesto, no autoriza a que la CorteIDH pueda decir lo que soberanamente quiera o se le ocurra. Por ejemplo, si emitiera sentencias u opiniones consultivas aberrantes, ello perjudicaría la doctrina del control de convencionalidad (más allá del tema de su eventual incumplimiento, en el supuesto de que se lesionare frontal y gravemente, de modo intolerable, al valor justicia). (7) El asunto, otrora puramente hipotético, tiene ahora, lamentablemente, algunas preocupantes aproximaciones en el terreno de la realidad jurídica.

En definitiva, esta variante del control de convencionalidad obliga a comparar entre un *material controlante* (CADH, tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, reglas de *jus cogens* –derecho internacional imperativo-, opiniones consultivas de la CorteIDH, lineamientos jurisprudenciales del mismo tribunal) y un *material controlado* (normas nacionales, incluso constitucionales; prácticas, usos, interpretaciones jurídicas locales, actos, también omisiones). De haber incompatibilidad, el segundo material, el controlado, no deberá aplicarse. La CorteIDH no siempre reclama que la norma local inconventional sea abolida: en principio, solo le interesa que no se efectivice. Pero de vez en cuando reclama esa derogación (casos “La última tentación de Cristo vs. Chile”, o “Mendoza vs. Argentina”, v. gr.), a fin de arribar a soluciones más eficaces y contundentes para resolver y prevenir violaciones a derechos humanos.

Una discusión inconclusa es respecto a quiénes toca la tarea de realizar control de convencionalidad represivo: en particular, por el principio de paralelismo de las formas, si están excluidos los órganos locales que no pueden realizar control de constitucionalidad decisorio. La duda, pues, es optar entre un contralor judicial o ejecutivo difuso, o selectivo. El tema da lugar a varias controversias. La CorteIDH enseña que todos los entes estatales tienen deber de practicar control de convencionalidad, pero, aclara, según el marco de sus competencias. Por ende, y en consonancia con el principio aquí referido del paralelismo de las formas, cabe concluir que solamente están potenciados para actuar mediante control represivo los órganos con facultad de inaplicar (o de reformar) las normas inconstitucionales. Eso no significa que ahí concluya la cuestión de inconventionalidad: si un ente es incompetente, deberá derivar esa cuestión a quien sí es competente. Resulta decisivo, en efecto, que haya pronunciamiento por parte del órgano competente, y que el tema no concluya sin definir en el ámbito nacional.

## 6. Hipótesis de “res interpretata” (II). Control constructivo o positivo

Este subtipo del control de convencionalidad no procura invalidar reglas nacionales aparentemente opuestas al derecho internacional de los derechos humanos (en particular, las de la CADH), o a la interpretación adoptada por la CorteIDH, sino que intenta adaptarlas, compatibilizarlas o reciclarlas con estos parámetros internacionalistas.

La base de esta propuesta, sostenida por la CorteIDH a partir de 2009 en la ya referida sentencia “Radilla Pacheco vs. México”, se encuentra en la doctrina de la “interpretación conforme” de las normas inferiores, respecto de las superiores (en derecho constitucional, auspicia el funcionamiento de, en especial, las leyes, de acuerdo con la Constitución; en derecho internacional, la actuación de las constituciones y demás normas locales, en consonancia con las convenciones internacionales). La tesis se funda en las siguientes razones: a) unidad del derecho: la norma inferior no debe ser entendida en solitario, sino en correspondencia con la norma superior; b) temor al vacío (*horror vacui*): una declaración de inconstitucionalidad o de inconventionalidad produce una suerte de “agujero negro” en el ordenamiento jurídico, consistente en un ámbito jurídico que pierde normatividad, con el consiguiente riesgo de incertidumbre sobre la regulación del espacio lagunoso; c) presunción de constitucionalidad de las leyes, y de convencionalidad de las reglas vigentes en el derecho interno, tesis que lleva al principio de “máxima conservación de las normas”: en lo posible, deberán preservarse y no destruirse; d) problemática ideológica de los órganos jurisdiccionales (que al contar, para algunos, con un déficit de solidez política, por no ser electos popularmente, no deberían, también en la medida de lo razonablemente posible, inmovilizar la acción de cuerpos legislativos o electos comicialmente mediante declaraciones de inconstitucionalidad o de inconventionalidad. Para conseguir esa meta, los tribunales tendrían, dentro de los límites de lo razonable, que procurar modular y reinterpretar las leyes, por ejemplo, según la constitución y convenciones internacionales, antes que invalidarlas.

A esos fines, la doctrina de la “interpretación conforme” utiliza varias técnicas.

- a) La primera de ella es mediante *selección de interpretaciones*. Ane una norma dudosamente convencional, v. gr., lo primero sería preguntarse cuáles son sus posibles interpretaciones (generalmente, toda norma

admite varias de ellas). Acto seguido, evaluar cuáles coinciden con, por ejemplo, el texto de la CADH y la exégesis adoptada por la CorteIDH. El operador deberá manejarse con esas interpretaciones conformistas con ambos parámetros, aplicar una de ellas, y descartar las opuestas. De tal modo soslaya la declaración de inconvencionalidad.

- b) Cuando el mecanismo indicado no resulta exitoso, el operador nacional quizá sea vea obligado a un ejercicio más intenso, como realizar *interpretaciones mutativas* de la norma nacional. En ese caso, el texto de la misma permanece incólume, pero su contenido normativo, encapsulado en la cáscara del texto, cambia. La mutación puede ser *aditiva* (si se suma algo a dicho contenido), *sustractiva* (si se le resta algo), o *mixta*, también llamada *sustitutiva* (si se le quita algo y se le añade algo).

Algunos ejemplos podrían ser los siguientes: el art. 75 inc.17 de la constitución argentina determina que los pueblos indígenas tienen derecho “a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente poseen”. Según jurisprudencia de la CorteIDH, deberían también contar con el derecho a recuperar las tierras de las que hubiesen sido ilegítimamente desposeídos. Por consiguiente, el contenido de la mentada cláusula constitucional debería entenderse, por añadido, como comprensivo también de esta segunda posibilidad. Tal sería una interpretación mutativa por adición. Al revés, muchas constituciones confieren, generalmente al poder legislativo, la facultad de sancionar amnistías. Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos restringe esa competencia, impidiendo admitirla para delitos de lesa humanidad. Por tanto, una interpretación mutativa por sustracción aconseja visualizar el contenido de la referida atribución, por más que el texto constitucional fuese muy amplio, excluyendo su ejercicio para despenalizar tales crímenes.

En resumen, el control constructivo de convencionalidad se perfila hoy como un instrumento sumamente útil y frecuente para la gimnasia del control de convencionalidad. Repetimos que como ha indicado la CorteIDH en “Casa Nina vs. Perú” (2020), debe practicarse *antes* que el control represivo, ya que si es factible rescatar la norma nacional mediante el uso de aquél, así debe hacerse. El control represivo por parte de los operadores locales pasa entonces –actualmente– a ser un dispositivo subsidiario y último, un *festinum remedium*, a pesar de que la CorteIDH lo lanzó recién

en 2009, cronológicamente después del control destructivo programado en 2006. Hoy, sistémicamente, lo precede.

Es del caso tener presente que el control constructivo debe practicarse por cualquier operador, siendo intrínsecamente difuso o desconcentrado. Como no importa inaplicar ni destruir normas, sino hacerlas funcionar (o, quizá, hasta recomponerlas) en sintonía con el derecho internacional de los derechos humanos, esa misión involucra a todos los operadores nacionales, quienes no podrían negarse ni discutir su competencia para efectivizar el derecho local, incluido el constitucional, de acuerdo con el espíritu y la letra de aquel ordenamiento internacionalista.

## 7. Conclusión

Existen dificultades para clasificar el control latinoamericano de convencionalidad. Derivan de su falta de conocimiento actualizado, de su rechazo, del facilismo de continuar con definiciones y estereotipos ya perfeccionados o superados, o de la complejidad que ha asumido el instituto.

Por último: una clasificación no se justifica por razones teóricas, sino por su utilidad funcional. En nuestro caso, para explicar pedagógicamente y precisar la modalidad operativa del control de convencionalidad.

En ese intento, el esquema propuesto es el siguiente:

1. Control de convencionalidad externo (regional, en el caso latinoamericano).
2. Control de convencionalidad interno (practicado por operadores nacionales).
  - 2.1. Control mediando cosa juzgada internacional.
  - 2.2. Control mediando cosa interpretada por la Corte IDH.
    - 2.2.1. Control represivo o destructivo.
    - 2.2.2. Control constructivo o positivo.
      - 2.2.2.1. Control por selección de interpretaciones.
      - 2.2.2.2. Control por construcción de interpretaciones (mutativas por adición, sustracción o mixtas).



## Notas

- (1) Nos remitimos para más detalles a Sagüés, Néstor Pedro, *Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad*, Bogotá, 2021, Tirant lo Blanch y Fundación Konrad Adenauer, pág. 13 y siguientes. Dicho manual sirve de esquema expositivo y base de datos para la elaboración del presente artículo.
- (2) Curiosamente, sin embargo, el art. 25 de la CADH programa un “recurso sencillo y rápido” (que algunos denominan el “amparo interamericano”), para amparar a toda persona “contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”. En otras palabras, el Pacto de San José de Costa Rica se ocupa también de prever una garantía procesal para tutelar derechos fundamentales enunciados no solamente en el la convención referida, sino también en la Constitución del Estado del caso.
- (3) En el sentido de declarar inconvenientes sentencias de una Corte Suprema de Justicia nacional, puede recordarse, entre otros, el caso “Fontevicchia y D’Amico”, o “Editorial Perfil”, CorteIDH, 29/9/2011, de mención *infra*, parágrafo 4.
- (4) Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?” en *El Derecho*, Buenos Aires, 2017, tomo 272 pág. 437.
- (5) Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, 2ª, ed., Madrid 2017, UNAM-Marcial Pons, pág. 1033.
- (6) Ver sobre las resoluciones finales de un tribunal constitucional, que formalmente serían siempre constitucionales, Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, trad. de Eduardo García Maynez, 3ª. ed., México 1969, UNAM, pág. 184.
- (7) Es del caso recordar la tesis de Gustav Radbruch, compartida por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en el sentido que la injusticia extrema no es derecho, tesis que podría aplicarse para el supuesto de una sentencia incuestionablemente aberrante, gravísimamente lesiva de derechos naturales de la persona. Ver Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho*, 1ª. reimpresión, Buenos Aires, 2008,

ed. La Ley, 1ª reimpression, págs. 84, 94 y 167. Nos hemos referido al tema, también, en Sagüés, Néstor Pedro, *Guía práctica del control latinoamericano de convencionalidad*, ob. cit. en nota 1, pág. 38 y siguientes.

### **Bibliografía**

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, 2ª, ed., Madrid 2017, UNAM-Marcial Pons.

Sagüés, Néstor Pedro, *Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad*, Bogotá, 2021, Tirant lo Blanch y Fundación Konrad Adenauer.

Sagüés, Néstor Pedro, “¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?” en *El Derecho*, Buenos Aires, 2017, tomo 272.

Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho*, 1ª. reimpression, Buenos Aires, 2008, ed. La Ley, 1ª reimpression.



# CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y PODER CONSTITUYENTE: PRINCIPALES TÓPICOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO



*Eduardo Esteva Gallicchio\**

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. 1. Transcurrieron tres lustros desde que se expidió la partida de nacimiento de la doctrina del control de convencionalidad interamericano. . II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERAMERICANO. III. SOBRE CORTE IDH Y CONSTITUCIONES HASTA 2006. 7.3. El caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, S. de 5-II-2001 y el voto concurrente del Juez Cañado Trindade. IV. LAS OPINIONES CONSULTIVAS Y EL PODER CONSTITUYENTE. V. EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE IDH Y EL PODER CONSTITUYENTE. VI. EL CONTROL PREVENTIVO DE CONVENCIONALIDAD DEL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE. VII. EL CONTROL REPRESIVO DE CONVENCIONALIDAD RESPECTO DEL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE. VIII. ALGUNOS ESTÁNDARES

---

\* Orcid\_Id: 0000-0003-3738-1575

Catedrático Emérito de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Uruguay  
Profesor Titular Extraordinario de Derecho Constitucional, Universidad de Montevideo,  
Director General del Centro de Documentación y Estudios Constitucionales del Uruguay,  
Investigador Activo, Nivel I, del Sistema Nacional de Investigadores, Past  
Profesor Titular Catedrático de Derecho Constitucional 1º y 2º (1976 a 1985) y Director  
del Instituto Uruguayo de Derecho Constitucional, Universidad de la República.  
dircedecu@gmail.com

FIJADOS POR LA CORTE IDH. 15. Limitaciones para las mayorías. 16. Derecho interno e internacional consistentes. 18. Parafraseando lo expresado en la OC 21/14, las OC conformarían “una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones” que se susciten a los Estados en materia de poder constituyente. IX. CONCLUSIONES. X. REFERENCIA.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Transcurrieron tres lustros desde que se expidió la partida de nacimiento de la doctrina del control de convencionalidad interamericano

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte IDH) expidió la sentencia (en adelante: S.) de 26-IX-2006, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, que concretó<sup>1</sup> la creación pretoriana del llamado control de convencionalidad<sup>2</sup> al modo del sistema interamericano<sup>3</sup> de protección de los derechos humanos, o si se quiere, en otra perspectiva, desde que le extendió el acta de bautismo.

El instituto ha experimentado una importante evolución (Nash, 2021) y estimo que se encuentra, todavía, en construcción.

Independientemente de las críticas relevantes que se han formulado a esta doctrina –y distando de estar concluido el debate doctrinal<sup>4</sup>–, me limitaré, como en mis anteriores incursiones en el tema (2012, 2013-A, 2013-B, 2018), a tomar su existencia como un dato de la realidad jurisprudencial, que paulatinamente concretó una mutación del sistema interamericano (Sagüés, 2016, p. 384).

---

1 En línea con –y en desarrollo de– los anteriores votos particulares del Juez Sergio García Ramírez en los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* sentencia de 25-XI-2003, § 27 y *Tibi vs. Ecuador*, de 7-IX-2004 §§ 3 a 6.

2 Es ampliamente conocida la existencia de controles distinguibles del de constitucionalidad, como lo son el control de convencionalidad al modo de los Estados parte del sistema europeo de protección de los derechos humanos; o de los Estados parte del sistema africano (Sagüés, 2011, p. 381, Burgorgue-Larsen, 2018, p. 197); o de los controles de comunitariedad en los ámbitos de la Unión Europea (Fernández Segado, 2005, p. 61; Ugartemendia 2016, p. 13), o de la Comunidad Andina (Garrón Bozo, 2007, p. 761).

3 En verdad, podría calificarse como latinoamericano.

4 Cfr., por ejemplo: Gargarella (2015, p. 115), Dulitzky (2015, p. 45) y Contesse (2017, p. 1168).

2. **Estado de situación.** No pude ubicar una presentación sistemática del tema con referencia al Poder Constituyente a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH; pero sí algunas menciones ocasionales. Ello me animó a emprender esta tarea, procurando individualizar líneas generales, como un primer paso para la esquematización.
3. **Algunos ejemplos.** Con posterioridad al año 2006, se han desarrollado procesos constituyentes o constitucionales<sup>5</sup> tendentes a modificar la Constitución formal en algunos Estados integrantes del sistema interamericano.

Por ejemplo, en Uruguay estuvieron en trámite, desde entonces, cuatro procedimientos de reforma constitucional, que conforme a lo preceptuado por el art. 331 constitucional, requieren para su perfeccionamiento, indispensablemente, la ratificación plebiscitaria<sup>6</sup> por los ciudadanos.

En este lapso, en América Latina, el más difundido y novedoso se desarrolla actualmente en Chile<sup>7</sup> y se esbozan tentativas reformistas en otros Estados (Albert, Landau, Faraguna y Drugda, 2020).

4. En virtud de ello, estimo que, para intentar comenzar a construir el análisis sistemático del tema, corresponde formular las preguntas:
  - a) ¿cuál ha sido la evolución del control de convencionalidad interamericano respecto de su aplicabilidad a los procedimientos constituyentes o constitucionales y a sus resultados o productos, los actos constitucionales o reformas constitucionales o nuevas constituciones?
  - b) ¿existen peculiaridades en punto al control de convencionalidad, sea en las modalidades preventivo o represivo, por tratarse de ejercicio de Poder Constituyente?

---

5 Las denominaciones variaron según las circunstancias y países.

6 Estas son palabras de la Constitución. En el art. 331: menta cuatro veces “plebiscito”, dos veces “decisión plebiscitaria” y una “ratificación plebiscitaria”.

7 A la fecha de redacción de esta ponencia, no se celebró el plebiscito fijado para el 4 de septiembre de 2022.

## II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERAMERICANO

5. **Síntesis y remisión conceptual.** Es ampliamente conocido (Ferrer Mac Gregor, 2021, p. 378; Rey Cantor y Rey Anaya, 2021, p. 381), que el control de convencionalidad, según la jurisprudencia sintetizada por Nash:

(i) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.

(ii) Debe ser realizado de oficio por toda autoridad pública.

(ii) Su ejercicio se realiza en el ámbito de competencias de cada autoridad. Por tanto, su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH.

(iii) La obligación que está siempre presente tras el control de convencionalidad es la de realizar un ejercicio hermenéutico que haga compatibles las obligaciones del Estado con sus normas internas.

(iv) Es baremo de convencionalidad la normativa internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto contenciosa como consultiva.

(iv) La obligatoriedad de realizar el control deriva de los principios del derecho internacional público y de las propias obligaciones internacionales del Estado asumidas al momento de hacerse parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>8</sup>.

6. **La S. del caso Almonacid Arellano vs. Chile.** Con ella comenzó a utilizarse y generalizarse la denominación de este control en 2006.

Sin embargo, como se verá, la Corte IDH ya había evacuado consultas y resuelto algunos casos relacionados con ejercicio de Poder Constituyente, ora en forma previa o concomitante, ora posterior.

## III. SOBRE CORTE IDH Y CONSTITUCIONES HASTA 2006

7. Veamos la jurisprudencia de la Corte IDH –de ambas clases–, previa al caso Almonacid Arellano:

---

8 2021, p.5. Conservo la numeración en caracteres romanos del original.



- 7.1. **La OC 4/84 del 19-I-1984.** Más de veinte años antes de 2006, puede considerarse como anticipo de control de compatibilidad previo o preventivo del ejercicio del Poder Constituyente por un Estado con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (en adelante CADH), la formulación por el Gobierno de Costa Rica y la admisibilidad con consiguiente respuesta a la consulta por la Corte IDH en la Opinión Consultiva (en adelante: OC) 4/84.

En efecto, de acuerdo con lo previsto por el art. 64.2 de la CADH, la Corte IDH en el marco de un prolijo análisis § 12 a § 30, argumentó en el § 14 que:

La respuesta a la primera pregunta no admite duda: siempre que un convenio internacional se refiera a «leyes internas» sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, *incluyendo disposiciones constitucionales*.

Y concluyó § 30, que:

“En la solicitud bajo consideración, por lo demás *sin precedente en cuanto somete a un tribunal internacional una reforma constitucional*, no encuentra la Corte ninguna razón para abstenerse de absolver la consulta solicitada” (énfasis adicionados por mí).

- 7.2. **La OC-14/94, de 9-XII-1994.** Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Com. IDH) en que estuvo involucrado el, por entonces, proyecto de reforma del artículo 140 de la Constitución del Perú, respecto del que finalmente no existió pronunciamiento, porque la Comisión IDH formuló la solicitud invocando el art. 64.1 y no el 64.2 de la CADH.
- 7.3. **El caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, S. de 5-II-2001 y el voto concurrente del Juez Cançado Trindade.**

La Corte IDH, en el punto resolutivo 4, afirmó:

[...] que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa<sup>9</sup> para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte [...], dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.

La Corte incluyó en esta S. el § 72:

Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso *ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica* y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (el énfasis me corresponde).

Es trascendente el voto concurrente del Juez Cançado Trindade<sup>10</sup>:

§ 2 La cuestión de la compatibilidad de una norma de derecho interno de un Estado Parte con la Convención Americana sobre Derechos Humanos vuelve, así, a la consideración de la Corte, - y, en el presente caso, *tratándose de una norma de rango constitucional...* (énfasis agregado)

§ 5. Los hechos del presente caso [...] demuestran, a mi juicio, que estas ponderaciones -responsabilidad objetiva del Estado- son válidas para toda la normativa del derecho interno (abarcando las normas de rangos tanto infraconstitucional como constitucional).

§ 14. Si alguna duda todavía persistía en cuanto a este punto, *i.e.*, a que la propia existencia y aplicabilidad de una norma de derecho interno

---

9 En el caso estaba comprometido el art. 19.12 de la Constitución de Chile, texto original de 1980: “La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas”. Chile dio cumplimiento, modificando la disposición.

10 Con cita del recordado y respetado internacionalista uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchaga: “International Responsibility”, en *Manual of Public International Law* (ed. Max Sorensen), London/N.Y., MacMillan/St. Martin’s Press, 1968, p. 551.

(sea infraconstitucional o constitucional) pueden *per se* comprometer la responsabilidad estatal bajo un tratado de derechos humanos, los hechos del presente caso [...] contribuyen, a mi modo de ver decisivamente, a disipar dicha duda.

En lo que interesa para esta ponencia, Cançado Trindade concluyó y resumió:

[...]- cuarto, cualquier norma de derecho interno, *independientemente de su rango (constitucional o infraconstitucional)*, puede, por su propia existencia y aplicabilidad, *per se* comprometer la responsabilidad de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos; (énfasis adicionado por mí)

- quinto, la vigencia de una norma de derecho interno, que *per se* crea una situación legal que afecta los derechos protegidos por un tratado de derechos humanos, constituye, en el contexto de un caso concreto, una violación continuada de dicho tratado;

- octavo, la regla del agotamiento de los recursos de derecho interno tiene contenido jurídico propio, que determina su alcance (abarcando los recursos judiciales eficaces), el cual no se extiende a reformas de orden constitucional o legislativo; [...]

7.4. **El Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, S. de 11-III-2005.** La Corte IDH consideró:

§ 133. la sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, que data de 1976, establece que ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de ésta, puede ser objeto de impugnación constitucional en cuanto a sus Secciones 4 y 5 [...]. La Ley de Delitos contra la Persona es incompatible con la Convención Americana y, por lo tanto, cualquier disposición que determine su inimpugnabilidad, también lo es en virtud de que Trinidad y Tobago, al ser parte de la Convención en el momento de los hechos, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales" [...]. En el mismo sentido, al imposibilitar que la Ley de Penas Corporales sea impugnada, la "cláusula de exclusión" contenida en la Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago es incompatible con la Convención. En consecuencia, la Corte considera pertinente ordenar que el Estado enmiende, dentro de un

plazo razonable, la mencionada Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago, [...]

Y en la parte resolutive dispuso:

“4. El Estado debe enmendar, dentro de un plazo razonable, la Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago, en los términos del párrafo 133 de la presente Sentencia”<sup>11</sup>.

#### IV. LAS OPINIONES CONSULTIVAS Y EL PODER CONSTITUYENTE

8. OC /21/14. Debe tenerse especialmente presente que, según la Corte IDH, las opiniones consultivas, conforme lo recordó en el § 31:

conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo [...], por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél [...]. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad [...], también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” [...]. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada [...] a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las

---

11 Esta República notificó la denuncia de la CADH el 26-V-1998. En las sentencias de casos anteriores, *v.g.* Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, S. de 21-VI-2002, la Corte IDH había considerado la solución de la Constitución y su compatibilidad con la CADH, sin pronunciarse en la parte dispositiva.

cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.

Precisó en la OC 22/16, § 26 que las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo<sup>12</sup>.

## V. EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE IDH Y EL PODER CONSTITUYENTE

9. Tratándose de los pronunciamientos de la Corte IDH en su jurisdicción contenciosa, pasan oportuna y obviamente en autoridad de cosa juzgada para los Estados partes del proceso, pero conforme a la jurisprudencia del órgano jurisdiccional interamericano, irradiarían el efecto de cosa interpretada para los otros Estados partes del sistema interamericano<sup>13</sup>.

## VI. EL CONTROL PREVENTIVO<sup>14</sup> DE CONVENCIONALIDAD DEL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE

10. En Uruguay, como adelanté, desde que fue difundida esta doctrina por el pleno de la Corte IDH en 2006, llegaron al estadio de plebiscito de ratificación –aunque ninguno superó el requisito constitucional de la mayoría simple de ciudadanos que concurrieron a los respectivos actos–, cuatro proyectos de reformas constitucionales, todos por iniciativa popular (10% de los ciudadanos inscriptos):
  - el 29 de octubre de 2009 dos proyectos; uno que procuró anular la llamada ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (trataba de resolver, mediante un acto dotado de los mayores valor y fuerza jurídicos en perspectiva del Derecho interno, la problemática

---

12 Reiterado por los § 36 de la OC 27/21 y § 41 de la OC 28/21.

13 Véase, por todos: voto razonado del Juez Ferrer Mac Gregor en la Resolución de la Corte IDH de 20-III-2013, relativa a supervisión de cumplimiento de sentencia en el Caso Gelman vs. Uruguay.

14 A la hora de hacer la calificación como previo o preventivo, no existe, todavía, precisión en la doctrina. Podría pensarse en distinguir, como es habitual en la teoría clásica del control, entre previo, concomitante o a posteriori; o trabajar con las categorías preventivo o represivo.

que ha generado<sup>15</sup>, la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado<sup>16</sup>, realizando así, el cuerpo de ciudadanos, una suerte de control de convencionalidad) y otro para habilitar el voto de uruguayos en el exterior;

- el 26 de octubre de 2014, el que procuró disminuir la edad de imputabilidad en materia penal; y
  - el 27 de octubre de 2019, el que trató de habilitar por ley, la eventualidad de allanamientos nocturnos con orden judicial, entre otras disposiciones.
11. En el procedimiento reformista desarrollado en 2014 se analizó la posible incompatibilidad fundamentalmente con la Convención de los Derechos del Niño.

Faroppa Fontana –a la sazón miembro del Consejo Directivo de la Institución Nacional de Derecho Humanos y Defensoría del Pueblo– sostuvo en lo que aquí interesa:

[...] podría decirse que es anti convencional, que es otra categoría moderna que se ha venido desarrollando. Es decir que es una norma que viola los compromisos asumidos en los tratados internacionales por el Estado uruguayo y, eventualmente, alguien podría hacer ese planteo a nivel internacional y el Estado uruguayo podría sufrir esa condena<sup>17</sup>.

En dicha oportunidad, la Relatora sobre Derechos del Niño de la Comisión IDH, Rosa María Ortiz, tras una visita *in situ*, recordó:

---

15 Ver S. Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay, serie C-222, *in totum*.

16 S. Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay, cit. § 238. “El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y –plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél”.

17 [https://www.180.com.uy/articulo/51072\\_La-baja-dinamita-los-pilares-de-la-Constitucion](https://www.180.com.uy/articulo/51072_La-baja-dinamita-los-pilares-de-la-Constitucion) (recuperado: 29-VII-2022).

En relación a los cuestiones susceptibles de plebiscito, la Corte Interamericana indicó en el caso Gelman, que la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad, está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, por lo que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas<sup>18</sup>.

12. En el caso del proyecto plebiscitado en 2019, se planteó, para sorpresa de los todavía no iniciados<sup>19</sup>, el análisis en perspectiva de compatibilidad con la CADH y otros instrumentos internacionales de los que la República se ha hecho parte.

Por ejemplo, la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo, órgano con funcionamiento autónomo del Poder Legislativo, al que, por su ley orgánica 18.446, de 24-XII-2008, art. 4-H) le compete “Emitir opiniones, recomendaciones y propuestas sobre [...] propuestas de reformas constitucionales relacionados con los derechos humanos”. En ese marco, expidió alguna declaración<sup>20</sup> caso de la del 24-IX-2019, objetando soluciones proyectadas, lo que motivó la respuesta del promotor del proyecto, el Senador Jorge W. Larrañaga, que la calificó como “absolutamente improcedente” e “intromisión inadmisibles”<sup>21</sup>.

---

18 <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/098.asp> (recuperado: 29-VII-2022).

19 Puede consultarse, sobre control de convencionalidad, en la doctrina uruguaya, en orden cronológico: Esteva Gallicchio (2012, 2013-A, 2013-B, 2018), Larrioux Rodríguez (2013 y 2015), Durán Martínez (2014), Pérez Manrique (2015, 2016-A y 2016-B), Correa Freitas (2015 y 2017) Riso Ferrand (2016 y 2021), Gutiérrez Fernández (2017), Maruri (2018) y Garat Delgado (2021).

20 Es frecuente en otros Estados, en los últimos años. Un ejemplo: comunicado de la CNDH de México, de 18-IV-2010, disponible en: <https://embamex.sre.gob.mx/reinounido/images/pdf/DGDH174.pdf> (recuperado 29-VII-2022).

21 Véase la opinión crítica de Ramírez (2022).



## VII. EL CONTROL REPRESIVO DE CONVENCIONALIDAD RESPECTO DEL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE

13. La Corte IDH en su jurisprudencia contenciosa, ha ordenado a diversos Estados adecuar, ajustar o modificar su ordenamiento jurídico interno – incluyendo disposiciones constitucionales– a la CADH, así en casos como:

13.1. *Boyce y otros vs. Barbados*, S. de 20-XI-2007, consideró:

§ 78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”.

§ 80. En este sentido, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento.

Y en lo pertinente, decidió:

§ 8. El Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, contado a partir de la fecha de notificación de la presente Sentencia, aquellas medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar que la Constitución y la legislación de Barbados cumplan con la Convención Americana y, en especial, eliminar el efecto del artículo 26 de la Constitución de Barbados con respecto a la inimpugnabilidad de las “leyes existentes”, en los términos de los párrafos 127(c) a 128 de este Fallo.

13.2. *Dacosta Cadogan vs. Barbados*, S. de 24-IX-2009, ordenó:

9. El Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable y en los términos del párrafo 104 del presente Fallo, las medidas legislativas o de otra índole necesarias para asegurar que la Constitución y las leyes de Barbados resulten conformes con la Convención Americana, en particular, la Sección 2 de la LDCP y la Sección 26 de la Constitución de Barbados.

13.3. Radilla Pacheco vs. México S. de 23-XI-2009, luego de evaluar la situación, reflexionó y marcó una peculiaridad, ordenó cómo debía interpretarse la Constitución, evitando, en ese caso, disponer la modificación:

§ 340. ... es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso [...].

§ 341. Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

14. Por tanto, según la jurisprudencia contenciosa reseñada, el control represivo, hasta el momento, se ha concretado en disponer que el Estado adecue el ordenamiento constitucional a las previsiones de la Convención y a la interpretación hecha por la Corte IDH de la misma.

## VIII. ALGUNOS ESTÁNDARES FIJADOS POR LA CORTE IDH

### 15. Limitaciones para las mayorías.

Ha dicho en la S. del caso Gelman vs. Uruguay:

§ 239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana [...] La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de

convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que 'el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley' [...].

En la OC 28/21, afirmó:

§ 44. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales [...] En este sentido, existen límites a lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial.

## 16. Derecho interno e internacional consistentes

Incluso la Constitución, debe ser consistente –lo entiendo en el sentido de coherente–, con el Derecho internacional de los derechos humanos (por ej. § 109 de la OC 27/21).

## 17. El control de convencionalidad interno debe ejercerse en el marco de las respectivas competencias de los órganos y de las regulaciones procesales correspondientes. Conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH desde Almonacid Arellano.

En algunos Estados, por ej., Uruguay, regulando la Constitución cuatro procedimientos de reforma constitucional, no hay previsión que haga posible individualizar un órgano competente para ejercer el control de convencionalidad en los aspectos sustanciales –a diferencia de los orgánico formales–, porque el verdadero constituyente es directamente –a diferencia de la mayoría de los Estados del sistema–

el cuerpo de ciudadanos (art. 331 constitucional). No se requiere ser muy zahorí para advertir que el control de convencionalidad que podría realizarse sería, en verdad, solamente el que se realice a posteriori del perfeccionamiento del acto constitucional, en sede internacional.

18. **Parfraseando lo expresado en la OC 21/14, las OC conformarían “una guía<sup>22</sup> a ser utilizada para resolver las cuestiones” que se susciten a los Estados en materia de poder constituyente.**

Por ejemplo: OC 28/21:

La reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la CADH ni por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos;

La prohibición de la reelección indefinida es compatible con la CADH, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Democrática Interamericana;

La habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la CADH y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

## IX. CONCLUSIONES

1. El somero esquema trazado posibilita concluir, en mi opinión, que, a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, no existen peculiaridades en punto al control de convencionalidad, sea en las modalidades preventiva o represiva, por la circunstancia de tratarse de ejercicio de Poder constituyente y no de funciones propias de los Poderes constituidos.
2. En algunos Estados existe dificultad para aplicar el control de convencionalidad en sede interna, respecto del contenido de un proyecto de reforma constitucional o de un acto constitucional ya perfeccionado. Una no menor, aunque inoponible en el plano internacional –que considera esta cuestión en el marco de la responsabilidad del Estado por incumplimiento

---

22 ¿O camino hacia el *ius commune*? Cfr.: von Bogdandy, Morales Antoniazzi, Ferrer Mac-Gregor, 2017, p. 102.

del ordenamiento internacional–, es la de actuación directa como constituyente del cuerpo de ciudadanos, en calidad de órgano de la Nación y no del Estado (arts. constitucionales 77, 82 y 331).

3. El desarrollo y la evolución del Derecho Internacional en sus diversas expresiones –General, de los Derechos Humanos, Humanitario<sup>23</sup>, de las Migraciones, etc.–, así como del Derecho de la Integración, han sido decisivos para sepultar la posibilidad de considerar que el Poder Constituyente nacional es omnímodo, plenipotenciario, ilimitado u otras caracterizaciones similares utilizadas hace algunos siglos.
4. En el caso de la CADH, los Estados la ratificaron y dieron cumplimiento a lo requerido por sus arts. 45 y 62; algunos, como Uruguay, lo hicieron por tiempo indefinido y reconociendo la competencia de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esa Convención<sup>24</sup>.
5. La Corte IDH, conforme a su sólida jurisprudencia en materia contenciosa, así como en las opiniones consultivas, es competente para conocer de casos o de consultas que involucren la compatibilidad o incompatibilidad de la Constitución de un Estado parte de la CADH o de proyectos de reforma constitucional de los mismos, con el *corpus iuris* interamericano.
6. Cuando un Estado se hace parte sin reservas<sup>25</sup> de un tratado –y con mayor razón, de los que refieren a Derechos Humanos–, los soportes de sus órganos competentes deben tener presente que, conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del

---

23 Derechos de Ginebra y de la Haya.

24 En el instrumento de ratificación de fecha 26 de marzo de 1985, depositado el 19 de abril de 1985 en la Secretaría General de la OEA, el Gobierno de la República Oriental del Uruguay declaró que reconoce la competencia de la Comisión IDH por tiempo indefinido y de la Corte IDH “sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, bajo condición de reciprocidad”, de acuerdo a lo establecido en sus arts. 45.3 y 62.2.

25 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, arts. 2-d), 19 a 23; CADH, art. 75.

incumplimiento<sup>26</sup>, que queda ligado por la regla *pacta sunt servanda* y que deberá cumplirlo de buena fe.

7. Una vez que el Estado se hace parte de un tratado podrá denunciarlo o manifestar su retiro<sup>27</sup>, pero ni siquiera así quedará desligado de ciertas obligaciones de Derecho Internacional<sup>28</sup>, tal como lo recordó recientemente la Corte IDH en la OC 26/20 de 9-XI-2020.
8. Ínterin un Estado sea parte y no surta efecto jurídico su denuncia o comunicación de retiro de los tratados que forman el *corpus iuris* interamericano, estará sujeto al control de regularidad convencional –o si se prefiere usar la expresión ya tradicional, al control de convencionalidad– al modo interamericano.

## X. REFERENCIAS

- Albert et. al. (2021). *Global Review of Constitutional Law*, I CONnect-Clough Center, <http://www.iconnectblog.com/> (recuperado 29-VII-2022).
- Burgogue-Larsen, L. (2028). “Decomartmentalization”: The key technique for interpreting regional human rights treaties, *International Journal of Constitutional Law* I•CON (2018), 16, 1, 187–213, doi:10.1093/icon/moy010 (recuperado 29-VII-2022).
- Contesse, J. (2017). The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine, *The International Journal of Human Rights*, 22, 9.
- Correa Freitas, R. (2015). Supremacía constitucional y control de convencionalidad en el Uruguay, *La Justicia Uruguaya*, 52, D-107, UY/DOC/683/2015. *Idem* en 2017 *Fundamentos de la Constitución. República Oriental del Uruguay*. Montevideo-B de F.
- Dulitzky, A. E. (2015). An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights, en *Texas International Law Journal*, 50, 1, 45-93.
- Durán Martínez, A. (2014). El control de convencionalidad y el derecho público interno, en *La Justicia Uruguaya*, t. 149, D. 23, UY/DOC/36/2014.

---

26 Convención de Viena, art. 27.

27 Convención de Viena, cit., arts. 42, 43, 56, 70.

28 Convención de Viena, cit., art. 43.

- Esteva Gallicchio, E. (2012). El control de convencionalidad. Situación en Uruguay, *Revista de Derecho Público*, 42, 45- 66.
- (2013-A). Uruguay, *Controle de convencionalidade / un panorama latinoamericano Brasil | Argentina | Chile | México | Peru | Uruguai*, Brasilia: Gazeta Jurídica Editora, 683-711.
  - (2013-B). El control de convencionalidad en el ámbito de los contratos administrativos, *Estudios de Derecho Administrativo*, 8, 727-747.
  - (2018). Uruguay control de constitucionalidad control de convencionalidad, en *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad*, t. II, J. A. Amaya (Dir.). Buenos Aires: Astrea.
- Fernández Segado, F. (2005). El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. las transformaciones constitucionales dimanantes de ello, *Cuestiones Constitucionales*, 13, 57-94.
- Ferrer Mac Gregor, E. (2021). Control de convencionalidad (Sede interna), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, E. Ferrer Mac Gregor y otros coords, 3ª ed., t. I, n° 199, México, UNAM, 378-381.
- Garat Delgado, P. (2021). *El control de convencionalidad: ius constitutionale commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano*. Chile: Tirant lo Blanch, 21-34 y 84-94).
- Gargarella, R. (2015). *The constitutionalization of international law in latin america democracy and rights in Gelman v. Uruguay*, <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/democracy-and-rights-in-gelman-v-uruguay/513175342E2A56E9171AE-1D1D9E2CB2A> (recuperado 29-VII-2022).
- Garrón Bozzo, R. J. (2007). El control de constitucionalidad y el control de comunitariedad de las normas de derecho comunitario derivado andino, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 13, 761-771.
- Gutiérrez Fernández, F. (2017). El control de convencionalidad, en *La Justicia Uruguaya*, 155-D-69, UY/DOC/153/2017.
- Larrioux Rodríguez, J. (2013). Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional. Carta Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad, *La Justicia Uruguaya*, 147, J-Com-13, UY/DOC/16/2013.



- (2015). Diálogos judiciales y control de convencionalidad y constitucionalidad en el sistema interamericano. *La Justicia Uruguaya*, 151, D-139, UY/DOC/208/2015.
- Maruri Armand Ugón, S. (2018). El control de convencionalidad: un concepto de creación jurisprudencial. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 34, 79-84.
- Nash, C. (2021). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 7: Control de Convencionalidad*.
- Pérez Manrique, R. (2015). El control de convencionalidad y el margen de apreciación nacional. Análisis desde la jurisprudencia SCJ de Uruguay, *La Justicia Uruguaya*, 152, D-87, UY/DOC/593/2015.
- (2016-A). Control de convencionalidad. Análisis de jurisprudencia, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XXII, 409-420.
- (2016-B). La experiencia de los máximos tribunales nacionales en el control de convencionalidad y dialogo jurisprudencial: el caso de Uruguay, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Rolando Gialbino (Coord.). Jurisprudencia Argentina. N° Especial, 4-12.
- Ramírez, J. A. (2022). *La Institución de DDHH*, en *El País*, Montevideo, 23-VII-2022.
- Rey Cantor, E. y Rey Anaya, A. M. (2021). Control de Convencionalidad (Test de), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, E. Ferrer Mac Gregor y otros coords, 3ª ed., t. I, n° 200, México: UNAM, 381-384.
- Risso Ferrand, M. (2016). El control de convencionalidad, en *Revista de Derecho Público*, 50, 193 a 201.
- (2021). *Constitución y Estado de Derecho*. Montevideo: FCU, 313-330.
- Sagüés, N. P. (2011). El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo, en von Bogdandy, Armin; Fix-Fierro, Hector; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: Hacia un ius constitucionale comune en América Latina*, UNAM, 381-417.
- (2016). *La Constitución bajo tensión*. México: IEC Querétaro.

Ugartemendía Eceizabarrena, J. I. (2016). El control de comunitariedad de las resoluciones jurisdiccionales y el límite de la identidad constitucional, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 59, 13-43.

von Bogdandy, A. et al. (2017). *Ius Constitutionale Commune en América Latina / Textos básicos para su comprensión*. México: IEC Querétaro-Max Planck.

### **CORTE IDH, JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA, CASOS:**

- “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) ss. Chile Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C-73.
- Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C-101.
- Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C-114.
- Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C-123.
- Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo Reparaciones y Costas). Serie C-135.
- Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C-154.
- Boyce y otros vs. Barbados Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C-169.
- Dacosta Cadogan vs. Barbados. Sentencia de 24 de septiembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C-204.
- Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C-209.
- Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones). Serie C-222.
- Maidanik y otros vs. Uruguay sentencia de 15 de noviembre de 2021 (Fondo y Reparaciones) Serie C-444.

**CORTE IDH, JURISPRUDENCIA RESOLUCIONES SUPERVISIÓN, CASOS:**

- Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013.
- Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 19 de noviembre de 2020.

**CORTE IDH, OPINIONES CONSULTIVAS:**

- OC-4/84 del 19 de enero de 1984 Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Solicitada por el gobierno de Costa Rica. Serie A-4.
- OC-6/86 del 9 de mayo de 1986- La expresión “leyes” en el artículo 30 de la convención americana sobre derechos humanos. Solicitada por el gobierno de Uruguay. Serie A-6.
- OC 14/94 del 9 de diciembre de 1994-Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Solicitada por la Comisión interamericana de derechos humanos. Serie A-14.
- OC-21/14 del 9 de agosto de 2014-Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Solicitada por las Repúblicas Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Serie A-21.
- OC-22/16 de 26 de febrero de 2016 Solicitada por la República de Panamá. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador). Serie A-22.
- OC-26/20 del 9 de noviembre de 2020. La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Solicitada por la República de Colombia. Serie A-26.

OC-28/21 del 7 de junio de 2021. La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos. Solicitada por la República de Colombia. Serie A-28.

# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL JUEZ CONVENCIONAL-CONSTITUCIONAL COMO PRESUPUESTO DE TODA REFORMA SOBRE LA JUSTICIA



*Helder Domínguez Haro\**

**Sumario:** 1. Resumen. 2. Breve introducción. 3. Control de convencionalidad en un Estado Constitucional. 4. Un mundo “con” jueces convencionales garantes de los derechos como presupuesto de toda reforma sobre la justicia. 5. Bibliografía consultada.

**Palabras clave:** Control de convencionalidad, juez, democracia constitucional, Constitución, Estado constitucional, sistema de justicia.

## 1. RESUMEN

**E**l presente trabajo enfatiza la protección multinivel de los derechos humanos y el diálogo que debe existir entre los tribunales nacionales y supranacionales sobre la base de una democracia de sello constitucional. Aspecto que implica la presencia de jueces constitucionales y

---

\* Magistrado del Tribunal Constitucional peruano. Director General del Centro de Estudios Constitucionales. Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de Lima. Asociado ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional e integrante de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho. Miembro del Colegio de Abogados de La Libertad y miembro honorario del Colegio de Abogados de Arequipa.

convencionales como garantes de los derechos y cuyo perfil del juez debe estar acorde con los nuevos paradigmas del constitucionalismo contemporáneo y como premisa fundamental en todo proceso de reforma y refundación del sistema de justicia. Se analiza el control difuso de convencionalidad con incidencia en el derecho peruano y en un contexto cambiante por los desafíos del derecho globalizado y del constitucionalismo cosmopolita.

## 2. BREVE INTRODUCCIÓN

Dentro del ordenamiento jurídico estatal se abordan aspectos del derecho constitucional del poder, del derecho constitucional de la libertad y su protección jurisdiccional, y en ese marco habrá siempre la posibilidad o la eventualidad de parte del juez de la causa, de la potestad de ejercer no solamente el control de constitucionalidad difuso sino también el control de convencionalidad o el control difuso de convencionalidad (llamado también “horizontal”) en un primer peldaño o, en todo caso, agotada la jurisdicción ordinaria cabe recurrir al orden jurisdiccional supranacional, en nuestra región, el sistema interamericano de justicia o el sistema de protección internacional de los derechos humanos en los países latinoamericanos, esto es, el control de convencionalidad realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (control “vertical”). Ambas situaciones corresponden a lo que se está denominando *ius constitutionale commune* en derechos humanos en América Latina<sup>1</sup>.

En esta oportunidad me limitaré en desarrollar básicamente el rol del juez de la judicatura local u ordinaria, de aquel -que por excelencia- tiene la función de resolver controversias con relevancia jurídica o que toca los derechos, como pacificador de la sociedad. El juez del Poder Judicial en torno al sistema interamericano de derechos humanos desde la perspectiva del justiciable, del usuario del sistema de justicia interamericano y que involucra la independencia judicial y una gran labor en el quehacer formativo de la magistratura, en buena cuenta en la construcción democrática de ciudadanía y jueces profesionales demócratas como presupuesto de toda reforma de la justicia.

---

1 Léase: BOGDANDY, Armin, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (coordinadores). *ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013.

### 3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

La premisa capital del presente trabajo se puede telegráficamente sintetizar en la idea de que el control de convencionalidad o el diálogo interjurisdiccional entre el Tribunal Supranacional, vale decir la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el Tribunal Constitucional peruano ha sido y es alentador e interesante, desde que el Tribunal Constitucional peruano asumiera desde el 2002 en sus sentencias los criterios de convencionalidad antes que sea consagrada y reconocida por la misma Corte Interamericana; y la perspectiva es que los tribunales de justicia de la judicatura sigan el mismo rumbo, en esa interrelación entre tribunales nacionales con la Corte. Asimismo, un buen fundamento de la aplicación del control de convencionalidad tiene en la figura del justiciable su razón de ser, por cuanto le asiste la titularidad del derecho fundamental al “juez independiente, constitucional y convencional”, y con ello la consolidación de la democracia constitucional y de un “Estado Constitucional Interamericano” como sugieren algunos autores<sup>2</sup>. Veamos tal afirmación.

Curiosamente, cada cien años el planeta ha sido testigo del nacimiento de importantes instrumentos o principios de defensa de la Constitución y en consecuencia de los derechos. A inicios del siglo XIX el surgimiento jurisprudencial del control judicial de las leyes (América del Norte), en los primeros años del siglo XX la aparición del control concentrado y abstracto de constitucionalidad de las leyes (Europa) y a inicios del siglo XXI la génesis jurisprudencial del control de convencionalidad en el espacio iberoamericano.

Por éste último, ciertamente, el control de convencionalidad en nuestra región presupone dos niveles: el internacional, que corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su labor de juzgar en casos concretos si un acto o ley o una normatividad de derecho interno resulta compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, resolviendo la reforma, abrogación o inaplicación de dichos actos o normas legales según corresponda, teniendo en cuenta la garantía de los derechos humanos, la vigencia

---

2 Ver: LOVATÓN PALACIOS, Miguel David, *La gestación del Estado Constitucional Interamericano en el Perú*, Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho, PUCP, mayo 2016.



de la Convención y otros instrumentos internacionales sobre derechos; asimismo procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar el pleno ejercicio de los derechos invocados en la Convención. El otro nivel es el interno, el que corresponde en sede nacional, a los tribunales y jueces de los diferentes Estados de América Latina que han ratificado evidentemente la Convención (una modalidad de Tratado); en el sentido de que los jueces de los ordenamientos internos tienen el poder-deber de abstenerse de aplicar -en los casos judiciales que conocen- cualquier normativa contraria a los postulados de la Convención, como resultado del análisis de confrontación normativa<sup>3</sup>.

Es preciso anotar que la aplicación del test de convencionalidad es producto de la evolución de la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su aparición en el 2003, acuñada por el juez Sergio García Ramírez en su voto concurrente emitido en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, luego en el 2006 el pleno de la Corte Interamericana lo institucionalizará en la sentencia del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, al resolverse la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad, en el período 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicha norma resultaba incompatible con la Convención careciendo de efectos jurídicos. Además de dicho control concentrado connatural a su competencia contenciosa, en dicho fallo se originará un nuevo tipo de control en manos de la figura del juez nacional como “guardián” no solamente de la Constitución también “custodio” de la Convención.

Estamos hablando del “control difuso de convencionalidad” un nuevo paradigma como señala Ferrer Mac-Gregor<sup>4</sup>, y que siempre debe hacerse, es decir, el juez en su labor jurisdiccional o dentro de cualquier proceso judicial (llámese constitucional, civil, penal, laboral, comercial, etc.) tiene que realizar el examen de compatibilidad entre los actos (hechos) y normas (disposiciones) nacionales y la Convención, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia interamericana (*contradictio in terminis* de

---

3 Ver: GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José. □El control de convencionalidad en el Perú□, Pensamiento Constitucional, n° 18, 2013, p. 224.

4 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 683.

inconveniencia); y no podría ser de otro modo, desde que los tribunales y jueces peruanos están facultados también de aplicar el control constitucional difuso prescrito en el artículo 138 de la Norma Fundamental de 1993 concordado con la cuarta disposición final y transitoria constitucional al positivizar que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución peruana reconoce, se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, concordado con los artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código Procesal constitucional (2021) y el artículo 14 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En ese sentido, la Corte Interamericana en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay* en su párrafo 65, precisa que los tribunales internos al aplicar el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad.

Siguiendo con el párrafo anterior, cabe hacer una precisión normativa según el Código Procesal Constitucional peruano vigente desde el año 2021 –diferente al derogado Código Procesal Constitucional de 2004–, al señalar textualmente en su segundo párrafo lo siguiente “En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos”. Se está ante un escenario que hay que analizar.

En definitiva, de lo que se trata es utilizar la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores y principios contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados sobre derechos humanos, así como por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, esto es, cabe un enfoque transversal en el derecho y en materia de interpretación, por cuanto no hay derecho si no hay interpretación, particularmente, una interpretación con buenos argumentos<sup>5</sup>.

---

5 Cfr: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coordinador), *Sobre la interpretación constitucional y convencional. Un enfoque transversal en el derecho*, Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional n.º 11, Palestra, Lima, 2016.

#### 4. UN MUNDO “CON” JUECES CONVENCIONALES GARANTES DE LOS DERECHOS COMO PRESUPUESTO DE TODA REFORMA SOBRE LA JUSTICIA

La manifestación doméstica del ejercicio de aplicar el control de convencionalidad es el que en esta ocasión me interesa, con el propósito de afianzar su fundamento democrático, su legitimidad democrática entre los jueces nacionales, por cuanto nuestra época de inusitados cambios y transformaciones requieren juezas y jueces con pensamiento crítico fieles al orden constitucional y a su vez al orden convencional, esto es, la supremacía de la Constitución nacional debe estar sintonizado con la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto es, de la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada en palabras de Sagüés, ni más ni menos<sup>6</sup>.

Ahora bien, el control constitucional y el control convencional es propio de una democracia de estirpe constitucional que tiene su punto de partida en los “derechos”. La democracia constitucional en clave de derechos o “desde” la garantía de los derechos de acuerdo con la doctrina moderna, nos conduce a señalar que le asiste a los justiciables, desde la perspectiva del servicio público de la justicia, el “derecho fundamental a un juez independiente, constitucional y convencional”, un verdadero “derecho fundamental democrático”. No es casual entonces que la protección multinivel de los derechos humanos y el diálogo entre tribunales tengan en la democracia constitucional su justificación, como tampoco es casual que la democracia constitucional se encuentre desarrollada en el impecable libro “Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional” coordinado por el juez de la Corte Interamericana Eduardo Ferrer<sup>7</sup>.

Hablamos de derechos, porque la historia de la civilización es una permanente lucha por el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales en el plano formal y en su ejercicio material, como sucede a nivel de los sinnúmeros textos dados como fueros, códigos, cartas, bulas,

---

6 SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013.

7 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coordinadores). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, pp. 330-331.

peticiones, actas, declaraciones, pactos, constituciones, enmiendas, leyes, convenios, tratados y convenciones.

Una puntualización necesaria, es no olvidar que los derechos correlativamente generan deberes ciudadanos y deberes de los poderes públicos y de sus autoridades, en este caso el “derecho fundamental a un juez independiente, constitucional y convencional” origina el “deber del Estado constitucional” de garantizar los derechos humanos de conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política peruana y; asimismo, el “deber judicial concreto” por parte de la autoridad judicial, esto es, el “deber del juez local o juez peruano de aplicar directamente el control convencional” en los procesos que llegan a su despacho u oficio judicial o hasta el momento en que debe fallar la *litis* en cuestión. Se ejercerá dicho control difuso ya sea a pedido de parte o de oficio -por propia iniciativa del magistrado en el marco de sus respectivas competencias-; igualmente, los jueces al momento de resolver en los casos sometidos a su conocimiento utilizarán las normas americanas de derechos humanos, aun cuando la Corte Interamericana no haya emitido pronunciamiento alguno sobre lo que deben resolver.

Dicha relación de “derecho-deber” se desprende también de la premisa que, si bien habitualmente la independencia judicial tiene una connotación negativa en cuanto a la ausencia de indebidas injerencias internas y externas, una perspectiva institucional y personal, también es importante una lectura positiva de la misma expresada en esa relación juez/ciudadano-usuario vinculados por los derechos. Vale decir, la independencia judicial es un medio para garantizar, desde los poderes públicos, los derechos humanos y las libertades ciudadanas; siendo el justiciable el “titular” del derecho fundamental al juez independiente, como así es establecido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia del 30 de junio de 2009. En ese sentido, el derecho a ser juzgado con parámetros jurídicos, haciendo uso del bloque de convencionalidad va asociado no a los intereses de la judicatura o de situar al juez en una posición de privilegio, sino al resguardo y garantía de los derechos fundamentales por parte de los magistrados; allí radica su legitimidad social, constitucional y democrática.

Sobre el “bloque de convencionalidad” o “bloque de convencionalidad regional” si bien significa que los jueces y los órganos jurisdiccionales en los casos que conocen deben tener en cuenta no sólo la Convención Americana, sus protocolos adicionales y la interpretación de sus disposiciones por

parte de la Corte Interamericana, como también la aplicación de los diferentes tratados sobre derechos humanos como se dispone en el *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 20 noviembre de 2012; debe incluirse –ciertamente– como parámetro los tratados de otra índole empero de cuyo contenido se hacen alusión a los derechos o se desprenden determinados derechos humanos y las opiniones consultivas. Es pues un aspecto a considerar dado cada caso en concreto, con el objeto de no caer en “maximalismos” cuando hablamos del corpus normativo y declarativo del bloque de convencionalidad que generalmente no conducen a nada, como ha advertido en su día el profesor García Belaunde.

Estamos pues ante un lenguaje de internacionalización del derecho constitucional teniendo en cuenta el sistema regional de protección de los derechos humanos y, a su vez, la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, vale decir, la incorporación constitucional de los derechos consagrados en el *corpus iuris* interamericano. Aspectos cruciales en todo proceso interpretativo y argumentativo como muestra del desarrollo evolutivo en favor de la persona humana.

Como se había dicho al inicio, el control de convencionalidad surge en los primeros años del presente siglo, época también de nacimiento de la internacionalización de espacios democráticos de los poderes judiciales latinoamericanos como es la llamada “Cumbre Judicial Iberoamericana”, un importante espacio oficial permanente de cooperación e intercambio de experiencias entre 23 poderes judiciales; y en cuyo seno se debe abordar una suerte de seguimiento al cumplimiento de la vinculatoriedad que supone la Convención Americana de Derechos Humanos; y de tal suerte expresarse en sus diferentes productos o instrumentos normativos como el “Estatuto del Juez Iberoamericano” o la “Carta de Derechos de las personas ante la justicia en el ámbito judicial iberoamericano” al prescribir como un derecho fundamental de la población el tener acceso a una justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa. En dicho esquema el examen de convencionalidad no puede estar ausente.

De lo expuesto, se debe estar entonces, ante un arquetipo de juez nacional no “formalista”, “pasivo”, o “no vinculado”, sino un juez “constitucional”, “convencional”, “político”, “democrático” y “cercano” a las partes acoplado con el sistema político, con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y de la realidad social; sobre todo ante

la fragilidad de la institucionalidad de los países de nuestro subcontinente y porque el Perú no constituye una estructura social y cultural homogénea, sino como se conoce, es una realidad pluriétnica, multicultural, pluricultural e intercultural. En ese sentido, el rol político-social de la magistratura o la legitimidad democrática de la justicia se debe materializar en resoluciones judiciales razonables, predecibles y entendibles (lenguaje claro y sencillo), tomando en cuenta su impacto en la realidad-contexto y de tal suerte estaremos ante un juez como agente de integración social y fiel promotor del diálogo público y participativo en la idea de formar ciudadanías integrales para parafrasear al recordado jurista Valentín Paniagua (a propósito de haberse ya cumplido 20 años del primer gobierno constitucional transitorio en la historia republicana) <sup>8</sup>.

Lo dicho hasta aquí, nos permite afianzar el perfil del juez establecido en la Ley de Carrera Judicial aplicable al Perú, Ley n.º 29277. Razonablemente se puede sostener que el artículo 2 de la Ley de la Carrera Judicial, tiene en sus ocho incisos rasgos fundamentales que permiten dar respuesta a la interrogante ¿qué capacidades y cualidades debe reunir un juez o qué características debe tener un juez para una magistratura idónea?; sin embargo, habrá que hacer puntuales cambios o agregados expresos en cuanto al perfil del juez, como tener una *“trayectoria democrática, de respeto y defensa de la Constitución, de los derechos fundamentales y del principio de convencionalidad”* <sup>9</sup>. Y esto debe ser así literalmente, por cuanto, los jueces asumen -por lo menos- tres tareas fundamentales, que a la vez van en compás de determinadas obligaciones básicas de los jueces: primera tarea: decidir los casos litigiosos (principio de inexcusabilidad), segunda tarea: decidir conforme al derecho (principios de constitucionalidad y legalidad y principio de convencionalidad dado su matiz de complementariedad según el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, Sentencia del 30 de noviembre de 2012, y tercera tarea: motivar sus decisiones (principio de justificación).

---

8 Sobre este particular tema: PANIAGUA CORAZAO, Valentín, «Estado de derecho, política y democracia en la sociedad globalizada», en FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, t. 1, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2005, pp. 109-122.

9 DOMÍNGUEZ HARO, Helder. “Anclaje democrático constitucional de la renovación de la judicatura a través de la capacitación judicial. ¿Reforma de traje o de sustancia?”, *Gaceta Constitucional*, t. 151, 2020, p. 176.

Los tiempos de constitucionalización y convencionalidad corresponde a una evolución nada fácil de la “ideología judicial tradicional” a una “ideología de la justicia democrática”; del juez normativista solamente encerrado y enterrado entre sus expedientes y textos legales a aquel juez convencional que no debe ignorar el medio político, social, económico, virtual y cultural de la sociedad<sup>10</sup>. Es un proceso evolutivo y de adaptación nada fácil porque estamos hablando de la forma de pensar y razonar de los jueces, una modificación del paradigma, de la cultura para transformar la cultura legal, estamos ante “datos culturales” para seguir a Tarello<sup>11</sup>, y la comprensión de los fenómenos jurídicos en un mundo cambiante por los desafíos del derecho globalizado y del constitucionalismo cosmopolita.

Ante tan compleja y sensible cuestión, empecemos no sólo por mejorar los procedimientos de reclutamiento de jueces, también los procedimientos de entrenamiento, esto es, la formación y capacitación de los cuerpos judiciales desde un enfoque democrático constitucional y del paradigma convencional, tanto en la planificación y evaluación como en el contenido curricular. En efecto, si la capacitación de los jueces tiene como fin el fortalecimiento de la independencia judicial, esto es, la realización de los principios y valores constitucionales, que los magistrados cumplan su misión de guardianes y custodios de los derechos ciudadanos y brindar un servicio de calidad en la impartición de justicia, y por efecto el fortalecimiento del sistema democrático, se debe priorizar la enseñanza del “derecho convencional” como un curso orgánico en la capacitación de adultos; tanto en la formación inicial para ser futuro juez como para la formación continua una vez que ya se es magistrado (formación en servicio o en prácticas)<sup>12</sup>.

Más aún si la capacitación además de ser un derecho del juez, es también un deber, una obligación de los magistrados de actualizarse en temas de aplicación del Pacto de San José y la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que bien podría ser

---

10 Ibid., p. 177.

11 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Legis Editores, Bogotá, 2006, p. xix.

12 Al respecto puede verse con mayor detalle mi libro: *El poder de la justicia. Formación y capacitación de magistrados en el Perú (su encuadre constitucional-democrático)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), CESJ, Grijley, Lima, 2021.



una variable de medición de desempeño judicial, la aplicación del orden supranacional, esto es, el ejercicio del control difuso de convencionalidad cuando corresponda.

La enseñanza del derecho convencional debe ser la puerta de entrada o el primer piso para la enseñanza sistemática de la trinidad temática conformada por la formación ética, la Constitución y los derechos humanos, contenido del derecho a la educación, previsto en el artículo 14 de la Carta Fundamental peruana y desarrollada también por el Tribunal Constitucional peruano. En consecuencia, debe ubicarse y catalogarse al “derecho convencional”, *-nomen iuris* de la disciplina- dentro de los cursos fundamentales, básicos y transversales dentro de las escuelas judiciales del continente (Academia de la Magistratura en el caso peruano) y de los centros de estudios de los poderes públicos que integran el sistema de justicia. No hacerlo o no considerarlo como debiera ser o enseñándose de un modo periférico, significaría llegar a la misma conclusión advertida por un grupo de especialistas en la década de los 90 sobre el la enseñanza del derecho constitucional “la formación de promociones de jueces alejados de la cultura democrática”<sup>13</sup>.

Lo hasta aquí desarrollado es sólo algunas ideas del sistema convencional en plena exploración y que resulta -evidentemente- un presupuesto indispensable en todo proceso de reforma o refundación del sistema de justicia; en tanto se están identificando algunos cabos sueltos que presentan la aplicación de los bloques de constitucionalidad y convencionalidad, y evidentemente requieren un mayor tratamiento<sup>14</sup>.

En definitiva, la convivencia entre el derecho convencional (derecho internacional de los derechos humanos) y el derecho nacional (derecho interno) es una clara manifestación del “derecho a vivir en democracia”, en un ordenamiento constitucional-democrático; y corresponde la labor de expandir un “sentimiento convencional” en el sistema de justicia peruano, y aplica -ciertamente- a los países hispanoparlantes, en la construcción de un “diálogo jurisprudencial en derechos humanos” antes que una

---

13 MINISTERIO DE JUSTICIA, *Foro: nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia*, MINJUS/PNUD, Lima, 1994, p. 25.

14 Sobre el particular, ETO CRUZ, Gerardo, *Problemas contemporáneos del control convencional*, San Bernardo, Lima, 2021, especialmente pp. 93-116.

“guerra de bloques” entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad.

## 5. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BOGDANDY, Armin, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (coordinadores). *ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013.

DOMÍNGUEZ HARO, Helder. El poder de la justicia. Formación y capacitación de magistrados en el Perú (su encuadre constitucional-democrático), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), CESJ, Grijley, Lima, 2021.

DOMÍNGUEZ HARO, Helder. “Anclaje democrático constitucional de la renovación de la judicatura a través de la capacitación judicial. ¿Reforma de traje o de sustancia?”, *Gaceta Constitucional*, t. 151, 2020.

ETO CRUZ, Gerardo, *Problemas contemporáneos del control convencional*, San Bernardo, Lima, 2021.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coordinadores). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José. “El control de convencionalidad en el Perú”, *Pensamiento Constitucional*, n° 18, 2013.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coordinador), *Sobre la interpretación constitucional y convencional. Un enfoque transversal en el derecho*, Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional n.º 11, Palestra, Lima, 2016.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Legis Editores, Bogotá, 2006.

LOVATÓN PALACIOS, Miguel David, *La gestión del Estado Constitucional Interamericano en el Perú*, Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho, PUCP, mayo 2016.

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Foro: nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia*, MINJUS/PNUD, Lima, 1994.

PANIAGUA CORAZAO, Valentín, «Estado de derecho, política y democracia en la sociedad globalizada», en FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, t. 1, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2005.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013.



# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA PROTECCIÓN AMBIENTAL ADMINISTRATIVA



*Edith Cerna Landa\**

**Sumario:** I. Introducción. II. El control de convencionalidad y la evolución de sus destinatarios en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos. III. Las principales sentencias de la Corte interamericana de Derechos Humanos en materia ambiental. IV. La protección ambiental por las autoridades administrativas y el control de convencionalidad. V. Bibliografía consultada.

**Palabras clave:** Control de convencionalidad, autoridad administrativa, ambiente.

## I. INTRODUCCIÓN

**E**n el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CORTEIHH), se ha determinado que el control de convencionalidad puede realizarlo toda autoridad y órgano estatal, incluso de oficio, de acuerdo a sus competencias y conforme a las normas procesales internas.

---

\* Magistrada Superior del Poder Judicial. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Entre las autoridades estatales, se encuentran las autoridades y tribunales administrativos, además del Poder Judicial que revisan las decisiones de aquéllos.

En materia ambiental, diversos países de la región han establecido entidades para su protección. En Perú, es el Organismo de evaluación y fiscalización ambiental – OEFA, el ente regulador encargado de verificar el cumplimiento de las obligaciones ambientales y gestor de la política nacional del ambiente.

Ante la ocurrencia – incluso frecuente - de daños ambientales en la región, el control de convencionalidad constituye una institución eficaz para resolverlos; sobre todo mediante la interpretación conforme con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos y, la jurisprudencia de la Corte Interamericana; al ser la facultad de inaplicación normativa, competencia de determinados órganos estatales según la legislación estatal interna, como lo ha señalado la CORTEIDH.

## II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA EVOLUCIÓN DE SUS DESTINATARIOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó el control de convencionalidad en su jurisprudencia, al realizar una interpretación conjunta de los artículos 1.1 (obligación de garantía), 2 (adopción de medidas necesarias para hacer efectivo los derechos y libertades) y 29 (normas de interpretación) de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>2</sup>.

---

2 En éstas normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, se prescribe:

*Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos*

1: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a **garantizar** su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

*Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, **las medidas legislativas o de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El control de convencionalidad constituye “*la concreción jurisdiccional de la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno*”, ello ante la constatación de la Corte Interamericana, que el Estado Parte incumple su obligación internacional de garantizar los derechos, prevista en el artículo 2.1 de la Convención Americana y sus demás obligaciones internacionales incorporadas en la legislación interna; por lo que el control de convencionalidad no es una nueva obligación internacional (Nash, 2013) sino una institución desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que como tal vincula a todos los Estados Partes de la Convención.

El control de convencionalidad, se ha definido como “*una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el Derecho interno de los Estados parte de aquélla*”<sup>3</sup>. Se realiza mediante un control de compatibilidad entre el acto vulneratorio (en si mismo) y la Convención Americana (y sus protocolos adicionales), a través de una interpretación de conformidad de las normas internas aplicables y su adecuación a tal Convención y estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello con la finalidad de que en cada caso concreto se aplique la interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y dar efectividad a los derechos reconocidos en dicha Convención (Castañeda, 2013).

En tal sentido, realizar control de convencionalidad no implica necesariamente la inaplicación de normas internas en el caso específico, dado que ésta es una competencia atribuida a determinados órganos estatales

---

Artículo 29. Normas de Interpretación

*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

3 Instituto Interamericano de Derechos Humanos. En: Manual auto formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia. Costa Rica, año 2015. Tomado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32077.pdf>



que a su vez, deben seguir las normas procesales internas, según lo ha establecido en su jurisprudencia la CORTEIDH.

El control de convencionalidad se inspira en el “*control de constitucionalidad*” de las normas estatales, cuyo propósito es verificar su conformidad con la Constitución Política; en el concepto de “*control internacional*” de los mandatos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos que exige un mayor esfuerzo de interpretación en la jurisdicción nacional incorporando estándares internacionales y; en el principio de efecto útil de los fallos de la CORTEIDH, entendiéndose como *efecto útil* que el fallo se encamine a la protección real y efectiva de los derechos reconocidos en la Convención y contribuya a su realización (Quinche, 2015).

En cuanto a su evolución jurisprudencial, la Corte Interamericana estableció expresamente el control de convencionalidad, en el caso **Almonacid Arellano y otros vs. Chile**, en cuya sentencia de fondo del 26 de setiembre de 2006 se indicó como su destinatario, al **Poder Judicial**.

123. *La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.*

124. *La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no*

*se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*, en sentencia de fondo del 26 de noviembre del 2010, la CORTEIDH reafirma que su doctrina del control de convencionalidad está dirigida esencialmente a los **jueces y órganos vinculados a la Administración de Justicia**, al señalar:

225. *Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*

En el caso *Gudiel Alvarez y otros (Diario Militar) contra Guatemala*, en sentencia de fondo del 20 de noviembre del 2012, la CORTEIDH amplió los alcances del control de convencionalidad al **Ministerio Público**, al indicar:

330. *los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.*

*En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana”.*

Después, amplía el control de convencionalidad a **cualquier autoridad pública**, en el Caso Gelman Vs. Uruguay, en sentencia de fondo y Reparaciones del 24 de febrero de 2011, en el que refirió lo siguiente:

239. *La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial...”*

En esa línea, indica que el control de convencionalidad lo tiene **toda autoridad pública y todos sus órganos**, en Resolución de cumplimiento de dicha sentencia, del 20 de marzo de 2013:

93. *Así, la segunda manifestación del ejercicio del “control de convencionalidad”, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, **toda autoridad pública y todos sus órganos**, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, **están obligados por el tratado, lo cual les obliga a ejercer ex officio un control de convencionalidad**, teniendo en cuenta el propio tratado y la interpretación que del mismo ha realizado la Corte Interamericana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales*

*correspondientes, sea “en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la **determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos**”.*

94. *La eficacia interpretativa de la norma convencional interamericana resulta relativa, en la medida en que **en todo caso las autoridades nacionales podrán efectivizar la norma convencional mediante una interpretación más favorable** de conformidad con el principio *pro personae* que establece el artículo 29 del Pacto de San José.*

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene **que todas las autoridades y órganos estatales deben ejercer un adecuado control de convencionalidad**, en la sentencia de fondo y reparaciones del caso Maidanik y otros vs. Uruguay del 15 de noviembre de 2021, en el cual señaló:

252. *De conformidad con las pautas expresadas, **todas las autoridades y órganos estatales, incluidos los judiciales, en el marco de sus competencias y regulaciones, deben efectuar un adecuado control de convencionalidad**, que considere, de conformidad con el derecho internacional y los señalamientos efectuados en la presente Sentencia, la imprescriptibilidad de los crímenes constitutivos de graves violaciones a derechos humanos cometidos durante la dictadura militar. La Corte no supervisará estas acciones.*

Así entonces, en el desarrollo de su jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha ampliado el deber de realizar el control de convencionalidad, desde los jueces y órganos vinculados a la Administración de Justicia, a **toda autoridad estatal**, pero dentro del marco de las competencias y normas procesales internas, con el propósito de hacer efectivo los derechos humanos reconocidos en la Convención.

### III. LAS PRINCIPALES SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA AMBIENTAL

El Protocolo Adicional a la Convención Americana, sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado **Protocolo de San Salvador**, establece en su artículo 11, que toda persona tiene derecho a vivir en un ambiente sano, a contar con servicios básicos y, que los Estados promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente; norma a partir del cual, en sentencia dictada por el caso Pueblos Kaliña y Lokono

Vs. Surinam, la Corte Interamericana ha reconocido como derecho humano esencial, la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente, al estar relacionado con el derecho a la vida digna, derivado del artículo 4 de la Convención y del *corpus iuris* internacional sobre protección especial de los miembros de las comunidades indígenas.

Por otro lado, conforme al citado artículo 11, el medio ambiente como bien jurídico protegido debe estar “sano”, es decir, libre de contaminación y degradación, para que sea factible el derecho humano a vivir en aquél y ejercer otros derechos fundamentales, como la integridad física y la salud.

En su jurisprudencia, la CORTEIDH ha tenido la oportunidad de resolver casos de vulneración de derechos humanos y medio ambiente, siendo los mas relevantes<sup>4</sup>:

- 1.- **Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020.** Serie C No. 4005. 244. Destaca la “estrecha” relación o “interdependencia” entre el ambiente y los derechos humanos, que pueden ser afectados por la **degradación ambiental**. 245. En este marco, hay amenazas ambientales que pueden incidir en la alimentación, el derecho a participar en la vida cultural y el derecho al agua, que resultan “particularmente vulnerables” a “afectaciones ambientales” [...]. En ese sentido, el Comité DESC ha indicado que entre las “políticas” cuya “adopción” el derecho a la alimentación “requiere” se encuentran las “ambientales”. Del mismo modo, ha señalado que “en las políticas y los programas medioambientales y de desarrollo económico”, los Estados deben “[r]espetar y proteger” el “patrimonio cultural de todos los grupos y comunidades, en particular de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados”.
- 2.- **Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008.** Serie C No. 179. 76. El Tribunal destaca, en relación con la privación del derecho a la propiedad privada, que un interés legítimo o general basado en la protección del medio ambiente representa una causa de utilidad pública legítima. El

---

4 Tomados del Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, año 2021. En <https://www.corteidh.or.cr/publicaciones.cfm>

Parque Metropolitano de Quito es un área de recreación y protección ecológica para dicha ciudad. 116. En conclusión, la Corte sostiene que el Estado privó del derecho a la propiedad privada a la señora María Salvador Chiriboga por razones de utilidad pública legítimas y debidamente fundamentadas, las cuales consistieron en la protección del medio ambiente a través del establecimiento del Parque Metropolitano. Sin embargo, el Estado no respetó los requerimientos necesarios para restringir el derecho a la propiedad acogidos en los principios generales del derecho internacional y explícitamente señalados en la Convención Americana.

- 3.- **Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.** Serie C No. 24543. 204. En relación con la **obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental**, el artículo 7.3 del Convenio N° 169 de la OIT dispone que “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el **medio ambiente** que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”. 205. La realización de tales estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo [...]. En ese sentido, el Tribunal ha establecido que el Estado debía garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Además la Corte determinó que los Estudios de Impacto Ambiental “sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también [...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos... 206. Por otro



lado, la Corte ha establecido que los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los Estudios de Impacto Ambiental coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones. Además, el Tribunal agregó que uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos.

- 4.- **Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.** Serie C No. 30944. 172. Por su parte, el Tribunal ha resaltado la importancia de la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente contenido en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” como **un derecho humano esencial relacionado con el derecho a la vida digna** derivado del artículo 4 de la Convención a la luz del *corpus iuris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas “en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma”. Sin perjuicio de ello, como fue referido en el caso de la Comunidad Xákmok Kásek, el Tribunal determinó que “[...] el Estado deb[ía] adoptar las medidas necesarias para que [su legislación interna relativa a un área protegida] no [fuera] un obstáculo para la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad”. 173. La Corte considera relevante hacer referencia a la necesidad de compatibilizar la protección de las áreas protegidas con el adecuado uso y goce de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas... Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Así, el derecho de los pueblos indígenas y

las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes. 198... la extracción de bauxita en Wane Kreek 1 y 2 generó graves daños al medio ambiente y a los recursos naturales necesarios para la subsistencia y desarrollo de los Pueblos Kaliña y Lokono [...]. 221. Al respecto, el Estado tiene el deber de proteger tanto las áreas de reserva natural como los territorios tradicionales con el fin de prevenir daños en el territorio indígena, inclusive aquel que proceda de terceros, a través de mecanismos adecuados de supervisión y fiscalización que garanticen los derechos humanos, en particular, mediante la supervisión y fiscalización de estudios de impacto ambiental. 290. En vista de que el Estado fue encontrado responsable por la violación del artículo 21 de la Convención, debido a los daños ocasionados al medio ambiente y a los territorios de los Pueblos Kaliña y Lokono por la actividad minera de extracción de bauxita en la Reserva de Wane Kreek [...], y siendo que los trabajos de rehabilitación por parte de la empresa aún no han sido efectivos ni suficientes, la Corte dispone que el Estado deberá: a) implementar las acciones suficientes y necesarias, a fin de rehabilitar la zona afectada. Para ello, es preciso elaborar un plan de acción de rehabilitación efectiva de la zona, de manera conjunta con la empresa que ha estado a cargo de dicha rehabilitación, y con la participación de una representación de los Pueblos Kaliña y Lokono. Dicho plan deberá incluir: i) una evaluación integral actualizada de la zona afectada, mediante un estudio a cargo de expertos independientes en la materia; ii) un cronograma de trabajo; iii) las medidas necesarias para remover cualquier afectación derivada de las actividades mineras, y iv) las medidas para reforestar las áreas que aún están afectadas por tales actividades, todo ello tomando en cuenta el parecer de los Pueblos afectados, y b) establecer los mecanismos de fiscalización y supervisión necesarios para la ejecución de la rehabilitación que lleva a cabo la empresa.

- 5.- **Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020.** Serie C No. 400. 208... en materia específica ambiental, debe destacarse que el principio de prevención de daños ambientales, forma parte del derecho internacional consuetudinario, y entraña la obligación de los Estados de llevar adelante las



medidas que sean necesarias ex ante la producción del daño ambiental, teniendo en consideración que, debido a sus particularidades, frecuentemente no será posible, luego de producido tal daño, restaurar la situación antes existente... Esta obligación debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, la cual debe ser apropiada y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental. Por otro lado, si bien no es posible realizar una enumeración detallada de todas las medidas que podrían tomar los Estados con el fin de cumplir este deber, pueden señalarse algunas, relativas a actividades potencialmente dañosas: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer planes de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental.

6. **Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.** Serie C No. 214. 229. En cuanto a las obligaciones que conlleva el derecho al agua, cabe agregar a lo expuesto algunas especificaciones. Rige, desde luego, el deber de respetar el ejercicio del derecho, así como el deber de garantía, señalados en el artículo 1.1 de la Convención. Este Tribunal ha indicado que “el acceso al agua” implica “obligaciones de realización progresiva”, pero que “sin embargo, los Estados tienen obligaciones inmediatas, como garantizar [dicho acceso] sin discriminación y adoptar medidas para lograr su plena realización”. Entre las obligaciones estatales que pueden entenderse comprendidas en el deber de garantía se encuentra la de brindar protección frente a actos de particulares, que exige que los Estados impidan a terceros que menoscaben el disfrute del derecho al agua, así como “garantizar un mínimo esencial de agua” en aquellos “casos particulares de personas o grupos de personas que no están en condiciones de acceder por sí mismos al agua [...], por razones ajenas a su voluntad”. 230. La Corte concuerda con el Comité DESC en cuanto a que, en el cumplimiento de sus obligaciones relativas al derecho al agua, los Estados “deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho”, inclusive, entre otros, “los pueblos indígenas”. En ese sentido, deben velar porque “[e]l acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas” y “facilitar recursos para que

los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua”, así como que “[l]as comunidades nómadas [...] tengan acceso al agua potable en sus lugares de acampada tradicionales”.

Por otro lado, la CORTEIDH adoptó la **Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017**, sobre obligaciones estatales en relación con el medio ambiente, en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que señaló:

5. Con el propósito de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, los Estados tienen la **obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio**, para lo cual deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales, y mitigar el daño ambiental significativo que hubiere producido [...].
6. Los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica [...].
8. Con el propósito de garantizar los derechos a la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, en relación con la protección del medio ambiente, los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente; el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, así como el derecho de acceso a la justicia en relación con las obligaciones ambientales estatales enunciadas en esta Opinión [...].

#### IV. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

*El medio ambiente, es “el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven.... el medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivientes y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la*

*vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana... El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana*<sup>5</sup>. Está constituido por los recursos naturales (agua, aire, suelo, subsuelo, fauna, flora, fondos marinos) así como las relaciones que entre ellos se generan, como el clima, paisaje, ecosistemas, espacios naturales (Canosa, 2004).

La primera manifestación internacional sobre el medio ambiente (como recursos naturales) fue en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, adoptado en Estocolmo - Suecia, el 16 de junio de 1972, en el cual se estableció como Segundo Principio que *“Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”* y, como Cuarto Principio, que *“el hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su habitat, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y fauna silvestres”*

La necesidad de proteger el ambiente, motivó una legislación y la creación de tribunales administrativos especializados, que como autoridades estatales, están también obligados a realizar control de convencionalidad, incluso de oficio (es decir, sin necesidad que sea solicitado por el interesado), en los asuntos de su competencia, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ello en la medida que las autoridades y tribunales administrativos determinan derechos y obligaciones, por lo que actúan como jueces (aunque formalmente no lo sean y sus decisiones son revisables por el Poder Judicial) y, por ende, sus interpretaciones deben adecuarse a la jurisprudencia interamericana (Ibañez, 2017).

Sobre la interpretación administrativa, la Corte Interamericana en sentencia de fondo dictada el 1 de setiembre del 2011, en el caso López Mendoza vs. Venezuela (fundamento 228), reiterado en la sentencia de

---

5 Según lo definió el Tribunal Constitucional del Perú, en sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad contra la norma de regalías mineras (expediente N°048-2004-AI).

fondo emitida el 24 de febrero del 2012, en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (fundamento 284); señaló que *“con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”*; es decir, estableció que el control de convencionalidad alcanza a las interpretaciones que realiza la Administración Pública y que ésta debe adecuarse también a su jurisprudencia.

La interpretación en materia ambiental realizada por la Corte Interamericana en las sentencias precitadas, pone de relieve que la degradación del ambiente puede afectar los derechos humanos - como a la alimentación y al agua - al tener ambos una relación de interdependencia. Asimismo, que el Estado debe tener en cuenta los principios de prevención y precaución por daño ambiental y para ello debe adoptar medidas para evitar daños significativos, tanto dentro como fuera de su territorio, actuar con un estándar de debida diligencia con medidas apropiadas y proporcionales al grado de riesgo de daño ambiental, brindar protección ante toda transgresión y contaminación ilícita del agua como el que causan los actos de particulares y, garantizar un mínimo esencial de agua para todos.

Ante actividades potencialmente dañosas, la CORTEIDH indica que se debe adoptar como medidas, entre otros: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer planes de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental.

Actualmente, a nivel estatal ante las infracciones ambientales - cometidos por particulares o entidades públicas -, se imponen sanciones y se ordena a los responsables en tanto causantes de la degradación del ambiente, medidas de restauración, rehabilitación o reparación ambiental y si no fuera posible medidas compensatorias, en base al principio de responsabilidad ambiental<sup>6</sup>. Ello porque se considera que *“el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos; (ii) medidas*

---

6 El Principio de Responsabilidad Ambiental, está reconocido en el Perú, en el artículo IX del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente N° 28611.

*de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y, (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos”*<sup>7</sup>

Sin embargo, dado que según la jurisprudencia de la CORTEIDH el Estado debe asumir un estándar de diligencia apropiado y proporcional al grado de riesgo ambiental; es válido que en los procedimientos sancionadores por infracción ambiental, se ordene a la autoridad estatal como medida de protección, preservación y mejoramiento ambiental, que destine recursos, estudios y tecnologías al lugar directamente degradado, independientemente de las sanciones impuestas al infractor ambiental en el caso concreto.

Con la adopción de tales medidas adicionales a cargo del Estado en los procedimientos sancionadores, aquél puede cumplir eficazmente con el principio de prevención y precaución ambiental (reconocido en la jurisprudencia de la CORTEIDH<sup>8</sup>) así como su obligación internacional de promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente establecido en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, lo cual es esencial para que se concrete el derecho de las personas a vivir en un ambiente sano, sobre todo de la población del lugar afectado por el daño ambiental, además que tales medidas estatales adoptadas con propósito de prevención, coadyuvarían a reducir significativamente los conflictos socioambientales<sup>9</sup>.

---

7 Resolución N° 118-2020-OEFA/TFA de la Sala Especializada en Minería, Energía, Actividades Productivas e Infraestructura y Servicios del Tribunal de Fiscalización Ambiental, del 21 de julio del 2020. Tomado de [https://www.oefa.gob.pe/?wpfb\\_dl=38129](https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=38129). Numeral 21.

8 El Principio de prevención ambiental está reconocido expresamente en el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat Vs. Argentina. Además, está previsto en el artículo VI de la citada Ley N° 28611, que señala *“la gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan”*.

9 En el Perú, según el Reporte de Conflictos Sociales N° 220 de la Defensoría del Pueblo, a junio de 2022, existen 207 conflictos sociales: 153 activos y 54 latentes, de los cuales 131 son conflictos socioambientales activos (que equivale al 63.3%) y, de éstos, 88 casos corresponde a conflictos relacionados a la actividad minera y 25 casos a hidrocarburos, causado entre otros motivos, por la contaminación ambiental y de ecosistemas frágiles, áreas naturales protegidas y recursos naturales como el agua, entre otros. Tomado de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/07/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%B0-220-Junio-2022.pdf>

Y es que en el ámbito estatal interno, son las autoridades y tribunales administrativos en materia ambiental, los primeros obligados a brindar tutela al derecho humano de vivir en un ambiente sano y, a proteger el medio ambiente.

Para tal propósito el control de convencionalidad, constituye una institución adecuada para la adopción de decisiones administrativas válidas de protección al ambiente y al derecho humano a vivir en un ambiente sano, además de evitar que el Estado parte incurra en responsabilidad internacional por el incumplimiento de su deber de garantía, reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Tal deber de garantía es ahora más relevante ante el calentamiento del sistema climático que pone en riesgo la vida presente y de las futuras generaciones, ya advertida en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano del 16 de junio de 1972, es decir, hace más de 50 años, por lo que el Estado parte debe asumir medidas ambientales más eficaces – como las planteadas –, teniendo en cuenta que el clima es “un bien común, de todos y para todos” y que el ambiente humano y el ambiente natural – por estar estrechamente vinculados – se degradan juntos y afectan de modo especial a los más débiles del planeta (Carta Encíclica *Laudato sí* - sobre el cuidado de la casa común, 2015).

## V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Canosa Usera, Raúl. En: *Constitución y Medio Ambiente*. Libro de la Colección *Constitución y Derechos Humanos*. Editorial Jurista Editores EIRL, año 2004.

Carbonell Miguel. En: *Introducción General al control de convencionalidad*. Libro homenaje a Jorge Carpizo. *El constitucionalismo contemporáneo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Año 2013.

Castañeda Otsu, Susana Ynes. En: *Problemática en la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. El caso peruano. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, volumen 15 N° 1, año 2014. Tomado de <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1579>

- Carta encíclica del sumo pontífice Francisco, *Laudato sí'* - sobre el cuidado de la casa común, año 2015. Editorial Paulinas, cuarta reimpresión, Lima - 2019.
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, año 2021. Tomado de <https://www.corteidh.or.cr/publicaciones.cfm>
- Delgado Vizcarra, Arturo. En: Análisis de las funciones de supervisión del OEFA como ente rector del SINEFA, en el compendio: *La fiscalización ambiental en el Perú. Reflexiones sobre las funciones y atribuciones de la OEFA*. Primera edición OEFA, Lima – Perú, abril 2014.
- Ibañez Riva, Juana María. En: *Control de convencionalidad. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, Núm. 1. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2017. <https://iuslatin.pe/control-de-convencionalidad/>
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. En: *Manual auto formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. Costa Rica, año 2015. Tomado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32077.pdf>
- Quinche Ramirez, Manuel Fernando en: *El control de convencionalidad. Colección Procesal de los derechos humanos N° 11*. Editorial UBIJUS. Año 2015.
- Nash Rojas, Claudio. En: *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Año XIX, Bogotá, 2013. Tomado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32199.pdf>.
- Reporte de Conflictos Sociales N° 220 de la Defensoría del Pueblo del Perú, a junio de 2022. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/07/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%B0-220-Junio-2022.pdf>



**DEMOCRACIA REPRESENTATIVA  
AUTORITARISMO Y CRISIS ESTATAL**



# DECLIVE, RECESIÓN Y RESCATE DE LA DEMOCRACIA LIBERAL



Luca Mezzetti\*

**Sumario:** 1. Declive, estancamiento y regresión de la democracia. 2. Desinterés en la democracia liberal y revitalización de los sistemas democráticos. 3. Los instrumentos de rescate de la democracia liberal ante todos los factores anteriormente mencionados, la democracia aparece desfigurada.

## 1. Declive, estancamiento y regresión de la democracia

La gran mayoría de las personas en el mundo quiere vivir con sistemas más responsables, representativos y democráticos, según los resultados de encuestas y “barómetros” de la democracia: por tanto, los conflictos contemporáneos, frecuentemente, se crean como consecuencia de las aspiraciones a la democracia – *the spirit of democracy* – que las estructuras político-institucionales y culturales existentes son incapaces de satisfacer<sup>1</sup>. Ampliando la débil concepción de democracia de Schumpeter, Diamond ha enumerado diez dimensiones de densidad que toda democracia moderna debe contener: libertad individual sustancial de culto, pensamiento, opinión, expresión, asociación, reunión, manifestación e

---

\* Doctor en Derecho –Vice-Presidente de la asociación Mundial de Derecho Constitucional. Ex Decano de Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia. Profesor catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Bolonia (Italia)

1 L. Diamond, *The Spirit of Democracy*, Times Books, 2008.

internet; libertad de las minorías étnicas, raciales, religiosas, etc.; derecho de voto de todos los ciudadanos adultos y derecho de ser electos; autentica transparencia y libre competencia en el sistema electoral; igualdad de todos los ciudadanos en un Estado de Derecho, en el que las leyes sean claras, públicamente conocidas, universales, estables y no retroactivas; poder judicial independiente que aplique la ley de manera neutral y proteja los derechos individuales y colectivos; debido proceso y prohibición de la tortura y de las detenciones arbitrarias, así como la prohibición al exilio y a la interferencia de sujetos estatales o no estatales en la esfera privada; controles institucionales del poder de los electos por parte de un poder legislativo independiente, de las cortes y de las autoridades administrativas independientes; pluralismo auténtico de las fuentes de información y de las formas de organización independientes del estado; controles sobre los militares y sobre la seguridad del Estado por parte del poder civil responsable frente a los electores<sup>2</sup>. La cuestión sobre la esencia de la democracia, según Diamond, no se puede solucionar en una única respuesta correcta: se puede hacer referencia, en vía minimalista, a la democracia electoral (*electoral democracy*) como sistema en el que los electores tienen la capacidad de elegir y retirar a sus representantes mediante elecciones regulares, libres y correctas; también debe ser claro, según el autor, que la democracia liberal (*liberal democracy*) necesita que las diez dimensiones “densas” mencionadas previamente existan en manera sustancial. Entre estos dos modelos, se sitúan, por un lado, las democracias antiliberales (*illiberal democracy*), en las que tales dimensiones se ven afectadas por una significativa disminución, y por otro lado las pseudo-democracias (*pseudo-democracy*), cuyas instituciones pueden operar de forma efectiva, pero el sistema electoral produce resultados alterados.

Las preocupaciones que se manifiestan actualmente con respecto a la característica de las categorías democráticas de arraigarse en los ordenamientos que han experimentado transiciones constitucionales, se han validado y sustentado por el contexto global en el que se ha producido la cuarta ola de transiciones políticas y cuyos procesos de consolidación democrática siguen en fase de experimentación. Se trata de un contexto caracterizado por un declive de los sistemas democráticos que no permite esperar que se produzca otra oleada de transiciones, con excepción – según

---

2 L. Diamond, *op. ult. cit.*, pág. 21-23.

destacada doctrina<sup>3</sup> - de los casos relativos a Asia oriental como Mongolia, Indonesia y Filipinas, que, aunque, son actualmente democracias electorales, parecen haber tomado el camino hacia una plena consolidación democrática, y aquellos relativos a Tailandia, Malasia, Singapur y Myanmar, cuyos indicadores muestran señales alentadoras de progreso democrático.

Declive, estancamiento, regresión: los indicadores estadísticos que miden la entidad cuantitativa y cualitativa de las democracias - electorales y liberales - en el mundo (tomando como referencia los informes de Freedom House desde 2014 a 2022) señalan una fase de crisis y de transición, y aunque no tengan una visión de deterioro y de grado<sup>4</sup>, sí que muestran la dificultad y rigidez que presentan las democracias a la hora de llevar a cabo sus *performances*<sup>5</sup>. La democracia, según el título del *Report 2021* de Freedomhouse, se encuentra sitiada, y según el título del *Report 2022*, hay que destacar *the global expansion of the authoritarian rule* (la expansión global del gobierno autoritario): actualmente asistimos al declive de la democracia, al desvanecimiento de la democracia, al fenómeno de los regímenes autoritarios que se han deshecho de la máscara democrática y resaltan su auténtica naturaleza.

A este factor se le debe añadir el progresivo desinterés hacia las categorías democráticas que los índices mencionados igualmente registran en una pluralidad de sistemas en el mundo. Inevitablemente, este debilitamiento de los sentimientos pro-democráticos nos lleva a identificar las causas.

Con este objetivo se hace referencia<sup>6</sup> a la creciente y difundida percepción de la dificultad de las democracias en relación a las *performance* políticas y económicas; a la vitalidad que presentan, por otro lado, algunos sistemas autoritarios; a la reubicación del equilibrio geopolítico a favor de los autoritarismos, teniendo en cuenta factores de naturaleza estratégica y geopolítica, y las tendencias expansionistas de regímenes autoritarios como China, Rusia y Turquía, que están orientados hacia la exportación

---

3 L. Diamond, *The Coming Wave*, en *Journal of Democracy*, 2012, pág. 5 y siguientes.

4 P. C. Schmitter, *Crisis and Transition, But Not Decline*, en *Journal of Democracy*, 2015, pág. 32 y siguientes.

5 F. Fukuyama, *Why Is Democracy Performing So Poorly?*, en *Journal of Democracy*, 2015, pág. 11 y siguientes.

6 M. C. Plattner, *Is Democracy in Decline?*, en *Journal of Democracy*, 2015, pág. 5 y siguientes.

de sus propios modelos, y a la vez pueden resultar más atractivos que la democracia para muchos individuos y una pluralidad de naciones<sup>7</sup>, lo que lleva, en última instancia, a la alteración de las relaciones políticas internas y a la configuración de directrices políticas: “*Under these conditions, democracy would lose much of its luster. Where it broke down, there would be less demand to restore it. One could no longer be confident that time would still be on democracy’s side*”<sup>8</sup>.

A mediados de la primera década del siglo XXI se verifica el punto de inflexión de la prolongada etapa de retroceso de la expansión de la libertad y de la democracia<sup>9</sup>: desde el año 2006 no ha habido una expansión significativa de las democracias electorales, el número de éstas oscila entre 114 y 116, alrededor del 60% de los sistemas en el mundo.

En realidad, son dos los posibles enfoques que existen a la hora de evaluar los datos empíricos proporcionados por los centros de investigación especializados más fiables como “barómetros” de la democracia a nivel global: los acontecimientos que han tenido lugar en la última década pueden ser considerados manifestaciones de un periodo de equilibrio, durabilidad y sostenibilidad de las democracias surgidas en la ola de transiciones de la etapa anterior, que, a pesar de encontrarse en difíciles condiciones económicas, estructurales y estratégicas, resisten a los peligros de una regresión autocrática; o bien, el periodo en sí, puede identificarse como una época de incipiente declive de la democracia<sup>10</sup>.

Asumiendo la unidad de medida de la democracia como *continuum* variable, dependiendo del diferente funcionamiento de una pluralidad de factores que constituyen sus componentes esenciales (pluripartidismo, acceso de la oposición a los medios de comunicación y a las financiaciones de las campañas electorales, exclusividad del sufragio, imparcialidad y neutralidad de la administración electoral, efectividad del poder de gobierno, y también otras dimensiones de la cualidad de la democracia como son las libertades civiles, la *rule of law*, el control de la corrupción, la vitalidad de la sociedad civil, etc.), Diamond enuncia cuatro síntomas que

---

7 M. F. Plattner, *The End of the Transitions Era?*, en *Journal of Democracy*, 2014, pág. 14.

8 M. F. Plattner, *Is Democracy in Decline?*, cit., pág. 10.

9 L. Diamond, *Facing Up to the Democratic Recession*, en *Journal of Democracy*, 2015, pág. 142.

10 L. Diamond, *op. ult. cit.*, pág. 141 y siguientes.

revelan la recesión de la democracia a partir del año 2006: un incremento de los *democratic breakdowns* (golpes de Estado o involuciones autocráticas que, en distinta medida, han afectado a los particulares ordenamientos); el declive de la cualidad o estabilidad de la democracia en los emergentes ordenamientos estratégicamente importantes (conocidos como *swing states*); el aumento del autoritarismo, relacionado también con grandes estados que son importantes estratégicamente; y por último, la disminución de las *performances* de las democracias consolidadas y la carencia de una promoción eficaz de la democracia hacia el exterior. A tales factores se les puede añadir el auge de los regímenes populistas, como en el caso de Argentina y Brasil, que han generado una progresiva erosión en los procedimientos decisionales democráticos y una reducción de las directrices políticas sobre exigencias contingentes y promesas de rescate económico y social de improbable realización.

Bajo el primer perfil mencionado, se señalan 25 casos de regresión de la democracia a partir del año 2000 (Fiyi, Rusia, República Centroafricana, Guinea-Bissau, Nepal, Venezuela, Tailandia, Islas Salomón, Bangladesh, Filipinas, Kenia, Georgia, Honduras, Madagascar, Nigeria, Burundi, Sri Lanka, de nuevo Guinea-Bissau, Maldivas, Mali, Nicaragua, Ucrania, Turquía, de nuevo Bangladesh y Tailandia), a causa de los golpes de estado o al progresivo degrado de los derechos y los procedimientos democráticos, que han empujado a numerosos ordenamientos al umbral del autoritarismo competitivo (*competitive authoritarianism*)<sup>11</sup>: dichos ordenamientos habrían entrado en una *zona gris*<sup>12</sup>, en un limbo entre democracia y autocracia caracterizado por una significativa erosión de la imparcialidad en las elecciones, del pluralismo político, de los espacios reservados para la oposición, así como una concentración del poder personal, una polarización de la sociedad en consecuencia de los conflictos por motivos étnicos o religiosos, la debilidad de las estructuras estatales y la fragilidad de las administraciones públicas. Son sistemas que experimentan una *governance* incapaz, ineficaz, poco fiable, negligente y decadente, lo que provoca una grave manipulación de las reglas fundamentales del Estado de derecho,

---

11 L. Diamond, *op. ult. cit.*, pág. 145.

12 La definición (*grey zone*) es de T. Carothers, *The End of the Transition Paradigm*, en *Journal of Democracy*, 2002, pág. 5 y siguientes.



y muestran tendencias populistas y neo-patrimoniales, acercándose peligrosamente, y a veces entrando, en una involución autocrática<sup>13</sup>.

Bajo el segundo perfil, encontramos 27 casos de países que tienen un particular peso demográfico, económico y estratégico – *swing states* – que han registrado, en los últimos quince años, un carácter democrático más bajo con respecto al año 2005: este declive se ha verificado en democracias liberales (Corea del Sur, Taiwán y Sudáfrica), en democracias casi liberales (Colombia, Ucrania, Indonesia, Turquía, México y Tailandia antes del golpe de Estado de 2014), y también en regímenes autoritarios (Etiopía, Venezuela y Arabia Saudita) y experiencias particulares como las de Egipto, Bangladesh, China, Malasia, Nigeria y los Emiratos Árabes Unidos<sup>14</sup>.

En tercer lugar, se evidencia un incremento de los autoritarismos – los ejemplos más significativos son Rusia y China – y la tendencia de éstos de desacreditar las democracias occidentales promoviendo sus propios modelos, cosa que seduce de forma particular a los autocratas africanos atraídos por las inversiones chinas y rusas que reciben, en contraposición a las presiones occidentales que están a favor de la democracia y del buen gobierno<sup>15</sup>: por otro lado, no queda excluido de dicha categoría el caso de la Primavera Árabe, que tuvo lugar en casi todos los países afectados por el fenómeno, dando vida, en casos concretos, a regímenes todavía más represivos, o bien provocando la desaparición del estado, como en el caso de Libia<sup>16</sup>.

Es relevante ver cómo la dimensión más preocupante de la recesión democrática se identifique con el declive de la eficacia, vitalidad y autoestima de los sistemas occidentales<sup>17</sup>, síntoma, éste, de una democracia enferma, rígida en sus procedimientos decisionales, costosa para su funcionamiento y para las garantías a las que está llamada a ofrecer.

---

13 F. Fukuyama, *Political Order and Political Decay. From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*, Farrar, Straus and Giroux, 2014.

14 L. Diamond, *op. ult. cit.*, pág. 150.

15 L. Diamond, *op. ult. cit.*, pág. 151-152.

16 L. Mezzetti, *Diritto islamico. Storia, fonti, istituzioni, società*, Giappichelli, 2022, pág. 134 y ss..

17 L. Diamond, *op. ult. cit.*, pág. 153.

La doctrina que considera que las percepciones de una regresión democrática se basan en una estimación errónea de los indicadores del periodo en cuestión, ofrece una visión diferente de los datos empíricos relativos a los últimos quince años de evolución/involución democrática de los sistemas políticos del mundo<sup>18</sup>: según tal doctrina, los análisis de las transiciones que surgieron en la etapa posterior a la Guerra Fría estaban contaminados de un excesivo optimismo, lo que provocó expectativas irreales, que donde no se cumplieron, dieron lugar a un pesimismo exagerado. Las transiciones realizadas en la segunda ola, a mediados de los años sesenta en los países del sur de Europa (Grecia, Portugal y España), y aquellas de la tercera ola, a principios de los años ochenta, en América Latina y en Europa central y oriental, tuvieron lugar en condiciones que favorecieron el resultado positivo de los procesos de democratización (altos niveles de desarrollo, sólidos movimientos civiles y de oposición, estados funcionales, estrechas relaciones con países occidentales): la conclusión a la que muchos estudiosos han llegado a partir de dichos acontecimientos es la (errada) identificación y asimilación de las dos (en realidad profundamente diferentes) hipótesis de colapso de los regímenes autoritarios y de la democratización, y también a la falsa representación según la cual todos los indicios de apertura de los regímenes autocráticos fueron la señal inequívoca de una transición eventualmente destinada a transformarse en una democracia. Tales aperturas, advierten algunos autores, no son más que reformas en apariencia, que emprendieron los autócratas, destinadas a apaciguar las crisis a corto plazo, y las que siguieron, en realidad, fueron etapas caracterizadas por la consolidación del poder mediante el control de las fuerzas armadas, del aparato policial y de grandes flujos financieros que garantizaban los ingresos del Estado.

La tendencia a superponer crisis de regímenes autoritarios y transiciones democráticas también fue corroborada por la caída del comunismo<sup>19</sup>: la caída del Muro de Berlín y el colapso de la Unión Soviética generaron la percepción generalizada de la inevitabilidad de la opción democrática: este optimismo, sin embargo, llevó a muchos estudiosos a ofrecer una lectura engañosa de las crisis de sistemas posteriores al fin de la Guerra Fría. Si los años noventa se describen normalmente como una década de

---

18 S. Levitsky y L. Way, *The Myth of Democratic Recession*, en *Journal of Democracy*, 2015, pág. 45 y siguientes.

19 S. Levitsky y L. Way, *op. ult. cit.*, pág. 49.

democratización sin precedentes, parece preferible caracterizarla – según la posición en cuestión – como una década de crisis autocráticas sin precedentes: los regímenes, que previamente estaban apoyados por la Unión Soviética o por potencias occidentales, quedaron privados de los apoyos externos y las graves crisis institucionales y económicas privaron a los autócratas de los recursos necesarios para mantenerse en el poder. En muchos casos se asistió al colapso de los estados o a la severa degradación de éstos: algunos ejemplos son Albania, Camboya, Georgia, Haití, Liberia, Madagascar, Tayikistán y Zaire. Igualmente, los gobiernos de Camerún, Gabón, Kirguizistán, Mozambique y Rusia toleraron el desarrollo de libres elecciones multipartidistas, ya que no tenían la mínima capacidad de oponerse a ello. La subida al poder de partidos no comunistas en Rusia y en los demás estados ex - soviéticos, la caída de las autocracias de Madagascar, Malawi, Nigeria, Zambia, y otros estados africanos, y el desarrollo de elecciones multipartidistas en Angola, Camboya, Camerún, Gabón, Guinea-Bissau, Kenia, Mozambique y Tanzania, generaron la falsa ilusión de transiciones democráticas que se calificaron como nuevas democracias, democracias electorales, democracias antiliberales, democracias no consolidadas, etc.. En realidad – según observan Levitsky y Way – la mayoría de las crisis de los regímenes autoritarios que surgieron a mediados de los años noventa no constituyeron significativos movimientos hacia la democracia: numerosas autocracias entraron en crisis a causa del colapso del Estado (Azerbaiyán, Georgia, Sierra Leona, Tayikistán, Zaire) o del dramático deterioro del mismo (Bielorrusia, Madagascar, Malawi, Ucrania).

En la primera década del nuevo milenio, se ha reducido la fragilidad e inestabilidad que habían caracterizado a numerosos sistemas africanos, asiáticos y ex - soviéticos gracias a la mejora de la situación económica, al reforzamiento del sistema estatal y a una mayor ductilidad del contexto internacional: aún así, no es sorprendente que sistemas como los de Azerbaiyán, Bielorrusia, Camboya, República Centroafricana, Congo-Brazzaville, Gabón, Guinea-Bissau, Jordania, Kazajistán, Kirguizistán, Rusia, Tayikistán, Turkmenistán y Uzbekistán hoy sean cualificados como no libres.

En otros casos, la inestabilidad del régimen ha generado momentos democráticos breves en los que las presiones externas o la fragilidad del sistema interno han permitido llevar a cabo elecciones libres (como son los casos de Bangladesh en 1991, Haití en 1991, Congo- Brazzaville en 1992,

Bielorrusia en 1994, Nigeria en 1999, Guinea-Bissau en 2000, Madagascar en 2002 y Burundi en 2005).

La erosión de la democracia, con referencia a los primeros quince años del nuevo milenio, parece ser comprensible solamente cuando se tiene en cuenta que este fenómeno se produjo, principalmente, en sistemas en los que la democracia nunca había echado raíces profundas<sup>20</sup>.

La ilusión de una democracia capaz de echar raíces en cualquier lugar tiene que confrontarse necesariamente con factores estructurales como el nivel de desarrollo, la desigualdad, la funcionalidad del sistema económico, la gestión de los recursos naturales, la actitud del aparato estatal, la solidez de la sociedad civil y la relación con el mundo occidental, y así poder condicionar el pronóstico de viabilidad e sostenibilidad de un sistema democrático<sup>21</sup>.

Asimismo, se considera que la magnitud cuantitativa y cualitativa de las transiciones de la tercera ola reduce inevitablemente el número de potenciales candidatos para ser protagonistas de una próxima oleada<sup>22</sup>.

Sin embargo, también son varios los aspectos que nos hacen adoptar una visión optimista, como la constatación del carácter duradero de las democracias latinoamericanas y centroeuropeas surgidas durante la tercera ola, la democratización que, en la última década del milenio anterior, han tenido importantes países como Croacia, Ghana, Indonesia, México, Serbia, Eslovaquia, Sudáfrica y Taiwán, la permanencia de la democracia en otras realidades como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Polonia y Corea del Sur, así como en países con condiciones económico-estructurales desfavorables (por ejemplo El Salvador, Ghana, Guyana, Mongolia y Rumanía), el reforzamiento de la democracia en sistemas como India, Croacia, Ghana, México y Taiwán<sup>23</sup>, y también la no aparición de una *reverse wave*, haciendo referencia a Huntington<sup>24</sup>. Todos estos aspectos dan mensajes de esperanza,

---

20 M. F. Plattner, *The End of the Transitions Era?*, cit., pág. 13.

21 S. Levitsky e L. Way, op. ult. cit., pág. 55.

22 M. F. Plattner, *The End of the Transitions Era?*, cit., pág. 14.

23 S. Levitsky e L. Way, op. ult. cit., pág. 56.

24 L. Diamond, op. ult. cit., pág. 153; M. F. Plattner, *The End of the Transitions Era?*, cit., pág. 14.

aunque se basen en la resiliencia de las democracias frente a un oscuro marco geopolítico.

## **2. Desinterés en la democracia liberal y revitalización de los sistemas democráticos**

La amenaza actual a la democracia es el producto de 16 años consecutivos de declive de la libertad global. Hoy, alrededor del 38 % de la población mundial vive en países no libres, el porcentaje más alto desde 1997. Solo alrededor del 20 % vive en países libres.

Durante este período de declive democrático, se han erosionado los controles sobre el abuso de poder y las violaciones de los derechos humanos. En las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas y otras instituciones internacionales promovieron los derechos fundamentales, y las democracias ofrecieron apoyo, aunque de manera desigual, en sus políticas internas y externas en su esfuerzo por crear un sistema internacional abierto basado en la resistencia compartida al totalitarismo. Después de la caída del Muro de Berlín, los líderes de los países en transición se sintieron obligados a compartir los mismos ideales para ganar la aceptación de la comunidad internacional: los gobiernos que dependían del apoyo económico o militar externo tenían que organizar elecciones al menos superficialmente creíbles y respetar algunos controles institucionales sobre su poder para mantener su buena reputación.

Sin embargo, durante gran parte del siglo XXI, los opositores a la democracia han trabajado persistentemente para dismantlar este orden internacional y las restricciones que impuso a sus ambiciones. Los frutos de sus esfuerzos ahora son evidentes. Los líderes de China, Rusia y otras dictaduras han puesto en peligro el consenso de que la democracia es el único camino viable hacia la prosperidad y la seguridad, y fomentan modalidades de gobierno más autoritarias.

Al mismo tiempo, las democracias están siendo dañadas desde adentro por fuerzas antiliberales, incluidos políticos sin escrúpulos dispuestos a corromper y destruir las mismas instituciones que los llevaron al poder, que han amenazado con una variedad de acciones antidemocráticas: la violación de los valores compartidos entre las democracias ha llevado a un debilitamiento de estos valores en el escenario internacional.

Las elecciones, incluso cuando tienen fallas críticas, han dado durante mucho tiempo a los líderes autoritarios una apariencia de legitimidad, tanto en su país como en el extranjero. Los líderes antidemocráticos y sus seguidores en contextos democráticos han trabajado para reformar o manipular los sistemas políticos, en parte aprovechando los temores de los electores de cambiar su forma de vida y destacando los fracasos de sus predecesores. Han promovido la idea de que, una vez en el poder, su responsabilidad es solo con su propia base demográfica o partidista, ignorando otros intereses y segmentos de la sociedad y provocando un giro de las instituciones a su cargo para prolongar su gobierno.

Otra señal de que el flujo antidemocrático está ganando fuerza, los golpes fueron más comunes en 2021 que en cualquiera de los 10 años anteriores (por ejemplo en Myanmar, Sudán, Túnez, Mali, Chad, Guinea, Burkina Faso).

Los líderes autoritarios ya no son reductos aislados en un mundo en proceso de democratización. En cambio, están colaborando activamente entre sí para difundir nuevas formas de represión y rechazar la presión democrática. Si bien muchas democracias han seguido respondiendo a elecciones ficticias y golpes de estado con medidas como sanciones y la retención de ayuda, el impacto se ha diluido frente a alianzas autocráticas (Rusia, China, Bielorrusia, Irán, Turquía).

Además de los fenómenos de declive, estancamiento y regresión de la democracia, también se puede constatar un desinterés generalizado, a nivel global, en las instituciones de democracia representativa y participativa, ya sea en los ordenamientos de democracia consolidada, como - paradójicamente - en los ordenamientos que recientemente han vivido y experimentado el acceso a las categorías democráticas. En este sentido, las manifestaciones de pesimismo, además de no faltar en los últimos tiempos, recientemente se han ido multiplicando a un ritmo acelerado: en los años noventa Jean-Marie Guéhenno habló del “fin de la democracia”<sup>25</sup>, años después Colin Crouch acuñaba el neologismo “postdemocracia”<sup>26</sup>, Ralf Dahrendorf igualmente se colocaba en una perspectiva “después de

---

25 J.-M. Guehenno, *La fine della democrazia*, Garzanti, 1994.

26 C. Crouch, *Postdemocrazia*, Laterza, 2012.

la democracia<sup>27</sup> y Geminello Preterossi se ha cuestionado el tiempo que le queda a la democracia<sup>28</sup>.

Actualmente, la democracia pone en evidencia una serie de límites estructurales que el paso del tiempo los ha ido convirtiendo cada vez más discordantes: el que llama más la atención es el señalado por Bernard Manin<sup>29</sup>, según éste, la democracia representativa, ya en su misma formulación, incluye un elemento aristocrático ineludible. Al no estar sujetos a mandato imperativo y, por lo tanto, no poder ser revocados en ningún momento por quienes los eligieron, los representantes del pueblo no tienen la obligación de responder ante sus elecciones mientras que dure su legislatura. Por otra parte, el carácter oligárquico de las democracias contemporáneas queda confirmado por los bajos porcentajes de ciudadanos que participan directamente en los asuntos públicos del gobierno. A estas limitaciones estructurales del sistema democrático, se han unido otras que han aumentado la sensación de desilusión, como ha sido revelado en el análisis de R. Foa y Y. Mounk<sup>30</sup>. Son varias las causas que hacen que la confianza en la democracia sea progresivamente más débil. Es cada vez más evidente, en primer lugar, el contraste entre el contexto estatal de los sistemas democráticos y la dimensión global del mercado y de las finanzas que condicionan las políticas públicas. El punto débil radica en ese paradigma de soberanía, que, hasta ahora, se ha vinculado con la práctica de la democracia, y ha entrado en crisis a causa de una *governance* mundial encabezada por grupos de interés y lobby no elegidos.

Otro factor que contribuye a la erosión de la democracia tiene su origen en la disminución del crecimiento económico y en el aumento de las desigualdades<sup>31</sup>. El crecimiento lento y la desigualdad acelerada han tenido el efecto conjunto de estancar los niveles de vida de la mayoría de las poblaciones. Si el rápido progreso económico del segundo posguerra había sido suficiente para garantizar a la democracia liberal una abundante legitimidad, la confianza originalmente depositada por los ciudadanos

---

27 R. Dahrendorf, *Dopo la democrazia*, Laterza, 2003.

28 G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, 2015.

29 B. Manin, *Principi del governo rappresentativo*, il Mulino, 2010.

30 R. Foa y Y. Mounk, *Across the Globe, a Growing Disillusionment With Democracy*, en *New York Times*, 15.9.2015.

31 Y. Mounk, *Popolo vs Democrazia*, Feltrinelli, 2022, pág.141 y ss..



en los gobiernos vino disminuyendo en paralelo con la disminución de los resultados económicos alcanzados en las distintas experiencias. Sin embargo, no son necesariamente los miembros más pobres de la sociedad los que se rebelan contra el sistema político, ni son las personas que han vivido el desastre económico en su propia piel: por el contrario, son los sectores de la población que aún viven en el bienestar, pero temen que el futuro sea difícil y problemático.

En este contexto, el nuevo oponente político de la democracia liberal combina populismo y nacionalismo. Si con el fin de la Guerra Fría se produjo una difusión de los principios del estado de derecho y la legitimidad electoral del poder de gobierno, este proceso se ha interrumpido abruptamente en los últimos años. Si con el fin de la Guerra Fría se había instaurado un orden liberal de las relaciones internacionales, este orden ha sido cuestionado durante varios años. El multilateralismo de las instituciones internacionales y el pluralismo de las instituciones nacionales han sido objeto de profundas críticas por parte de líderes y grupos políticos que pretenden hablar en nombre de los pueblos nacionales que -se afirma- han sido encarcelados por esas instituciones. Dichos líderes aceptan la democracia electoral, pero no las restricciones liberales al ejercicio del poder político. Si el liberalismo es una cultura de delimitación y control del poder político, los líderes políticos que han surgido en tiempos más recientes son conscientemente antiliberales o iliberales. Usan su legitimidad electoral para cuestionar las restricciones liberales del estado de derecho, así como a los representantes asociados con él. Los líderes populistas movilizan al pueblo contra las élites tradicionales (políticas, económicas, administrativas, culturales) que han manejado la democracia liberal o que se han alternado en el gobierno de la misma, élites denunciadas como corruptas y autorreferenciales, sin distinción alguna. En este proceso, los líderes populistas han redescubierto el concepto de nación como el lugar natural de existencia del pueblo, relanzando el nacionalismo como una nueva ideología política.

Se han ofrecido varias interpretaciones de la expansión del populismo<sup>32</sup>.

Según algunos economistas, el populismo es el resultado de un proceso de globalización no gobernada y por tanto de las consecuencias sociales inducidas por la crisis de ese proceso (crisis financiera de la segunda década

---

32 T. Todorov, *I nemici intimi della democrazia*, Garzanti, 2012.



de los 2000). Esta crisis ha acentuado las desigualdades sociales dentro de los países occidentales, mientras que la globalización ha llevado a una reducción de las desigualdades entre países occidentales y no occidentales. El populismo consistiría, por tanto, en una reacción al impacto de la globalización y a la revolución tecnológica por las clases sociales que carecen de herramientas cognitivas para reciclar su capacidad de trabajo.

Según algunos politólogos, el populismo refleja una crisis de identidad de las clases sociales que han atravesado el proceso de globalización: las desigualdades sociales son relevantes, pero en la medida en que acentúan la percepción de marginación social de sectores importantes de la sociedad (por ejemplo, una amenaza identitaria en consecuencia de fuertes flujos migratorios)<sup>33</sup>.

Según algunos sociólogos y científicos de la comunicación, el populismo es el resultado de una transformación epocal de la comunicación política debido a la expansión de las redes sociales que han superado los canales tradicionales de información entre los ciudadanos y el poder, acentuando un proceso ya en curso de desintermediación social y cultural.

Es un desafío existencial, más que político, a la democracia liberal. Los líderes y movimientos populistas cuestionan un sistema representativo que ha funcionado -se afirma- en apoyo de los intereses privilegiados de las élites gobernantes. Según el populismo, la decisión política no requiere habilidades técnicas, sino solo sentido común popular (pueblocracia).

Se han desarrollado cuatro índices, en particular, para evaluar si el líder populista que ha llegado al poder representa una amenaza autoritaria<sup>34</sup>.

El primer índice se refiere al rechazo o dedicación limitada a las reglas del juego democrático y el rechazo a la Constitución o la voluntad manifiesta de violarla: son síntomas de ello la invocación de la necesidad de medidas antidemocráticas, como la cancelación de elecciones o la suspensión de la Constitución, la proscripción de determinadas organizaciones o la limitación de derechos fundamentales y políticos; el uso de medios extraconstitucionales (o su justificación) para cambiar de gobierno, tales como golpes militares, levantamientos armados o protestas masivas

---

33 Y. Mounk, *Popolo vs Democrazia*, Feltrinelli, 2022, pág. 149 y ss..

34 S. Levitsky - D. Ziblatt, *Come muoiono le democrazie*, Laterza, 2020, pág. 13 y ss..

destinadas a forzar un cambio de gobierno; la deslegitimación de las elecciones, negándose a aceptar resultados electorales creíbles.

El segundo índice se refiere a la negación de la legitimidad de los opositores políticos y la descripción de los rivales como subversivos o enemigos del orden constitucional vigente: son síntomas de ello la descripción de los rivales como una amenaza existencial para la seguridad nacional o la forma de vida predominante; la descripción, sin ningún fundamento real, de sus adversarios como criminales o potenciales criminales, como tales inadecuados para participar plenamente en la competición política; la insinuación de que los rivales son agentes extranjeros, en el sentido de que trabajan secretamente en alianza (o están al sueldo) con un gobierno extranjero, generalmente enemigo.

El tercer índice se refiere a la tolerancia hacia los fenómenos de violencia o a su fomento y son síntomas de ello los vínculos con bandas armadas, paramilitares, milicias, grupos guerrilleros u otras organizaciones que ejercen violencia ilegal; el apoyo o fomento de ataques de escuadrones contra oponentes; la aprobación tácita de la violencia de sus partidarios al negarse a condenarla inequívocamente; el elogio de otros hechos relevantes de violencia política cometidos en el pasado o en otras partes del mundo.

El cuarto índice se refiere a la voluntad de limitar las libertades civiles de los opositores, incluidos los medios de comunicación, y son síntomas el apoyo a leyes o políticas que restringen las libertades civiles o leyes que limitan las protestas, las críticas contra el gobierno o ciertas organizaciones cívicas o políticas; la amenaza de emprender acciones legales o punitivas contra quienes las impugnen en partidos rivales, sociedad civil o medios de comunicación; el elogio de las medidas represivas adoptadas por otros gobiernos, en el pasado o en otras partes del mundo.

Hay varios medios para contrastar la tendencia de los líderes populistas a dar vida a democracias iliberales<sup>35</sup>. En primer lugar, los guardianes de la democracia (partidos, grupos de interés) deben ser conscientes del peligro que representa el populismo y implementar el contraste de fuerzas populistas con determinación y sensatez, sin adoptar su estilo incívico. A los populistas hay que combatirlos en el escenario electoral, mediante la renovación de liderazgos políticos, programas sociales, estilos de

---

35 S. Levitsky - D. Ziblatt, *Come muoiono le democrazie*, op. cit., pág. 201 y ss..

comunicación, pero sin la carga iconoclasta que los caracteriza, mediante reformas que incrementen la economía y la seguridad de las personas y de las comunidades locales y nacionales. En segundo lugar, se debe combatir el populismo fortaleciendo las instituciones y prácticas que evitan el descarilamiento de una sociedad: se debe reformar la democracia representativa para hacerla más eficiente y legítima, integrándola con las instituciones de la democracia directa; deben protegerse los órganos constitucionales e instituciones de garantía, en particular las cortes y tribunales constitucionales y el poder judicial; es necesario relanzar proyectos políticos de integración supranacional, instituciones internacionales multilaterales como factores que pueden contribuir al mantenimiento o restauración de la paz entre los países y a la protección de los derechos fundamentales en una perspectiva multinivel. En tercer lugar, hay que contrarrestar el populismo mediante un sistema de información depurado de noticias falsas y no contaminado por la incompetencia, sino capaz de preservar la verdad y oponerse a la indiferencia moral, a la pereza intelectual y al oportunismo político.

Otro factor, estrechamente relacionado con el impacto del populismo, que aparece como determinante en el declive de la democracia y en la afirmación de la autocracia, debe identificarse con las actividades realizadas por personas o grupos que flanquean a los demagogos y políticos iliberales: escritores, intelectuales, panflectistas, *bloggers*, *influencers*, *spin doctors*, productores de programas de televisión capaces de construir y vender su imagen y sus programas al público<sup>36</sup>. Los autoritarios necesitan personas que puedan usar un lenguaje legal, personas que puedan argumentar que violar la Constitución o alterar la ley es lo correcto, personas que expresen quejas, que manipulen el descontento, personas que canalicen la ira y el miedo, personas que prometan un futuro diferente. A menudo, se construye una realidad alternativa con el apoyo de técnicas modernas de marketing, segmentación de la audiencia y campañas en las redes sociales. Actualmente, el diálogo nacional que garantizaban los antiguos periódicos, las emisoras de radio y televisión y los medios tradicionales, ya no existe en las democracias avanzadas. En un ámbito de la información que se ha vuelto anárquico, en el que no existen autoridades políticas, culturales, morales, ni fuentes confiables, no es fácil distinguir entre teorías conspirativas y verdad: narrativas falsas, tendenciosas y muchas veces deliberadamente

---

36 A. Applebaum, *Il tramonto della democrazia*, Mondadori, 2021, pág. 15 y ss..

engañosas (*fake news*) se propagan como incendios digitales (Applebaum), avalanchas de mentiras que se precipitan río abajo con demasiada rapidez para una adecuada verificación de los hechos. Si en el pasado la dialéctica política encontraba su lugar natural de explicación en las cámaras legislativas, en las columnas de los diarios, en los estudios de televisión o radio, hoy en día muchas veces tiene lugar en línea, en una realidad virtual en la que lectores y autores están distantes unos de otros y de los problemas que enfrentan, donde todos pueden disfrutar del anonimato y nadie está obligado a asumir la responsabilidad de lo que afirma.

El papel de los medios de comunicación en la formación de la opinión pública está por lo tanto directamente asociado con el déficit de legitimidad de la democracia, e incluso lo potencia. Asimismo, la deslegitimación de los cuerpos intermedios derivada del corporativismo, los cierres oligárquicos, la incoherencia, la pérdida de credibilidad y de contacto con los sujetos reales representan factores de fuerte criticidad<sup>37</sup>.

Los medios de comunicación y las redes sociales representan un poderoso factor de homologación de la opinión pública, que también encuentra terreno fértil en su tendencia a delegar opciones políticas en los gobernantes (*delegative democracy*)<sup>38</sup> y su propensión a estandarizarse y achatarse, especialmente donde el nuevo lenguaje político la hace sentir más segura y protegida frente a fenómenos de fuerte impacto como los fuertes flujos migratorios o la recesión económica que provocan una importante disminución del poder adquisitivo y desigualdades generalizadas.

Frente a la tendencia a simplificar las ideas, “reducidas a tuits o eslóganes”, debe reivindicarse con fuerza la tarea de la cultura, “que es enseñar, si acaso, complicar, mostrar las diferencias y matices entre conceptos y acciones”<sup>39</sup>. De lo contrario, prescindir de la “actualización crítica programática de la cultura de los individuos y de las colectividades” supondría la generación de una nueva ignorancia masiva que contribuiría a que el ya elevado número de idiotas se multiplique exponencialmente, “en el sentido griego del término, es decir, personas incapaces de participar con suficiente conciencia en la vida política y cultural, por estar encerradas en

---

37 Y. Mounk, *Popolo vs Democrazia*, Feltrinelli, 2022, pág. 130 y ss.

38 G. O'Donnell, *Delegative Democracy*, in *Journal of Democracy*, 1994, pág. 55 y ss..

39 R. Bodei, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, cit., pág. 328.

la particularidad de su profesión y dentro de los límites de su existencia y de sus intereses inmediatos". La difusión generalizada de la conciencia democrática está, en definitiva, en una relación de funcionalización directa e inmediata respecto del ejercicio de la soberanía a través de instituciones de democracia directa e indirecta: la participación informada y "el buen funcionamiento de una sociedad democrática impregnada de hiperespecialización, regulada por el principio mayoritario y a la vez respetuoso del pluralismo de valores, está indisolublemente ligado a la probabilidad de que nuestras opiniones sean correctas o verdaderas" <sup>40</sup>. De lo contrario, la apatía política está destinada a extenderse aún más, una grave patología de los sistemas liberal-democráticos contemporáneos, que frecuentemente decae en la abstención electoral: la propensión de los electores a acudir a las urnas ha disminuido paulatinamente y los ciudadanos muchas veces no saben a quién votar.

### **3. Los instrumentos de rescate de la democracia liberal ante todos los factores anteriormente mencionados, la democracia aparece desfigurada<sup>41</sup>**

La real eficacia de la representación es lo que verdaderamente resulta afectada: cuanto más se multipliquen los canales representativos – en diferentes sedes, municipales, nacionales, internacionales – menos incidirán en la vida efectiva de los asociados. Dichos factores determinan una doble divergencia: por un lado, la de los ciudadanos frente a las instituciones ("la contrademocracia" de Rosanvallon)<sup>42</sup>, y por otro, la de las instituciones frente al pueblo que tiende a adoptar una posición anti política. El deslizamiento de la legítima protesta contra determinadas opciones gubernativas hacia formas de populismo constituye el mayor riesgo para las democracias contemporáneas, atrapadas en el dilema entre desinterés y aversión. En dicho cortocircuito, el populismo tiende a expropiar al pueblo de las decisiones que le afectan, poniendo, así, a "la democracia contra ella misma"<sup>43</sup>.

---

40 M. Dorato, *Disinformazione scientifica e democrazia. La competenza dell'esperto e l'autonomia del cittadino*, Raffaello Cortina, 2019, pág. 106-107.

41 N. Urbinati, *Democrazia sfigurata*, Università Bocconi Editore, 2014.

42 P. Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Castelvecchi, 2012.

43 M. Gauchet, *La democrazia contro sé stessa*, Città aperta, 2005; R. Simone, *Come la democrazia fallisce*, Garzanti, 2015.

La deriva de la democracia se puede detener.

El despertar del nacionalismo excluyente puede frenarse a través de un patriotismo inclusivo basado en la tradición de la democracia multiétnica<sup>44</sup> y encaminado a evitar, a través de políticas liberales de integración, que los grupos minoritarios sufran discriminación y vean nubladas sus perspectivas por obstáculos estructurales, sin descuidar, por otro lado, temores relacionados con un control fronterizo ineficaz o desencadenados por el profundo impacto que generan los grandes flujos migratorios y los fenómenos de radicalización religiosa<sup>45</sup>.

El impacto de la globalización y del progreso tecnológico sobre la automatización de la economía, la transformación de los procesos productivos y la organización del trabajo, y en consecuencia sobre la identidad de los individuos laboriosamente construida en el contexto productivo al que pertenecen, puede amortizarse mediante valientes reformas de los mecanismos de redistribución de la riqueza y una reestructuración del mundo del trabajo que permita a los trabajadores derivar un sentido de identidad y pertenencia de su empleo y que proteja la posición de los menos afortunados frente a las consecuencias de la globalización.

La confianza en la política puede y debe reconstruirse. La tecnología digital ha facilitado el crecimiento económico y ha permitido que las personas se comuniquen mucho más rápido y más ampliamente que en el pasado: Internet y las redes sociales han transformado radicalmente las condiciones de comunicación, provocando el declive de los medios tradicionales (periódicos y revistas, radio, televisión) y contribuyendo significativamente a una anarquía informativa que ha resultado ser un terreno fértil para la difusión de *fake news* y discursos de odio y ha inducido procesos distorsionados de formación de la opinión pública. Estos fenómenos pueden ser frenados mediante el uso de herramientas de regulación jurídica, autorregulación de los sujetos o plataformas que actúan como nodos esenciales para el tráfico de información.

Por último, educación y cultura. Un requisito fundamental para la revitalización de la dialéctica democrática es el conocimiento y la conciencia de las categorías democráticas y esta conciencia sólo se logra a través de

---

44 Y. Mounk, *Popolo vs Democrazia*, Feltrinelli, 2022, pág. 181.

45 Y. Mounk, *Il grande esperimento. Etnie e religioni minacciano la democrazia?*, Feltrinelli, 2022.

su inoculación masiva y constante en la mente de los ciudadanos, desde las primeras etapas de la educación escolar y hasta la universitaria y de posgrado, mediante la inclusión de la educación cívica y democrática como materia de aprendizaje obligatorio con independencia del itinerario formativo elegido por el alumno. La cultura de la democracia también se infunde en la sociedad civil a través de la organización de foros (por ejemplo, la República de las Ideas en Italia, del diario *La Repubblica*), debates, reuniones, seminarios, por parte de entidades públicas y privadas. Debe ser una constante formación democrática, en el signo del pluralismo, que estimule los genes invisibles de la democracia en términos de drenaje de una cultura histórica, filosófica, social, literaria y artística: un nuevo Humanismo democrático<sup>46</sup>, una renovada *Bildung* hegeliana como instancia formativa de comunidad política, más allá de cualquier adscripción nacional o identitaria. De lo contrario, el riesgo es que se extienda el desierto cognitivo que ya ha ganado un amplio espacio en las sociedades modernas<sup>47</sup>.

Para proteger adecuadamente la democracia es necesario que las principales fuerzas políticas aislen y derroten a las fuerzas extremistas, distanciándose de ellas<sup>48</sup>. Este distanciamiento puede ser adoptado por los partidos democráticos excluyendo a los aspirantes a autócratas de las elecciones primarias; extirpando a los extremistas presentes entre sus militantes; evitando alianzas con partidos y candidatos no democráticos; formando un frente unido para derrotar a los extremistas que se han convertido en serios competidores electorales<sup>49</sup>.

En definitiva, unos principios parecen necesarios, aunque no suficientes, para el rescate y el buen funcionamiento de una democracia liberal.

En primer lugar, la tolerancia mutua, la templanza institucional<sup>50</sup> y la moderación. La tolerancia mutua se refiere a la aceptación de los rivales políticos que actúan según las normas constitucionales, admitiendo su

---

46 E. Di Nuoscio, *I geni invisibili della democrazia. La cultura umanistica come presidio di libertà*, Mondadori, 2022; Y. M. Mény, *Democrazia: l'eredità politica greca*, Ariete, 2022; J. Hankins, *La politica della virtù*, Viella, 2022.

47 F. Fukuyama, *Il liberalismo e i suoi oppositori*, Utet, 2022, pág. 91.

48 N. Bermeo, *Ordinary People in Extraordinary Times. The Citizenry and the Breakdown of Democracy*, Princeton University Press, 2003, pág. 238.

49 S. Levitsky - D. Ziblatt, *Come muoiono le democrazie*, op. cit., pág. 15-16.

50 S. Levitsky - D. Ziblatt, *Come muoiono le democrazie*, op. cit., pág. 94 y ss..



derecho a competir por el poder y el gobierno. Las ideas de los opositores políticos pueden considerarse erróneas, pero no se ven como una amenaza existencial; quien las profesa no es tratado como traidor o subversivo. La templanza institucional puede concebirse como esfuerzos encaminados a evitar acciones que, respetando la letra de la ley, violan flagrantemente su espíritu. Lo opuesto a la templanza consiste en la explotación desenfrenada de las propias prerrogativas constitucionales, es jugar según las reglas pero llevándolas al límite, utilizando todos los medios necesarios, es el juego constitucional pesado identificado por M. Tushnet<sup>51</sup>.

La moderación (*sophrosyne* para los Griegos) implica autocontrol, el esfuerzo deliberado de no buscar la máxima emoción o la plena realización, una restricción artificial y autónoma del yo interior, cuya expresión constituye la fuente de la felicidad y de la realización humana. Si la autonomía personal es la fuente de la realización individual, esto no significa que la libertad ilimitada y la constante destrucción de todos los vínculos hagan a la persona más realizada. La realización puede derivar de la aceptación de un límite: “recuperar el sentido de comunidad y la moderación individual es la clave para hacer revivir, incluso sobrevivir, el liberalismo”<sup>52</sup>.

En segundo lugar, la revitalización de la idea de igualdad sustancial y la necesidad de que el Estado moderno sea impersonal, “en el sentido de que debe relacionarse con los ciudadanos de manera equitativa y uniforme y no sobre la base de las relaciones personales, familiares o de vínculos políticos con quienes detentan el poder en un momento dado”<sup>53</sup>.

En tercer lugar, la potenciación del principio de subsidiariedad en las relaciones entre los distintos niveles de gobierno, atribuyendo funciones legislativas y administrativas a los órganos territoriales autónomos más cercanos a los intereses de los ciudadanos y más capaces de interceptarlos y protegerlos<sup>54</sup>.

En cuarto lugar, la necesidad de proteger la libertad de expresión, con una correcta definición de los límites de la propia expresión, que también pueden verse amenazados por poderes privados, como los medios y las

---

51 M. Tushnet, *Constitutional Hardball*, in *The John Marshall Law Review*, 2004, pag. 550.

52 F. Fukuyama, *Il liberalismo e i suoi oppositori*, Utet, 2022, pág. 157.

53 F. Fukuyama, *Il liberalismo e i suoi oppositori*, cit., pág. 150.

54 F. Fukuyama, *ibidem*, pág. 151.

plataformas digitales que amplifican artificiosamente unas voces en detrimento de otras: una respuesta adecuada a esta amenaza consiste principalmente en evitar grandes concentraciones de poder privado a través de leyes antimonopolio y reglas de competencia<sup>55</sup>.

Con la premisa de que el sistema representativo, aunque en crisis, parece ser insustituible actualmente y que las vías para renunciar al sistema de partidos como sedes de mediación del consentimiento no parecen ser viables<sup>56</sup>, se pueden compartir las posiciones doctrinales que identifican unos remedios y antídotos, como la reducción de las prácticas corporativas de la clase política (listas electorales bloqueadas, gobiernos técnicos, financiamientos ilícitos)<sup>57</sup>; y la idea de un aumento de formas de democracia directa, como campañas de información, primarias reguladas, referéndum no solo abrogativos, régimen diferente de leyes de iniciativa popular, desarrollo de iniciativas de acción popular referentes a los bienes de interés colectivo y potenciación de las experiencias de ciudadanía activa<sup>58</sup>. De hecho, esta situación implicaría la introducción en el sistema constitucional, considerado en su totalidad, de nuevas y masivas dosis de democracia, de una ulterior proliferación de circuitos democráticos, la difusión y multiplicación incontrolada de sedes representativas y la fragmentación y proliferación de las sedes de representación de intereses. Sin embargo, la dispersión de la democracia en mil corrientes no respondería a las necesidades – hoy en día percibidas en todos los ordenamientos – de mayor eficacia y eficiencia de las democracias: tal dispersión, por el contrario, podría asfixiarlas.

En los sistemas democráticos sería por lo tanto necesario, adicionalmente, utilizar instrumentos constitucionales que puedan contribuir en la racionalización de los procedimientos decisionales democráticos, y así, respetando plenamente los requisitos democráticos, favorecer la adopción e implementación de las decisiones políticas relativas al interés colectivo. El funcionamiento fisiológico de una democracia operativa es

---

55 F. Fukuyama, *ibidem*, pág. 152.

56 D. Palano, *La democrazia senza partiti*, Vita e Pensiero, 2015; P. Manini, *Il postpartito*, il Mulino, 2015; D. van Reybrouck, *Contro le elezioni*, Feltrinelli, 2015.

57 G. Preterossi, *op. cit.*, pág. 195.

58 G. Preterossi, *op. cit.*, pág. 174 y ss..

el único y verdadero antídoto contra el descontento de los circuitos y procedimientos democráticos.

El verdadero cambio de ritmo debe tener en cuenta la actitud de la política frente a los grandes objetivos y propósitos de los varios ordenamientos: la política, reducida a la administración, produce actualmente fenómenos ya advertidos y señalados en los años cincuenta por la doctrina alemana (Bachof<sup>59</sup> y Forsthoff<sup>60</sup>), se plantea como “una convulsa agitación de técnicas de supervivencia”<sup>61</sup>, se preocupa, de manera contingente, de resolver los problemas emergentes sin mostrar la capacidad para trazar, en primer lugar en sede legislativa, amplios marcos y grandes principios que actúen como contexto de mediación de valores e intereses diversos y opuestos.

---

59 O. Bachof, *Grundgesetz und Richtermacht*, Mohr, 1959; Idem, *Wege zum Rechtsstaat*, Athenäum, 1979.

60 E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffré, 1973; Idem, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Beck, 1984.

61 G. Zagrebelsky, *Moscacieca*, Laterza, 2015.



# REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y CRISIS EN LATINOAMÉRICA



*Francisco Miró Quesada Rada\**

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Representación clásica y moderna. 3 Crisis de la Representación Democrática. Reflexiones finales.

## RESUMEN

**E**n esta ponencia sostenemos que la representación tiene una larga presencia a lo largo de la historia. Que las crisis de la democracia representativa en América Latina, a partir de nuestra independencia, son cíclicas. Estas crisis se producen por herencia colonial de tipo autoritaria, que generó una cultura del autoritarismo hasta ahora vigente, el caudillismo, el clientelismo, el secretismo y el péndulo del poder. Sostenemos que las actuales crisis de la democracia representativa es la combinación de una serie de factores que se suman a los anteriormente señalados, tales como: la corrupción, la ilegitimidad social de la política, la falta de credibilidad en las dirigencias políticas e instituciones democráticas, las nuevas dictaduras que se reproducen al interior de la democracia que denominamos autocracias revestidas de formalidades democráticas, la neo plutocracia que ha producido mayor desigualdad, la meritocracia como concentración

---

\* Profesor de Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Ricardo Palma

del poder en una tecnoburocracia alejada de las demandas populares, la infocracia y el dataísmo, íntimamente vinculados. No obstante , a pesar de la crisis vigente, la democracia representativa sobrevive todavía en la mayoría de las naciones latinoamericanas, a pesar de sus paradojas .

**Palabras clave:** Representación. Crisis. Democracia. Autocracia. Caudillismo. Clientelismo. Secretismo. Péndulo del poder. Libertad. Igualdad. Dignidad. Autogobierno. Credibilidad. Ilegitimidad. Social, Corrupción. Gobierno. Dictadura. Neo-plutocracia. Meritocracia. Dataísmo

## 1. Introducción

La representación política, en sus diversas modalidades, se instaló en América Latina como resultado de las nuevas ideas sobre cómo debería organizarse el poder y el Estado que surgieron a partir del siglo XVIII, sobre todo por la influencia de la ilustración francesa, en las élites y amplios sectores de la población que integraban los virreinos del Perú, México, Río de la Plata y Nueva Granada, en lo que hoy es Colombia y se conoce también como virreinato de Santa Fe de Bogotá. Los nuevos virreinos de América del Sur fueron consecuencia de una división administrativa que realizó el Emperador Carlos III, considerado un rey que abrigaba algunas ideas liberales.

Las nuevas ideas fueron la fundamentación teórica que sirvió para justificar una praxis política llamada a transformar el Ancien Régime, basado en la Monarquía Absoluta, por otro régimen político en que el pueblo podía elegir libremente a sus autoridades. En consecuencia nació la democracia representativa, que con anterioridad a la revolución francesa, se había instalado en Inglaterra.

Al triunfar estas ideas fueron puestas en práctica en las nacientes repúblicas latinoamericanas, no sin pasar por una serie de conflictos. Además se incorporaron en sus primeras constituciones. Destacando una característica central, aquella de la división de poderes, en contraposición a la concentración de poderes del régimen político anterior.

Si bien en sus inicios la elección de las autoridades y la representación política que nace de ella fue acogida con entusiasmo, como consecuencia de la universalización de las ideas liberales, este proyecto político no se consolidó e institucionalizó, como por ejemplo sucedió con la independencia de las trece colonias de Norteamérica dando nacimiento a lo que hoy conocemos como los Estados Unidos. Por el contrario se produjeron crisis de la

democracia en las nacientes repúblicas latinoamericanas, por frecuentes golpes de Estado militares e instalándose de esta manera el caudillismo militar, el primer tipo de caudillismo como en su oportunidad lo calificó el historiador peruano Jorge Basadre, porque después de este caudillismo o también acompañándolo, surgió el caudillismo civil. Si bien no en todas las naciones latinoamericanas, sí en la mayoría. Ello significa que desde el momento de nuestra independencia la democracia había entrado en crisis, precisamente porque fue reemplazada por el caudillismo. El caudillismo es el resultado de una cultura autoritaria heredada del virreinato, consecuencia de la organización política del antiguo régimen. Al respecto, como bien apunta el historiador, sociólogo y politólogo peruano Hugo Neira, el caudillo reemplazó al virrey.

Estos primeros caudillos, como se ha señalado, fueron militares, lo que consolidó aún más la cultura autoritaria, el populismo, el nacionalismo y el estatismo. Sin embargo, a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, algunas naciones lograron constituir democracias, como sucedió en Uruguay y Chile.

No cabe la menor duda, porque así lo demuestran los hechos, que a lo largo de más de 200 años de independencia, las naciones de latinoamérica, incluido el Caribe latinoamericano, hemos oscilado entre el autoritarismo y la democracia, en donde por periodos una forma de gobierno se imponía a la otra y viceversa.

Ahora, en el siglo XXI, continúa dicho conflicto político-cultural, pero con nuevos elementos. Por ejemplo, no hay golpes militares clásicos en la región, sino que los gobiernos autoritarios están aplicando una nueva fórmula autoritaria que podemos llamar cívico-militar o también autocracias revestidas de formalidades democráticas. Estos autoritarismos se denominan de izquierda y como los anteriores son estatistas, nacionalistas y populistas. Sus fundamentos ideológicos son vagos e imprecisos. Pero este no es el único fenómeno de la crisis que se da en las democracias latinoamericanas. También encontramos otros factores, que si bien no la terminan por cancelarla la debilita fuertemente, luego se verá cuáles son esos factores.

En este trabajo vamos aplicar el método histórico, empírico, valorativo. En consecuencia:



- A) Se hará una breve historia de la representación, no sólo en América Latina sino en otras culturas, dando ejemplos algunos conocidos en la historia universal y de otros menos conocidos en nuestra región.
- B) Nos referiremos a casos concretos de crisis política en América Latina y cuáles son sus causas.
- C) El rol que juegan las creencias políticas en esta crisis.
- D) Se harán unas reflexiones finales.

## 2. Representación clásica y moderna

Distinguimos entre la representación clásica y moderna. La primera funcionó en las democracias del mundo antiguo y como veremos no sólo de Occidente, como la ateniense, la república romana, las asambleas germánicas. En la Edad Media, los municipios de la burguesía durante el feudalismo, las repúblicas italianas del medioevo, que incluso continuaron en el renacimiento. Luego, ya en la edad moderna a partir del siglo XVIII que ha evolucionado a la fecha y fueron originarias sirviendo de modelo para diversas naciones, como el parlamento inglés, las cortes españolas, los estados generales franceses y el presidencialismo norteamericano.

La teoría moderna de la representación la encontramos en varios autores como Hobbes, Locke, los Ilustrados franceses (Montesquieu, Rousseau, Voltaire) como se ha indicado, en las obras de los estadounidenses Jay, Hamilton, o en libros como la Enciclopedia y el Federalista. En este contexto cabe recordar la teoría del tercer Estado de Sieyès.

Lo cierto es que si examinamos las sociedades antiguas pre estatales, allí donde hubo asambleas deliberativas la democracia no fue únicamente directa, sino que hubo instancias de representación.

Según informa el antropólogo francés Gastón Testart, el poder a lo largo de la historia tuvo muchas formas de organización y una de ellas es la democracia. Testart, pone como ejemplo el caso de los iroqueses, que tenían un consejo de tribus y otro compuesto por los ancianos de esas tribus. Cada tribu enviaba a sus delegados para que los representara en un consejo mayor que funcionaba como una asamblea soberana. Se pueden dar una serie de ejemplos de representación política en la antigüedad, que nosotros llamamos representatividad clásica. Pasamos a mencionar algunas.

- A. El Consejo de los 500 atenienses.

- B. El Senado Romano
- C. El Gau y el Stamen germano, donde funcionaba el *conventum germanicus vicinorum*, una gran asamblea representativa de las tribus germánicas con participación de las mujeres.
- D. El Municipio Romano y luego el medieval “*cum sufragio*”, porque habían “*sine sufragio*”
- E. Las Repúblicas italianas del medioevo y el renacimiento de Pisa, Bolonia, Padua, Siena, Venecia y Florencia, que Maquiavelo las elogia en su “Discurso a la Década de Tito Livio”, como la mejor forma de gobierno porque el pueblo es libre.
- F. En Suiza, cuna del referéndum, Napoleón instaló la democracia representativa Por eso , si bien en este país continúa esta consulta popular, tiene una democracia parlamentaria.

Fuera del ámbito de la cultura occidental también hubo representación en culturas orientales y con mucha democracia si entendemos por democracia, el gobierno por la discusión, o como dicen John Stuart Mill y luego Habermas, que la democracia es esencialmente deliberación, donde no sólo participan los representantes, sino la opinión pública.

- A) Hubo democracia representativa en las tribus indias del Himalaya. Una asamblea y un consejo que elegía al Rajá, jefe político-militar .
- B) También en algunas ciudades del Irán y Bactriana, porque los griegos que acompañaron a Alejandro el Magno en sus conquistas se caracterizaron por llevar sus instituciones políticas a los pueblos conquistados, mezclandose con ellos. De esta manera contribuyeron a que pueblos del oriente tuvieran formas democráticas combinadas entre la directa y representativa.
- C) La ciudad de Susa, al sudeste de Irán, tuvo durante siglos un consejo representativo , una asamblea popular y magistrados elegidos.
- D) En Japón, el príncipe budista Shotoku, publicó un cuerpo de leyes denominado “Constitución de los diecisiete artículos”. Fue en el 604 de nuestra era, que tenía el mismo espíritu de la Carta Magna inglesa de 1215. En este texto se dice. “Las decisiones importantes no deben ser tomadas por una sola persona, deben ser discutidas por muchas personas”

- E) Está también los consejos de los Beys , jefes de las tribus turcas que se reunían para deliberar sobre diversos temas, incluso para elegir al Pachá, jefe máximo de esas tribus. Estos Beys representaban a sus respectivas comunidades.
- F) Hay también representación, pero de tipo aristocrática, en la Edad Media europea. Los nobles se reunían representando a sus feudos y entre ellos elegían al rey. Era pues una elección por cooptación. Además los reyes, en este tipo de monarquía participaban en los consejos integrados por miembros de la nobleza.
- G) En el Perú, tenemos el caso del Camachico , que fue una asamblea popular del Ayllu sin representación, pero que entre sus funciones estaba la de elegir al Curaca, quien además, convocaba a la asamblea para rendir cuentas de su gestión. El Camachico es el antecedente más remoto de lo que hoy conocemos como asamblea de las comunidades andinas y de la selva. Ellas eligen al consejo de la comunidad y al presidente de la comunidad, ahora con la modalidad de la democracia representativa occidental.

Como se puede apreciar, la representación política, una más democrática que otra, siempre ha existido en la historia política de los pueblos y en muchos casos estaba normada en textos legales. La diferencia con la democracia representativa moderna, es que fueron la excepción y no la regla, porque muchas de estas democracias eran casos aislados dentro de estructuras políticas monárquicas, es decir, predominaba una cultura y una práctica política autocrática.

La democracia representativa actual, está reconocida y sancionada por las constituciones democráticas e incluso en aquellas constituciones que existen en sociedades con gobiernos autoritarios y totalitarios. Es el resultado de revoluciones políticas , ideológicas y económicas que constituyeron un cambio profundo en la historia de la humanidad, produciéndose una nueva cultura política y una nueva creencia sobre la política que ya se empezaba a utilizar desde la Edad Media. “Vox pópuli, vox Dei”, la voz del pueblo es la voz de Dios y no la voz del rey es la voz de Dios. “El Estado soy yo”. “La ley soy yo”, y el “Yo gobierno para mi mismo”, tantas veces pronunciadas por Luis XIV, se convirtió en “El Estado somos nosotros”. “La ley es la expresión de la voluntad popular, a través de sus representantes” y “El pueblo se da su propio gobierno”.

Estas frases sintetizan lo que es la democracia representativa, que a lo largo de 350 años ha evolucionado, pasando de prácticas democráticas restringidas a prácticas democráticas universales. Por ejemplo, desde el voto censitario donde sólo votaban los ricos, llamados antiguamente notables, pasando por el voto capacitario y el de la mujer, El voto de la mujer es uno de los procesos más revolucionarios en la historia del voto y de la democracia representativa, entre otros logros como el voto de los analfabetos, de los militares y de sectores que fueron excluidos de esta práctica de democracia directa que da origen a la representación. También otro aporte grandioso, vinculado a la democracia representativa, es el Estado de Derecho, una extraordinaria creación política para organizar y limitar el ejercicio del poder a través de normas jurídicas. Relacionado con este tema está la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo antecedente es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la revolución francesa. La concreción jurídica del humanismo como concepción del mundo. Sin duda un extraordinario aporte a la historia de la humanidad. La democracia representativa. el voto de la mujer. El Estado de Derecho y la Declaración Universal de los Derechos Humanos son las cuatro más grandes creaciones jurídico-políticas del mundo moderno. Como podemos apreciar, la democracia no es ni totalmente representativa, ni totalmente directa. No se excluyen como algunos afirman, sino que se complementan y han convivido a lo largo de la historia. Por ejemplo, el voto es un acto de democracia directa, de donde surge la representación, sólo las dictaduras excluyen a la democracia. La democracia tiene una virtud, que a pesar de sus crisis se retroalimenta debido a su plasticidad, a su capacidad de navegar en esas crisis y por su versatilidad, pero sobre todo por su creatividad. Ello porque la democracia es una práctica política inacabada, no es rígida, no es, sino se está haciendo.

No es un producto de la naturaleza, sino de la razón, que de tiempo en tiempo necesita textura y tesitura. La democracia es integral y su expresión en democracia representativa es una consecuencia de la liberación humana contra toda forma de dominación, incluso de aquella que se infiltra en su estructura causándole diversas crisis, como hacen los virus en el cuerpo, que son combatidos por la medicina y la biología.

Se puede decir de la democracia lo que decía Heráclito, que la vida es como los ríos, todo cambia, todo fluye, todo es un constante devenir.

## CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN DEMOCRACIA

La democracia entra en crisis cuando sus valores, instituciones y prácticas se tambalean como si hubieran recibido un fuerte remezón de un terremoto, en donde las estructuras de una construcción puede quebrarse. Nos preguntamos entonces si esta crisis, que también es de la política en un sentido amplio, se debe a factores endógenos, es decir se encuentra en sus propias estructuras las que hay que cambiar o al menos renovar , o por el contrario es el resultados de factores exógenos, aquellas prácticas y actitudes no políticas , pero que afectan el ambiente del sistema democrático. Por lo que estamos observando en los últimos treinta años existe una combinación de ambos factores. Ellos, como hemos mencionado anteriormente, tienen antecedentes que se han manifestado a lo largo de nuestra historia republicana, más en unos países que en otros de latinoamérica, pero también en otros continentes. Son crisis cíclicas. Recordemos el quiebre de la democracia en Alemania y otras naciones de Europa que terminó en el Estado totalitario de tipo nazi, fascista y marxista-leninista. Esta crisis tiene que ver con diversos factores, momentos y coyunturas de cada país e incluso puede llegar a ser internacional, pero creemos que hay uno esencial: la pérdida de la credibilidad . Ello porque la creencia, que contiene visiones del mundo implícitas, las que se pueden explicitar , va perdiendo poco a poco vigencia, lo que causa que el sistema democrático, sus valores, instituciones y prácticas, empiecen a perder legitimidad política, aunque sus autoridades hayan sido elegidas de acuerdo a la Constitución y a las normas electores, es decir, hayan nacido del voto popular. Ello produce un conflicto entre la legalidad jurídica y la legitimidad política. Esa legitimidad que los ciudadanos otorgan a los gobernantes y que nace de la evaluación de sus actos y decisiones gubernamentales. Como se sabe cuando la mayoría de la población tiene una creencia negativa de sus autoridades, también dejan de creer o baja su visión positiva de un sistema político. Hay un descontento mayoritario, cualquiera sea su forma de gobierno, o si quienes gobiernan abrigan creencias de izquierda o de derecha. Es un descontento con el oficialismo. Esto explica también porque en diversos países de la región predomina el voto punitivo. Pero igualmente, así como la democracia entra en crisis y empiezan a imponerse, por ejemplo, visiones autoritarias, también la dictadura entra en crisis y quiebra. Esto afecta al sistema imperante y a la ideología que lo justifica porque pierde credibilidad. Por eso , podemos ver , en este tercer milenio

en sus primeros veinte años este fenómeno. Han surgido y renacido prácticas políticas que creíamos superadas, como las dictaduras de derecha o de izquierda, u otras prácticas desestabilizadoras que ponen en situación de jaque mate a las democracias latinoamericanas y a gran parte de las creencias que la sostienen. No es pues sólo una crisis de institucionalidad, que para algunos se puede superar a través de reformas, sino una crisis de credibilidad que puede ser, incluso, duradera.

Sin embargo, a pesar de todo lo que positivamente nos debe llamar la atención es como la democracia puede seguir navegando en el mar proceloso de esta crisis llena de tormentas, que va desde la corrupción hasta la ineficacia. Es cierto que en este caso el grado de corrupción e ineficacia, varía entre los países de la región.

La calidad de la política democrática requiere, a nuestro modo de ver, de cuatro requisitos básicos que la definan como tal: libertad, igualdad, dignidad y autogobierno. Los tres primeros son valores que deben expresarse en la conducta de las personas, constituyen lo que llamamos cultura de la democracia. Estos valores tienen que estar fuertemente internalizados, asumidos y que los ciudadanos sientan que funcionan en su sociedad. Son metas a las que se debe aspirar. Pero igualmente, con estructuras y prácticas políticas aceptadas porque están internalizadas en el individuo. Podemos hablar del ser democrático. Libre e igual y pero también eso digno.. Deben, entonces, generarse

las condiciones para la afirmación social e individual de la dignidad, que es el respeto y consideración que se debe tener por un ser humano, y contar con una estructura social y un sistema legal que promueva y proteja plenamente los derechos fundamentales de la persona por lo que es, por el sólo hecho de ser persona. Entonces es por ello un valor en sí mismo y no un instrumento al servicio de otras personas o de otra persona, que es lo que sucede cuando, incluso dentro de la democracia, se producen formas de dominación, que dañan y agreden estos tres principios. Pero además de los valores indicados, está el autogobierno, una práctica política esencial en toda democracia, la cual es la capacidad que tiene un pueblo de darse su gobierno que debe dirigir y legislar en su nombre. Se trata de un principio básico que debe complementarse con los valores antes señalados. La democracia, es una forma de organizar el poder en función a esos principios y por ello necesita instituciones y prácticas que se orienten en esa dirección. Así mismo, para evitar o superar crisis, debe de ejercerse la

poliética. Es decir, la manera de ejercer el poder sujeto a la ética y no sólo a la eficacia, si la hubiera, desentendiéndose de los valores morales. Para que haya un buen gobierno debe haber un equilibrio entre unos valores y unas prácticas, entre la ética y la eficacia. Los gobernantes y los legisladores, en todos los niveles de la estructura del Estado, deben cumplir con estos dos requisitos básicos. Cuando esta relación se quiebra se generan crisis, tanto morales como de gestión pública. Ello produce un desencanto en la ciudadanía sobre la política. Se deja de creer en ella en su totalidad.

Al respecto, en *La República*, Platón explica que la única razón moral que justifica a una persona participar en la polis, es su capacidad de servir a los demás. No hay pues otra razón. Todo gobernante debe gobernar, todo legislador debe legislar, pensando en el bien común, en una sociedad de bienestar. Un concepto clásico. O Como afirma Aristóteles, otro clásico, que el fin del Estado es el bien común, esa es pues la teleología de todo Estado y de todo buen gobierno. La poliética, es lo que el filósofo español Francisco Fernández Buey define como “ procurar que ética y política no sigan dándose de golpes como lo han hecho a lo largo de la historia de Europa. ( 2021-352).

Si bien el filósofo hispano se refiere al contexto europeo, en su obra “ *Sobre Izquierda Alternativa y Cristianismo Emancipador*”, lo que dice perfectamente se puede aplicar al contexto político latinoamericano, porque en nuestra región hace tiempo que hay un fuerte choque entre la ética y la política, entre la eficacia y la ineficacia, entre el Estado y la sociedad civil. Pero además, la política entendida como un acto de buen gobierno al servicio del ser humano, ha sido sometida por la ideología neoliberal que ha logrado imponer una “nueva razón del mundo”, como denominan Christian Laval y Pierre Dardot a la cultura mercado céntrica globalizada, en donde predomina como si fuera un valor supremo la libre competencia sin control, en donde las relaciones de mercado como la producción y el consumo, así como la idea de crecimiento económico, se han convertido en los principios rectores de nuestra vidas. Hemos llegado al “ hombre unidimensional” de Marcuse en esta era denominada de la globalización, que es más una concepto económico, que histórico-sociológico. El mundo se organiza para la producción y el consumo. El principal valor es la riqueza individual y el emprendedor no es cualquier emprendedor, el emprendedor que vale en la cultura mercado céntrica, es aquel que sabe hacer riqueza. Con esta crítica no queremos decir que las relaciones de mercado



sean malas en sí misma, sino que se han impuesto como concepción del mundo, como ideología, que ha producido una globalización excluyente y no inclusiva, como práctica universal.

Como hemos explicado, el humanismo sostiene que el hombre es un fin en sí mismo y no un medio al servicio de otros hombres, ese es el principio de autotelia ( del griego autos que significa uno y telos quiere decir fin) de Emmanuel Kant. En consecuencia se opone a que un grupo imponga su poder y su concepción del mundo con el único fin de enriquecerse y utilice el Estado para lograr dicha meta, incluso aplicando prácticas corruptas. Las prácticas corruptas que se infiltran en la política le causan un gravísimo daño, porque millones de personas, en nuestro continente, empiezan a vincular la política con la corrupción, Sin duda esta percepción, que se desprende de hechos reales, de actos de corrupción de algunos políticos, funcionarios públicos y empresarios que recurren al Estado como si fuera un botín , lacera fuertemente a la democracia representativa. Ello explica porque , en la mayoría de nuestros países, los parlamentos tienen una baja aprobación popular Tal como queda demostrado en las encuestas.

Además de estos hechos, hay otros que contribuyeron y todavía siguen contribuyendo con la crisis de la representación, aunque es cierto que dichas prácticas continúan más arraigadas en unos países que en otros. Son creencias y prejuicios que han quedado en nuestra cultura política. Pasamos a mencionarlas.

1. La Herencia Colonia. Que generó una cultura política autoritaria. Es la creencia en muchos latinoamericanos que sólo se podrán resolver nuestros problemas con gobiernos fuertes con gran concentración del poder en un caudillo, o de una élite capacitada para solucionarlos. Esta creencia se basa en que la democracia es débil e ineficaz y desprecia o desconfía en la voluntad popular.
2. El Caudillismo. Es supra ideológico, puede ser tanto de derecha como de izquierda. El discurso, la propuesta, la idea del caudillo, se opone al orden Constitucional. El pretende imponer su orden y su palabra no podrá ser puesta en tela de juicio. La mayoría de los gobiernos dirigidos por caudillos se sustentan en la fuerza y la represión de sus adversarios. Este es un caudillismo autoritario, por cierto, pero hay caudillos democráticos, porque se bien ante la opinión pública tienen un discurso democrático, su palabra no es discutida en el partido



político que dicho caudillo ha fundado, es el líder e ideólogo. No tiene competencia y esto afecta la democracia interna del partido político, así como el cambio generacional que implica una renovación de los liderazgos partidarios. Esta situación se puede superar promoviendo una cultura de la democracia que empodere al ciudadano y paralelamente tenga más espacios e instituciones que permitan su participación política en el proceso de toma de decisiones. Estableciendo en las constituciones y en el Derecho Penal, que todo golpe de Estado, o cualquier intento de quebrantar el orden democrático es un delito. Que quienes deciden gobernar autoritariamente, tanto en la forma tradicional, como en la actual, socavando las instituciones y prácticas democráticas desde el gobierno, que implica una usurpación del poder al pueblo, serán condenados a cadena perpetua. Lamentablemente a lo largo de la historia política, en muchos países latinoamericanos ha habido y hay mucha condescendencia y permisividad con quienes fueron dictadores. Un ejemplo notorio es que hay calles que llevan sus nombres como si hubieran sido grandes personajes, cuando en realidad fueron o son unos tiranos despreciables que destruyen la libertad, la igualdad, la dignidad y autogobierno de los pueblos. El mismo criterio debería aplicarse para aquellos que han contribuido y ejercido cargos de poder en gobiernos de esta naturaleza. Pues si bien la insurgencia contra un gobierno usurpador del poder popular es un derecho reconocido en la mayoría de las constituciones latinoamericanas, generalmente no procede, ya sea porque amplios sectores de nuestros pueblos siguen creyendo que la mejor forma de gobierno es el autoritarismo, lo que afecta la consolidación de una cultura democrática arraigada y también porque muchas veces los demócratas insurgentes carecen de recursos no sólo económicos, sino políticos, que les permita organizarse para enfrentar, desestabilizar y sacar del poder al tirano. Precisamente esta creencia de que deben prevalecer gobiernos fuertes en lugar de gobiernos libres y justos, es lo que ha reforzado a lo largo de la historia de la gran mayoría de las naciones latinoamericanas el conocido “péndulo del poder”.

Una nueva modalidad de ese caudillismo es el outsider, un líder político que si bien actúa dentro de las reglas del juego de la democracia, está fuera del sistema de partidos. Muchos de estos outsiders han logrado llegar al poder y los datos demuestran que en el gobierno ejercen el poder

autoritariamente, sin necesariamente haber dado un golpe de Estado tradicional, como fueron los del siglo XIX y XX. Van usurpando el poder al pueblo una vez instalados en el Estado. Estas son, lo que llamamos autocracias revestidas de formalidades democráticas. Por ejemplo, si bien en el Perú Alberto Fujimori dio “un coup du Palais”, un golpe desde Palacio apoyado por las fuerzas armadas y luego políticas permaneciendo en él convoca a una Asamblea Constituyente, que al tener su agrupación política mayoría, logra incorporar instituciones que le permitieron quedarse en el poder por nueve años. También fueron outsiders, presidentes autoritarios como Chávez en Venezuela. Correa en Ecuador, Morales en Bolivia. Son presidentes outsiders autoritarios vigentes Bukele en El Salvador, Bolsonaro en Brasil. Mención especial requiere la dictadura de Ortega en Nicaragua, que es una dictadura familiar de izquierda, a diferencia de la dictadura familiar de los Somoza, de derecha. Ortega no es un outsider, sino un underdog, un dictador que surge del sistema político partidario establecido en este país, luego de la caída de Anastacio Somoza.

3. El clientelismo. Es decir, la relación de “compraventa” política, ya sea a través de intercambios de productos económicos con fines políticos, o la oferta política, que es una oferta de poder, cargos y funciones con la finalidad de obtener apoyo, tener adherentes y votos. El clientelismo debe ser prohibido constitucionalmente, así como lo hicieron los ingleses con el llamado treating, una práctica corrupta que fue eliminada por ley a partir de 1867.
4. El Secretismo. Un comportamiento político vinculado a la herencia autoritaria que se pretende justificar por “razones de Estado”, lo que afecta profundamente una de las prácticas más importantes y necesarias en la democracia como la transparencia de los gobernantes, fundamental para generar confianza en la ciudadanía, sobre su comportamiento y gestión. Al respecto, hay estudios que demuestran que a mayor transparencia disminuye la corrupción

Junto a estas prácticas que ha sido heredadas, como se ha explicado, existen otras de carácter social y cultural que contribuyen a agudizar las crisis

- 1 El racismo.
- 2 El machismo.

3. La exclusión y la marginación social.
4. La homofobia.

Millones de personas no se sienten representadas en la estructura del poder, carecen de canales institucionalizados para manifestarse y no tienen el más mínimo empoderamiento. Están totalmente desempoderadas, alejadas de la política. En consecuencia, para superar la crisis política de la democracia que hay en América Latina y otras naciones del mundo, es urgente tomar medidas que impidan que esta crisis se agudice con la finalidad de no llegar a un punto de no retorno, es decir, a la quiebra de la representación política.

Así como hemos señalado las prácticas heredadas de la colonia y que fue asumida plenamente por la mayoría de las élites criollas, la democracia representativa del siglo XXI tiene nuevas amenazas que debe enfrentar:

1. Dictaduras revestidas de formalidades democráticas. Una mezcla de autoritarismo real con democracia formal.
2. La Neo plutocracia.
3. La Meritocracia.
4. El dataísmo.
5. La infocracia.

Al lado de estas amenazas, que están debilitando la democracia representativa a nivel mundial como informa el jurista español Javier Junceda Moreno, hay una tendencia a disminuir el número de representantes en Europa, tendencia que se manifiesta en Italia, Alemania, Francia y España. Para Junceda, " el problema puede que radique en la sensación extendida de que buena parte de los parlamentarios son hoy hueros brazos de madera a las órdenes de oligarquías que suelen a menudo moverse entre bambalinas, sin necesidad en todos los casos de respetar el mandato constitucional que obliga a los partidos a contar con una estructura interna y un funcionamiento democrático" ( artículo publicado en el diario español Debate). Esta sensación, que en muchos casos obedece a la realidad, agudiza la crisis de la política basada en la representación, fenómeno que podemos afirmar que en América Latina es "moneda común". Por ejemplo, en el Perú no se puede instituir la bicameralidad porque se opusieron la mayoría de los

votantes en el referéndum del 2017, pero también diversos congresistas partidarios del sistema unicameral.

Además de lo señalado, hay una práctica aún más amenazadora que las indicadas: la corrupción extendida como sistema y la incapacidad de resolver demandas ciudadanas, cuya solución son reclamadas muchos años; como la seguridad ciudadana, educación y salud de calidad, adecuado sistema de nutrición para los niños y jóvenes, transporte público seguro, universalización de agua potable, luz, alcantarillado, servicios higiénicos limpios, lugares de esparcimiento adecuados para que los ciudadanos y ciudadanas puedan ocupar los espacios públicos, un medio ambiente limpio, seguro y protegido. Empleo pleno y estable.

Para ser libres e iguales, haya dignidad y un mejor autogobierno, América Latina tiene que pasar de una integración social baja, a una integración social alta. Esta debe ser una de nuestras metas más importantes, donde predomine un régimen político democrático que no se sostenga con las justas, a pesar de sus crisis, sino que tenga capacidad de respuesta a los entornos antidemocráticos que lo rodean.

Como se ha indicado, en la mayoría de nuestros países la democracia está vigente pero cuestionada y amenazada por prácticas autoritarias. “ Democracia Delegativa ” la llamó O’Donnell, destacado politólogo argentino. Este concepto no debe entenderse como positivo, por el contrario se refiere a cómo un presidente elegido va poco a poco usurpando el poder al pueblo y copando las instituciones del Estado para su beneficio y el de su entorno. Es lo que nosotros llamamos “ autocracias revestidas de formalidades democráticas ”, que es una modalidad de dictadura distinta a la que se origina del golpe militar, porque quien está en el poder no da un golpe directo, lo hace indirectamente. Poco a poco va concentrando el poder hasta copar todas las instituciones. Es además un presidente elegido por el pueblo y que en la mayoría de los casos tiene legitimidad ciudadana, porque cuenta con el apoyo de la gran mayoría, que permite o tolera, vaya concentrando el poder, lo que demuestra que hay permisividad con el autoritarismo porque todavía sigue instalado en nuestra cultura política.

Cuáles son las características de este autoritarismo que nace de la usurpación gradual del poder al pueblo:

1. Absorción del Estado por el gobierno, controlado por el caudillo autoritario, su entorno familiar y político.

2. Neutralidad y subordinación de los otros poderes del Estado a la autoridad ejecutiva. Si bien hay elecciones legislativas y de autoridades estatales, regionales y locales, estas tienen limitaciones legales, o la oposición es permanente agredida por el gobierno, sus partidarios y medios creados o controlados por el gobierno del caudillo que realizan una campaña de demolición contra la oposición, o impidiendo la participación a otras opciones políticas que discrepan con el gobierno.
3. La voluntad del presidente caudillo está por encima de todas las instituciones y de la ley.
4. Ejerce el poder sin restricciones.
5. Organiza elecciones y reelecciones donde siempre gana porque tiene controlado el sistema electoral.
6. Despolitiza a la sociedad civil.
7. En algunos casos estas dictaduras intentan imponer su ideología.
8. Persigue a los adversarios políticos o los judicializa, atribuyéndoles delitos y diversas faltas inventadas, o montadas adrede por los servicios de inteligencia.
9. Limita o impide el ejercicio de la libertad de opinión a través de los medios de comunicación.
10. Uso de las instituciones policiales y de las fuerzas armadas, que dejan de ser instituciones del Estado que cumplen una función de acuerdo a la constitución y son puestas al servicio del dictador..

La crisis de la democracia en América Latina, si la vemos con sentido histórico, no es una novedad. Como se sabe, a lo largo de los siglos XIX y XX, tuvimos varias. Ahora reaparece pero con nuevos elementos, que no son el producto del COVID 19, como muchos dicen. Quizás la pandemia nos permitió ver más a fondo las causas de estas crisis, pero ellas han sido y siguen siendo cíclicas. Entonces hay que responder a esta crisis con un conjunto de medidas muy democráticas desde la forma de organizar, ejercer y distribuir el poder en la sociedad civil. Ella debe ser más participativa para que los ciudadanos puedan involucrarse comunitaria y solidariamente en los problemas de su país. Debe dejar de ser una democracia de élite y convertirse en una auténtica democracia donde funcione adecuadamente la combinación entre la democracia directa y la representativa.

Tal como lo demuestra Samuel Huntington en su libro " La Tercer Ola de la Democracia", dicha ola desde mediados de los sesenta del siglo pasado, tuvo un gran prestigio y contó con el apoyo de la mayoría de los pueblos que salieron de las dictaduras, sobre todo en América Latina en que se regresó a la democracia representativa e incluso, como sucedió en el Perú y Colombia se promulgaron nuevas constituciones.. Cayeron como castillo de naipes férreas dictaduras como la chilena, uruguaya, argentina y brasileña.

Ahora , recientemente de acuerdo a una encuesta de latinobarómetro publicada el mes de julio, sólo el 25% de los latinoamericanos están satisfechos con la democracia y en el caso concreto del Perú, según la encuestadora sólo el 11%

Un preocupante dato a tener en cuenta, pero a la vez un punto de partida para reconquistarla e ir construyendo e imaginando, a partir de un estudio afondo de lo que está pasando, para deconstruir un cultura de la democracia que arraigue en nuestros pueblos, capaz de rechazar cualquier forma de autoritarismo y dominación. Que definitivamente los ideales de libertad, igualdad, dignidad y autogobierno funcionen de manera integral. Sino habremos retrocedido en la historia a formas de organización políticas consideradas anacrónicas y superadas, porque la cultura de la dominación se impondrá a la cultura de la libertad. Entonces tendremos que empezar nuevos procesos de insurgencia y de liberación.

### **Reflexiones Finales**

Como se sabe la mayoría de las democracias representativas en América Latina sufren una crisis de representación. Muchas de las prácticas heredadas desde que se inició nuestro proceso de independencia, como el autoritarismo y el caudillismo, el clientelismo y el secretismo todavía continúan. Ahora en este siglo tenemos caudillismo outsider o underdog, una costumbre de hacer política que se ha instalado en sociedades en donde el sistema de partidos es débil, como Perú, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Honduras, Panamá, Brasil, Guatemala y El Salvador. En otros países con un sistema de partidos más estables, poco a poco, se fueron perdiendo espacios de participación y representación como por ejemplo, Colombia, Venezuela, Uruguay, Argentina y Chile. México, luego de la caída del PRI autoritario,logró una relativa estabilidad partidaria, pero igual que los países, inmediatamente mencionados, en la segunda década del siglo XXI,

también ha perdido espacios de participación y representación. Sin duda actos de corrupción y de ineficacia han contribuido con esta crisis, pero hay otros factores que intervienen en ella. Son distintos los momentos en que se produce esta crisis de representación, pues como se ha indicado, depende de la coyuntura política de cada país.

Por ejemplo, al perder legitimidad el sistema de partidos, que son canales de intermediación entre la sociedad civil y el Estado, también como efecto de esta situación, la representación política empezó a perder legitimidad. Ello porque el sistema de partidos y la representación están íntimamente vinculados. Es más, no puede haber democracia representativa sin partidos políticos que la sostengan, sobre todo en sociedades de masas. En muchos casos la denominada partidocracia, ha sido reemplazada por la mediocracia, el poder de los medios de comunicación que, como los partidos políticos son canales de intermediación. Esta mediocracia en los últimos años está siendo reemplazada por la infocracia, el poder político que se usa por medios virtuales. Es el poder que se ejerce desde el uso de Internet. Lo que da la sensación de que todo poseedor de esta nueva tecnología puede ejercer directamente el poder sin necesitar a un intermediario. Es decir, un partido o un parlamento.

Es por ello que en este trabajo sostenemos que, además de las prácticas antidemocráticas y anti representativas que empezaron a manifestarse desde nuestra independencia y de los prejuicios que también se arrastraron desde la colonia quedando arraigados en gran parte de los latinoamericanos, en este siglo han surgido otras amenazas a la representación y a la democracia en sí misma. Mencionamos a la infocracia, la neo plutocracia, la meritocracia y el dataísmo.

Sobre la infocracia explica el filósofo coreano-alemán Byung-Chul-Han, que “la telescreen y la pantalla de televisión han sido sustituidas por la touch screen. El nuevo medio de sometimiento es el smartphone. En el régimen de la información las personas ya no son espectadores pasivos que se rinden a la diversión. Todos ellos son emisores activos. Están constantemente produciendo y consumiendo información” (2022-32). Ello da una sensación de empoderamiento, porque hay una especie de prosumo de la información, es decir, yo produzco la información que consumo. Lo que se puede entender como una práctica democrática, sin embargo si analizamos a fondo la fenomenología de la información para comprender mejor qué es la infocracia, según el autor citado, se habría producido una crisis de la



democracia que comienza en el plano cognitivo. Por ello, agrega que, “ el corto placismo general de la sociedad de la información no favorece a la democracia. El discurso ( se refiere al discurso político-democrático) tiene una temporalidad intrínseca que no es compatible con una comunicación acelerada y fragmentada. Es una práctica que requiere mucho tiempo” ( 2022-34. En otros términos el ritmo de la deliberación y participación política en estructuras de poder democrático, como son los debates y aprobaciones de leyes en los parlamentos y en otras asambleas, así como las prácticas de democracia directa tipo referéndum, rendición de cuentas, revocatoria, iniciativas populares de normas, cabildos abiertos, entro otros, necesitan de un tiempo más o menos largo para la fundamentación y argumentación, es el ritmo propio de la oralidad no virtual y pretende llegar a la verdad a través de la comprobación de mecanismo de racionalidad, distinto al contexto actual de la post verdad, donde la creencia se pone por encima de la evidencia. Este ritmo de la racionalidad basado en la deliberación democrática, está siendo excluido por el ritmo de la infocracia, más corto, rápido e inmediato. Una opinión ligera sin fundamentación, muchas veces no pensada y tendenciosa en donde la verdad o la búsqueda de la verdad se diluye en la post verdad, como se ha indicado.

Muchos líderes y dirigentes de conducta autoritaritaria como Trump, Putin , Bolsonaro, Maduro, Herdogán, Sin- Yin-Pin, Bukele, y Castillo, utilizan twitters y facebook, para expandir sus ideas antidemocráticas, pero sobre todo para destituir por estos medios a ministros y altos funcionarios de Estado que no son de su agrado. Estos mensajes tienen apariencia democrática porque alcanzan a millones de personas, pero en el fondo lo que se está anunciando son medidas arbitrarias y voluntaristas que nada tienen que ver con el debate democrático, incluso por las mismas redes. Ha nacido el info dictador.

En relación a la Neo-plutocracia, esta es la concentración del poder que se ejerce desde el control de las grandes corporaciones transnacionales, algunas con presupuestos mayores que muchas repúblicas latinoamericanas. Lo que afirmamos no es novedad pero en la era de la globalización adquiere real importancia y afecta a la democracia. Estudios realizados por diversos economistas como el premio Nobel Joseph E. Stiglitz, Branko Milanovic, Thomas Piketty y Yanis Varoufakis, o informes realizados por ONGS serias en materia de estudios relacionados con la concentración de la riqueza como por ejemplo OXFAM, sostienen que las 85 personas



más ricas del mundo acumulan una riqueza equivalente a la de las 3,500 millones de pobres. Esta situación demuestra no sólo la ineficacia para resolver el problema de la pobreza del régimen económico neoliberal en el mundo, sino su inhumanidad. Al respecto, como también se sabe, América Latina es la región más desigual del mundo. Esta desigualdad económica afecta la democracia y profundiza su crisis, porque grandes mayorías quedan excluidas de participar en proceso productivo, lo que estimula la masificación de una economía informal del día a día que, de no funcionar como quedó demostrado con la pandemia del COVID 19, se agudizará la pobreza. Una situación de marginación y exclusión, de desigualdad sistemática, produce indignación en millones de personas que sufren las consecuencias de esta desigualdad. Entonces empiezan a cuestionar las “bondades del sistema”, como tratan de demostrar los partidarios de neoliberalismo, por lo que no extraña que en los últimos años se hayan producido importantes movimientos de protesta. Allí están los casos de Chile y Colombia y los recientes giros hacia de izquierda en el Perú, México y Honduras, o también el levantamiento campesino en el Ecuador. Es una respuesta al status neoliberal desde las izquierdas, unas democráticas y otras autoritarias de tipo populista y nacionalista. En la globalización neo capitalista la riqueza se ha concentrado en oligopolios y bipolios tal como lo prueban Jonathan Tepper y Denise Hearn, en su obra “El Mito del Capitalismo”, cuando afirman que por esta causa los países más desiguales son México y Chile, pero agregan en esta lista a los Estados Unidos. Según este trabajo en México, el archimillonario Carlos Slim domina por completo el sector de comunicaciones, controlando más de 80% de la telefonía fija y más del 70% de la móvil. Afirman que Chile (país considerado como el gran ejemplo de la política neoliberal iniciada desde la dictadura de Pinochet, decimos nosotros) tiene uno de los peores problemas de desigualdad en el mundo, porque “ el 10% más rico del país gana 26 veces más que el 10% más pobre. El 80% vive con ingresos medios comparables a los de Angola. Su desarrollo económico es tan desigual que sólo un 20% de los chilenos gana lo mismo que ganaría en otros países” ( 2020-10-11).

Estos datos sobre la desigualdad, de países latinoamericanos considerados entre los más desarrollados, da mucho que pensar y habría que encontrar alternativas para salir de esta situación, porque ella, es

probablemente, junto con la corrupción y la ineficacia, la principal causa de la crisis de representación en la región, incluido el Caribe latino por cierto.

Otro aspecto que, a nuestro entender ha influido en la crisis de la democracia representativa, son la meritocracia y el dataísmo que están en muchos casos vinculados porque ha sido una élite profesional y tecnocrática que ha concentrado el poder desde el control de la administración pública y sus decisiones políticas, por lo general se deducen de datos numéricos, en la cuantificación como indicación prioritaria en la toma de decisiones políticas, muchas veces distantes de la vida común y corriente de la mayoría de la población que carece de mecanismos democráticos e informativos para enterarse sobre su origen y motivo. Se trata de una élite que concentra el poder por su especialidad en ciertos sectores de la administración pública. Aquí hay una doble concentración del poder. La que otorga el cargo y el conocimiento.

La Meritocracia no contribuye a democratizar el conocimiento y por esta razón se produce una barrera entre ella y la mayoría de la ciudadanía. Esta "aristocracia del conocimiento", como lo entiende Platón en su utopía de los reyes filósofos, en la mayoría de los casos tiene ceguera ética, porque le da lo mismo servir en un régimen democrático o en una dictadura, argumentando que la metodología que manejan y su expertis, pueden funcionar en cualquiera de las dos formas de gobierno. Es indiferente a las actitudes y comportamiento de los políticos, sean estos demócratas que respetan la libertad, igualdad, dignidad y el autogobierno, o los violen. Para ellos el conocimiento científico, el conocimiento especializado, no tiene nada que ver con la ética en la decisión política. Bajo este argumento justifican el privilegio que les otorga el cargo.

Robert Dahl, Thomas Piketty, Daniel Innerarity y Michael Sandel, son críticos contra esta meritocracia usurpadora del poder ciudadano. Por ejemplo, Sandel, siguiendo a Michael Young que escribió en 1958 "El Triunfo de la Meritocracia", afirma que "genera una discordia social garantizada y que Young supo entrever décadas atrás, la cruel lógica meritocrática que ahora envenena nuestra política y aviva la ira populista. Para quienes se sienten agraviados por la tiranía del mérito, el problema consiste no sólo en el estancamiento de sus salarios, sino también en el menoscabo de la estima social." (2020-44)

La crítica a la Meritocracia no quiere decir negar al especialista en gestión pública, sólo significa que , si dicho especialista concentra excesivamente el poder, como frecuentemente sucede , afecta la política y la democracia. Como bien señala Innerarity, “La democracia es un sistema político que hace intervenir a los expertos en el proceso de toma de decisiones pero se resiste a dejarlo todo en sus manos, a sustituir la política por funcionarios y expertos” ( 2015-41). La política es algo tan serio y tan complejo que no podemos dejársela sólo a unos sabihondos.

En cuanto al dataísmo, sin duda los datos son necesarios para el conocimiento de la realidad, son referenciales, orientadores, pero no determinantes. Sin embargo, para muchos meritocráticos el dato se considera como algo definitivo en el destino de los seres humanos. Al respecto oportunamente señala Byung-Chul-Han, que “ los dataístas creen que no solo la desintegración de la esfera pública, sino la gran masa de información, así como la rápidamente y creciente complejidad de la sociedad de la información hacen que la idea de acción comunitaria quede obsoleta” ( 2022-57). Ellos, como explica el autor mencionado, “imaginan que una sociedad puede prescindir por completo de la política” (2022-63), porque los seres humanos somos algoritmos. Si podemos prescindir de la política, sobre todo de la política democrática en que la libertad humana es fundamental y la sociedad funciona de acuerdo sólo a los datos, entonces hemos caído en la tiranía del dato, porque el poder se concentra no sólo en aquellos propietarios de los medios digitales, sino en sus expertos ingenieros que producen esos datos, a los que en una democracia libremente debemos acceder. Vemos pues una doble concentración del poder que afecta la democracia porque ella antes que todo es distribución del poder.

La Meritocracia y el dataísmo forman parte de lo que hace años atrás el sociólogo y politólogo Marcos Kaplan llamó la ideología de la desideologización, es decir, la ideología de la falta de ideología. Según el historiador alemán Henry Jacoby dice: “si pudiéramos emplear la ideología en su doble sentido, entonces podríamos hablar de la ideología de la ausencia de ideología, que es la justificación del mundo administrativo” (1972-301).

Hemos señalado las causas de la crisis de representación y de la política en América Latina y que también se presenta en naciones de otros continentes. Salir de ella implica un “rebobinar” de la democracia, y así cómo muchas veces los pueblos insurgen contra las tiranías, también deben reconquistar la democracia que está gravemente debilitada, a través de

nuevas prácticas e instituciones como respuesta a dicha crisis, porque creemos que no se podrá retornar al pasado, debemos reinventar manteniendo sus principios básicos de libertad, igualdad, dignidad y el autogobierno. Nuestra propuesta es estructurar mejor la interacción entre la democracia representativa y la democracia directa, para que los ciudadanos cuenten con medios y espacios de participación y empoderamiento, y no sigan diciendo, o no sigamos diciendo, No nos escuchan, no tenemos canales de participación, no nos miran, somos invisibles. Y sin embargo muchos están allí, atentos en la búsqueda de una sociedad justa, no arbitraria y simétrica, que implica una democratización integral de los pueblos latinoamericanos. No olvidemos que la democracia es, felizmente, un proyecto universal inacabado, mientras tanto, quienes creemos en ella tenemos la obligación moral no sólo de defenderla, sino de alentarla, promoverla, construirla o reconstruirla todas las veces que sea necesario.

La representación democrática en América Latina siempre fue agónica, ha estado en una perenne lucha contra prejuicios y prácticas antidemocráticas. Y para salir de esta agonía, entonces debemos pasar de una cultura de individualismo y del egoísmo, a otra de la solidaridad ciudadana comunitaria. Pero si las nuevas amenazas a la democracia se van consolidando como cultura y práctica social, podríamos ir imaginando unas democracias sin visiones del mundo, sin creencias, fundadas sólo en el pragmatismo, en un mundo sin pluralismo, como señala la politóloga francesa Chantal del Sol, cuando se refiere a los infortunios contemporáneos de la democracia. O, por el contrario, las democracias latinoamericanas, se enrumbarán , hacia objetivos donde sus principios, valores y prácticas, así como el reconocimiento del otro o de la otra, de ellos y de ellas, sean la meta de su consolidación total y definitiva en nuestros pueblos

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Acemoglu Daron. Robinson James. El Pasillo Estrecho. ED. Nomos. Colombia. 2019.
- Berlin Valenzuela Francisco. Derecho Parlamentario. ED. FCE. México 1993.
- Brown Wendy. El Pueblo sin Atributos. ED. Malpaso. México 2015.
- Han Byung-Chul. Infocracia. ED. Turus. Barcelona 2022.

- Del Sol Chantal. De Ligio Giulio. La Démocratie Dan L'Adversité. ED. Du CERF. París. 2019.
- Fernández Buey. Francisco. Sobre la Izquierda Alternativa y el Cristianismo Emancipador. ED. Trotta Madrid. 2021.
- García Belaunde Domingo. Las Constituciones del Perú. ED. JNE. Lima. 2016.
- Huntington Samuel. El Orden Político en las Sociedades en Cambio. ED. Paidós Barcelona. 1996.
- Chomsky. Noam. ¿Quién domina el mundo? ED. B. Barcelona 2016.
- Innenarity. Daniel. La Política en Tiempo de Indignación. ED. Galaxia Gutenberg .Barcelona. 2015.
- Kaiser Brittany. La Dictadura de los Datos ED. Harper Collins. Madrid. 2019.
- Laval Christian. Dardot Pierre. La Nueva Razón del Mundo. ED. Gedisa. Barcelona.2013.
- Milanovic. Branko. Desigualdad Mundial. ED. EFE. México. 2017.
- Mouffe Chantal. La paradoja de la democracia. ED. Gedisa Barcelona. 2016. 14.O'Neil Cathy. Armas de Destrucción Matemática ED. Capitán Swing.Madrid,2017.
- Phillips Peter. Megacapitalistas. ED.Roca México 2019.
- Piketty Thomas. Capital e Ideología. ED. Deusto. Barcelona. 2019.
- Rosanvallon. Pierre. La Société des égaux. ED. Du Seuil. París. 2011.
- Runcinam David Así termina la democracia. ED. Paidós . Barcelona. 2019.
- Tepper Jonathan. Hearn Denise. El Mito del Capitalismo. ED. Roca Barcelona. 2019.
- Van Reybrouck David. Contra las Elecciones. ED. Taurus Barcelona. 2017.
- Varou fakis Yanis. El Minotauro Global. ED. Capitán Swing Madrid. 2013.

# INQUIETUDES Y ANSIEDADES EN EL DERECHO Y EN LOS HECHOS



Jorge Reinaldo Vanossi\*

*“Primero hay que conocer, después hay que programar y entonces finalmente hay que actuar”*

(MARIO BUNGE dixit)

## I.

La sociedad está conformada por orientaciones que permanecen por lo general con el asentamiento de los valores concebidos y compartidos en general mayoritariamente. Es así, normalmente, al verificarse que “el hombre también hace al sistema”. Pero puede ocurrir que se produzca en modo parcial o total un fenómeno “distópico”, en cuyo caso aparece la representación ficticia de una sociedad futura, de características negativas y que pase a ser causante de una alienación humana con limitación o condicionamiento de la personalidad –que se impone a las personas- o a la colectividad por factores externos sociales, económicos o culturales.

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Miembro Fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ministro de Justicia y Diputado de la Nación Argentina.

Esas situaciones pueden “derrapar” al comportarse sectores sociales de manera contraria a los cánones tradiciones o habituales de las personas o los grupos, desviándose de la dirección que llevaban. A veces pueden “ladear”, al tardar demasiado tiempo en hacerlo. Pueden darse apariciones focales de perpetradores que secunden el antojo del cambio (y hasta consumen culpas o delitos graves), actuando solitaria o colectivamente de manera insidiosa. Sectores habrá que se tornen dimisionarios para optar por la dejación y dimitir del compromiso de la innovación o las creencias sustitutorias que habrán de reemplazar en el uso al pensamiento y los valores preestablecidos en la existencia anterior con prioridades de naturaleza u origen. ¡Cuántos sufrimientos se pueden soportar con lo transmutable!

Gustav Flaubert afirmaba que “la humanidad es como es: no se trata de cambiarla sino de conocerla”.

A las inquietudes y ansiedades se suele asemejar los casos del díptico, pues a veces aparecen pegados en dos o de repente se avecinan “en dos listas”. Se pueden juntar en número mayor, pero existen límites para ello por cuanto la regla del “aforo” suele imponerse mediante el número tope (sic). De todas maneras es posible encontrarse con el hecho imperativo o casual de que “la bandera de la IMAGINACIÓN no se puede suprimir, y ello es cierto como lo vieron hasta literatos como VALERY y MALARME. Tan es así que CHARLES BAUDELAIRE llegó a señalar que la “cualidad del presente” ostentaba caracteres que se distinguen hasta en su manera de ser, por ser naturales o adquiridos en su especie.

Me permito traer a colación la cita de OSCAR WILDE cuando ironizó que “los actos de la política son muy parecidos al teatro: consisten en varias personas sobre un escenario fingiendo que son otras personas, pero otras personas que los escuchan están fingiendo que les creen” (sic). Son casos de desplante, porque se dan en actos llenos de arrogancia, o descaro y desabrimiento. Claro está que tenía razón SENECA cuando advertía que “ningún viento es favorable para el que no sabe a dónde va” ...!

Para JULIÁN MARÍAS “*el intelectual tiene derecho a equivocarse, pero no a mentir*”.

En el ámbito de lo político suceden las situaciones más insólitas, habida cuenta de las vicisitudes que acontecen en el quehacer de las controversias que se precipitan repentinamente. Toda clase de fenómenos hacen eclosión: desde el desdén de quienes prefieren repantigarse en la indiferencia



de arrellanarse en el asiento y extenderse para mayor comodidad, hasta la tiznatura de la denigración humillante del desprecio deleznable destinado adrede para oscurecer o manchar la fama o la opinión de alguien ("tiznar" al adversario) por ejemplo; siguiendo de repente con la parada brusca y total de alguien (o de algo) en actitud de parón (si es uno) o de parones (si son varios). No falta en el elenco de las maldades la puñetería de la acción molesta y enfadosa dirigida a molestar, fastidiar o perturbar de algún modo, como es "un golpe con la mano cerrada".

Ya advertía JOSÉ HERNANDEZ en su obra en torno al "Martín Fierro", con gran perspicacia, que "la justicia es como la tela de araña: el bicho grande la rompe"...Y claro está que la rotura puede "arramblar" con todo, llevándose con violencia lo que hay en el camino, pudiéndose llegarse hasta el saqueamiento para apoderarse en absoluto o de la mayor parte de lo que existe o se guarda.

Según ORTEGA y GASSET "no se puede entender una respuesta si no se tiene interés por la pregunta. Se debe saber qué se pregunta, por qué se pregunta y para qué se pregunta".

## II.

La sensación puede ser "peripatética" en tanto y en cuanto se piensa-equivocadamente- en la genialidad aristotélica, pero en la actualidad del lenguaje vulgar resulta que la cuestión se vuelca al ridículo o a lo extravagante en sus aseveraciones o en sus dictámenes (si los produce...) o en la suerte de sus máximas ocurrentes.

Hasta las figuras más destacadas han padecido secuelas de los desencuentros de su vida, ya sea profesional, docente o política. El "destemple" ha llevado a sufrimientos y también sensaciones más allá del malestar y cercanas a la alteración. "Destemplarse" ha podido llegar a avatares de cambio o vicisitudes, y en el peor de los casos a ser víctimas del horror más horribles de sufrir el asesinato. Algo que parecía inimaginable se convertía en cruel realidad.

Veamos estos casos:

La Historia tiene muchas enseñanzas y, también, casos patéticos en las incertidumbres del quehacer que simultáneamente ejercían decanos del Derecho. Es el caso del Presidente de la "Real Academia de

Legislación y jurisprudencia” de MADRID, que en varios períodos presidenciales fueron asesinados (sic) como fueron los casos de CANOVAS, de CANALEJAS y de CALVO SOTELO en distintos períodos de los entreveros españoles políticos.

GINO GERMANI decía que “la evidencia sobre la cual descansa nuestra conclusión histórica debe incluir mucho más que simples documentos y debido a ello recurriremos también a la tradición y al sentido común”. Y para JOSÉ INGENIEROS “evolucionar es variar y solo se varía mediante la invención”.

Si de delitos se trata, en el ámbito internacional, no puede olvidarse de la CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1907, que aunque vagamente definidos sus alcances penales, sancionaba el crimen contra la humanidad “como un anticipo de la figura de los denominados “crímenes de guerra”.

¡Cuántos acuerdos y tratados, y cuántas convenciones se han sancionado a partir de aquella fecha! Desde el fin de la 1° Guerra Mundial se reiteraron esperanzas de Paz..., pero se llegó a la 2° Guerra Mundial con la más vasta agresividad en todos los órdenes. ¿Acaso no es cierto que así fue? Hoy contamos con mecanismos diversos; y hasta existe el “Tribunal Penal Internacional” en funcionamiento, aunque algunos Estados son remisos a su aplicación concreta. Sería fundamental que su funcionamiento no se resquebrajara, pues como bien señalaba BENEDETO CROCE, “es histórico lo que tiene CONTEMPORANEIDAD”; y esa es la verdad más cierta.

Al decir de ORTEGA y GASSET “estudiar es crear la necesidad de un saber”; y para SÓCRATES “el grado sumo del saber es contemplar el por qué”. Y según ARISTÓTELES “el hombre nada puede aprender sino en virtud de lo que ya sabe”.

### III.

Para superar las parálisis es menester contar con la vigorosa legalidad, con la CONJUNCIÓN de una unidad en el pensamiento de los Estados que afrontan desinteligenacias: hay que conjuntar los criterios para la pacificación de las naciones entre sí y entre ellas. Es “destemple”, no es positivo: es sensación de malestar, de desorden y alteración. Hay una humorada que se puede considerar como recuerdos pasados; y véase pues: Es una ironía de cómo se manejan los conflictos internacionales en la ONU y anteriormente en la Liga de las Naciones, a saber:

- 1º) Si el problema es entre un país pequeño y una superpotencia, el país pequeño desaparecerá.
- 2º) Si el conflicto es entre dos países pequeños, desaparecerá el problema.
- 3º) Si la discusión es entre dos superpotencias, lo que desaparece son las Naciones Unidas (ONU).

En un pensamiento serio y positivo vale la pena tener en cuenta que “no hay DERECHO si no hay conductas que lo apliquen”. Es por ello que se ha bregado en ámbitos conocidos que debe apuntarse hacia la paz mundial a través del Derecho, como prédica universal, ya que el DERECHO es “la ciencia de las alternativas”, como regla y si fuera posible a serlo sin excepciones.

Decía ARISTÓTELES que “la dialéctica es la base del arte de persuadir; y que el ser es aquello sin lo cual, nada es”.

En lo constructivo se encuentran a veces los casos aptitudinales, con capacidad para operar competentemente en una determinada acción que sea apta para cierto fin. La aptitud es necesaria para ello: no se puede naufragar al respecto. Los dirigentes que perciben repugnancia por tener que actuar ante lo encomendado quedan pues respingados por su resistencia ocasional: es el protestar gruñendo por fastidio, salvo que simule “fisgar” husmeando disimuladamente su indagación (inefable pues no se puede explicar por palabras sutiles o difusas...).

Solo les queda un camino: “refitolear” curioseando o entreteniéndose en cosas de poca importancia (temas baladíes...).

En el otro extremo, si hay vocación y aptitud, acudir pues la “atigencia”, perteneciendo a lo atinente a su interés verdadero en conexión y correspondencia con los legítimos intereses de pertenencia (todo lo opuesto a la “cutredad”, que es lo sucio y miserable).

Para los mediocres les resulta limitarse a “refitolear”: curiosear, entretenerse en las cosas de sin importancia; entremetidos en la nada. Algunos juegan como “morlacos”, sujetos estos que fingen tonterías o ignorancia de las cosas y de los hechos. El destino de todos estos ejemplos se traduce en la COMEZON, que más que una picazón es una desazón a manera de deseo de algo....mientras eso no se logra (sic).

Decía DESCARTES que “dudo de todo, pero al dudar estoy pensando, y si pienso, existo” y para JORGE LUIS BORGES “pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer”.

Si los espeleólogos se dedican al estudio de las cavernas no puede menospreciarse que los estudiosos del derecho y que los cultivadores de la filosofía aspiren a progresivas especulaciones que avancen o aumenten gradualmente sus metas científicas, que son siempre “sin ton ni son” sino estudios basados en motivos fundantes con ocasiones y causas que ameritan esfuerzo e inteligencia perceptiva. Los resultados de la investigación pueden fallar, al embarrancarse y estacarse en una dificultad; pero a pesar de todo se puede avecinar con red de entrelazados el “plexo” ansiado hacia el objetivo o la meta.

El esfuerzo se traduce en la insistencia: el “remen” de renovar o reanudar la tarea; aunque a veces la confusión lleva a la “metáfora”, como plasmación de un sentido recto y otro figurado, o una traslación del sentido a otro figurado de una comparación tácita.

El esfuerzo y la perseverancia del científico pueden valer para avenirse a concordar y emprenderse una armonía hacia el logro ajustándose en armonía; como también se puede frustrar en un fracaso que conduzca a “depauperar” debilitando o empobreciendo su intento, para luego persistir proteicamente en cambiar el método para perseguir de formas o de ideas. ¡Reflexionar puede ser el camino hacia el resultado exitoso pensando atenta y detenidamente!

Para SOCRATES, “solo sé que no se nada, pero aun supero a la generalidad de los hombres que no saben esto tampoco”.

#### IV.

En 1819 SIMÓN BOLÍVAR inauguró en Angostura el Congreso de Venezuela; y allí emitió un famoso discurso, cuyo tenor advertía el peligro del absolutismo. Decía al respecto: “La continuación de la autoridad en un mismo individuo frecuentemente ha sido el término de los gobiernos democráticos”.

Y agregaba: “Las repetidas elecciones son esenciales en los sistemas populares, porque nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo; de donde se origina la usurpación y

la tiranía". Y finalizaba, afirmando: "Esto es un justo celo, es la garantía de la libertad republicana, y nuestros ciudadanos deben tener con sobrada justicia que el mismo magistrado que los ha mandado mucho tiempo les mande perpetuamente".

Pero la historia también demuestra los cambios y las debilidades. Aparecen en las colectividades (lejanas o cercanas), con desacostumbradas costumbres hábitos nuevos e inusuales, que inusitadamente des-acostumbran lo vigente. Se entra en un tembladeral o tremedal que torna pantanoso al ambiente político y al régimen institucional, sin consistencia y con mucho temblor orgánico y organicional. A ello acompaña una "transfiguración" (sic) que hace cambiar las estructuras, en todo sentido: cambio de figura pero también de régimen. A muchos les resulta "horripilante" al causar ese horror, que suma estremecimiento y horribilidad.

Pensaba HERÁCLITO "que es necesaria la necesidad de la realidad".

¿Será una "adopción conjetural" o el cambio total? Siempre habrá porfiados que no reconocerán el tránsito; obstinados en su parecer insistentemente. Disputas y altercados. El gran ALBERDI lo supo y advirtió la maldad congénita del Poder. Dijo: "La omnipotencia del Estado o el poder; y omnímodo e ilimitado de la Patria respecto de los individuos que son sus miembros, tiene por consecuencia necesaria la omnipotencia del Gobierno en que el Estado se personifica, es decir, el despotismo puro y simple" (ALBERDI).

Los "superpoderes" anticipan el autoritarismo, que a su vez puede convertirse en totalitarismo. Y cuando se llega a esos extremos -tan perniciosos- sobrevienen dislocas de las más variadas índoles: comenzando por la rebelión y prosiguiendo con la insurrección. La REBELIÓN se presenta y asoma como un "levantamiento público" y en cierta hostilidad contra los poderes del Estado con el fin de derrocarlos. En cuanto a la INSURRECCIÓN, el levantamiento es sublevación y rebelión fuerte de un pueblo de una Nación, concitando a la gente para que se amotinen contra las autoridades, a fin de alzarse para rebelarse (furiosamente?) y amotinándose con plena insurrección (a veces con la presencia de las Fuerzas Armadas).

Kant sostenía "obrar de tal manera que el motivo y el principio que te lleva a obrar, puedas tu querer que sea ley universal"; y para LOCKE "la fuente de todas las ideas es la experiencia pues en esta se halla el fundamento de todos nuestros conocimientos".

En muchas ocasiones reina el espíritu de la “impulsividad”, que se vale para impeler dando empuje para producir un “movimiento” incitando y estimulando a la muchedumbre. Y no es de extrañar que ciertos sectores procedan sin reflexión ni cautela, dejándose llevar por la impresión del momento. En momentos así se observa la “perplejidad” de la población, reinando ante ella la confusión y la duda en torno a la irresolución y la confusión reinante.

El clima ambiental suele variar, creándose a menudo una atmósfera de “opacidad”, por ver los sucesos como oscuros sombríos, tristes y hasta opacos. Algunos sectores de la comunidad se orientan por un “desasosiego”, por falta de orientación, por presenciar simultáneamente una sensación “indiscernible” al no poder distinguir el sentido de la situación trastocada que se vive y se presencia, señalándose las diferencias existentes sin comprender su distinción. ¡Y hasta algunas aplauden la manifestación!

Y según SCHOPENHAUER “el hombre ordinario solo cuida de pasar el tiempo, y el hombre de talento, de emplearlo”. Afirmaba GOETHE “que cuando estés en la multitud cuida de no extraviar tu soledad”. Pero según ARISTÓTELES, “la esperanza es el sueño del hombre despierto”.

## V.

En medio de la confusión (como el 4 de junio de 1943 en Buenos Aires...) algunos grupos están “ávidos” por el cambio que se intuye: ya sea por ansiedad, por sorpresa, por codicia o por más avidez que esperan aguardando los resultados del complot...Pero no faltan los matices o las diferencias sectoriales, ya que para algunos grupos el suceso viene “atravesado” por estimar que existe mala intención (o mal carácter de los protagonistas del episodio rupturista), pensando que hay una expresión de actos disparatados con incongruencias o serias confusiones. Para otros personajes, prefieren “ameritar” lo merecedor del caso-y hasta autores beneméritos mediante...!- que dan mérito al cambio que estiman. Y, además, aflora la admisión del proceso “derechero”, o sea, de haber aceptado lo justificado del caso golpista, considerándolo legítimo y tan recto y exacto que debe prosperar “derechuramente” adelante, hasta el fin de los cambios.

En momentos de tantas enforías (confusas) surgen también los frecuentadores del batifondo, que suelen ofrecer un espectáculo “vario pinto” con

la asistencia entusiasta de los “saltimbanquis” de turno: todo un espectáculo de ejercicios, diversiones y griterío de ocasión (los saltabancos).

ANDRE MAUROIS sostenía “que una ilusión eterna o que renace a menudo en el alma humana, está muy cerca de ser una realidad”.

Frente al auge de los DNU (Decretos de Necesidad y Urgencia) será siempre de actualidad reiterar un criterio tan acertado como ante los casos en que un Presidente solamente podría dictarlos “cuando haya una imposibilidad física de que se reúna el Congreso o cuando la sanción de una Ley, por el tiempo que demanda, produciría un resultado disfuncional, o sea –y es decir- que la demora haría inútil la sanción de una LEY”.

Lo que está bien definido es que el Art. 81 de la Constitución Nacional dispone que “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; y se excluye –en todos los casos- la sanción tácita o ficticia.”

Pero la falla fundamental y sustancial radica en los “Decretos de Necesidad y Urgencia” (DNU) que se incluyen en el Artículo 99, inciso 3º de las atribuciones del Poder Ejecutivo, en cuyo texto se inicia el criterio de que dicho Poder “no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. No obstante ello, a renglón seguido se abre la instancia de las “circunstancias excepcionales” pues “podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia...”.

La cuestión se oscurece con la atribución al Jefe de Gabinete de Ministros para que “personalmente y dentro de los diez días, someterá la medidas a consideración de la COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara”; y se añade que: “Esta COMISIÓN elevará su despacho en un plazo de diez días al pleno de cada CÁMARA para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras”. Se añade, además, la sanción de una “ley especial” (sic) para la “regulación” del trámite y los alcances de la intervención del CONGRESO (¿).

Recuérdese a DA VINCI advertía “que la práctica debe siempre ser edificada sobre la buena teoría”.

¿Qué acontece en la práctica? Pues que con la aprobación de una sola de las Cámaras resulta aplicable y vigente la proyectada sanción (legislativa). Pasa el tiempo y la situación así se conserva, sin aguardar la sanción de la otra Cámara. ¡Es una LEY incompleta! Su sanción se repunta



“irregular”, aunque el Poder Ejecutivo la aplica sin aguardar por tiempo ninguno que la otra Cámara defina esa anómala situación. Casos de tal naturaleza se repiten con insistencia; muchas veces con la indiferencia de los miembros de la “Comisión Bicameral Permanente” cuya intervención debería expresarse regularmente en el tiempo debido y en el procedimiento indicado por el texto Constitucional.

Un retorno a la normalidad debería resultar de algún pronunciamiento de la Corte Suprema ante la sustanciación de casos concretos, para la salud de la República y la confianza ciudadana.

## VI.

Si se quiere un ejemplo cabe a ARENDT cuando rechaza antecedentes funestos y pretéritos y no titubea y enarbola la bandera de los PRINCIPIOS de una patria del homo politicus, de pluralidad y libre discurso, en la que las personas hacen honor a su condición humana diferente a la perimida (totalitaria) que había sido pisoteada por el triunfo del animal faber y de quienes sustituyen los valores y convicciones republicanas para poner en riesgo la DEMOCRACIA en el mundo y las naciones libres.

Es de actualidad recordad a un argentino, que advertía de los cambios sociales y de ética misma:

“...Hoy resulta que es lo mismo ser derecho que traidor; ignorante, sabio, chorro, generoso o estafador

“Todo es igual, nada es mejor: lo mismo un burro que un gran profesor

“No hay aplazados ni escalafón; los inmorales nos han igualado

“Si uno vive en la impostura y otro roba en su ambición, da lo mismo que sea cura, colchonero, rey de bastos, caradura o polizón...” (ENRIQUE SANTOS DISCÉPOLO)

Las cuestiones hay que percibir las a tiempo. Fue un Presidente norteamericano que advirtiera en la Cámara de los Comunes en Londres (8 de junio de 1982) la desaparición que luego ocurriera en 1991, del régimen soviético y totalitario de la URSS (el leninismo), liberando así a varios países que estaban sometidos a la asfixia de la LIBERTAD en gran parte de Europa del Este.



En países se han conocido toda clase de episodios tomados a cuenta por las efervescencias que registra la literatura según que empieza a hervir con el acaloramiento de los ánimos por agitaciones políticas o a tenor del ardor de las pasiones circunstanciales.

Un caso obvio es el de los intelectuales que arremeten en las discordias de sus posturas en el mundo de las letras. En los años del cuarenta y cinco al cincuenta y cinco entre BORGES y BIOY CASARES a “HONORIO BUSTOS DOMECA” (sic) que con el título de “La Fiesta del Monstruo” acuñaron una burla política-humorística, basándose en un juego de “lunfardismo” para disparatar con la jerga empleada originalmente por la gente de clase baja de Buenos Aires y sus alrededores, parte de cuyos vocablos y locuciones se introdujeron posteriormente en el idioma español popular (o del populismo?) de la Argentina y el Uruguay –con distancias políticas entre ambos...<sup>2</sup>

La obra elegida relataba un episodio callejero con el trajín de un recorrido de adherentes provenientes de lejos pero con destino a la Plaza de Mayo en la búsqueda del encuentro de “líder” y recibir de él la arenga que esperan y aguardan. ¿A quién? Pues se trata al fin del encuentro con “la palabra del Monstruo” (pues así lo calificaron los autores de la obra simulando el nombre del dirigente compactado con la muchedumbre de esa jornada del encuentro con las masas. Es la reunión de los convocantes y de los convocados. ¡Es el día 17 de octubre!

Muchas reflexiones surgieron a partir de esos acontecimientos y sus consecuencias históricas, con las secuelas que hasta ahora conocemos.

Las dos Argentinas subsisten y es menester que lleguen a un acuerdo con entendimientos y sin grietas.

Si se puede evitar la intemperancia es mejor, pues a falta de templanza se prefiere el destemplado aun excesivo e inmoderado. Puede resultar preferible la misericordia piadosamente y con clemencia, pues resulta así la virtud que inclina el ánimo a compadecer de los trabajos y las miserias ajenas: atributo divino en cuya virtud se perdonan los pecados y miserias de sus criaturas (sic).

Pero lo peor es “ser duro de mollera: terco y obstinado”.

---

2 No era para confundirse con el “dialectismo” que es la variedad de un idioma que no alcanza la categoría legal de lengua o a los grupos derivados de un tronco común.

A veces se duda entre la “elegía” como lamento; digno de ser llorado, o a veces placentero en el asunto de marras; pero en la “plegaria” predomina la deprecación, el suplicio o el ruego. Y lo “dengoso” o “melindroso” que suma delicadezas afectadas. También aparecen las “divinidades romanas” (FRANZ ALTHEIM) con “los dioses del instante” y que lo eran... ¡cuando hacían su aparición!

Todo puede ser bueno literariamente, excepción sea de “farfullar” recitando con tropelía y confusión, con el defecto de hablar balbuceante y de prisa (farfulla) atropelladamente a cargo del “farfullador”.

“Si la PAZ no puede mantenerse con honor, deja de ser paz” sostenía BERTRAND RUSSELL; y CICERÓN había afirmado “que nada más opuesto a la JUSTICIA que la violencia”.

¿Renace la “pacificación”? ¡Qué Dios nos oiga!

A ISADORA DUNCAN le advirtieron a tiempo: “Si ya fuiste usada, no permitas ser dominada”.

Pero la más apropiada es la del mito griego de ULISES, quien luego de la guerra de Troya se embarcó para regresar a Ítaca donde se encontraba con su esposa Penélope. Pero como conocía sus tentaciones temía ser atraído por “el canto de las sirenas” que desviaban a los navegantes atraídos por sus voces; por lo que ordenó –para evitarlo– que lo atasen al mástil de la embarcación y tapasen sus oídos, y aunque trató de desatarse llegó felizmente a destino: la metáfora sirve pues para entender que a veces se debe limitarse en el presente para anticiparnos a la posibilidad de que en el futuro tomemos otras decisiones de las que corresponden... (sic), pero sin “jerigonzar”, que es algo así como explicar algo con oscuridad y rodeos, siendo complicado y difícil entender....

Para eso hay que eludir al “escombrero”, que suele magnificar por lucimiento las dificultades de un hecho o que lo realiza aparatadamente.

Lo importante es evitar la “pregnancia”, pues ella precede a la tormenta; y lo que vale es estar siempre entre el júbilo y la nostalgia, para seguir adelante. Hay que estar ad libitum, o sea, a elección, a voluntad, pues entonces ayuda a lo que le hace bien al corazón y que también le hace bien al cerebro: son actos y actitudes que valen como si fueran contratos celebrados voluntariamente... (léase “supervivencia”).

Ya BERNARDINO RIVADAVIA señalaba que “la ignorancia hizo y hará siempre tiranos y esclavos” y para LOCKE “el estado de naturaleza es el de la LIBERTAD”.

## VII.

Cierto es que según VOLTAIRE “toda clase de LIBERTAD tiene sus límites” (sic); y para el pensamiento de VÍCTOR HUGO “la Libertad es, en la filosofía, la razón; en el arte es la inspiración; y en la política es el Derecho” (sic).

Es bueno recordar que los autores de la Constitución de los EE.UU. (1787) pusieron en evidencia conceptos y principios esenciales, tales como fundamentar en sus ideas que “la libertad no tiene nada que temer de la función de Justicia por sí sola, pero tendrá que temerlo todo de su unión con cualquiera de los otros departamentos, pues nada puede contribuir tan eficazmente a la firmeza e independencia de los jueces, como la estabilidad en el cargo, cualidad ésta que ha de ser considerada con razón un elemento indispensable en toda CONSTITUCIÓN y asimismo en gran parte como la ciudadela de la justicia y la seguridad pública” ¡Qué sabiduría!

Debe recordarse que MONTESQUIEU hacía presente que “una injusticia hecha a uno solo es una amenaza hecha a todos nosotros” (sic) y que el gran CHATEAUBRIAND sostenía que la Justicia “es el pan del pueblo: pues siempre éste está hambriento de ella”. ¡Otra gran verdad!; y hasta LEÓN BLOY dijo: “muero por la necesidad de justicia”. ¡Téngase presente para recordarlo”!

Grandes verdades de la Corte Suprema:

¡Qué importancia tienen sus “principios fundamentales”.

“La CONSTITUCIÓN y la LEY deben actuar como mecanismos de compromisos elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra la previsible tendencia humana a tomar decisiones precipitadas. Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran nuestras emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rígidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a necesidades del momento. Un sistema estable de

reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho”.

Me viene a cuento el caso del Rey de Inglaterra Carlos Primero, al ser decapitado en 1649 por orden del PARLAMENTO, que afirmó rotundamente: “No hay hombre alguno que pueda estar sobre la Ley, aunque sea Rey”.

Parecía algo semejante a lo sentido por un autor argentino al afirmar que “la Historia al cantarlas y al repetirlas mejoran, pues se pulen igual que el canto rodado (sic), que el agua cultiva en el fondo de los ríos” (confr. Ricardo Piglia, en “Los diarios de Emilio Renzi”, Ed. Anagrama).

Todos los resortes libertarios acudieron en reiteradas ocasiones para enfatizar esa vocación: literatos como CARLOS FUENTES han subrayado que “no existe la libertad sin la búsqueda de la Libertad, pues esa búsqueda es la que nos hace libres” (sic).

La DEMOCRACIA debe salvaguardar las instituciones de su régimen de gobierno con sus libertades garantizadas, pues como bien advertía ALBERT CAMUS: “la tiranía totalitaria no se edifica sobre las virtudes de los totalitarios sino sobre las faltas de los demócratas”. En cambio, no parece ajustada a la verdad (en temas constitucionales) la creencia de TUCÍDIDES en cuanto que dudaba “para qué reprobar lo pasado en mayor medida de lo que es útil para las circunstancias presentes” (Confr. “Historia de las guerras del Peloponeso”) (Libro I, párrafo 123). El descreimiento solo es aceptable para el humanismo (no para el DERECHO) habida cuenta del antojo de BORGES al versear que “la democracia no es más que una aventura estadística (sic) de cada situación que el pueblo vive”. De todos modos, me remito al dicho de JOHN GALSWORTHY sosteniendo su afirmación (¿cierta?) de que “el idealismo aumenta en proporción directa a la distancia que nos separa del problema”.

Son muchas las opiniones y los criterios que se remiten al pensamiento de cada autor. Cada uno puede encajar en su leal saber y entender, para encastrar acoplando las piezas de su entender y así empotrar una idea fija a defender. La Alemania de postguerra entronizó en la Ley Fundamental de Bonn el Art. 212, señalando que “los Partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania son inconstitucionales”.

Acaso tuvo razones ADOLFO BIOY CASARES al remitirse al francés AUGUSTE BLANQUI en el cuento "La trama celeste" y remitirse al hecho de que "habrá infinitos mundos idénticos, infinitos mundos ligeramente variados, e infinitos mundos diferentes". Pero la cuestión es mucho más compleja; y parece sería la afirmación de STENDHAL cuando sostuvo que "el hombre poco claro no puede hacerse ilusiones: o se engaña a sí mismo, o trata de engañar a otros"<sup>3</sup>.

## IX.

El Derecho se perjudica cuando con su lenguaje circunstancial recae en un "soflama", por incurrir en un discurso o alegato de perorata o expresiones vagas, a veces afectadas o en otros casos fingidas. No es bueno para el Derecho dedicarse a "soflamar", no obstante que algunas tendencias superficiales acosan denodadamente osando con ese estilo, que a la postre confunde los objetivos o se torna patético al infundir una tristeza vehemente por su superficialidad. ¡Todo así es negativo! Algunos lo practican para engallarse, o sea, para convertir lo dicho en arrogancia al pasar. Pervierte a la bondad del Derecho el desvío oral o escrito inclinado hacia el "buenrollismo", pues resulta molesto o pesado cuando se torna excesivo en sus exageraciones (sic).

Y lo menos asumible para el lenguaje del Derecho tiene lugar cuando se quiere "vendimiar" en el enfoque del objeto, que apunta a aprovecharse especialmente con dirección a la injusticia o a la violencia; algunas veces como un aquellarre con manifiesta maldad.

Se puede pasar del "patán" (malo) al "fetén", que es lo bueno y apunta a la "verdad" siendo en consecuencia auténticamente sincero.

El mayor perjuicio en el lenguaje jurídico proviene de la acritud o "acrimanía", que se manifiesta con un desabrimiento en lo dicho o en el tratamiento, con pérdida de la ductilidad y maleabilidad operativa. Por ese camino se puede llegar al "streaming", como flujo o chorro palabrero de entrar y salir de los temas a raudales o contra la corriente. Esa costumbre suele desembocar en un "desbarre", al discurrir fuera de la razón y

---

3 Las violaciones jurídicas son harto conocidas, y los ejemplos son promiscuos. Son casos repetidos los del "peculado": un hurto político de caudales del Estado en dinero propio del "erario, cometidos por aquel a quien está confiada su administración. Es la vergüenza de la mala administración.

errando en lo que se dice o hace. Cuando media una generalidad, el caso se agrava pues se pierde la conciencia del mal que se padece: es lo que se denomina “anosognosia” (como una enfermedad). Situaciones de tamaña dimensión pueden agigantarse cuando la gravedad toma las proporciones de la “Atinia”, que consiste en la pérdida persistente de posiciones en el concierto de las Naciones: ¡Se ha llegado al desapego! ¿Será necesario retomar enseñanzas e instrucciones, o sea, “didascalias”?

La humanidad ya está saturada de todo lo espeluznante: basta de erizar, espantar o causar horror.

Como bien afirmaba LAFONTAINE, “de nada sirve correr, pues lo que sirve es partir a debido tiempo”.

“Hace 80 años nuestros padres fundaron una nueva nación en este continente, una nación que surgió libre y santificada por la convicción de que todos los hombres nacemos iguales. Nos encontramos hoy sumidos en una terrible guerra civil, que decidirá si este pueblo y todos los demás, nacidos con los mismos ideales, pueden o no sobrevivir. Estamos aquí con el propósito de hacer que este campo de batalla sea el último lugar de reposo para quienes han muerto por la vida de la nación... Prometamos aquí, solemnemente, que los muertos no habrán caído en vano... y que el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, no se borrará de la tierra”. **Abraham Lincoln, presidente de EEUU, en Gettysburg, 19 de noviembre de 1863. Fragmento.** (Pronunciado en el cementerio de esa ciudad de Pennsylvania, para rendir homenaje a los soldados caídos allí, luego de tres días de una crucial batalla. Esa lucha redefinió el curso de la Guerra Civil en favor del Norte. Fue el inicio de un largo proceso para abolir la esclavitud. Lincoln sería asesinado en 1865, pero su legado aún brilla).

La defensa de los atributos y de la inviolabilidad de la justicia en general y de la Suprema Corte de Justicia en especial, fue tema y preocupación legítima de los grandes autores del texto de la Ley Suprema, en los EE.UU durante la preparación de su texto fundamental. MADISON y HAMILTON enfatizaron la argumentación correspondiente. En febrero de 1788 sostenían “que resultaba evidente que ninguno de los tres ‘departamentos’ podían poseer directa o indirectamente una influencia preponderante sobre los otros en lo que se refiere a sus propios poderes... advirtiendo que el poder tiende a extenderse y que se lo debe refrenar eficazmente para que no pase los límites que se le asignen”. Se subrayaba que el Poder Judicial era “el más

débil de los tres poderes y que en razón de ello eran precisas y necesarias toda suerte de precauciones para capacitarlo a fin de que pueda defenderse de los ataques de los otros” (Confr. “El Federalista” LXXVIII)

Decía MARIANO MORENO: “el pueblo no debe contentarse con que sus jefes obren bien; él debe aspirar a que nunca puedan obrar mal. Seremos respetables a las naciones extranjeras, no por riquezas que excitarán su codicia; no por el número de tropas que en muchos años no podrían igualar las de Europa: lo seremos solamente cuando renazcan en nosotros las virtudes de un pueblo sobrio y laborioso”.

El talento de MORENO abarcaba la completitud de los temas y de las cuestiones que abastecía el fuego y ardor de la Revolución de Mayo; y no fue ajena a su obsesión el conocimiento de la Constitución de los Estados Unidos, que pensó tomar en cuenta para considerarla al regreso de su misión; pero la muerte en el viaje destruyó esa “quimera de un romántico”. Poco antes decretó que “Téngase como actual (?) el “Decreto de Honores” de Diciembre de 1810, en cuanto a su Artículo 4º, que disponía que “Ni el Presidente ni ningún otro individuo de la Junta en Particular revestirán carácter Público ni tendrán comitivas, escoltas o aparato que los distinga de los demás ciudadanos” (sic).

La austeridad republicana debía ser el molde y modelo del régimen que los revolucionarios debían portar. Viene a cuento que en la Revolución Francesa los artífices del cambio social ordenaron estampar en los frentes de las oficinas esta mención: “Nos honramos con el título de “ciudadanas”. Debían prescindirse de los demás honores!!!

Por último, dejo esta memoria:

Mi mayor recuerdo haciendo Justicia: En el año 1981 (etapa del “Proceso”) se consideró en la Corte Suprema de Justicia de la Nación el “caso CARLOS MARIO GUTIÉRREZ, que obra en “Fallos 303-1898”, habiendo integrado el Tribunal los jueces GABRIELLI (Presidente) y los vocales ROSSI y GUASTAVINO.

Parecía una atollada, pues se trataba de “meterse en un enredo”; y quizás el padecimiento de una frustración: soportar, sufrir, aguantar. Lo pensamos con temor y riesgo; pero sin embargo y a pesar de las perspectivas que aseguraba una impunidad del régimen, la “incombustibilidad que no sufre merma o desgaste a pesar del tiempo que nos llevaba a los



dos abogados (URQUIJO y Vanossi) las dificultades se superaron y se llegó al milagroso éxito final. El padecimiento fue superado.

A mayor abundamiento (“obiterdictum”) creo haber cumplido con el deber: buscar Justicia... y encontrarla. Jorge Luis Borges –con su genialidad lo repite ante todos los casos cuando dice: “La Patria es un acto perpetuo. Sanos es un porvenir de esos varones. Nadie es la Patria, pero todos debemos ser dignos del antiguo juramento” ¡Bravo!<sup>4</sup>

Tanto se ha hablado de la JUSTICIA, que algo compete también a los cuestionamientos de la INJUSTICIA, toda vez que no cabe permanecer en la indiferencia ante las negatividades que emanan de la maldad y de los actos desfavorables que se padecen: la negación, la no concesión, el ocultamiento, la ausencia, lo contrario a la realidad, la repulsa, la no concesión de lo que se pide y corresponde, el rechazo a la realidad. Todo lo injusto es una negación. ¿Cómo oponerse a la injusticia?

El DERECHO está destinado a sacrificar y anular los actos de injusticia, a menudo son opresores de la vida o de las garantías de las personas. Y basta una pena o condena errónea – por error o mala fe- se convierte en el dolor que causa el hecho injusto: se la opresión o la privación. Es pues un deber la reparación debida en tales casos o situaciones. Y todos estamos emplazados al acudimiento de las normas éticas, de los deberes morales y del ordenamiento jurídico para la rectificación y anulación de los perjuicios causados por la celebración de actos y acciones que adolecen de INJUSTICIA. Los casos de ese equívoco (doloso o culposo) pueden provenir también de errores de la más variable índole, sea espiritual o material, política o económica, cultural, laboral o social; pues siempre el daño que provoca la injusticia deberá ser reparado debidamente. Es fundamental al respecto, la vigencia del ESTADO DE DERECHO y el cumplimiento del “bienestar general” que el Preámbulo Constitucional impone al afianzar la JUSTICIA y consolidar la Paz, con los beneficios de la LIBERTAD.

---

4 “Sólo la verdad es la que nos conduce a la Libertad” (San Juan dixit).

# GOBIERNOS NO REGULARES: REALIDAD POLÍTICA



Víctor García Toma\*

**Sumario:** I. Introducción. II. Los gobiernos de facto. 2.1. La tipología del gobierno de facto. 2.2. Los gobiernos de facto por razón de su origen. 2.3. El gobierno de facto por razón de su ejercicio. 2.4. Los presupuestos de consolidación interna. 2.5. La legitimidad o ilegitimidad de los gobiernos de facto. 2.6. El golpe de Estado y la revolución. 2.7. La revolución y el poder constituyente originario. 2.8. La tiranía y la resistencia contra la opresión. 2.9. La doctrina de facto. 3. El caso de los gobiernos en el exilio.

## I. INTRODUCCIÓN

Los gobiernos no regulares son consecuencia de una situación de anormalidad, que implica la alteración de la marcha cotidiana de una sociedad política.

En ese contexto, las reglas constitucionales quedan desbordadas por una súbita acción política.

Estos se imponen sobre un gobierno *de iure* o se expresan en un proceso de “divorcio” entre los elementos del Estado (territorio, gobierno y pueblo).

---

\* Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Preside el Tribunal Constitucional y ejerció el cargo de Ministro de Justicia. Profesor de Derecho Constitucional.

En ese contexto, aparecen los gobiernos de facto y los gobiernos en el exilio.

Al respecto, veamos lo siguiente:

## II. LOS GOBIERNOS DE FACTO

Dicha noción hace referencia a aquellos gobiernos que acceden o ejercen el poder político de modo anómalo; esto es, sin observar las prescripciones que la Constitución y las leyes determinan para tales efectos. Ergo, son expresión de un acto de ruptura del ordenamiento fundamental del estado.

[*Diccionario electoral*. San José: Instituto Interamericano de derechos Humanos (CAPEL), 1989] señala que los gobiernos de facto representan una “contraposición a los gobiernos *de iure*, y no tienen fundamento constitucional expreso”.

Sigifredo Orbegozo Venegas [*Poder constituyente y otros ensayos*. Trujillo: Normas Legales, 2002] señala que la diferencia entre un gobierno *de iure* y un gobierno de facto radica en la disimilitud del título para mandar o continuar mandando. Plantea que el ejerciente del primero ha llegado al poder en consonancia con el orden jurídico, amén de haberse desenvuelto y hasta prorrogado en su condición de gobernante, de conformidad con las normas y procedimientos reglados por la Constitución; en cambio el ejerciente del segundo ha accedido, actuado o renovado en el mando del Estado mediante hechos generados al margen de lo señalado en el texto fundamental.

La referida expresión califica a aquellos gobiernos que se constituyen o que ejercen el poder sin autorización legal, lo cual implica una ruptura del orden constitucional; alude a aquellas expresiones gubernativas que no acomodan su erigimiento o su accionar a los mandatos y preceptos constitucionales, sino a la mera voluntad o a las orientaciones ideológicas o doctrinarias de quienes ejercen el poder político.

Humberto Quiroga Lavié [*derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1987] afirma que el gobierno de facto “es aquel que no acomoda su funcionamiento a un techo constitucional, sino a la voluntad discrecional de quien consigue monopolizar la fuerza en el Estado”.

Este tipo de gobierno surge como consecuencia de un acto de “apropiación” político-jurídica –apoderamiento para sí y por mera voluntad

de los encaramados en el poder- que conlleva el ejercicio extrajurídico de los órganos políticos del Estado (Ejecutivo y Legislativo), el que incluso puede extenderse por distintos mecanismos al ámbito de la administración de justicia.

Salvador Dana Montaña [*Principios de derecho público*. Citado por Rodrigo Borja. *Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992] refiere que “los gobiernos de facto son aquellos que se constituyen por sí mismos, prescindiendo del mecanismo legal, o que se mantienen y hacen valer a sí mismos, proporcionalmente a su fuerza e independientemente del derecho o en contra de él”.

Los gobiernos de facto se establecen como consecuencia de hechos que contradicen las normas constitucionales y legales que proveen el modo de constituir un gobierno o el ejercicio mismo del poder político. Su potestad de mando se encuentra viciada por el “síndrome de la irregularidad jurídica”; por ende, conllevan la ruptura total o parcial del ordenamiento constitucional vigente, mediante una acción súbita y violenta.

La existencia de este tipo de gobierno genera la interrupción del Estado de Derecho y la flagrante oposición a sus postulados y principios. Expresa un ejercicio arbitrario del poder -es decir, al margen y sin sujeción a las normas constitucionales que regulan la forma de asunción al gobierno y las competencias funcionales señaladas a los operadores de los órganos políticos del Estado- y con concentración del mismo -esto es, la potestad de mando no está sujeta a control ni contrapeso intra o interorgánico-.

Humberto Quiroga Lavié [ob. cit.] señala que surgen de una ruptura con el principio de validez jurídica -pues no se ajustan a las formas y procedimientos constitucionales- y decretan *per se* un establecimiento autocrático basado únicamente en la eficacia que alcanza el mando del gobernante autoproclamado.

La experiencia histórica acredita que dicho tipo de gobierno concentra sus poderes en una persona o grupo de personas, que, con una autoridad auto impuesta y mantenida, por lo general, mediante la fuerza busca transformarse en el tiempo en un gobierno regular.

Mario A.R. Midón [*manual de derecho argentino*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1997] advierte que “lo que califica a un gobierno de facto es su investidura. No interesa por lo tanto que pueda reunir un eventual consenso o

repudio de la ciudadanía; que se le juzgue como progresista o retardatario; que tras su asunción acate ininterrumpidamente todas las leyes de la nación o haga caso omiso de ello [...]”.

En suma, un gobierno es de facto cuando su título originario está viciado por la ilegalidad; habida cuenta de haberse adquirido o mantenido con prescindencia del cumplimiento de las reglas establecidas en el texto supra del Estado.

Los gobiernos de facto presentan las particularidades siguientes:

- a) Expresión de un hecho súbito, violento y transitorio nacido de una voluntad política que monopoliza la fuerza y la coerción estatal.
- b) Ruptura total o parcial del marco institucional y consiguiente quiebra de la continuidad y eficacia del orden constitucional. En ese sentido, se acredita la violación del texto fundamental del Estado y, por consiguiente, se afecta la Constitución, el funcionamiento normal de las actividades estatales y los derechos y garantías ciudadanas. La historia acredita que la ruptura normativa es total en el caso de una revolución, en razón de que esta apunta a sustituir los fundamentos ideológicos y axiológicos de la sociedad política. En cambio, la ruptura es parcial en el caso de un golpe de Estado, autogolpe, rebelión, etc.
- c) Absorción de los poderes políticos, tanto los de carácter constituyente como los de carácter constituido. El gobierno de facto se instituye como una instancia autosuficiente y excluyente para la producción normativa. Ello al extremo de intentar asumir la calidad de poder constituyente originario.
- d) Ejercicio discrecional, y sin parámetros institucionales, del poder político.
- e) Manifestaciones normativas sustentadas en la necesidad apremiante de su acatamiento o en la eficacia de las decisiones obtenidas ante los ciudadanos.
- f) Capacidad jurídica sui generis para comprometer al Estado en sus relaciones dentro y fuera del territorio estatal. Así, actúa como administración pública en el plano de las relaciones entre gobernantes y gobernados, y como sujeto de derecho internacional público.

- g) Búsqueda de legitimación política para el aseguramiento de su continuidad política espacial y temporal. Por ende, tal como expone Horacio Lombardo Agurto [ En: Diccionario de Derecho Constitucional. México: UNAM,2009] se “procura una duración temporal, mientras se instituye una nueva legalidad “

## 2.1. LA TIPOLOGÍA DEL GOBIERNO DE FACTO

Esta sui géneris y extrajurídica modalidad gubernativa puede ser clasificada en dos clases: el gobierno de facto por razón de su origen y el gobierno de facto por razón de su ejercicio.

Al respecto, veamos lo siguiente:

## 2.2. Los gobiernos de facto por razón de su origen

German J. Bidart Campos [ Lecciones Elementales de Política. Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2007] consigna que el reconocimiento jurídico de un gobierno por razón del origen se sujeta a un juicio de valor acerca del título del gobernante, el cual depende del acceso legal o regular al poder estatal, esto es, que sea conforme a la Constitución y demás normas reglamentarias sobre la materia.

En cambio, el gobernante de facto expone el acceso y ejercicio al poder estatal por una vía defectuosa, irregular y hasta violenta. En ese contexto, carece de título legal para tales efectos.

Son aquellos gobiernos que no cumplen con la forma y el modo establecidos en la Constitución para su institucionalización; por ende, violentan o contradicen los mecanismos constitucionales establecidos para la elección o nombramiento de los gobernantes.

Al respecto, Fabián Novak Talavera y Luis García Corrochano Moyano [*Derecho internacional público*. 2 tomos. Lima: Pontificia universidad Católica del Perú, 2000] señalan que el gobierno de facto “es aquel que llega al poder [...] mediante cualquier procedimiento no previsto por el ordenamiento jurídico nacional”.

En ese orden de ideas, Mario A.R. Midón [ob. cit.] considera que el gobierno de facto “es aquel que accede al poder de modo irregular, sin observar en ese tránsito las prescripciones que la Constitución y las leyes marcan”.

Este tipo de gobierno surge como consecuencia de lo siguiente: deposición del gobierno *de iure*; obtención del título para constituir gobierno mediante la falsificación de la voluntad popular (fraude electoral), o por infracción de cualesquiera otras reglas de institucionalización del mando en los casos de cobertura de vacancia presidencial por razones de deceso, destitución, etc.

*a) Deposición del gobierno de iure*

En este caso el gobierno de facto se instaura como consecuencia de un acto de fuerza irresistible contra un gobierno constituido al amparo de lo establecido en la Constitución.

Se origina en un acto de derrocamiento o deposición de un gobierno *de iure*, que trae como consecuencia la instauración de un gobierno alternativo carente de legalidad alguna para instituirse como tal.

Al respecto, puede citarse los casos siguientes:

- En Nicaragua el 9 de junio de 1936 el Presidente Juan Bautista Sacasa es derrocado por el general Anastasio Somoza garcía.
- En Panamá, el 12 de octubre de 1966, el presidente constitucional Arnulfo Arias A. es derrocado por un movimiento militar encabezado por el general Omar Torrijos.
- En Chile, el 11 de setiembre de 1973, el presidente constitucional Salvador Allende es derrocado por un movimiento institucional de las fuerzas armadas, encabezado por el general Augusto Pinochet Ugarte (Salvador Allende, en gesto heroico, se suicidó en pleno palacio presidencial de "La Moneda").
- En nuestro país, el 4 de febrero de 1914, el presidente constitucional Guillermo E. Billinghurst es depuesto por el coronel Óscar Raimundo Benavides.
- El 27 de agosto de 1930, el presidente constitucional Augusto Bernardino Leguía es depuesto por un movimiento militar encabezado por el comandante Luis M. Sánchez Cerro.
- El 8 de octubre de 1948, el presidente constitucional José Luis Bustamante y Rivero es depuesto por un movimiento militar encabezado por el general Manuel A. Odría.



**b) *Obtención del título para constituir gobierno mediante la falsificación de la voluntad popular (fraude electoral), o por infracción de cualesquiera otras reglas de institucionalización del mando en los casos de cobertura de vacancia presidencial por razones de deceso, destitución, etc***

Al respecto, pueden citarse los casos siguientes:

- En república dominicana, el 26 de mayo de 1930 se instaura el gobierno de Rafael Leónidas Trujillo Molina “Chapita”, tras un proceso electoral en donde un grupo de seguidores constituye un grupo paramilitar denominado “La 42”; el cual se dedicó a intimidar y asesinar opositores. Ello al extremo de obligar a renunciar a la Junta Central de Elecciones. Esta fue “recompuesta” de la manera exigida por el citado personaje.
- En Haití, el 22 de octubre de 1957 se instaura el gobierno de Francisco Duvalier –apodado “Papa Doc”–, luego de ganar en comicios fraudulentos auspiciados por las fuerzas armadas.
- En República Dominicana, el 2 de junio de 1966 se instaura el gobierno de Joaquín Balaguer, antiguo seguidor del tristemente célebre dictador Rafael Leónidas Trujillo, producto de comicios amañados en los que, con apoyo del gobierno norteamericano y de los funcionarios estatales derrotó a Juan Bosch.
- En Nicaragua, el 1 de febrero de 1967 se instaura el gobierno de Anastasio Somoza Debayle –apodado “Tachito”–, luego de “ganar” las elecciones con el triple de votos de su más cercano oponente y sin que se hubiere permitido la participación electoral del Partido Conservador.
- En Argentina, el 29 de mayo de 1962, las fuerzas armadas obligan a dimitir al presidente constitucional Arturo Frondizi; reemplazándolo el Presidente del Senado José María Guido. Al respecto, es dable señalar que la Constitución argentina no contemplaba la acefalía presidencial por acto de insurrección militar.
- En nuestro país, el 1 de abril de 1894, producido el deceso del presidente constitucional general Remigio Morales Bermúdez, el Congreso de la República reconoce como su reemplazante al segundo Vicepresidente, Justiniano Borgoño, en vez de quien legalmente correspondía asumir el cargo. En efecto, el primer vicepresidente, Pedro Alejandrino del

Solar, fue arbitrariamente despojado de su derecho a ascender a la primera magistratura por no responder a las simpatías del mariscal Andrés Avelino Cáceres, verdadero “elector” de su adlátere Justiniano Borgoño.

- El 30 de abril de 1931, a consecuencia del asesinato del presidente Luis M. Sánchez Cerro, el Congreso de la República designa en el cargo al jefe del Ejército, general Óscar Raimundo Benavides, a pesar de que el artículo 137 de la Constitución de 1933 establecía que miembros activos de las fuerza armadas eran inelegibles para ocupar el sillón presidencial.

### **2.3. El gobierno de facto por razón de su ejercicio**

Esta modalidad aparece cuando habiéndose cumplido con instituirse de conformidad con las formalidades y modo establecidos en la Constitución, se expresa, luego se manifiesta y conduce fuera de ella o contra lo previsto por ella.

Así, ostentando título habilitador para instituirse como gobierno, sin embargo, su titular decide ejercer el poder político con violación grave e inequívoca del ordenamiento constitucional, lo que comprende prácticas irregulares y degenerativas en el uso de las competencias específicas señaladas en la Constitución.

Cierto sector de la doctrina señala que esta modalidad hace referencia a la pérdida del título habilitante para gobernar, por abuso de confianza de la voluntad ciudadana.

Sigifredo Orbegozo Venegas [ob. cit.] refiere que esta modalidad surge a consecuencia de una trayectoria y conducta inconstitucional. Así, ello se acredita por la violación de los derechos y garantías ciudadanas o de la crasa inmoralidad política y administrativa que pervierte los principios y valores que sustentan el pacto social.

German J. Bidart Campos [ob. cit.] consigna la ruptura de la continuidad constitucional y, por ende, la aparición de la anormalidad en la actuación del gobernante, de cara a las competencias racionadas de su potestad de mando.

Este tipo de gobierno surge como consecuencia de:

- Prolongación del mandato más allá del período fijado expresamente por la Constitución.
- Desempeño gubernamental arbitrario y despótico.
- Acción de autogolpe.

**a) *Prolongamiento del mandato más allá del período fijado expresamente por la Constitución***

Al respecto, pueden citarse los casos siguientes:

- En Paraguay, el 12 de octubre de 1812 se crea la República del Paraguay, nombrándose como presidente a José Gaspar Rodríguez de Francia. En 1816, este se asigna la condición de “dictador perpetuo”, ejerciendo el poder hasta 1840 (veinticuatro años).
- En Honduras, el 1 de febrero de 1933, Tiburcio Carías Andino accede al poder convertido en una suerte de conserje político de la empresa norteamericana United Company. En su condición de gendarme de intereses económicos extranjeros, Carías decide prorrogar su mandato hasta 1949 (dieciséis años).
- En Paraguay, el 13 de marzo de 1844, es elegido presidente constitucional Carlos Antonio López, el mismo que mediante sucesivas “prórrogas” extenderá su mandato hasta 1862 (dieciocho años).
- En Guatemala, el 22 de abril de 1851, Rafael Carrera inicia su mandato. Tres años más tarde, prorroga su mandato con carácter vitalicio hasta su muerte en 1865 (catorce años).
- En nuestro país, en 1936, el Congreso de la República prorroga por tres años (hasta 1939) el mandato del general Oscar Raimundo Benavides. La justificación para esta acción inconstitucional fue la declaratoria de nulidad de las elecciones presidenciales, la misma que tuvo como objetivo impedir la proclamación de Luis Antonio Eguiguren con el argumento de que los partidarios del APRA –organización política arbitrariamente proscrita– habían votado en su favor.

**b) *Desempeño gubernamental arbitrario y despótico***

Al respecto, pueden citarse los casos siguientes:

- En Cuba, en 1954 se instaura el gobierno de Fulgencio Batista. Este gobernará despóticamente hasta 1959, violentando todos los derechos básicos ciudadanos (cinco años).
- En Filipinas en 1969, se instaura el electo gobierno de Ferdinand Marcos. Este decretará al poco tiempo la Ley Marcial, a efectos de perseguir y encarcelar a sus principales opositores.
- En nuestro país, el 2 de octubre de 1931, asciende al poder el comandante Luis M. Sánchez Cerro. Este gobernará con dureza extrema un breve período históricamente denominado como “El Año de la Barbarie”.
- El 28 de julio de 1950, el general Manuel A. Odría legitima vía las urnas el poder que ya ostentaba. Empero su gestión se caracterizará por la sistemática violación de los derechos ciudadanos.

**c) Acción de autogolpe**

*El autogolpe de Estado implica la desactivación factual de un órgano de gobierno sobre los demás poderes constituidos.*

*Carlos Barbe [En. Diccionario. México: Siglo XXI Editores, 2008] refiere que se trata de un acto llevado a cabo desde el interior del Estado, el cual es propiciado por alguno de los órganos del poder político.*

*El órgano absorbente de la totalidad del poder político lógicamente inactiva al otro.*

Esta situación difiere de aquella en que se prolonga el mandato más allá del período fijado expresamente por la Constitución, debido a que aun cuando en los hechos ello pudiere producirse, la génesis del autogolpe tiene por objeto sustancial la disolución del Parlamento; por ende, su intención primigenia radica en dejar sin efecto el control interórgano del Parlamento sobre el Ejecutivo.

Debe advertirse, que originalmente se utilizaba el concepto golpe de Estado (*coup d'état*) para referirse a dicha modalidad de gobierno de facto. En efecto, en el siglo XVIII se describirá como tal al conjunto de medidas adoptadas por el rey de Francia al margen del orden jurídico, a efectos de deshacerse de sus adversarios políticos.

En esa orientación, aparece bajo el concepto de Bonapartismo.

En efecto, Carlos Luis Bonaparte (1808-1873) protagonizó un autogolpe en 1851, con el expreso objetivo de perpetuarse en el poder. Dicha situación fue “legitimada mediante un plebiscito impulsado desde el gobierno.

Carlos Luis Bonaparte había sido elegido en 1848 Presidente de la Segunda República francesa; y ante el fracaso de una reforma constitucional para promover la reelección presidencial, gestó la ruptura del Estado de Derecho.

Cabe señalar que, en 1852 bajo la conducción de un gobierno de facto, se asignó la condición de Emperador de Francia.

Al respecto, pueden citarse los casos siguientes:

- En Uruguay, el 30 de junio de 1979, el presidente constitucional Juan María Bordaberry acepta la decisión de las fuerzas armadas de disolver las cámaras congresales.
- En Guatemala, el 25 de mayo de 1993, el presidente constitucional Jorge Serrano Elías disuelve inconstitucionalmente el Parlamento. Para suerte de la democracia latinoamericana, siete días después es depuesto.
- En Rusia, el 3 de octubre de 1993, el presidente constitucional Boris Yeltsin ordena el cierre del parlamento; e inmediatamente bombardea sus instalaciones y encarcela a sus opositores políticos.
- En nuestro país, el 5 de abril de 1992, el presidente constitucional Alberto Fujimori Fujimori, en complicidad con los altos mandos de las fuerzas armadas, “disuelve” el Congreso de la República.

#### **2.4. Los presupuestos de consolidación interna**

Conforme a los postulados planteados por el publicista inglés Hersh Lauterpacht [Citado por Fabián Novak Talavera y Luis García Corrochano Moyano. ob. cit.] los gobiernos de facto alcanzan firmeza, solidez y aseguran su permanencia cuando cumplen los requisitos siguientes:

- a) Contar con la fuerza necesaria para mantenerse en el poder; esto es, acreditar el ejercicio territorial efectivo de las funciones estatales.
- b) Obtener algún grado importante de consenso o respaldo popular, o, en defecto de ello, alcanzar un nivel de tolerancia o resignación ciudadana respecto de su presencia y actuación. En consecuencia,

hace referencia a la obtención de legitimidad política, ya sea activa o pasiva.

Al respecto, en el arbitraje resuelto por el ex presidente de los EE.UU. William Taft (1905-1913), en el denominado caso Federico Tinoco Granados (gobernante de facto entre 1917-1919), que exponía la litis entre Reino Unido y Costa Rica (1923), se esgrimió en lo relativo al reconocimiento político-jurídico de un gobierno de facto, lo siguiente:

*“La cuestión es ¿se ha establecido (el nuevo gobierno) de tal forma que todos los que se hallan bajo su influencia reconocen su control y que no existe otra fuerza que actúe en su lugar? ¿Desempeña sus funciones de la forma en que normalmente lo hace un gobierno dentro de los límites de su propia jurisdicción?”.*

Cabe referir que Federico Tinoco Granados en el ejercicio irregular del poder, solicitó con éxito un empréstito al Royal Bank de Canadá de capitales ingleses; los cuales luego fueron desconocidos por un gobierno *de iure* mediante la denominada “Ley de Nulidades”.

## **2.5. La legitimidad o ilegitimidad de los gobiernos de facto**

Todas las expresiones de los gobiernos de facto –sea que provengan de razones originarias o derivadas del ejercicio degenerativo del poder político– son ilegales. Esto último alude a lo no conforme o carente de sujeción a la Constitución y demás leyes del ordenamiento jurídico. En suma, los gobiernos de facto son expresiones gubernativas antijurídicas surgidas de una acción súbita y violenta que quebranta el Estado de Derecho.

Ahora bien, los gobiernos de facto generalmente aducen razones políticas o ejercitan acciones de dicha naturaleza destinadas a alcanzar legitimidad entre los ciudadanos y ante la comunidad internacional. Esta legitimidad debe entenderse como aquella capacidad que alcanzan los gobiernos de facto para ser aceptados y reconocidos en el ejercicio del mando político, es decir, para conseguir hacer cumplir sus decisiones. Para ello deben demostrar ante la ciudadanía que el ejercicio de su poder político es conforme con la plasmación de fines o valores vitales y básicos (como la justicia, el bien común, el orden, etc.).

Dicha legitimidad no otorga patente a una irregular forma de adquisición o ejercicio del poder, sino que acepta el hecho consumado, en aras del respeto de determinados fines y valores esenciales para la

sociedad. Puede pues apreciarse, en el fenómeno de los gobiernos de facto, la pérdida de vigencia de la legalidad, sin que ello implique aceptar el sacrificio –al mero *absoluto de la fuerza*– de los fines y valores más sentidos de una comunidad política.

En ese preciso contexto, algunos gobiernos de facto pueden alcanzar legitimidad en determinadas circunstancias específicas. Como indica Rodrigo Borja [ob. cit.] “*Si bien un acto que viola la ley jamás puede ser legal, [...] puede ser legítimo en razón de las circunstancias que lo rodean*”.

Así, un gobierno de facto logra legitimidad si alcanza o ejerce el poder:

- En defensa de los intereses públicos, los que, dentro de un peligroso y extremo contexto, pueden exigir la supresión del orden jurídico anterior y la cesación en sus funciones de los gobernantes *de iure*.
- En defensa de los ideales de justicia u otros valores sociales y morales que, en un determinado contexto, pueden superponerse a la mera legalidad.
- En resguardo y favorecimiento del retorno de la paz, la seguridad pública o la moral social.

En todos estos casos se trata de gobiernos ilegales desde que suprimen por la mera fuerza el orden jurídico preexistente; empero, en pro de la consagración de algún fin o valor político sustantivo –no alcanzado hasta ese entonces por medio del orden jurídico vigente o con la conducción de un gobierno *de iure*– se legitiman en el ejercicio del poder hasta que se establezca una nueva legalidad o se asegure un ejercicio del poder de manera eficiente y eficaz.

Esta posibilidad de alcanzar y obtener legitimidad es excepcional y extraordinaria; más aún, no es usual en este tipo de expresiones gubernativas. Por el contrario, la historia de América Latina demuestra que los gobiernos de facto han devenido en enfáticas manifestaciones oligárquicas, reaccionarias, u obedientes a voluptuosidades pasionales de grupos o personalidades con marcadas tendencias autoritarias.

Desde nuestro punto de vista, los gobiernos de facto pueden alcanzar, en los hechos, legitimidad cuando cumplen los requisitos siguientes:

- a) Exponer “razones” y patrones morales compatibles con la conciencia y sentimientos de la ciudadanía, que avalan, en un momento crítico o grave para la sociedad política, el atributo del mando de facto.
- b) Actuar de conformidad con las “razones” y patrones morales expuestos al momento del apoderamiento del poder.
- c) Corroborar en la praxis que los mandatos emitidos ostentan la condición de prescripciones jurídicas, esto es, que obligan tanto a los gobernantes como a los gobernados. Por ende, dichas prescripciones no pueden ser ineficaces o inaplicables para quienes las dictan.
- d) Reconocer y proteger política y normativamente la dignidad de la persona humana.
- e) Dejar testimonio cabal de que se alcanzará prontamente la restauración del Estado de Derecho; o la construcción de nuevos principios y reglas de legalidad, con la anuencia del pueblo.

Los gobiernos de facto pueden alcanzar dicha legitimidad, cuando son producto de la revolución o de la resistencia contra la opresión.

Al respecto, veamos lo siguiente:

## **2.6. El golpe de Estado y la revolución**

Julio casares [*Diccionario ideológico de la lengua española*. Barcelona: Gustavo Gili, 1985] señala que el golpe de Estado implica una acción violenta mediante la cual se genera la usurpación del poder.

En ese sentido, la historia acredita que dicha acción es *institucional* cuando la ruptura del orden constitucional y captura del poder es ejecutada por algunos miembros del derrocado gobierno; o es *militar* cuando dicha acción es perpetrada por elementos de la fuerza armada.

Dicho concepto expresa un acto perpetrado por un grupo reducido de personas que desde alguna esfera del poder desplaza a la autoridad constitucional. Ergo, se grafica como expone German J. Bidart Campos “en un mero cambio del elenco gobernante”.

En cambio, la revolución alude a un cambio radical, acelerado, profundo, irreversible e irrevocable de las instituciones del Estado, en aras de lograr un nuevo sistema de convivencia política. Su justificación



tiene que ver con valores, principios y fines como la justicia, la equidad, la solidaridad, etc.

Ulises Schimill [*El concepto jurídico de la revolución*. Alicante: Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 30, 2007] refiere que “la revolución es un fenómeno político-social esencialmente relacionado con el Estado, en la medida que se dirige contra este con el propósito de destruirlo y sustituirlo por otro”.

Umberto Melotti [*Revolución y sociedad*. México: fondo de Cultura Económica, 1971] estipula que ello “presupone una ruptura profunda [...] del antiguo régimen e imposición de un nuevo sistema que difiere del anterior no solo en sus aspectos formales sino también sobre todos los de fondo”.

Dicho fenómeno es la expresión política y social de las contradicciones y oposiciones que genera el “techo” ideológico, axiológico y jurídico que lo precede.

La revolución expresa un estadio del espíritu social de un pueblo y una nueva medida de valores.

Significa el “enterramiento” de un orden constitucional y la instauración de otro nuevo, sin que exista entre ambos –el abrogado y el recién creado– una solución de continuidad. En puridad, implica la sustitución de una idea de derecho por otra.

La revolución no deviene en una simple acción antijurídica conforme al orden legal precedente; no se limita a la mera abrogación o aniquilamiento de la normatividad vigente, sino que compromete su reemplazo por otras más acordes, armónicas y conformes con las nuevas demandas políticas, culturales, sociales, etc., a las que todo proceso revolucionario obedece. Por ende, tiende a modificar las formas de vida existencial y coexistencial de un pueblo, para lo cual se vale de un nuevo ordenamiento jurídico.

La revolución se plantea como una voluntad política destinada a establecer un orden cualitativamente distinto al anterior.

Así, la revolución expresa una nueva dimensión jurídica, ya que tras abolir el orden precedente instaura uno nuevo, el cual contiene distintos valores, principios e impone parte de disposiciones inéditas.

Carlos Alberto Torres Caro [*El derecho de resistencia a la tiranía*. Lima: SEDDEPAZ, 2000] considera que “es una nueva estructuración social y, al mismo tiempo, un cambio radical de los valores fundamentales del ordenamiento institucional del Estado afectado”.

En ella se aprecia de manera inequívoca la absorción tanto de los poderes constituidos como del poder constituyente originario.

Mario Cattaneo [*El concepto de revolución en la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1968] sostiene que las normas dictadas en el marco de un proceso revolucionario aparecen como un cambio de las normas fundamentales, puesto que son ellas *per se* las que confieren validez a todas las demás normas del mismo ordenamiento. Es por tal motivo que puede afirmarse que no existen normas superiores a las “revolucionarias”, mediante las cuales pueda consagrarse “legalmente” el cambio revolucionario.

Henry Campbell Black [Citado por Segundo Linares Quintana. ob. cit.] sostiene que “la revolución es el derecho natural de todo el pueblo, que no existe en virtud de la Constitución, sino a pesar de ella”.

Jorge Reynaldo Vanossi [*El poder constituyente*. Buenos Aires: Depalma, 1976] considera que existen tres clases de datos o exigencias para detectar y calificar un acontecimiento como de carácter revolucionario:

- Para las ciencias sociales en general (la sociología y la economía), impone cambios estructurales.
- Para la ciencia política, impone transformaciones institucionales.
- Para la ciencia jurídica, supone la fractura o violación de la lógica de los antecedentes legales; es decir, es aquel hecho que no puede ser comprendido utilizando un precedente normativo vinculatorio. En suma, Este pierde su carácter regulador del orden convivencial.

Georges Burdeau [*Derecho constitucional e instituciones políticas*. Madrid: Editora nacional, 1981] expone que el elemento constitutivo de la revolución es la oposición de la idea del derecho a la que sirven los gobernantes y aquella otra aún no vigente auspiciada por el grupo revolucionario, la cual pretende ser erigida como la nueva fuerza motriz de la institución estatal.

La revolución afecta al derecho no porque implique la simple infracción de algunas normas -caso de los ilícitos penales-, sino porque entraña la

transformación o cambio de aquello que el orden caduco había consagrado como válido y vigente en la vida social y política.

Ella implica –como hemos dicho– un quebrantamiento radical del ordenamiento jurídico y la instauración de otro nuevo; lo cual se efectúa al margen de las normas preexistentes. Es decir, se trata de un procedimiento no previsto en el ordenamiento precedente, de modo tal que la legalidad futura se asienta sobre bases distintas a las que existían con anterioridad a la revolución.

En ese sentido, Mario Cattaneo [ob. cit.] expone que se produce “el quebrantamiento de un ordenamiento jurídico y la instauración de otro nuevo, efectuado en forma ilegal, con un procedimiento no previsto en el ordenamiento precedente”.

Así, los hechos revolucionarios tienen relación con el derecho en un doble sentido:

- a) Constituyen formalmente una trasgresión de las normas.
- b) En razón de su vigorosidad, fuerza y convalidación social por tolerancia o adhesión, pueden afirmar nuevos valores considerados en la colectividad como “indispensables”. Ergo, alcanzan eficacia sociológica.

Ahora bien, existe una clasificación jurídica de las revoluciones, según sea que la ruptura de la lógica de creación se efectúe en la parte orgánica de la Constitución (la que determina los órganos del Estado que deben aplicarla) o en la parte material (la que determina qué debe hacer el órgano en materia política, social, económica, etc.). De ello resulta lo siguiente:

- Las puramente orgánicas, que aluden a la ruptura de la lógica de creación normativa en razón al ejercicio legisferante no formal de un órgano del Estado (carencia de competencias).
- Las puramente materiales, que aluden a la ruptura de la lógica de creación normativa, en razón al ejercicio legisferante por parte de un órgano del Estado, pero cuya acción transgrede el ámbito material de la Constitución (extralimitación de competencias).
- Las mixtas, que se refieren a la ruptura de la lógica de creación normativa en razón al ejercicio no formal de un órgano Legislativo, y cuya acción adicionalmente, transgrede el ámbito material de la Constitución.

## 2.7. La revolución y el poder constituyente originario

Segundo Linares Quintana [*Derecho constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires: plus Ultra, 1976] señala que “el constitucionalismo se funda en la continuidad de las instituciones, cuyo normal y concreto funcionamiento presupone el gobierno constitucional. De ahí que Constitución y revolución aparezcan como términos que designan conceptos antitéticos. No existe duda que la existencia de un gobierno constitucional y su permanencia en el tiempo constituyen el ideal político de los pueblos civilizados”.

Es indudable que las sociedades aspiran a vivir dentro de la constitucionalidad; empero cuando entre el texto constitucional y la realidad se abre un abismo que los separa irremisiblemente, surge la necesidad de refundar el Estado y, por ende, establecer un nuevo texto institucionalizador.

En esa circunstancia el poder constituyente originario puede aparecer bajo la fórmula de un poder revolucionario.

Georges Burdeau [ob. cit.] señala que la obsolescencia de una Constitución puede acarrear la revolución; la que lleva implícita “la sustitución de una idea de derecho por otra en tanto que principio director de la actividad social”.

Santi Romano [*Principios de derecho administrativo italiano*. Milán: Sel, 1912] considera que la revolución es en sí misma, una acción antijurídica para el Estado contra la cual se dirige. No obstante, desde el punto de vista de los ejercientes de dicha acción, esta es calificada como el presupuesto de un nuevo ordenamiento jurídico.

Dentro de ese contexto, Mario Cattaneo [ob. cit.] refiere que “si la revolución tiene éxito el antiguo ordenamiento pierde validez y surge un nuevo ordenamiento con un nuevo contenido, por lo cual la afirmación del carácter antijurídico de la revolución deja de tener significado concreto. De allí, que la revolución produzca, por un lado, el efecto de destruir el derecho, y, por el otro, de crear un nuevo derecho”.

Es evidente que la acción revolucionaria tiene como objetivo sumo, el tratar de derruir las instituciones del Estado en sus cimientos mismos; ello a efectos de edificar una sustitutiva y flamante forma de estructuración política, jurídica y social.

En esa línea de pensamiento, el artículo 39 de la Constitución mexicana de 1917, solemnemente declara:

*“El pueblo conserva en todo momento el derecho invariable de alterar o modificar su forma de gobierno”.*

El cambio que genera una revolución no implica de ningún modo que la *totalidad* de los preceptos jurídicos que se originaron en la etapa prerrevolucionaria sean reemplazados. En realidad, lo que la revolución produce es la *modificación* del origen de validez de las normas.

En ese sentido, se produce un *proceso de recepción*, es decir, las normas prerrevolucionarias pueden seguir “valiendo” siempre que sean compatibles con los valores y fines que la revolución persigue alcanzar. De allí que el *telos* revolucionario devenga en la fuente de mantención de validez de las normas prerrevolucionarias: estas normas no cambian de enunciado formal, sino que cobran un sentido renovado y acorde con el nuevo código político-moral que fluye de la revolución.

## **2.8. La tiranía y la resistencia contra la opresión**

El tirano es aquel gobernante cuyo ejercicio del poder rompe con las reglas de normalidad y continuidad constitucional, a efectos de actuar con discrecionalidad patológica atentando contra los derechos fundamentales de la persona, el bien común, los valores de la justicia y los fines de la seguridad jurídica.

Expone una capacidad de decisión concentradora, subjetiva e ilimitada, con uso de amplios instrumentos coercitivos.

El ejercicio del poder en esas condiciones no tiene un periodo de duración determinado.

Entre sus características destacan los siguientes:

- Ausencia de separación de poderes.
- Ejercicio omnímodo del poder.
- Inexistencia de legitimación jurídica.
- Aparato represivo.

La resistencia contra la opresión alude al alzamiento contra el ejercicio abusivo y arbitrario del poder; el cual incide gravemente en lesionar la dignidad de los miembros de un cuerpo político.

Carlos Alberto Torres Caro [ob. cit.] consigna que es “una facultad y/o recurso de defensa y afirmación en última instancia o excepcional circunstancia del enunciado primario de la dignidad humana”.

La resistencia contra la opresión es un derecho inherente al pueblo, consistente en desobedecer e insubordinarse a un gobierno despótico. Ello en razón de carecer de otro medio óptimo para salvaguardar sus derechos ínsitos o fundamentales. Su fundamentación teórica surgió de las luchas religiosas y políticas.

Se trata de una institución semejante al estado de legítima defensa, en virtud a que expresa la respuesta ciudadana a una agresión perpetrada desde el poder contra los fundamentos de la vida coexistencial. En puridad dicha agresión obliga moralmente y faculta jurídicamente a la autodefensa.

El derecho-deber de resistencia contra la opresión o *ius resistendi*, es un derecho natural y facultad subjetiva que tiene largo respaldo a través de la historia.

En esa perspectiva puede señalarse que ya en el juramento ciudadano establecido en Atenas por Solón (640-558 a.C.), se exigía moralmente que el voto ciudadano “no sirviera para dividir las tierras, ni, para abolir los derechos, ni para apoyar la tiranía”.

Aristóteles (384-322 a.C.) a través de sus obras *La ética a Nicómaco* y *La Política*, consigné su preocupación por el problema de la opresión.

El sacerdote inglés Juan de Salisbury (1115-1180) consigno en su libro *Policraticus* que la diferencia entre un gobernante y un tirano radica en el cumplimiento de la ley; por ende, “quien usurpa la espada merece morir por la espada”. En suma, plantea que el tiranicidio es una forma de resistencia a la opresión.

El diplomático y teólogo calvinista francés Hubert Languet (1518-1581) se interroga en su obra *Reclamación contra los tiranos: ¿están obligados los súbditos a obedecer a los príncipes cuando mandan algo contra la ley de Dios? ¿Hasta qué punto es lícito resistir a los príncipes que están oprimiendo o destruyendo al Estado?* Este se responde en el sentido que en tales circunstancias aquellas

pueden ser declarados fuera de la ley y muertos impunemente por cualquier miembro del pueblo.

El sacerdote jesuita Juan de Mariana (1536-1624) estableció en su libro *El rey y la institución real*, que era una potestad del pueblo el deponer al gobernante que infringiese la ley (*princeps non est sulutus legibus*).

John Locke (1632-1704) señaló en sus *Consideraciones sobre el gobierno civil*, que, “siempre que las leyes cesen o sean violadas con perjuicio para los otros, la tiranía empieza [...] cualquiera que hallándose revestido de autoridad excede el poder que le ha sido confiado por la ley, y emplea la fuerza que está a su disposición para hacer con los súbditos cosas vedadas [...]; y como entonces obra sin autoridad, se le puede presentar oposición, del mismo modo que a cualquier otro que invadiese por la fuerza el derecho ajeno”. En suma, expone que aquel que ejerce el poder fuera de la ley y en contra del pueblo, pierde la condición de autoridad. En dicho contexto se puede acometer la resistencia.

El Papa León XIII –en su encíclica *Libertas*– llegó a señalar que se “falta al derecho de mandar cuando se ordena algo contra la razón, contra la ley o los mandamientos divinos; por ende, es justo desobedecer a los hombres para obedecer a Dios”.

Desde una óptica jurídica el primer antecedente aparece en la cláusula 61 de la Carta Magna de 1215 –suscrita por Juan sin Tierra– en donde se establece que en caso “el rey no cumpla con sus obligaciones de respetar los privilegios pactados con sus súbditos, un grupo de veinticinco barones elegidos previamente para el cumplimiento de la Carta, podrán junto con la comunidad de todo el reino, desobedecer al rey y afligirle [...] en todas las formas posibles”.

En 1222, el rey de Hungría Andrés II (1175-1235) se verá compelido a conceder una Bula de Oro que confirmaba a los nobles su cuasi liberación del poder regio. En ella se expresó que “si a pesar de todo, yo o mis sucesores llegásemos a infringirles en cualquier tiempo con cualesquiera de nuestras ordenes, los obispos y los demás nobles del reino [...] ustedes se encuentran libres para resistir y contradecirnos [...] sin incurrir en el delito de alta traición”.

En 1287, el rey español Alfonso III concedió a los hidalgos de Aragón “el derecho de alzarse contra el rey cuando cometiese desafuero contra

alguno de ellos; o deponerlo o sustituirlo por otro, si castigase sin previa sentencia del Justicia Mayor”.

En la Declaración de Virginia de 1776 (Estados Unidos) la resistencia es elevada a la categoría de derecho inalienable e irrevocable. En esa misma línea se fijará dicho criterio en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776).

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Francia) se incluirá el derecho de resistencia contra la opresión, entre los denominados derechos naturales, conjuntamente con la libertad, la propiedad y la seguridad.

En la Constitución francesa de 1793 se considerará que “la resistencia contra la opresión es consecuencia de todos los derechos naturales del hombre”. Asimismo, fijará que “cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección [...] es el más sagrado y el más indispensable de los deberes”.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (ONU) se señalará que es esencial que se respeten los derechos humanos dentro de un Estado de Derecho, a fin de que los hombres no se vean compelidos a utilizar el recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

Carlos Sánchez Viamonte [*Revolución y doctrina de facto*. Buenos Aires: Claridad, 1946] señala que “la resistencia a la opresión es el derecho que tiene toda sociedad de hombres dignos y libres para defenderse contra el despotismo, e incluso destruirlo”.

Carlos S. Fayt [*Derecho político*. Buenos Aires: La Ley, 2003] plantea que el derecho a la resistencia a la opresión ha pasado por tres etapas en el proceso de formulación, a saber:

- a) Como expresión de un imperativo moral (siglo XII al XVII).
- b) Como expresión del reconocimiento de un derecho positivo (siglo XVIII).
- c) Como expresión de un principio político (siglo XX).

Al respecto, cabe señalar que la resistencia a la opresión como expresión del reconocimiento de un derecho positivo, emergió del constitucionalismo clásico o liberal; el cual se sustentó en la existencia de derechos inalienables superiores y anteriores a la existencia del Estado; la división de poderes;



y el ejercicio del poder sobre la base de la legitimidad otorgada por el pueblo. De allí que el desconocimiento de estos apoyase la operación de la resistencia como un atributo jurídico.

A la fecha se le invoca como una pauta basilar ante la negación de la democracia como forma de gobierno y la violación de los derechos fundamentales.

Ahora bien, la doctrina plantea que el ejercicio de este instituto está sujeto a las consideraciones siguientes:

- a) Existencia de una grave y permanente vulneración de los derechos fundamentales de la persona.
- b) Imposibilidad fáctica de que el pueblo pueda utilizar otros medios menos extremos.
- c) Exigencia de razonabilidad y proporcionalidad en las consecuencias que se derivan de los actos de resistencia. Esto es, los efectos no deben aparejarse en cantidad y calidad con los que produce el gobierno despótico.

La resistencia contra la opresión es necesariamente colisionante con las normas establecidas por el gobierno despótico, empero puede efectuarse sin incurrir en la violencia física. Tales los casos de las acciones de huelga, marchas, mítines, proclamas periodísticas, etc. Sin embargo, también cabe la posibilidad que pueda efectuarse con alzamiento en armas, que, por tal, se le califica como un acto de rebelión.

En suma, la resistencia contra la opresión expresada con el uso de armas de fuego deviene en rebelión.

En ese sentido, Segundo Linares Quintana [ob. cit.] señala que “quienes lo ejercen, son responsables ante Dios y ante la historia por las consecuencias buenas o malas que puedan acarrear [...]”.

## **2.9. La doctrina de facto**

Dicha expresión doctrinaria surgió en la literatura jurídico-política francesa e inglesa. En América Latina la judicatura argentina la recogió con entusiasmo.

En efecto, dicha doctrina emanó primigeniamente de las canteras del derecho administrativo. Particular importancia ostentan los aportes

de Gastón Jeze en su obra *Los principios generales del derecho* y de Albert Constantineau en su obra *Tratado de la doctrina de facto*.

Las consideraciones de su formulación estuvieron vinculadas con la resolución de las situaciones que se generaban por la existencia de funcionarios autodesignados o nombrados irregularmente, encargados de la dirección de organismos con funciones preexistentes y objetivamente establecidas en la Constitución y las leyes.

Los referidos “funcionarios” realizaban actos que afectaban el patrimonio jurídico de los ciudadanos. En ese sentido, Albert Constantineau [Citado en *Lecturas sobre Gobiernos de Facto*. Separata del Curso Constitución y Gobernabilidad. Lima: Instituto de Gobierno de la UPSMP, 2002] dejó expresa constancia que la doctrina de facto solo se ocupaba de los actos funcionales destinados al cumplimiento de las obligaciones estatales; y en modo alguno para convalidar la creación o perpetración de los beneficios particulares de los operadores irregulares de la administración pública.

El propio Constantineau expuso que dicha doctrina es un principio de derecho que se dirige a justificar el reconocimiento de las autoridades de facto ejercientes de actividad estatal a cargo de organismos con existencia y operatividad preexistente al apoderamiento ilegal de su conducción. Por ende, se ocupa de los actos de los funcionarios ejercientes de un cargo con investidura con “color de título”.

German J. Bidart Campos [ob. cit.] señala que dicha doctrina está destinada a explicar y encuadrar jurídicamente, el ejercicio del poder por parte de los gobernantes de facto. Esta además se apoya en la praxis, surgida de la realidad, la costumbre y la jurisprudencia efectivizada durante dicho proceso político.

La referida doctrina intenta promover la convalidación de los actos políticos y administrativos generados por un gobierno de facto, en aras de preservar el principio de seguridad jurídica a favor de los ciudadanos.

En ese sentido, Albert Constantineau intenta establecer una diferencia entre los gobiernos de facto y los por él denominados gobiernos usurpadores. Los primeros a pesar de su ilegitimidad de origen ejercen pacíficamente las funciones públicas, contando para ello con el asentimiento más o menos tácito del pueblo. En cambio, los segundos se mantienen en el poder mediante prácticas violentas sin solución de continuidad.

En puridad dicha doctrina tiene como objetivos los siguientes:

- a) Justificar –más no avalar– el reconocimiento de gobiernos nacidos de la fuerza. Este se produciría ya sea por el consenso o la obediencia ciudadana, por la necesidad de asegurar la continuidad de la sociedad política, o por la verificación del hecho consumado por la posesión efectiva del poder.
- b) Reconocer la actividad de los entes públicos a cargo de operadores que tienen un origen irregular pero que actúan bajo apariencia de legitimidad (*color of law*).
- c) Conferir validez a los actos funcionales por los agentes públicos responsables de la conducción político-administrativa durante el interregno de fuerza (*color of right or authority*).
- d) Aceptar la suspensión de las prescripciones constitucionales, en tanto no se afecte la dignidad de la persona humana. Dicha actividad implicaría el reemplazo liso y llano de la totalidad de las competencias del gobernante *de iure*.

Como bien expone Jesús Fueyo Álvarez [*La doctrina de la administración de facto*. Madrid, 1945] dicha teoría “justifica” la actividad de entes públicos organizados irregular o ilegalmente, que sin embargo, ejercen abiertamente bajo la apariencia de legitimidad (*color of law*) los poderes y funciones de entes regularmente creados; y confiere validez a los actos oficiales de personas que, bajo la apariencia de derecho o autoridad (*color of right or authority*), ocupan un cargo en un gobierno de facto, siempre que dichos actos sean en beneficio de los ciudadanos y en modo alguno para una ventaja personal.

Mediante la doctrina de facto se intenta conciliar el orden público, la justicia y las razones de necesidad, a efectos de proteger y resguardar de daños a la comunidad. Para tal efecto, la argumentación se sustenta en la inexistencia de otra alternativa objetivamente real y razonable; amén de evitar males mayores a los ya infringidos al cuerpo político con la ruptura del Estado de Derecho.

El propio Albert Constantineau expone que la necesidad de conciliación jurídica queda sujeta a la existencia, entre otros, de tres requisitos básicos, a saber:

- a) Los órganos, funciones y cargos públicos de donde surgen los actos políticos y administrativos del gobierno de facto, deben acreditar preexistencia *de iure*.
- b) El ejercicio del poder debe efectuarse de manera continuada y bajo tolerancia ciudadana.
- c) La ejecución de actividades y decisiones que beneficien a la colectividad y se encuentren exentas de cualquier atisbo de ventaja personal para sus inspiradores.

Debe advertirse que la doctrina de facto no fue creada para justificar o exculpar la interrupción del Estado de Derecho, sino que tuvo como objetivo el generar la certidumbre y la seguridad jurídica de los ciudadanos y demás personas ajenas al ejercicio del poder, en lo relativo a las consecuencias legales derivadas de las normas y actos emanados de la administración estatal.

Ahora bien, la desnaturalización de sus postulados y su praxis como “*legitimador*” de las constantes agresiones al espíritu constitucional y al Estado de Derecho, han terminado por desacreditarla.

### 3. EL CASO DE LOS GOBIERNOS EN EL EXILIO

Estas expresiones exponen la situación *sui generis* de un gobierno carente de relación efectiva con la totalidad o buena parte del territorio y el pueblo del Estado.

En cierto modo, constituyen una ficción jurídica.

Fabián Novak Talavera y Luis García Corrochano Moyano [ob. cit.] definen esta modalidad gubernativa como “aquella organización político-jurídica del Estado que, frente a la ocupación total en su territorio por parte de fuerzas militares foráneas, busca refugio en el territorio de un Estado extranjero”.

Como corolario de dicha situación se produce la desvinculación provisional entre el poder político y los otros dos elementos constitutivos del Estado (territorio y población).

Se trata de un gobierno que goza de legalidad constitucional; el cual, empero, se ve forzado a trasladarse expectativamente con carácter transitorio, fuera de las fronteras del Estado. Ello en razón, de haber sido

objeto de un acto de fuerza incontrolable derivada de un conflicto armado internacional, anexión territorial, guerra civil, rebelión, revolución, golpe de Estado, etc.

Dicho gobierno carece de la capacidad de resistencia suficiente para controlar y vencer dicha fuerza súbita desde el interior de su territorio.

La existencia de los gobiernos en el exilio se gesta primordialmente como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

Al respecto, veamos algunos casos concretos:

a) *Ocupación por invasión o anexión del territorio nacional:*

- En 1919, las fuerzas armadas del Japón invaden Corea; como consecuencia de ello sus autoridades se refugian en Shanghái (China) e instalan allí un gobierno en el exilio que duraría hasta 1945. Durante ese lapso creó y condujo victoriosamente el Ejército de liberación Nacional.
- En 1939, las fuerzas armadas de la Alemania nazi invaden el territorio del reino de los Países Bajos (Holanda); como consecuencia de ello, tanto la reina Guillermina como el gabinete se refugian en la ciudad de Londres hasta 1945. Desde dicha ciudad el gobierno continuó ejerciendo sus potestades políticas sobre las posesiones coloniales de Insulindia (Indonesia), Nueva Guinea, etc.
- En 1936, Italia invade Etiopía, como consecuencia de ello, el emperador Helie Selasie constituyó un gobierno en Inglaterra.
- En 1939, Alemania y Rusia se reparten el territorio polaco de conformidad con el pacto secreto Ribbentrop-Molotov; como consecuencia de ello el gobierno encabezado por Wlandeslaw Raczkiewicz se refugia primero en Francia y luego en Inglaterra.
- En 1940, las fuerzas armadas de la Alemania nazi invaden el territorio del reino de Noruega; como consecuencia de ello el rey Haaken VII y su gabinete se refugian en Londres y constituyen allí un gobierno en el exilio hasta 1945.
- En 1940, las fuerzas armadas de la Alemania nazi invaden el territorio del reino de Bélgica e incluso apresan al rey Leopoldo II; como consecuencia de ello el gabinete se refugia en Londres y constituye

allí un gobierno en el exilio. Desde dicha ciudad continuó ejerciendo sus potestades políticas sobre las posesiones coloniales en el Congo Belga (Zaire).

- En 1940, las fuerzas armadas de la Alemania nazi invaden Luxemburgo; como consecuencia de ello la gran duquesa Carlota se refugia en Londres y constituye allí un gobierno en el exilio.
- En 1940, tras la invasión de las fuerzas armadas de la Alemania nazi, el general Charles de Gaulle el 18 de junio a través de las ondas de la BBC de Londres comunica la instalación del Gobierno de Francia Libre. En dicho histórico discurso el general De Gaulle expondrá que “Ocurra lo que ocurra, la llama de la resistencia francesa no debe apagarse y no se apagará”. Este gobierno operará en Londres (Inglaterra) del 18 de junio de 1940 al 2 de junio de 1943.
- En 1941, las fuerzas armadas del Imperio del Japón invaden Filipinas; como consecuencia de ello el gobierno constitucional del presidente Manuel L. Quezón se refugia en los Estados Unidos y constituye allí un gobierno en el exilio.
- En 1952, las fuerzas armadas de China invaden el Tíbet; como consecuencia de ello se crea el gobierno tibetano en el exilio, cuya sede es Mc Leod Ganj en India. El Dalai Lama ejerce la calidad de Jefe de Estado y se crea un Gabinete Ministerial, simbólicamente encargado de preservar la unidad de los refugiados en India, Nepal y Bután.
- En 1990, las fuerzas armadas de Irak invaden el territorio del Emirato de Kuwait; como consecuencia de ello el emir jeque Jaber Al Ahmad Al-Sabath se refugia en Arabia Saudita y constituye allí un gobierno en el exilio.

*b) Golpe de Estado, revoluciones y autoorganización de exiliados:*

- Entre 1939 y 1977 se instala simbólicamente la Segunda República Española en México, tras la guerra civil encabezada por el general Francisco franco Bahamonde.
- En setiembre de 2009, se produce el golpe de Estado en Honduras contra el Presidente José Manuel Zelaya; el cual se declara gobernante en el exilio desde la embajada de Brasil (instalada en la ciudad capital, Tegucigalpa). Al año siguiente. Se llevan a cabo las elecciones que otorgan el poder a Porfirio Lobo.

*c) Traslado del gobierno a un territorio colonial:*

- En 1808, Francia invade Portugal, ante lo cual la reina María y el príncipe regente don Pedro instalan un gobierno en la colonia del Brasil.
- En 1942, Francia que tiene un gobierno de en el exilio en Inglaterra a encabezado por Charles de Gaulle, se traslada hasta el final de la Segunda Guerra Mundial a su territorio colonial en Argel.

En puridad, en los dos casos citados formalmente se deja de ser gobierno en el exilio, ya que simbólicamente se ejerce residualmente el poder desde territorio nacional.

Entre las características básicas de esta modalidad gubernamental destacan la existencia de la continuidad legal, empero carente del ejercicio de la soberanía territorial. En ese contexto el gobierno acredita no haber sufrido ruptura en su continuidad jurídica, más sufre de la imposibilidad de hacer valer su plena y suprema potestad sobre el territorio y la población.

La instauración y continuidad del gobierno en el exilio no se sujeta en stricto a las reglas jurídicas establecidas para el período de normalidad constitucional

La eficacia de la constitución y permanencia de un gobierno de facto depende de aspectos tales como: el apoyo de un Estado extranjero para constituirse en su territorio o desde una de sus embajadas (territorio nacional por ficción jurídica), lealtad del pueblo para reconquistar el dominio territorial y vocación firme de lograr retrotraer la situación política al estado previo a su salida del territorio nacional.

En esta peculiar condición el gobierno en el exilio ejercita residualmente algunas competencias, a saber:

- Ejerce la representación del Estado en el exterior.
- Ejerce la dirección de la política exterior y las relaciones internacionales.
- Nombra embajadores y ministros plenipotenciarios.
- Ejerce la potestad legislativa en materia de tratados internacionales.
- Dirige las fuerzas armadas.
- Declara la guerra y firma la paz.

- Confiere condecoraciones a nombre de la nación.
- Autoriza a los nacionales a servir en un ejército extranjero.

La transitoriedad de un gobierno en el exilio culmina cuando al concluir el conflicto bélico, este no logra recuperar su territorio o pierde legitimidad ante su población. La circunstancia más favorable que permite recobrar la soberanía territorial se produce con el restablecimiento del gobierno dentro de los dominios geográficos del Estado.



# LA CRISIS CONSTITUCIONAL REPUBLICANA, QUÉ NO DEBE IMITARSE



*Jorge Luis Cáceres Arce\**

**Sumario:** I.-Elementos Constitucionales – Constituyentes: 1821 - 1860. II.- Evolución del Constitucionalismo Peruano: 1860 -1930. III.- Crisis Política y Constitucional: 1930-1980. IV.- Etapa de Consolidación Constitucional: 1980-2022. V.-Gobierno del Profesor José Pedro Castillo Terrones y sus colaboradores (julio 2021-julio 2022). VI.-Gestión Ministerial (julio 2021-julio 2022). VII.-Ministros Censurados. VIII.- Ministros que renunciaron antes de ser interpelados. IX.-Vacancia Presidencial (Procesos a: Pedro Castillo Terrones). X.-Responsabilidad Constitucional del Presidente de la República y sus Colaboradores Políticos. XI. Nueva Mesa Directiva del Parlamento. XII-Episodios Republicanos Irrepetibles. XIII.-Bibliografía.

**Palabras clave:** Crisis Constitucional – Democracia – Transparencia.

**H**emos llegado al bicentenario de la emancipación de nuestra Patria, sin mayores esperanzas sólidas, lo ocurrido en el régimen y/o período presidencial que culminó el 28 de julio, no encuentra precedente en el legajo de la historia republicana y el gobierno instalado el pasado 28 de julio del año 21, presidido por el profesor Pedro Castillo Terrones, es el más letal en la era republicana.

---

\* Doctor en Derecho. Ejerció el cargo de Decano en el Colegio de Abogados de Arequipa y de consejero de la Academia de la Magistratura, se desempeñó como Vicepresidente de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. Es primer Vice Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Presidente de la comisión organizadora del XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional y Vicerrector Académico de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa,

Se inició el 28 de julio del 2016, con la juramentación del Sr. Pedro Pablo Kuczynski Godard, conforme a lo contemplado en el numeral 116 de la Constitución Política y feneció el 28 de julio del 2021, con la asunción al mando Presidencial del Profesor José Pedro Castillo Terrones, que sucedió a Don: Francisco Sagasti, sin discusión lo que viene sucediendo de: julio del 21 a la fecha (julio 2022) no tiene lugar, ni cabida, en la moral y el civismo de nuestra Patria.

## **I. Elementos Constitucionales – Constituyentes: 1821 - 1860**

El sistema de Gobierno peruano se encuentra enmarcado producto del devenir histórico que se inició en la carta de 1823, debatida y aprobada por el Congreso Constituyente instalado el 20 de setiembre de 1822, en la ciudad de los reyes y liderado por el ilustre clérigo y tribuno arequipeño, Francisco Javier de Luna Pizarro y Pacheco.

El numeral 27 estableció que “El Gobierno del Perú es popular y representativo”<sup>1</sup> su Gobierno debió expresar la voluntad ciudadana que el Parlamento Unicameral estaba obligado a garantizar.

La forma del ejercicio de la administración era a través de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Los constituyentes del 22 recogieron con acierto la sólida aplicación del principio de separación de poderes, herramienta útil y eficaz para la salud de la naciente democracia del aún infante Estado peruano. En el artículo 29 de la citada carta se reservó: “Ninguno de los poderes podrá ejercer jamás ninguna de las atribuciones de los otros dos.”<sup>2</sup>

Recordemos que el Congreso que se instaló fue Unicameral, (el Senado conservador no funcionó), asumió las principales funciones y responsabilidades políticas de la naciente República y entre ellas elegir al Presidente y Vicepresidente (numeral 60 inciso 24, entre los individuos que le proponga el Senado).

El Parlamento eligió a José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete, El 28 de febrero de 1823 respaldado por el Ejército; empero “Los constituyentes lo acusaron de tener acuerdos con los realistas y planes con la monarquía

---

1 La Constitución del Perú. Tribunal Constitucional -UCSM, Ed. Antares. Fondo Editorial UCSM, Arequipa-2018)

2 Las Constituciones del Perú. Ob.Cit. Pág. 201.

española. El Parlamento lo destituyó, lo vacó en el cargo; por supuesta traición a la Nación. Riva Agüero, no aceptó la decisión del Legislativo y partió a Trujillo y dispuso la disolución del Congreso”<sup>3</sup> (gobernó entre el 28 de febrero al 23 de junio de 1823, que el Congreso lo apartó de la jefatura y luego partió al exilio en 1824 a Bélgica, donde contrajo nupcias con la princesa belga doña Arnoldina Carolina Irene de Looz Corswaren).

Riva Agüero era partidario de instaurar un régimen monárquico, como sistema político aplicable para América hispana. En el caso nuestro no debemos dejar de mencionar a la misión “García del Río - Paroissien”, que visitó las casas reales y contactó con personajes como: Leopoldo de Sajonia; el Duque de Sussex, Augusto Federico de Hannover, Leopoldo de Borbón y María Clementina de Austria. Como bien lo relata Mateo Paz - Soldán, los pedidos de la misión no se consideraron y se desatendieron, por razones de falta de legitimidad.

El Mariscal Riva - Agüero (rango que le confirió el Parlamento) retornó al Perú en 1829, (el Congreso extendió la ley que lo absolvió de los cargos de traición patriota).

La historiada Elizabeth Hernández García (en *Presidentes y Gobernantes del Perú Republicano - Municipalidad Metropolitana de Lima - 2020*) describe la silueta innegable de don José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete: “Precursor de la independencia americana, un gran conspirador contra el gobierno virreinal, el primer Prefecto de Lima, el primer Presidente del Perú, uno de los primeros que elabora una historia de la independencia desde la perspectiva peruana...”

Posterior a este acontecimiento el Congreso se reinstaló y nombró como Presidente de la República en noviembre de 1823 a José Bernardo Tagle y Portocarrero (Marqués de Torre Tagle).

La carta vitalicia de 1826, de efímera vivencia que se quedó en la historia y que no trascendió (rigió no más de 50 días), pretendió incorporar al constitucionalismo peruano una serie de instituciones no amoldables al sistema político como: la Tricameralidad, la Presidencia vitalicia (con un Ejecutivo interminable, con un personaje con derecho a nombrar a su sucesor y un Vicepresidente sometido políticamente al gobernante vitalicio).

---

3 Cáceres Arce Jorge Luis en: *La Vacancia por incapacidad moral*. Ed. Antares. Fondo Editorial UCSM. Arequipa-2018

El modelo de Gobierno federal, estructurado con un Presidente vitalicio (dotado de inmunidad y que no respondía a nadie de sus actos gubernamentales y el Parlamento se encontraba impedido de juzgarlo) y un Vicepresidente (en quien recaía toda la responsabilidad política, en sí sería un Primer Ministro) y la propuesta contaba con 4 secretarios de Estado.

Planteó un cuarto poder, el electoral desarrollado en su título IV entre los numerales 20 al 23. Lo destacable del aporte constitucional radicó en que reservaron la necesidad de dictar una norma especial de elecciones (Reglamento; hoy mentado como una disposición sistematizada, codificada, bajo la denominación: Código Electoral; que unifique, uniformice y organice según el ente rector los procesos electorales, en sus distintas instancias).

La forma de Gobierno quedó sellada en su capítulo I, donde hace referencia a que la soberanía emana del Pueblo; (ejercicio ciudadano que no se efectivizó, por la no aplicación de los extremos políticos de la ley de corte napoleónico y distante a las necesidades patrias, que generó el descontento ciudadano y creció el nacionalismo que condujo a la derogatoria de la carta bolivariana de pretensiones perpetuas, federales y románticas).

Reiteró la postura de un Gobierno popular y representativo, recogido del texto de 1823; que, en sí, fue expresión lírica y distante a la voluntad de quienes pretendieron ejercer el poder político, bajo las reglas de esta norma constitucional consular de espíritu bonapartista.

La denominada “Madre de nuestras constituciones”, así la llamó el jurista talentoso Manuel Vicente Villarán y Godoy, a la Constitución de 1828, liberal y cuyo ideólogo fue Luna Pizarro inspirador a su vez de los textos supremos de 1823 y 1834 (está última segunda edición de la carta de 1828).

El maestro José Pareja dijo de ella “Liberal por esencia, contenido y ambiente”<sup>4</sup>. Sin duda “Fue un texto para el Perú y del Perú, a modo original la más importante del primer centenario de nuestra independencia, trascendente como las cartas castillistas de 1856 y 1860”<sup>5</sup>. Marcó las vigas rectoras del constitucionalismo peruano.

---

4 Pareja Paz-Soldán José. Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979). Fondo Editorial PUCP. Lima-2005.

5 Cáceres Jorge Luis Ob.Cit Pág. 109.

El texto del 28 fue moderado, conciliador, peruanista y diseñó la estructura del Estado y su forma de Gobierno: unitaria, democrática, descentralizadora, social y representativa que se ha venido consolidando en estas casi dos centurias de vida emancipadora.

La Constitución de 1828, se constituyó en el elemento histórico e ideológico que inspiraron y guiaron a los constituyentes que dictaron las leyes fundamentales que la precedieron; las cartas de: 1834 (su segunda edición), la de Huancayo de 1839, las normas supremas castillistas de 1856 y 1860 (esta última la de mayor vigencia; casi 60 años de vida política). La liberal de 1867 (que no entró en vigor y se restituyó los alcances jurídicos y políticos de la más veterana de las cartas, la otra semi-liberal de 1860) y la primera ley magna de inicios del bicentenario, la denomina Constitución "De la Patria Nueva", de 1920, la que incorporó los conocidos derechos socializantes (recogidos de la ley de Querétaro de 1917), empero no los garantizó y qué recién la carta de 1979, ella no solo las enumeró, lo trascendente los reconoció y los garantizó.

El maestro Villarán dijo de la carta emblemática del 28, en relación con las leyes que la precedieron "son como sucesivas ediciones corregidas, aumentadas o reducidas en un libro original"<sup>6</sup>.

Luego se dictó la ley de 1834, que contó como ideólogo al tribuno Luna Pizarro; de ella otro connotado jurista Toribio Pacheco escribió "La Constitución sancionada el 10 de junio de 1834, es casi la misma que la del año 28, con algunas modificaciones. Los artículos reformados no pasan de veinte..."<sup>7</sup>.

En si fue la segunda edición del texto del 28, lo promulgó Luis José Orbegoso, encargado de la presidencia de la República, benemérito de la Patria otro caudillo militar. La Nación peruana adopta como Gobierno, la forma popular representativa consolidada en la unidad; apartan la propuesta federativa desarrollada por Sánchez Carrión y se va cimentando, la forma unitaria que hoy prevalece y que contó como mentor al clérigo arequipeño Luna Pizarro y Pacheco.

---

6 Villarán y Godoy Manuel Vicente. Lecciones de Derecho Constitucional. Fondo Editorial PUCP. Lima 1998.

7 Pacheco y Rivero Toribio. Cuestiones Constitucionales. C.E.C Tribunal Constitucional. Lima 2015.

Ratifica la norma del 34, la valoración estadual al ecuánime y sensato equilibrio del ejercicio de poderes, precisando en su numeral 9 “Ninguno de los tres poderes puede salir de los límites prescritos de esta Constitución”<sup>8</sup>.

Nuestra historia republicana registra el frágil episodio de la confederación: “Peruana- bolivariana”; el proyecto de construir un Estado nor-peruano, cuyo inspirador fue el Mariscal Don Andrés de Santa Cruz, generó espacios de intranquilidad política cuando en agosto de 1839 eligieron al General Agustín Gamarra, como Presidente provisorio y Ramón Castilla ocupa la cartera de Guerra; ante los constantes enfrentamientos militares de los generales, Francisco Vidal en contra de Santa Cruz y Domingo Nieto, que se adhiere a la postura del primero por respaldar la paz con Chile (impulsada por Santa Cruz; es necesario recordar que el Congreso chileno declaró la Guerra a la confederación y convenció al tirano argentino, Juan Manuel Rosas a respaldar tan infame hazaña militar).

En estos instantes de los anales históricos de la naciente Patria, es que se registra como lo relata con acierto el maestro Jorge Basadre; que siete personajes se disputan la jefatura del Gobierno peruano. Los actores políticos en escena fueron: el Mariscal Santa Cruz, el proclamado Presidente provisional por el Parlamento General Gamarra, el otro General Luis José Orbegoso, quién se encontraba al mando del Estado nor-peruano, el Mariscal José de la Riva Agüero (destituido en 1823 por el Congreso como Jefe de Estado), Don Pío Tristán responsable de la jefatura del Estado Sur-peruano, el General Domingo Nieto, con despacho castrense en el sur chico y el oficial Francisco Vidal, con presencia militar en el norte (Huaraz).

Como bien lo apuntó Don Enrique Chirinos Soto “Ante la historia Santa Cruz es el personero del gran Perú. El que, en vano convocó al Perú y Bolivia a un destino común y superior”<sup>9</sup>.

El Perú como territorio es y será la audiencia de Lima y la de Cusco, menos después de 1879 (de la Guerra del Pacífico).

Se instala en Huancayo el 15 de agosto de 1839, el Congreso Constituyente que debate y aprueba la nueva Constitución, Lima aún estaba sitiada por tropas chilenas (aportas de repatriarse).

---

8 Las Constituciones del Perú Ob. Cit Pág. 289.

9 Chirinos Soto Enrique. Historia de la República Tomo I. Editorial Panamericana. Bogotá Colombia 1991.

La Carta de 1839 crea el Consejo de Estado, órgano recogido del sistema francés (Estatuto de Bayona) y que los españoles lo incorporaron con acierto en la Constitución de Cádiz de 1812. Se amplía el período presidencial por 6 años, excluye las vicepresidencias de la República (el Presidente del Consejo sucede al Jefe del Estado) ignora a los ayuntamientos y los reemplaza por las intendencias.

El General Agustín Gamarra Messía, es declarado Presidente constitucional y ejerce el mando supremo de una Nación plural, representativa y consolidada en la fortaleza de la unidad y de la alternancia del ejercicio del poder estadual, que recae en la soberanía de los órganos autónomos.

Como todo militar (Gamarra) no cesa en sus afanes expansivos y se libra la batalla de Ingavi (territorio boliviano) donde el General Gamarra cae muerto y Ramón Castilla prisionero, el 18 de noviembre de 1841. El Perú de invasor se convierte en invadido, nuestro Ejército fue derrotado por las tropas del General Ballivian, que penetran en el sur del territorio peruano (Puno, Tacna, Moquegua, Arica y Tarapacá).

Ante el fallecimiento del General Agustín Gamarra Messía, asumió la jefatura el Presidente del Consejo de Estado don Manuel Menéndez, empero se produce el denominado proceso de la “Anarquía Militar”.

Se constituye una Junta de Gobierno integrada por: Manuel Menéndez Gorozabel, Juan Crisóstomo Torrico y Vargas, Juan Francisco Vidal La Hoz y Justo Figuerola de Estrada: 1841-1843.

El llamado período de la “Anarquía Militar”, es relatado con detalle y precisión objetiva por el constitucionalista Chirinos Soto; donde la disputa del poder político se alternó entre militares y civiles (noviembre de 1841 a julio de 1844) y que lo resumimos: “Menéndez por Torrico, Torrico por Vidal, Vidal por Vivanco, Vivanco por Castilla.”<sup>10</sup>

A esta sucesión de mando estadual de Gobierno entre 1841 a 1844, no podemos dejar de incluir a Don Justo Figuerola, quien ocupó la Primera Vicepresidencia del Consejo de Estado y que producto de la presión de la multitud entregó las insignias de mando a las huestes vivanquistas a través de los balcones de su domicilio (marzo de 1843) y a Don Domingo Elías, quien asumió las riendas del Estado el 30 de noviembre de 1843, a lo

---

10 Chirinos Enrique Ob.Cit Pág. 142.



que la historia registra como la “Semana Magna”, como lo anotó el letrado Enrique Chirinos, frente al rechazo a las fuerzas vivanquistas.

No podemos olvidar los constantes enfrentamientos castrenses y políticos entre los ilustres militares: Manuel Ignacio de Vivanco Iturralde y Ramón Castilla Marquesado, que concluyó en la batalla de Carmen Alto, en julio de 1844 en Arequipa, con la derrota de las tropas vivanquistas. El General Vivanco, huyó a Mollendo; con este episodio se cerró una de las etapas más sangrientas de nuestra historia republicana.

En junio de 1852 se publicó el primer Código Civil Peruano (Gobierno de José Rufino Echenique Benavente), presidió la comisión redactora el Senador y luego Ministro de Justicia Don Andrés Martínez y Orihuela, arequipeño formado en las escuelas francesas que recogió las instituciones romanas y españolas incorporándolas en el texto codificado de corte napoleónico.

Se inicia el segundo Gobierno de Ramón Castilla, (1855-1862), período no tan lucido como el primer mandato (1845-1851), se instala la convención nacional de tendencia liberal, que aprueba a la carta de 1856 que sustituye a la Constitución presidencialista de 1839; la nueva ley suprema desarrolla la libertad de culto, la subordinación del poder castrense a la civilidad y la plena independencia de la Iglesia frente al Gobierno. Esta nueva norma es promulgada por Ramón Castilla.

La forma de Gobierno de la Constitución de 1856 está reservada a los numerales 41 y 42 que reiteró el modelo republicano democrático, representativo que encontró como aliado imprescindible a la unidad tanto de orden político y geográfico.

En relación a los niveles de control y de responsabilidad política los constituyentes del 56 desarrollaron la vieja figura española del “Juicio de Residencia”. Aquel funcionario que aspiraba a ocupar cargo público, conocía que al término de su mandato debía ser sometido al proceso constitucional de origen hispano y no asumiría otra función estadual, mientras no sea absuelto de la investigación preliminar.

Esta figura ibérica de textura moralizadora, fue apartada de nuestra normatividad constitucional ya que fue incómoda para aquellos caudillos que no toleraban controles políticos, ni legales.



Como lo hemos relatado la historia peruana registra en sus legajos, que en agosto de 1823 el Parlamento constituyente lo declaró “Reo de alta traición y sujeto al rigor de las leyes”<sup>11</sup>, a Don José de la Riva-Agüero y Sánchez Boquete, quién fue sometido ya en el destierro al “Juicio de Residencia”, supuestamente por negociar con las tropas reales, conspirar y poner en riesgo la unidad del Estado y la independencia Patria.

A Ramón Castilla se le pretendió residentar al término de su primer mandato (1851), por exceso en la administración de los caudales públicos; el encargado de la acusación fue Don Francisco Javier Mariátegui entonces Fiscal de la Corte Suprema; el proceso no prosperó.

Otro ensayo se entabló en contra de José Rufino Echenique Benavente y sus ministros; quienes fueron acusados por el descalabro de la economía nacional. Echenique fue el primer interesado desde el exilio, para que se le someta al “Juicio de Residencia”, el proceso constitucional no se cristalizó (noviembre de 1855) por falta de pruebas y de acuerdos políticos en el Senado.

No se puede dejar de resaltar que, bajo la vigencia de la carta de 1856, por primera vez se practicó en nuestra Patria el sufragio directo y universal. Esta norma suprema contó con destacadas virtudes doctrinarias como lo menciona el académico Raúl Chanamé, “Contra todo el idealismo de la Constitución, la carta que propugnaba el cambio zumbido ante el conservadurismo, que le hizo frente desde el pulpito para luego zaherirla en la plaza pública.”<sup>12</sup>

La presión del clero, liderado por el Obispo arequipeño Bartolomé Herrera Vélez y respaldado por el Ejército condujeron a la caída de la carta del 56 y el Congreso que fue convocado para plantear reformas, se arrogó facultades constituyentes y terminó por derogar la Constitución de 1856 y aprueba la norma magna de 1860, la de mayor vigencia (más de 59 años).

---

11 Valle-Riestra Gonzáles Olaechea Javier. La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado. Editorial H. Benites-Rivas. Lima 1987

12 Chanamé Orbe Raúl. Comentarios de la Constitución Política. Editorial Jurista Editores. Lima 2020.

## II. Evolución del Constitucionalismo Peruano: 1860 -1930

La carta del 60 fue producto de concesos, del diálogo entre conservadores y liberales, como lo resumió en una frase Don Jorge Guillermo Leguía “El abrazo del manquiwayo”.

En 1862 se produce la elección del primer Presidente de origen puneño, el General Miguel de San Román y Meza. Instala su período el 24 de octubre de 1862, los vicepresidentes que lo acompañaron fueron los generales Juan Antonio Pezet y Rodríguez Piedra y Pedro Díez -Canseco Corbacho.

Hombre con cualidades y virtudes resaltantes como estratega militar y político prudente y tolerante. Lamentablemente enferma y fallece a los 5 meses de asumir el mando. El Primer Vicepresidente el oficial Pezet, se encontraba de viaje en Europa.

Asumió el mando en marzo de 1863 el Segundo Vicepresidente, General Díez-Canseco (quien luego cumplió dichas tareas en dos oportunidades posteriores como Presidente interino, en el Gobierno de Mariano Ignacio Prado 1865-1868).

El General Díez-Canseco, como buen militar republicano entrega el mando al Primer Vicepresidente el General Pezet en agosto de 1863, quien concluye el período en 1865.

Si hablamos de revoluciones, Arequipa ha sido recinto inigualable de ellas quien las relata con detalle cronológico y con certeza histórica, fue uno de los más preclaros intelectuales liberales, el talentoso Juan Gualberto Valdivia Cornejo, el famoso “Deán Valdivia”.

La tendencia revolucionaria va calando en los rincones patrios del norte y del sur. En el norte el entonces Coronel José Balta Montero la lidera y en el sur su colega Mariano Ignacio Prado Ochoa. La inevitable rivalidad entre los coroneles mencionados y la participación en el desencuentro del Vicepresidente Díez- Canseco; le dio un aire de “Aureola constitucional” al conflicto civil, como bien lo registra Don Enrique Chirinos.

Producida la Revolución, y por ende generada la intranquilidad gubernamental asume provisionalmente la jefatura, el General arequipeño Pedro Díez- Canseco por escasos días.

Manuel Ignacio Prado, conduce en su condición de dictador legal el país a partir de noviembre de 1865, luego se instala uno de los más

notables gabinetes, el llamado “Gabinete de los talentos”, (en alusión al recordado Gabinete inglés). Este cuerpo de ilustres personajes participó con suma destreza al enfrentar a las tropas españolas en el combate del 2 de mayo de 1866, donde el Ministro de Guerra José Gálvez, fue el notable conductor militar que lideró a nuestros bravos marinos al triunfo definitivo que selló nuestra independencia. Acompañaron a Gálvez; los arequipeños: Toribio Pacheco, José Simeón Tejada y José María Quimper y a ellos Manuel Pardo.

Se convoca a otro Congreso Constituyente en febrero de 1867 de tendencia liberal, este texto sin duda es la segunda edición de la carta de 1856.

Rigió entre agosto de 1867 al 6 enero de 1868 (día del aniversario de la Provincia de Islay- Mollendo, en conmemoración al 6 de enero de 1871, en que se inauguró el ferrocarril que unió las ciudades de Arequipa y Mollendo, durante el Gobierno de José Toribio Balta Montero).

La forma de Gobierno está reservada a la tendencia republicana, democrática, fundada en la unidad, como fortaleza de la integridad y la solidez del Estado peruano. (Carta de 1867)

El ejercicio de las funciones públicas se encontraba reservado a los titulares de los órganos constitucionales; esta carta del 67 pretendió consagrar un régimen más acentuadamente parlamentario que presidencial, que la Constitución de 1856.

Fue un texto más radical que la del 56, en el contexto religioso. (Intolerancia religiosa) y profesó la libertad de enseñanza de credo. La vida humana volvía a ser inviolable.

El Gobierno de José Balta se apertura el 2 de agosto de 1868, su gestión contó con tres variables destacables: déficit fiscal, construcción de ferrocarriles y la crisis política (el levantamiento de los hermanos, los coroneles Gutiérrez) como lo anota con precisión Don Enrique Chirinos.

Los militares oriundos de la zona de Majes, Marceliano, Tomás, Silvestre y Marcelino Gutiérrez protagonizaron “el cuartelazo de los Gutiérrez”, quienes pretendieron impedir que Don Manuel Justo Pardo y Lavalle, el primer Presidente civil asumiera funciones en 1872 (fundador del primer partido político el civil, denominación contraria al imperante militarismo de la época).

Los hechos son relatados con certeza por el célebre historiador Jorge Basadre; Tomás Gutiérrez se desempeñaba como Ministro de Guerra del Presidente José Balta, los otros hermanos también oficiales del Ejército ocupaban cargos estratégicos en regimientos de Lima y de Arequipa “el 22 de julio en la Plaza de Armas de Lima, Marceliano Gutiérrez proclama Jefe Supremo de la República a Tomás. El cuartelazo carece de pretexto. Por lo tanto, carece de bandera”.<sup>13</sup>

Los oficiales y hermanos Gutiérrez pretendieron tomar el poder político por la fuerza y arrestan al Presidente Balta y lo conducen al cuartel de San Francisco, donde es asesinado salvajemente en su lecho (la noche del 26 julio de 1872 por orden de Marceliano, custodio del mandatario).

La población civil no tolera ni admite el levantamiento militar de los Gutiérrez y los aprende, la turba los enfrenta por el horror de los crímenes cometidos y la muerte sin piedad del mandatario Balta Montero.

La ciudadanía actuó con alta responsabilidad cívica e hizo respetar la voluntad democrática de la elección de Don Manuel Pardo. Ejercieron con valentía sus libertades políticas y no cedieron a la presión mediática del poder militar.

Los hermanos Gutiérrez terminaron acribillados por la población civil, que los ejecutó y sus cadáveres fueron colgados en las torres de la Catedral de Lima (los cuerpos de Tomás y Silvestre) y el cadáver de Marceliano apareció en el Callao. El único que no es asesinado es Marcelino, quien es resguardado por sus colegas militares; la colectividad civil garantizó su derecho de insurgencia en defensa de orden constitucional.

El Presidente electo Pardo y Lavalle, recibe la banda presidencial de Presidente del Senado Don José Simeón Tejeda (02 de agosto del 1872), a la muerte del Presidente José Balta asumió provisionalmente la jefatura del Estado, el Primer Vicepresidente Don Mariano Herencia, con el pleno respaldo político del otro Vicepresidente el General Francisco Díez- Canseco (hechos sucedidos entre el 26 de julio al 2 de agosto de 1872).

El Congreso chileno declara la Guerra al Perú el 2 de abril de 1879; el 18 de diciembre los diarios limeños anuncian la deserción nada elegante del entonces mandatario Mariano Ignacio Prado, informan que el General Luis de la Puerta está a cargo de Palacio.

---

13 Chirinos Enrique. Ob.Cit Pág. 231

El Decano de la prensa nacional publica “El viaje del General Prado, no significa otra cosa que una vergonzosa deserción. Si no ha perdido el juicio, Prado es un monstruo de perfidia, de egoísmo y de degradación”<sup>14</sup>

Para otros ilustres y acuciosos investigadores de nuestro pasado, como Don Enrique Chirinos, el señor Prado contó con la autorización del Senado para viajar a París y el Gabinete respaldó esa decisión a excepción del Ministro mistiano José María Quimper; el Jefe del Estado no llevó joyas ni alhajas al extranjero; como sí lo afirma categóricamente otro evaluador de nuestros archivos políticos, Don Víctor Andrés García en el libro “El Expediente Prado”, quien a través de una investigación documentada y debidamente sustentada, considera que Prado se enriqueció ilícitamente y huyó de sus responsabilidades constitucionales conferidas por la Nación.

El veterano General Luis La Puerta Mendoza, se encarga de la presidencia; empero la protesta popular es incontenible y lo aparta del poder.

El califa arequipeño se abre paso ante la ausencia de Prado y el 23 de diciembre asume con el título de Jefe Supremo de la República, Don Nicolás de Piérola Villena.

La Guerra con Chile, nos destrozó no solo militarmente sino políticamente y sin duda en el orden económico, social y moral; duró de 1879 a 1884.

Piérola gobierna hasta 1881, Lima es tomada por tropas chilenas y tiene que marchar a Canta, los vecinos capitalinos reunidos eligen como Presidente al jurista arequipeño Francisco García-Calderón Martínez-Landa, quien asume con hidalguía la defensa y dignidad de la Patria y su territorio y se rehúsa a firmar el tratado de paz con Chile, a cambio de ceder las ciudades de: Tacna, Tarapacá, Arica y otras.

Entre tanto Piérola ejerce cierta autoridad al interior del país, la cual adquiere respaldo por parte del Almirante Don Lizardo Montero en el Norte, de Don Alejandro del Solar en el sur y en el centro del entonces Coronel Andrés Avelino Cáceres Dorregaray.

En el período penoso y fatídico de la Guerra del Pacífico, se alternaron en la jefatura del Estado una serie de personajes de formación castrense

---

14 Santillana Cantela Tomás. Historia de una Traición Impune Mid Sac. Lima 2011

y civil entre quienes encontramos a: Prado, La Puerta, Piérola, García-Calderón, Montero, Cáceres e Iglesias.

Para los chilenos les era incomodo la presencia de García- Calderón, debido a que no firmaría el acuerdo de paz con cesión de territorio y aún más el jurista venía recibiendo el respaldo de aquellas zonas no ocupadas por el Ejército sureño. Producto de la presión política interna (seguidores de Piérola) y de los invasores; el Presidente provisional García -Calderón, fue apresado y desaterrado en noviembre de 1881 junto a su Ministro Manuel Gálvez.

El ascendido Coronel Andrés Avelino Cáceres (luego a Mariscal), producto de la campaña de la Breña y de las batallas de: Tarapacá, del Alto de la Alianza, San Juan de Miraflores y Pisagua con las tropas chilenas; se convirtió sin duda en el protagonista político de la época y asume la presidencia de la República en agosto de 1882.

El General Miguel Iglesias Pino, quien se enfrentó al “Brujo de los Andes”; empero condujeron batallas efectivas (Cáceres e Iglesias) para mermar el poderío bélico chileno, fue un militar embestido de patriotismo e identidad cívica que cauteló con valor el “Morro Solar”.

No cabe duda que las contiendas internas entre Cáceres e Iglesias, en plena Guerra con Chile (noviembre de 1884) nos afectaron significativamente y desestabilizaron aún más a la precaria gobernabilidad. Empero ambos oficiales aportaron con sus hombres, sus tropas, sus fusiles y sus destrezas para derrotar en su momento al regimiento invasor.

Entre los primeros partidos políticos que surgieron durante y después de la cruel Guerra con el país sureño, encontramos al civil, cuyo ideólogo y líder fundador fue Manuel Justo Pardo y Lavalle, que llegó a Palacio en agosto de 1872 y cuyos ideales reposaron en el respeto de la ley, la búsqueda del orden, la paz social, el progreso y la estabilidad económica; esta colectividad política no toleró el desorden militar y la anarquía política; introducida por los caudillos castrenses, su ideario fue relanzar la “Utopía republicana”, como lo anota Doña Carmen Mc Evoy, soñaron con la construcción de una colectividad nacional de patriotas con ideales inspirados en la Nación, en el Estado y no en las personas.

En 1888, Don Nicolás de Piérola Villena nacido en Camaná, redacta la declaración de principios del segundo partido político peruano “El Demócrata”.

La colectividad política lo comienza a llamar “El Califa”, en alusión a su mágico personaje, de perfil de costumbres orientales y religiosas y con dones proféticos y con el manejo versátil del lenguaje criollo.

Posterior a los movimientos mencionados; se constituyen el partido constitucional cuyo mentor fue el Mariscal Andrés Avelino Cáceres Dorregaray y el partido liberal inspirado y liderado por Augusto Durand (este partido no llegó al Palacio de Pizarro).

Los montoneros se organizaron y promueven la coalición nacional que converge a los adversarios de ayer (civilistas y demócratas) y arriban a un pacto relevante y aplaudible; se reconcilian y acuerdan respaldar la candidatura de Piérola; caudillo natural e innegable, que se enfrenta a la candidatura del Mariscal Cáceres, a quien lo derrota en las ánforas.

Antes de este episodio electoral en abril de 1890, fallece el Presidente Remigio Morales Bermúdez, debió ser remplazado por su Primer Vicepresidente Don Alejandro del Solar, empero los seguidores del cacerismo se encargaron que el Segundo Vicepresidente Justiniano Borgoño Castañeda, asuma las riendas presidenciales e impidieron que el señor del Solar, conduzca la jefatura del Gobierno.

El Presidente de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX fue el ciudadano Eduardo López de Romaña Alvizuri (1899-1903) de las filas demócratas, que recibió el respaldo político de los civiles; hubo otros dos pre-candidatos, los diligentes líderes Don Guillermo Billingham (ex-Alcalde de Lima) y Manuel Pablo Olaechea (quien fue Presidente del Senado).

Un episodio que registró nuestro legajo político aparece en 1904, cuando el connotado civilista Manuel Cándamo Iriarte; Presidente en ejercicio fallece. El Primer Vicepresidente Lino Alarco muere antes, permanece en funciones el otro Vicepresidente el profesor y abogado cusqueño Serapio Calderón Chirinos, quien, conforme al mandato constitucional de la carta del 1860, convoca a elecciones y estas fueron logradas por el hijo del fundador del partido civil, Don José Simón Pardo y Barreda (1904-1908).



Era febrero de 1914 Don Guillermo Enrique Billinghurst Angulo, es vacado del cargo de la presidencia de la República por pretender disolver el Parlamento y gobernar a través de plebiscitos.

Diputados y Senadores redactaron el famoso manifiesto que se constituyó en una herramienta eficaz que se adelantó a las intenciones nada democráticas, sanas, saludables y transparentes de Billinghurst, de quebrar el orden constitucional y por ello el Congreso lo vacó por incapacidad moral. Lo destituyó el Parlamento que lo ungió en 1912, con el respaldo del partido demócrata (pierolista) y el movimiento liberal.

“Queda vacado a la presidencia de la República porque Don Guillermo Billinghurst, está absolutamente incapacitado para continuar ejerciendo el mando que le confirió el Congreso en 1912, del cual cesa en este momento”<sup>15</sup>

El Congreso acordó encargar la jefatura del Estado a una Junta de representantes liderada por el Diputado liberal Augusto Durand, posterior a esta decisión el Ejército aliado a un sector del Parlamento embistió como Presidente provisional al entonces Coronel Oscar Raymundo Benavides Larrea, que gobernó con un equipo de ciudadanos con pericia política como: José Matías Manzanilla, Arturo Osoreo, Benjamín Boza y otros.

En 1919 se convocaron a elecciones presidenciales y es elegido por segunda vez como Presidente el ciudadano chichlayano Augusto Bernardino Leguía y Salcedo, que derrotó al candidato civilista Antero Aspíllaga (partido político que lo llevó a palacio de gobierno entre 1908 a 1912).

“Leguía electo para un período de cuatro años (artículo 85° de la Constitución de 1860) se adelantó al acto de juramentación y con el respaldo de un sector del Ejército insurgió en Palacio de Gobierno el 4 de julio de 1919 y expulsó al Presidente en funciones Don José Pardo. Se produjo un golpe de Estado del Presidente electo al Presidente constitucional en funciones. Con este acto se expidió la partida de defunción de la República aristocrática (1895-1919) así denominada por Jorge Basadre<sup>16</sup>.

Instalado en Palacio el señor Leguía, 24 días antes de la fecha programada y establecida para la transmisión del mando presidencial (28 de julio). Anunció la convocatoria de un Plebiscito para aprobar una nueva

---

15 Planas Silva Pedro. Democracia y Tradición Constitucional en el Perú. Editorial San Marcos. Lima 1998.

16 Cáceres Jorge Luis Ob. Cit Pág. 128



Constitución, debatida por la asamblea constituyente, donde participaron con acierto Javier Prado Ugarteche (luego Rector de la Universidad de San Marcos), Mariano Hilario Cornejo, Enrique Basadre, Alfonso Delgado Vivanco, Pedro José Rada y Gamio entre otros.

Leguía perpetuó el golpe de orden civil, no solo para asegurar su elección; sino para sacudirse de los Diputados civilistas que le generaron impases políticos en su primer mandato (1908-1912) y sin duda tener lejos del poder y de Lima al líder del civilismo José Pardo y Barreda (dos veces Presidente de la Nación. 1904-1908 y 1915-1919).

El régimen que duró 11 años y que se denominó “Patria Nueva” (nombre del movimiento político con el que triunfó Leguía para este segundo periodo; ya que en su primer Gobierno fue respaldado por el partido civil); efectuó una serie de actos contrarios al orden constitucional que obligó a Víctor Andrés Belaunde Diez - Canseco a renunciar a la Embajada en Montevideo y a Riva Agüero a publicar un solitario manifiesto que exigía el sumo e indiscutible respeto al sistema constitucional que fue quebrado por el señor Leguía el 4 de julio de 1919. Asume funciones de Presidente provisional y convoca a elecciones parlamentarias, interviene la Corte Suprema y otros órganos autónomos.

Los 19 planteamientos de reforma que fueron sometidos a opinión de la ciudadanía se aprobaron (25 de agosto) destacando los denominados derechos sociales y laborales recogidos del constitucionalismo mexicano, la ampliación del período presidencial a cinco años, el voto femenino en las elecciones municipales (que no se efectivizó) y el retorno a la institución del Consejo de Estado.

La carta de 1920, fue aprobada por la colectividad vía plebiscito y promulgada en enero de 1920; la silueta del texto encerró caracteres de orden: liberal, futurista y legalista. Los derechos fundamentales solo estuvieron enumerados, empero no reconocidos ni menos garantizados.

Los alcances de este texto lamentablemente no llegaron a concretarse por el excesivo personalismo del señor Leguía, la imperante corrupción y la mediocridad política que imperó en el llamado oncenio de los desaciertos; que se dedicó a perseguir a jóvenes universitarios entre ellos a Haya de la Torre (Presidente de la Federación estudiantil).

El señor Leguía terminó gobernando hasta agosto de 1930, gracias a dos reformas constitucionales que le permitieron reelegirse (Ley N°4687 de 1923 y Ley N°5857 de 1927).

Era inevitable la caída del régimen del oncenio. La guarnición de Arequipa se levanta el 22 de agosto de 1930, a órdenes del entonces Comandante Luis Miguel Sánchez Cerro; la población civil y el estudiantado universitario respalda al movimiento cívico.

Se redacta un elocuente y sesudo “Manifiesto de Arequipa”, cuya mentoría correspondió al entonces diligente José Luis Bustamante y Rivero que en resumen expresó la voluntad espontánea, motivada y genuina de un Pueblo que ya no toleraba más actos de corrupción y de abusos del tirano ocupante de la casa de Pizarro.

Leguía pretende poner paños fríos al levantamiento militar y a las protestas civiles y organiza un nuevo Gabinete liderado por el General Fernando Sarmiento y Soriano, la decisión no recibe el respaldo de los altos mandos militares y se constituye una nueva Junta Militar liderada por otro General Don Manuel María Ponce Brousett, esta Junta invita a Sánchez Cerro a incorporarse como Ministro de Guerra, este rechaza la propuesta y desconoce la Junta.

Augusto Leguía el 25 de agosto acepta su derrota política y declina al mando, ante la Junta que preside el oficial Manuel M. Ponce (quién ocupó hasta 1944 el cargo de Presidente del Consejo de Oficiales Generales, año que pasó al retiro).

Ante la dimisión, la presión militar y el pleno rechazo social sale de Palacio de Pizarro, acompañado de sus hijos Juan y Augusto, sus edecanes, el jefe de la casa militar y el chofer asignado. Se embarca en el crucero “Almirante Grau”, el capitán del mismo recibe órdenes de retornar al puerto del Callao. Leguía desembarca y lo conducen a la penitenciaría de Lima, donde es recluido y fallece el 06 de febrero de 1932 (muere en el Hospital Naval de Bellavista a los 69 años y pesaba apenas 38 kilos) en compañía de su hijo Juan; luego que fue sometido a un riguroso proceso inquisitorio ante un tribunal político, integrado por sus adversarios y digitado por Sánchez Cerro. Debió ser juzgado por los actos lesivos y corruptos cometidos durante su largo mandato de dos reelecciones; empero respetándose el debido proceso y sus sagrados derechos constitucionales.

### III. Crisis Política y Constitucional: 1930-1980

Luego de la caída de Leguía la sucesión presidencial es caótica y de anarquía.

Don Enrique Chirinos, nos alcanza el detalle cronológico del caso: después de la dimisión de Leguía, asume transitoriamente el General arequipeño Manuel María Ponce (25 de agosto de 1930). El comandante Sánchez Cerro sucede al General Ponce el 27 de agosto.

El 20 de febrero de 1931, Sánchez Cerro debe renunciar ante la presión militar de la guarnición de Arequipa. Se convoca a una asamblea de notables. El comandante en Palacio entrega simbólicamente las insignias del mando (así lo comenta Don Jorge Basadre) al Obispo de Arequipa y recientemente designado administrador apostólico de la Arquidiócesis de Lima Monseñor Mariano Holguín (quien remplazó al Obispo Emilio Lissón, que fue retirado del cargo por presión del Gobierno provisional en setiembre de 1930).

El Obispo Holguín, hace entrega después de horas las insignias de mando al Doctor Ricardo Leoncio Elías Arias, Presidente de la Corte Suprema, por disposición de la Asamblea.

El 5 de marzo de 1931 el Comandante Gustavo Jiménez Saldías (enemigo declarado del Leguismo), se presenta en la casa de Pizarro y le exige la renuncia al magistrado Elías; el letrado hace entrega formal del poder político al militar.

El Oficial Jiménez queda encargado de las funciones del Ejecutivo hasta el 11 de marzo de 1931. El indicado día asume el ex pierolista David Samanez Ocampo y Sobrino, las riendas del Gobierno nacional y lo incorpora como Ministro de Guerra a Gustavo Adolfo Jiménez.

La Junta liderada por el apurimeño Samanez, convoca a una comisión integrada por los colosos del derecho para redactar el ante proyecto de la carta de 1931, presidida por Manuel Vicente Villarán y con él Víctor Andrés Belaunde, Emilio Romero, José León Barandiarán, Jorge Basadre, Toribio Alayza, Ricardo Palma y otros connotados juristas e intelectuales.

En octubre de 1931, se convoca a elecciones presidenciales y es elegido el candidato Luis Miguel Sánchez Cerro de 42 años, del partido "Unión Revolucionaria -UR", cuyo ideólogo era el abogado Luis Flores (luego candidato a la presidencia en 1936, Ministro y Senador). El Comandante

gana en la contienda al joven líder trujillano Víctor Raúl Haya de la Torre de 36 años del partido aprista.

Se presentaron 4 candidatos a la primera magistratura de la Nación: Luis Sánchez Cerro (UR) Haya de la Torre (Apra), José María de la Jara (Partido Descentralista) y Arturo Osoreo (Partido

Constitucionalista- Cacerista). La diferencia de votos entre ganador y el segundo lugar fue de 46, 000 votos (según información del ente electoral).

El Presidente del Parlamento Luis Antonio Eguiguren Escobedo, le impuso la banda presidencial al General Sánchez Cerro recientemente ascendido (los 22 representantes apristas no concurren a la juramentación entre ellos: Luis Alberto Sánchez, Carlos Manuel Cox, Antenor Orrego, Alcides Spelucín y otros).

El Gobierno de Sánchez Cerro comete una serie de excesos, ante ello se presentan protestas sindicales y estudiantiles que son reprimidas con dureza por las fuerzas del orden. Los Diputados opositores fueron apresados (entre ellos Pedro Muñiz). Se dictó la ley de emergencia, que restringía libertades y una serie de garantías constitucionales.

Se produjo la imperdonable Revolución de Trujillo en julio de 1932, con el derramamiento de sangre injustificada con víctimas tanto de la población civil y de las fuerzas policiales y militares, lo que pudo generar una Guerra Civil en el país.

El 30 de abril de 1933, es asesinado el Presidente Luis Sánchez Cerro, por el joven Abelardo Mendoza Leyva, ante la muerte del Presidente, le corresponde al Congreso elegir al sucesor (artículo 123 de la carta del 33).

El Parlamento decidió elegir inconstitucionalmente la General Oscar Raymundo Benavides Larrea, quien ocupada el cargo del Jefe del Ejército. La Constitución establecía que ningún oficial en servicio activo podía ocupar un cargo político.

El numeral 137 de la carta mencionada normó "Son inelegibles Presidentes de la República... los miembros de la Fuerzas Armadas que se hallen en servicio."<sup>17</sup>

---

17 Las Constituciones del Perú. Ob. Cit. página 521

El General Benavides gobernó entre abril de 1933 a julio de 1939; debió completar el período del fallecido mandatario Sánchez Cerro (1931-1936), empero desconoció los resultados electorales de 1936 que dieron como triunfador al abogado Luis Antonio Eguiguren (con el respaldo del órgano electoral) y prorrogó en forma ilegal su período presidencial hasta 1939, siendo sucedido por Manuel Prado Ugarteche (hijo de Mariano Ignacio Prado). El Mariscal Benavides, gobernó con poderes absolutos, el Parlamento claudicó en su rol controlador y avaló el cierre del Congreso y se restringieron las libertades constitucionales; es decir fue una dictadura legal.

La forma de Gobierno preceptuada en la norma constitucional del 33, era recogida de la carta del 20, al hacer referencia que somos una República; es decir un Estado con pasado, con historia, con identidad, con personalidad, con dignidad y con profundos valores culturales y éticos.

Se reconoce a la democracia como herramienta fundante de las decisiones concebidas con tolerancia y en el pleno ejercicio de libertades y voluntades plurales; e incluye como indicador a la representatividad que expresa legitimidad y proporcionalidad frente a: mayorías de minorías, a minorías de mayorías, a mayorías de mayorías y a minorías de minorías. (Composición de grupos parlamentarios o de bancadas).

No podía estar ausente un tercer indicador que se encuentra inserto en el devenir del legajo de nuestra República, la unidad como instrumento de alianza, de unión de fusión territorial y de integración política, social, económica y cultural de la Nación mestiza.

Bajo la vigencia de la carta de 1933, los periodos presidenciales que no fueron interrumpidos por golpes militares son: el primer Gobierno de Manuel Prado (1939-1945) y el "seudo" régimen constitucional de Manuel Odría (1950-1956), digo "seudo", ya que el señor Odría fue candidato único; el otro postulante presidencial Ernesto Montagne, fue apartado de la contienda electoral y se dispuso su arresto por el levantamiento popular de Arequipa liderado por el tribuno y último caudillo legítimo Francisco Mostajo Miranda; el General Montagne no estuvo involucrado en la llamada Revolución de junio del 50, iniciada por estudiantes del Colegio de la Independencia Americana, en contra de los abusos de su Director Don Juan Zela Koor y del Prefecto el Coronel EP Daniel Meza Cuadra.

Otro episodio nefasto que enfrentó el General Odría, fue el asilo político de Haya de la Torre (quién permaneció por más de 5 años en la

residencia del Embajador de Colombia en Lima) perseguido por la dictadura, por sus ideas políticas.

Se constituye el Frente Democrático Nacional (1944), respaldado por el partido aprista, por sectores conservadores, por el Mariscal Benavides, por líderes arequipeños de la talla del Alcalde mistiano Julio Ernesto Portugal y del ex constituyente Manuel J. Bustamante; quienes respaldan la candidatura del jurista José Luis Bustamante y Rivero, quien cumplió funciones de Embajador en Bolivia y de Ministro en el régimen de Sánchez Cerro.

Bustamante con el respaldo popular derrota en las ánforas al Mariscal Eloy Ureta (vencedor de la campaña del 41) quien contó con el beneplácito político del Presidente Manuel Prado.

El 28 de julio de 1945, jura el arequipeño Bustamante ante el Presidente del Senado José Gálvez y la Cámara de Diputados era ocupada por el líder aprista, Fernando León de Vivero (representante por Ica).

Bustamante y Rivero, hombre de profundos valores cristianos, tribuno y jurista; no se adaptó a las circunstancias políticas, no hubo un eficaz diálogo entre el Presidente y la bancada aprista que era mayoría en el Parlamento, no existía el adecuado enlace con los sindicatos, ni con los universitarios, ni menos el contacto con los pueblos y las municipalidades de la Patria. Don Manuel Seoane dijo de él "Nosotros creíamos haber elegido al capitán del equipo. Bustamante creyó que habíamos elegido al árbitro del juego"<sup>18</sup>.

El General de Brigada Manuel Apolinario Odría Amoretti, se desempeñó como Ministro de Gobierno (hoy del Interior), en el régimen de José Luis Bustamante, renunció en junio de 1948 al Gabinete. De ahí inicio las conspiraciones para derrocar al Gobierno constitucional, para ello contó con el pleno respaldo del Ejército y de la coalición anti-aprista formada por el influyente empresario liberal y líder político Pedro Beltrán Espantoso (propietario del diario La Prensa) y del ex militante comunista y luego convertido en un socialista dudoso, Eudocio Ravines.

Para Pedro Beltrán hombre inteligente, audaz y con olfato político; el Presidente Bustamante era dubitativo, carecía de intuición política, no se conectó con el Parlamento y con las clases sociales y marginales.

---

18 En Prieto Celi Federico. *Así se Hizo el Perú. Crónica Política de 1939 a 2018*. Editorial Pengüin Randon House. Lima-2019.

La inflación era incontrolable, el desempleo, las protestas sindicales y estudiantiles, el descontento de los agroexportadores y de la clase media era imparable. Un Congreso opuesto a las decisiones del Ejecutivo; la escena política nacional no era homogénea ni estable; todo era propicio para otro golpe de Estado o quiebre a la democracia adolescente.

El 27 de octubre del 1948, el General Manuel Odría, lidera el quebrantamiento al sistema constitucional, la guarnición de Arequipa se levanta y recibe el respaldo cástrense de la brigada acantonada en Lima, bajo las órdenes del General Zenón Noriega.

El Presidente Bustamante no renuncia, es embarcado rumbo a Buenos Aires, concluye la primavera democrática, el Perú retorna a su habitualidad es decir a su normalidad, a su época de dictadura, como algún día lo mencionó con suma nostalgia el poeta Martín Adán.

El dictador gobernó atropellando derechos y libertades persiguiendo a peruanos por sus ideas, a unos privándolos de sus libertades por su manera distinta de pensar a él, a otros deportándolos e inclusive atentando contra su integridad física como fue el caso del asesinato del líder sindical Luis Negreiros Vega (padre del posterior Presidente de la Cámara de Diputados y Candidato a la Vice Presidencia nacional don Luis Negreiros Criado).

El período presidencial según la carta del 33, era de seis años, se convocó a elecciones en 1962, para suceder en el mandato a Manuel Prado (segundo Gobierno 1956-1962).

Para este proceso electoral del 10 de junio de 1962 se presentaron personas de la política peruana con arraigo ideológico y social y con cualidades innatas de líderes dotados de idoneidad como; Haya de la Torre, Fernando Belaunde, Héctor Cornejo Chávez, Alberto Ruíz Eldredge y Luciano Castillo y a ellos se sumaron Manuel Odría y el General César Pando.

Desde la perspectiva del arrastre popular eran tres los personajes con mayores opciones: Haya de la Torre, Belaunde Terry y Odría Amoretti.

Se produce el resultado de la voluntad ciudadana y el ganador es Haya de la Torre, seguido de cerca por el Arquitecto Belaunde Terry de Acción Popular.

Haya de la Torre no obtuvo la mayoría absoluta, requería de la votación del Congreso y para ello las fuerzas parlamentarias debían trazar alianzas



(tercio constitucional del total de votos no alcanzados para que el Jurado Nacional de Elecciones proclame al ganador).

El país terminó dividido en tres tercios; el tradicional tercio aprista, el tercio populista y el tercio conservador. La diferencia fue de 14,357 votos entre Haya de la Torre y Belaunde. (Fuente: Jurado Nacional de Elecciones).

El resultado estaba tachado por la cúpula de las Fuerzas Armadas, no aceptarían como Presidente del país a Haya de la Torre (no se olvidaban de la profunda herida marcada el 7 de julio de 1932, con la Revolución de Trujillo, generada a la institución cástrense).

Exigían al Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Dr. José Enrique Bustamante; que este órgano constitucional decrete la anulación del proceso electoral por una manifiesta voluntad de fraude, a lo que luego acceden producto de la presión mediática.

Antes de ello el Jefe de Estado Manuel Prado, cita a Palacio al candidato Haya de la Torre y le trasmite el recado abusivo, arbitrario e intolerante del Ejército y de los ministros de las Fuerzas Armadas; que no permitirían que se embista de la banda presidencial (ello sucedió el 2 de julio de 1962).

El 4 de julio el líder trujillano pronunció uno de sus más calificados mensajes al pueblo "Del Veto", con ese discurso aceptó un veredicto irracional; empero lo admitió por la gobernabilidad; el hombre demostró su estatura intelectual con ética y de un político con plenas cualidades morales.

El 18 de julio, el "Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas", decide derrocar al régimen constitucional de Manuel Prado (con la anuencia sumisa de los candidatos: Belaunde, Castillo y Pando).

Asume el destino del país una Junta Militar integrada por los generales: Ricardo Pérez Godoy, Nicolás Lindley López, Pedro Vargas Prada y Juan Torres Matos, quienes gobiernan entre el 18 de julio del 62 al 28 de julio del 63, en que entregan las riendas del poder al líder de Acción Popular, Fernando Belaunde.

El primer período de Fernando Belaunde comienza con inconvenientes de cálculo político, no contaba con mayoría en las ramas legislativas, ambas cámaras eran controladas por el Apra y por la Unión Nacional Odriista.



En forma constante los gabinetes recibieron el rechazo a las políticas sectoriales formuladas y contaron con los conocidos votos de censura y en otros casos los ministros fueron interpelados.

Los gabinetes presididos por Oscar Trelles Montes, Fernando Schwalb López Aldana, Edgardo Seoane Corrales (Primer Vicepresidente) Daniel Becerra Ocampo, Raúl Ferrero Rebagliati, Oswaldo Herculles (quien dimite por el escándalo de la famosa página 11) y Miguel Mujica Gallo, quien jura el 2 de octubre de 1968 (último Gabinete) fueron censurados constantemente.

Denuncias vinculadas a la sobrevaloración de obras, contrabando de mercancías para los bazares militares, donde se comprometía la participación de altos oficiales de la Marina de Guerra, el escándalo de la firma del contrato de la “Brea y Pariñas”, el denominado grupo de asesores y amigos “Los Carlistas” (Carlos: Ferrero, Velarde y Muñoz). Que eran reconocidos empresarios que perseguían sus intereses particulares y no de servir al Estado (véase: Historia de la Corrupción en el Perú. De Alfonso W. Quiroz. Instituto de Estudios Peruanos. Segunda Edición. Lima 2016).

El Gobierno del Arquitecto Belaunde rigió 60 meses, concluyó abruptamente la madrugada del 3 de octubre del 68, cuando un grupo de oficiales del Ejército al mando de los Coroneles Enrique Gallegos (luego Ministro de Agricultura) y Rafael Hoyos Rubio (luego Comandante General del Ejército) irrumpieron en Palacio. La sede del Ejecutivo se encontraba cercada por oficiales “rengers”, efectivos de la PIP, de la Guardia Civil y tanques de las fuerzas militares.

El Jefe de Estado, es arrestado. “Está usted detenido por orden del comando revolucionario”<sup>19</sup>. El Presidente Belaunde... “Identifíquese miserable, está usted hablando con el Presidente Constitucional de la República”<sup>20</sup>... “Soy el Coronel Enrique Gallegos...tengo orden de detenerlo”.<sup>21</sup>

El Presidente Belaunde es conducido al aeropuerto y deportado a Buenos Aires, en un avión APSA, en el espigón del terminal aéreo se encontraba Don Rafael Belaunde Díez - Canseco, padre del Arquitecto y otrora ex Primer Ministro del régimen de Bustamante y Rivero;

---

19 Baella Tuesta Alfonso. El Poder Invisible. Editorial Andina. Lima 1976

20 Baella Alfonso Ob. Cit. pág. 34

21 Baella Alfonso Ob. Cit. pág. 34

quien, en octubre del 1948, fue expulsado a la capital argentina por el golpista Odría.

El entonces Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, General Juan Velasco Alvarado (quien participó en la noche del 2 de octubre de 1968, en el acto de juramentación del último Gabinete presidido por Mujica Gallo), es el líder la Junta Revolucionaria e impulsor del Plan Inca y de su Estatuto.

El General piurano comanda en su primera etapa el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (3 de octubre de 1968 al 28 de agosto de 1975), la segunda etapa la lideró el General Francisco Morales Bermúdez Cerruti (29 de agosto de 1975 al 28 de julio de 1980) y aplicó el Plan Túpac Amaru; que remplazó al Plan Inca y que sepultó al SINAMOS y liquidó a la poderosa Confederación Nacional Agraria y a otras instancias velasquistas.

Producto de los reclamos sindicales del sector magisterial, de los empleados bancarios, de los jóvenes universitarios y de una huelga policial sin precedentes, el Gobierno militar emite el decreto de convocatoria de elecciones para la Asamblea Constituyente (Ley N° 21994 del 15 de noviembre de 1977) y se establecen seis reglas para el indicado proceso, donde son elegidos 100 constituyentes e intervinieron 12 agrupaciones políticas.

Acción Popular mediante su personero legal (Fernando Schwald López Aldana), planteó que no participarían en los comicios y consideraron que, a la carta del 33, debían efectuarle reformas constitucionales y que no justificaba convocar a un nuevo Congreso Constituyente.

#### **IV. Etapa de Consolidación Constitucional: 1980-2022**

La carta de 1979 fue un texto digno de titularse “Constitución del Estado”, por reunir las condiciones en su contenido: axiológico, ideológico, social, histórico y jurídico.

Fue producto de un gran pacto político, del consenso social y generó aportes relevantes actuantes y contemporáneos. Cumplió con certeza su rol garantizador del orden constitucional.

Nuestra vida republicana ha contado con 12 cartas políticas, unas han obedecido a interés subalternos y subjetivos para satisfacer apetitos y ambiciones personales y vanidades humanas; caudillos militares y

civiles estamparon sus firmas al promulgarlas; hemos tenido textos con alcances constitucionales que se han quedado en la historia y otros han trascendido con la historia; considero que merecen llevar la nominación de “Constitución del Estado peruano”, las leyes de: 1823, 1828, 1856 y 1979.

El texto del 79 trajo consigo instituciones valores y principios que lo ubicaron en el altar del constitucionalismo peruano.

Al iniciar su lectura nos encontramos con un señor Preámbulo, estando a nuestra tradición constitucional sin precedentes. Otras se iniciaron con breves introductorias como la primera carta de 1823 u otras sin introducción como fue la norma fundamental del 33.

El Preámbulo de la carta de 79, ha contenido el trasfondo ideológico de los mentores de la misma y en él se encuentran los caracteres que configuran los parámetros de interpretación de esta trascendente, bien denominada Constitución Política.

El maestro Carlos Fernández Sessarego dijo: “tratándose de la Constitución, el Preámbulo adquiere una especial importancia pues contiene el pensamiento rector... que ha inspirado a la redacción de las normas”<sup>22</sup>

El único verdadero Preámbulo que registra nuestra historia constitucional es el que se encuentra bien estructurado y mejor motivado en la transversal norma suprema del 79.

La Constitución de 1979, innovó en comparación de los diez restantes textos, el otorgarle la primacía a la persona humana; como fin supremo de la sociedad y el Estado y la obligación como valor social de respetarla y protegerla.

Esta Carta es la que distingue doctrinariamente entre derechos fundamentales y constitucionales, como bien los desarrolló el jurista hispano Francisco Fernández Segado.

Recoge de la legislación alemana dos derechos fundantes: dignidad e identidad y les da su lugar y los ubica donde les corresponde; como derechos fundamentales de primera generación.

Las herramientas garantizadoras de libertades y derechos como el Hábeas Corpus y el Amparo no están ausentes. La primera adquirió rango

---

22 Fernández Sessarego Carlos. En: Gaceta Constitucional N°89. El Preámbulo de la Constitución. Su significado y alcances. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2019

constitucional en el texto de 1920, empero solo fue enumerada pero no garantizada; el Amparo recogido del sistema mexicano (Constitución de Yucatán de 1841) adquirió status constitucional como también los procesos de: Acción Popular y de Inconstitucionalidad (traídos de los ordenamientos: francés y español respectivamente).

En el ámbito de género se reconoció y garantizó a las damas la totalidad de todos sus derechos de carácter político y civil. A las personas jurídicas se les permitió gozar de derechos fundamentales.

Se estableció la plena protección: a la familia, al niño, a la madre y a los bienes conyugales. No se admitió discriminación alguna a los hijos extramatrimoniales.

A la educación se le dotó de un considerable porcentaje del presupuesto del Estado (No menos del 20%) y la erradicación del analfabetismo como tarea rectora del Estado.

En el contenido orgánico se incorporó al Tribunal de Garantías Constitucionales (recogido de sistema español), al Ministerio Público y al Consejo Nacional de la Magistratura (instituciones con tradición en el ordenamiento francés).

A los partidos políticos y a los colegios profesionales se les reservó su sitio en la estructura constitucional.

La forma de Estado apareció descrita producto del desarrollo constitucional. La fórmula histórica: República, democrática, social, independiente y soberana; cuya fortaleza es el trabajo de sus hombres.

Su Gobierno representativo (mayorías y minorías) descentralizado (anhelo inalcanzable) y unitario (su mejor aliado histórico, que nos ha permitido subsistir dos centurias).

La carta de 93, fue uno de los efectos políticos del auto golpe del 92, el entonces Presidente constitucional dispuso la inmediata disolución del Congreso Bicameral e intervino de forma inconstitucional el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, los Gobiernos Regionales entre otros órganos autónomos, encontró pleno respaldo en las Fuerzas Armadas en especial en el Ejército que fue su aliado político- electoral.

Producto de la presión internacional (OEA) el mandatario de facto Alberto Fujimori, convocó a elecciones para que 80 ciudadanos fueran seleccionados para cumplir dos funciones como: legisladores constituyentes y ordinarios.

El debate constituyente se efectuó entre noviembre de 1992 y agosto de 1993, la Comisión central de Constitución fue presidida por el letrado Carlos Torres y Torres Lara y como Vicepresidente contó con el aporte innegable de Enrique Chirinos Soto.

El texto fue sometido a consulta: (referéndum del 31 de octubre de 1993) como dato histórico dos cartas fueron plebiscitadas las de: 1920 y 1993.

Este documento como así lo denomina el calificado constitucionalista Alberto Bórea Odría, fue promulgado el 29 de diciembre de 1993 por Alberto Fujimori Fujimori.

“Si la Constitución de 1993 fue un instrumento de entrada de un régimen autoritario, la Constitución de 1979 fue un mecanismo de salida, de despedida de otro Gobierno vertical”<sup>23</sup>

Producto de la norma del 93, el señor Fujimori fue re-electo en abril de 1995, ganó al destacado diplomático y ex Secretario General de las Naciones Unidas Dr. Javier Pérez de Cuellar de la Guerra, el numeral 112 así lo permitía, una re-elección y no dos, como pretendieron aplicar en el proceso electoral del 2000, con resultados funestos para la democracia peruana.

La carta del 93 en su artículo 43, hace referencia a la forma de Gobierno, esta fórmula se ha construido histórica e ideológicamente en las últimas dos centurias; como bien lo afirmó Pedro Planas.

América Latina ha edificado su propia y singular forma latinoamericana de Gobierno, ha sabido recoger e incorporar los indicadores y caracteres de los regímenes políticos clásicos: del parlamentario europeo y del presidencial norteamericano a su peculiar gobernanza. El Perú no es ajeno a este proceso político, ha caminado de la mano con los regímenes latinos.

Se convocó a elecciones para renovar al Poder Ejecutivo y al Parlamento para el período 2000- 2005.

---

23 Ramos Núñez Carlos. La letra de la ley. C.E.C Tribunal Constitucional. Lima 2018.

El señor Fujimori, inconstitucionalmente asumió un tercer mandato en julio del 2000, trasgredió lo normado en el numeral 112 de la ley fundamental (Ley interpretativa auténtica del artículo 112, de la Constitución de 1993. Ley N° 26657).

El ciudadano Fujimori fue elegido en el año 90, reelegido en el año 95 y en el año 2000 asumió un tercer período de forma ilegal, el numeral 112 permitía una reelección y no dos.

El inicio del tercer período estuvo embestido de reclamos sociales y políticos que generó una gran resistencia civil (marcha de los Cuatro Suyos).

Se difundieron los conocidos “Vladivideos”, que comprometieron al principal asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, en profundos actos de corrupción y a su vez involucraban a Congresistas, a altos mandos militares y policiales y a Magistrados supremos.

El Ingeniero Fujimori públicamente anunció que convocaría a elecciones generales y que no se presentaría a las mismas. Posterior a ello solicita permiso para viajar al extranjero para participar en un evento oficial en representación del Estado peruano. Engaña a los legisladores y viaja al Japón y desde ahí vía fax presenta su renuncia a la presidencia de la República, el 19 de noviembre del 2000, decisión carente de moral política y de ética.

El 21 de noviembre el Parlamento toma un acuerdo motivado de civismo y sustentado en principios y valores constitucionales, la representación nacional no aceptó la renuncia formulada y aprobaron declarar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral del ciudadano Alberto Fujimori y lo inhabilitó para la función pública por 10 años (Resolución Legislativa N°009-2000-CR) y luego mediante la Ley N°27600 del 16 de diciembre del 2001, se retiró la firma del señor Fujimori del acto de promulgación de la carta del 93.

Ante la vacancia de la jefatura del Estado, correspondía asumir al Primer Vicepresidente Don Francisco Tudela o en su defecto al Segundo Vicepresidente Ricardo Márquez, ambos ciudadanos renunciaron ante el Parlamento, las mismas cartas que fueron aceptadas el 21 de noviembre del 2000.

Con las renunciaciones admitidas de los vicepresidentes de la Nación, se activó lo dispuesto en el numeral 115 de la Constitución, le correspondía

dirigir provisionalmente los destinos de la Patria al Presidente del Congreso de la República, a Don Valentín Paniagua Corazao, experimentado político y profesor universitario, quien gobernó entre el 21 de noviembre del 2000 al 28 de julio del 2001 (antes ocupó los Ministerios de: Justicia y Educación y presidió la Cámara de Diputados).

El Gobierno transitorio convocó a elecciones generales y parlamentarias y la ciudadanía eligió como Presidente a Don Alejandro Toledo Manrique, en segunda contienda (período 2001-2006).

Luego los gobiernos constitucionales que sucedieron al Economista Toledo, estuvieron marcados de dos indicadores: elegidos en segunda vuelta electoral e involucrados en profundas crisis políticas de orden moral vinculados a la carencia en la transparencia de los actos en la administración pública (contratos y vínculos con los miembros del llamado "Club de la Construcción", integrado por las empresas Odebrecht, Graña y Montero, OAS, entre otras). El período del señor Toledo, no estuvo ausente de estos profundos actos de corrupción (está pendiente y en proceso la extradición del ex mandatario Toledo, que radica en los Estados Unidos de Norteamérica hace más de siete años).

Los periodos gubernamentales entre el 2001 al 2021, (Alejandro Toledo Manrique, Alan García Pérez, Ollanta Humala Tasso, Pedro Pablo Kuczynski y Martín Vizcarra Cornejo), se han encontrado enfrascados en constantes conformaciones entre los poderes del Estado clásicos, no contando con mayoría en el Congreso; ello conllevó a crisis ministeriales, interpelaciones, censuras y votos de desconfianza en forma constante, cuyo resultado generó inestabilidad gubernamental (mención aparte merece el análisis del desastroso régimen que lidera el profesor Pedro Castillo a julio del 2022).

No podemos dejar de reconocer que en la fase gubernamental (2006-2011) en materia económica se alcanzó los mejores indicadores de crecimiento financiero (entre el 7 y 8% anual), los niveles de exportación se incrementaron, nuestro mercado nacional se conectó al mundo a través de los "Tratados de Libre Comercio", el mercado bursátil se mantuvo estable y atractivo a las grandes inversiones extranjeras. El poder adquisitivo se incrementó cuantitativamente, nuestra moneda no se devaluó ante el dólar americano, el crecimiento económico estuvo bien estructurado y sostenible en el tiempo, para una económica saludable.



En julio del 2016 el economista, empresario, ex- Primer Ministro y reconocido tecnócrata Pedro Pablo Kuczynski, juró ante el Congreso nacional defender los intereses patrios y superiores de la República.

El Parlamento era controlado por el movimiento liderado por Doña Keiko Fujimori (73 congresistas de los 130) y desde el inicio del período presidencial, se presentaron constantes debates y confrontaciones que generaron interpelaciones y censuras ministeriales que causaron inestabilidad del Gobierno y del país.

El Presidente no es responsable por los actos de Gobierno lo son los Ministros, toda acción presidencial requiere del refrendo ministerial. Los Ministros son responsables políticos y administrativos de la gestión del Gabinete.

De no contarse con el refrendo ministerial el acto es nulo, de pleno derecho, es ineficaz, no es válido jurídicamente. (El Tribunal Constitucional se pronunció mediante el Expediente N°008-2003-AI-TC respecto al refrendo ministerial de los Decretos de Urgencia).

Recordemos que a los Ministros los tenemos desde la carta de 1823 y con ello la figura del refrendó recogido del sistema francés, la carta liberal de 1856 incorporó al Consejo de Ministros, figura heredada del Gabinete inglés y en el Gobierno de Ramón Castilla, se dictó su primera ley de desarrollo (Ley de Ministros de 1856). La actual norma es la Ley N°29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que data de diciembre del 2007.

En la línea de responsabilidades del Gabinete y de sus integrantes en marzo del 2018, se aperturó el debate político vinculado a dos figuras de control constitucional; la “Cuestión de Confianza” y el “Voto de Confianza” (voto de censura o desconfianza). Este asunto fue resuelto por el Tribunal Constitucional, ante la demanda interpuesta por un grupo de parlamentarios en contra de la Resolución Legislativa N°007-2017-CR, que modificó el numeral 86 del Reglamento del Congreso de la República.

El órgano de control declaró fundada la demanda (Exp. N°006-2018-AI/TC) y por ende la “Cuestión de Confianza”, no puede ser planteada cuando se pretende detener procesos de control político (Censura a un Ministro), el Parlamento solo se disuelve cuando existe crisis total de dos Gabinetes y entre otros alcances jurídicos y/o políticos.



Para los parlamentarios y algunos líderes políticos, existe una confusión entre ambas figuras. Para la doctrina constitucional y los entendidos en la materia, consideramos que las diferencias son notorias.

La “Cuestión de Confianza”, es un atributo del Poder Ejecutivo, lo encontramos en la carta española de 1978, en su numeral 112 “El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, puede plantear ante el Congreso de Diputados la “Cuestión de Confianza”, sobre su programa o sobre una declaración de política general. La confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma, la mayoría simple de los Diputados”<sup>24</sup>.

El maestro Domingo García Belaunde, con soltura intelectual explica una y la otra figura “Son dos instituciones, con fin y orígenes distintos, que no se han distinguido precisamente por nuestra falta de experiencia y en cierto sentido tampoco ha sido feliz, ni uniforme la redacción constitucional en este punto, que ha creado más de una confusión. No creo que era necesario modificar la Constitución, pero si se hubiera hecho por ley expresa de desarrollo constitucional hubiera sido mejor. Es Decir: la censura “Voto de Confianza” o no confianza o desconfianza, son armas de control parlamentario, que, si se excede, puede llevar a la disolución del Congreso. La “Cuestión de Confianza”, es un instrumento de defensa del Ejecutivo que puede provocar una crisis ministerial, pero nada más. El Ejecutivo en nuestro sistema no se disuelve y tampoco lo que plantea sirve de cómputo para nada”<sup>25</sup>.

Ante lo mencionado “La Cuestión de Confianza”, es una herramienta política de defensa que le corresponde al Poder Ejecutivo solicitarla ante el Parlamento, para que este último órgano autónomo exprese o no su respaldo, su confianza al Gabinete o aún Ministro. El rechazo a la “Cuestión de la Confianza”, no puede ser considerada para el cómputo de la facultad presidencial de disolver el Congreso.

El cómputo (dos gabinetes censurados), se produce en la otra figura con el “Voto de Confianza”, cuyo titular es el Parlamento (nace en el sistema inglés) se genera cuando el Congreso le niega la confianza a dos Gabinetes

---

24 Montero Díaz Julio. (Editor). Constituciones y Códigos Políticos Españoles 1808-1978. Editorial Ariel Practicum. Barcelona 2008

25 García Belaunde Domingo. En Ponencias de VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Editorial Adrus. Arequipa-2018.

o Consejos de Ministros en forma consecutiva (voto de desconfianza o de censura) lo antes comentado se encuentra debidamente normado en los numerales 132, 133 y 134 de la carta del 93 respectivamente.

El Presidente de la República se encuentra facultado constitucionalmente, para disolver el Parlamento Unicameral en el escenario que el pleno del Congreso haya censurado a dos Consejos de Ministros (artículo 134) en forma consecutiva ante la materialización política del “Voto de Confianza denegado”, es decir que se haya producido el voto de desconfianza, de rechazo, de censura al Gabinete en su conjunto.

La “Cuestión de Confianza”, es potestad que fluye del Ejecutivo, del Primer Ministro, quien solicita se le otorgue la confianza, de ser rehusada se produce la crisis total del Gabinete, no por ello el Presidente está facultado para disolver el Congreso (artículo 133)”<sup>26</sup>.

“La Cuestión de Confianza”, ha sido importada de los sistemas parlamentarios europeos de España y Francia. En nuestra legislación se incorpora a través de la carta del 93, como elemento de cautela del Ejecutivo. El jurista García Belaunde anota de ella “Era precisamente la antípoda de la moción o voto de censura”<sup>27</sup>.

“Ambas figuras (voto de confianza o desconfianza) y la cuestión de confianza que cuenta con orígenes normativos distintos no deben ser utilizados con exceso, ni para disolver el Congreso, ni para generar crisis total del Gabinete. Son herramientas legítimas de autodefensa de los poderes, tanto del Legislativo como el Ejecutivo. Son instrumentos políticos de control que permiten equilibrar el ejercicio del poder estadual, es decir la adecuada ponderación de la tesis de: Pesos y contrapesos”<sup>28</sup>.

En la línea de esta confusión lamentable, la cronología se inicia con el caso de la ex Ministra de Educación Marilú Martens, integrante del Gabinete que presidió Fernando Zavala Lombardi. Los hechos ocurrieron el 17 de setiembre del año 2017 y culminaron con la crisis total del Gabinete. La solicitud de confianza se relacionó a la no censura a la Ministra indicada, frente a una huelga nacional del magisterio (Sutep y Fenatep) donde el entonces líder sindical Pedro Castillo ocupó un lugar expectante,

---

26 Cáceres Jorge Luis. Ob.Cit. Pág.153

27 García Domingo. Ob.Cit.Pág.22

28 Cáceres Jorge Luis. Ob.Cit. Pág.154

oponiéndose a la evaluación a los docentes, tarea necesaria para mejorar y sincerar la calidad del magisterio nacional.

El pleno del Congreso rechazó la solicitud formulada por el Ejecutivo y el Gabinete liderado por el economista Zavala renunció en su conjunto. El Gobierno consideró esta decisión política como la primera negación de confianza o censura a un Consejo de Ministros, en aplicación del numeral 134 a la carta del 93. Es decir, se aperturó la puerta para disolver el Parlamento; interpretación equivocada. El Ejecutivo presidido por Pedro Pablo Kuczynski solicitó “Cuestión de Confianza”, estando a lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución y no el Congreso de la República. (Artículo 132-Responsabilidad Política del Consejo de Ministros).

Posterior a esta errada, desatinada e inadecuada aplicación del numeral 134 de la carta del 93, en el extremo de confundir las figuras de control político de “Cuestión de Confianza”, con el “Voto de Confianza” que cuentan con fuentes históricas doctrinarias y constitucionales distantes (la primera en España y la segunda Inglaterra), nos avocamos a evaluar los sucesivos acontecimientos políticos y jurídicos desarrollados entre diciembre del 2017 a julio del 2022.

El 22 de diciembre del 2017 el Parlamento Nacional, rechazó la solicitud de vacancia por su permanente incapacidad moral del ciudadano Presidente Pedro Pablo Kuczynski; el sustento se centró en los supuestos vínculos de contratos de asesoramiento con las empresas consultoras del señor Kuczynski y la constructora Odebrecht; cuando se desempeñó como Primer Ministro durante la gestión de Alejandro Toledo.

La votación no alcanzó el número requerido (el sector de Kenji Fujimori y otros del Apra, no respaldaron la solicitud de vacancia) el grupo parlamentario liderado Maritza Glave abandonó el hemiciclo y no registró votación. Estando al Reglamento del Parlamento, se exige 87 votos y se obtuvo 79 votos a favor de la Vacancia Presidencial.

La defensa de ex mandatario la asumió el calificado profesor universitario Alberto Bórea, el debate se prolongó por más de 20 horas.

Posterior a este pedido de vacancia en marzo del 2018, el entonces Congresista César Villanueva (luego Primer Ministro del régimen de Martín Vizcarra) presentó una segunda solicitud de vacancia presidencial, estando a las denuncias políticas y a los actos carentes de transparencia

vinculados al indulto concedido al ex Presidente Alberto Fujimori el 24 de diciembre del 2017, a cargo del entonces Jefe del Estado señor Pedro Pablo Kuczynski y a las constantes denuncias vinculados a los supuestos negocios incompatibles entre las empresas consultoras del señor Pedro Pablo Kuczynski y las constructoras lideradas por el grupo Odebrecht.

Esta segunda solicitud de vacancia presidencial recibió el respaldo de la bancada oficialista y de la mayoría de grupos parlamentarios, se presentó el 16 de marzo del 2018 y se amparó en los videos y audios que se difundieron como antesala del indulto concedido a Alberto Fujimori y que comprometieron a Congresistas y Ministros de Estado (el proceso de indulto fue resuelto fundado por el Tribunal Constitucional en marzo del 22 y luego denegado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en abril último. El ex Jefe de Estado sigue privado de su libertad a sus 83 años).

El recurso de hábeas corpus que fue de conocimiento y competencia del pleno del Tribunal Constitucional, lo evaluó el órgano de control y el calificado magistrado Ernesto Blume Fortini (Ex Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional) fue el ponente que proyectó la resolución que declaró por mayoría (3 votos - voto dirimente del Presidente Sr. Ferrero Costa) fundada la demanda del recurso sumario constitucional y nulas las resoluciones judiciales (emitidas por las instancias ordinarias entre el 2018-2019) por encontrarse viciadas de incompetencia y vulnerar la debida motivación.

Los otros tres entonces magistrados (Sres. Miranda y Espinoza - Saldaña y Sra. Ledesma) votaron por declarar improcedente la acción constitucional.

Con el voto decisorio del Presidente y de los Sres. Blume y Sardón de Taboada; se conformó la sentencia que habilitó el indulto a favor del ex Jefe de Estado Alberto Fujimori Fujimori y por ende restituyó los efectos de la resolución suprema de diciembre del 2017 (N° 281-2017-JUS-24-12-17) dictada por el Gobierno de Pedro Pablo Kuczynski y siendo Ministro de Justicia don Enrique Mendoza Ramírez (ex Presidente de la Corte Suprema).

Lo resuelto por el Tribunal Constitucional debió conllevar a la inmediata libertad del Sr. Fujimori, en marzo del 22.

La comunidad política anti - fujimorista, los representantes del Gobierno, la clase sindical marxista y sectores radicales alzaron sus voces

y expresiones de permanente rechazo a la decisión por mayoría del ente garante del Estado constitucional.

Los procuradores estatales formularon inmediatamente los recursos y alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con medidas provisionales y el requerimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias emitidas en los casos de: Barrios altos y la cantuta, las cuales se encuentran en etapa de vigilancia y determinación.

Los familiares de las víctimas de ambos escenarios, recurrieron a la justicia supranacional, para la oportuna intervención de la Corte, que evite la ejecución del indulto y por ende la libertad de

Fujimori por disposición del órgano autónomo; alegaron que aún no han recibido el pago de la reparación civil por parte del Sr. Fujimori y que la decisión fue adoptada según ellos sin respetar las garantías del debido proceso y es de dudosa legalidad. Exigieron tutelar las medidas provisionales y amparar el doble sentido cautelar.

El indulto por razones humanitarias, es el sustento central y rector de la concesión de la gracia presidencial, otorgada en diciembre del 2017, al ex mandatario Fujimori.

La Corte resolvió el 07 de abril último, realizar una supervisión específica al indulto por razones humanitarias, debiendo investigar, juzgar y sancionar la violación a derechos humanos.

Exhorto al Estado peruano abstenerse de implementar la sentencia emitida por el órgano constitucional el 17 de marzo de 2022, que restituyó los efectos del indulto, concedido por el Gobierno el 24 de diciembre del 2017; por no haber cumplido las condiciones determinadas en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencias.

Más aún se requirió al Estado peruano presentar un informe a la Corte, el 13 de mayo del 2022, vinculado al cumplimiento de la obligación de: investigar, juzgar y sancionar, de no ejecutar la disposición dictada por el Tribunal Constitucional.

Estamos a julio del 22 y la salud del detenido Fujimori, se encuentra altamente deteriorada.

Retomamos el periodo gubernamental fenecido (2016-2021) y la crisis política era incontrolable y el ex mandatario Pedro Pablo Kuczynski

presentó su renuncia el 21 de marzo ante el pleno del Parlamento, la misma que fue aceptada.

El Primer Vicepresidente Martín Vizcarra Cornejo (entonces Embajador en Canadá) asumió el mando supremo y juramentó el 23 de marzo del 2018 ante el pleno del Congreso como lo dispone el numeral 116 de la Constitución.

La tercera solicitud de vacancia presidencial (en el mismo período gubernamental) se presentó el 11 de setiembre de 2020 en contra del ex mandatario Martín Vizcarra, por la causal establecida en el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución (incapacidad moral permanente).

Los más de 30 congresistas acusadores alegaron (entre ellos: Edgar Alarcón ex Contralor General de la República) que el señor Vizcarra contaba con vínculos amicales y que recibió en Palacio de Gobierno al señor Richard Cisneros (Swing), quien tenía contratos nada transparentes con el Ministerio de Cultura y el Jefe del Estado habría negado haber conocido al mencionado ciudadano y por ende habría incurrido en el delito de encubrimiento, al haber negado los hechos y más aún cuando dispuso supuestamente que personal administrativo a su cargo de la sede del Ejecutivo, eliminarán los registros de visita del señor Cisneros al indicado recinto y luego se alcanzó un audio no editado que corroboraba lo indicado.

Se efectuó la votación ante el pleno del Parlamento Nacional, la misma no prosperó el 18 de setiembre del 2020, alegando que no se había respetado el debido proceso y se obtuvo el siguiente resultado. 32 Congresistas a favor, 78 en contra y 15 abstenciones (Fuente: Oficialía Mayor del Congreso).

El cuarto proceso de vacancia presidencial, por la misma causal inciso 2 artículo 113 de la carta del 93, se admitió en contra del ingeniero Martín Vizcarra el 2 de noviembre del 2020; por las razones de negar reiteradamente vínculos de cercanía con el señor Richard Cisneros quién contrató con el Estado, recibiendo privilegios y a su vez por los testimonios de un colaborador eficaz por el caso del “Club de la Construcción”.

El Congreso de la República el 9 de noviembre recibió los descargos del señor Vizcarra y de su abogado Ángel Ugaz Zegarra y aprobó por mayoría calificada la vacancia por incapacidad moral permanente con 105 votos a favor, 19 votos en contra y 4 abstenciones (Fuente: Oficialía Mayor del Congreso).

Es oportuno aclarar que el Tribunal Constitucional (Exp. N°006-2003. AI/TC, caso: para que proceda una acusación constitucional), resolvió precisar que la votación requerida para que prospere la vacancia presidencial es el de dos tercios del número de Congresistas.

A su vez el Tribunal Constitucional (Exp.N°002-2020-CC/TC) consideramos que debió establecer los parámetros y lineamientos para enmarcar los alcances jurídicos de la causal constitucional de vacancia por incapacidad moral permanente de la Presidencia de la República y no encontrar justificación en la figura de la sustracción de la materia.

Sin precedentes en un período gubernamental se produjeron cuatro procesos de vacancia presidencial por la misma causal, (incapacidad moral permanente). En dos estuvieron involucrados el señor Pedro Pablo Kuczynski y en los otros dos el señor Martín Vizcarra. Tres de ellos se votaron en el hemiciclo del Congreso, dos no prosperaron y uno sí (que vacó al señor Vizcarra el 9 de noviembre del 2020). La cuarta solicitud no se sometió a votación ya que el señor Pedro Pablo Kuczynski, renunció a la presidencia de la República el 21 de marzo del 2018 y fue sucedido en la jefatura del Estado por el Vicepresidente Martín Vizcarra, quien gobernó entre el 23 de marzo del 2018 y el 9 de noviembre del 2020.

Hemos contado con cinco ciudadanos que han estado embestidos de la primera magistratura entre el 28 de julio del 2016 al 28 de julio del 2021.

El economista Pedro Pablo Kuczynski, quien asumió el 28 de julio del 2016 y renunció el 21 de marzo del 2018.

El ingeniero Martín Vizcarra Cornejo (Primer Vicepresidente) juramentó ante el Parlamento el 23 de marzo del 2018 y el mismo órgano autónomo lo apartó del cargo, por incapacidad moral el 9 de noviembre del 2020.

La economista Mercedes Araoz Fernández, (Segunda Vicepresidenta) jura la noche del 30 de setiembre del 2019, ante el Presidente del Congreso Pedro Olaechea, día de la disolución del Parlamento, decretada por Martín Vizcarra (Decreto Supremo N°165-2019-PCM).

Manuel Merino de Lama, entonces Presidente del Congreso, asume la jefatura del Estado ante la vacancia decretada al señor Vizcarra, gobernó en un escaso e inestable período de apenas cinco días entre el 10 al 15 de noviembre del 2020 y renunció a la presidencia de la República y por ende a la Presidencia del Parlamento, la cual fue aceptada el 15 de noviembre.



Posterior a la renuncia aceptada por el Congreso de la República; este poder estadual eligió como titular al ingeniero Francisco Sagasti Hochhausler, quien juró el 16 de noviembre del 2020 como Presidente del Legislativo y luego el 17 del mismo mes, como Jefe de Estado transitorio y quien debió entregar las insignias del mando presidencial al ciudadano José Pedro Castillo Terrones, quién fue proclamado por el Jurado Nacional de Elecciones el 19 de julio y ganó por 44,263 votos a Doña Keiko Fujimori.

Entre ocho y diez días (del 9 al 17 de noviembre del 2020) el país contó con tres mandatarios: Martín Vizcarra, Manuel Merino y Francisco Sagasti. En un mismo período gubernamental dos jefes de Gobierno formularon sus renunciaciones que fueron aceptadas por el Poder Legislativo; el señor Pedro Pablo Kuczynski en marzo del 2018 y el señor Manuel Merino de Lama en noviembre del 2020.

Dos Presidentes de la Nación juraron respetar la Ley Magna en ocho días (entre el 10 al 17 de noviembre del 2020) el 10 de noviembre el señor Manuel Merino y el 17 de noviembre el señor Francisco Sagasti.

En un período del Ejecutivo, se contó con dos Gabinetes en menos de ocho días. El 11 de noviembre juramentó el que presidió Antero Flórez Araoz. Este Gabinete no concurrió al Congreso a exponer su plan de Gobierno y por ende no recibió el “Voto de Confianza” ni de censura. El otro Gabinete lo presidió la letrada Violeta Bermúdez, que asumió funciones el 18 de noviembre y el Congreso de la República, le otorgó el “Voto de Confianza” el 03 de diciembre del 2020 y quién culminó sus tareas estaduales el 28 de julio del 2021.

En un solo período gubernamental en el Ministerio del Interior se contó con 11 Ministros desde el 28 de julio del 2016 al 28 julio del 2021; el primero de ellos Carlos Basombrío Iglesias y el último José Elice Navarro, que entregó el cargo al ex Fiscal Provincial Don Juan Manuel Carrasco Millones, el 29 de julio del 21.

En el Poder Legislativo, se ha contado con dos periodos legislativos. El que se instaló el 27 de julio del 2016 y feneció en sus funciones el 30 de setiembre del 2019, cuando fue disuelto el Parlamento y cuyo último Presidente fue Pedro Olaechea Álvarez-Calderón y en un segundo período el que se instaló el 17 de marzo del 2020 y que presidió Manuel Merino de Lama hasta el 9 de noviembre del 2020 y que luego lo sucedieron los presidentes encargados Luis Valdez Farías, Rocío Silva-Santisteban Manrique



y Doña Mirtha Vásquez Chuquilín, entre el 10 de noviembre del 2020 y 26 de julio del 2021, (precisando que el titular de este Poder del Estado fue Francisco Sagasti, quién no llegó a entregar la banda presidencial el 28 de julio al Profesor José Pedro Castillo Terrones por asuntos de orden protocolar, ya que el Ing. Sagasti dejó de ser Presidente del Parlamento el 26 de julio, día que fue elegida como titular del Congreso la Abog. María del Carmen Alva Prieto; quién acaba de entregar tal función a doña Lady Camones Soriano, elegida el 26 de julio del 2022.

El hecho de mayor trascendencia, está referido a la disolución del Congreso de la República decretada inconstitucionalmente por el ex mandatario Martín Vizcarra Cornejo el 30 de setiembre del 2019, mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM.

No es aceptable una negación fáctica frente al requerimiento de la “Cuestión de Confianza”, que exige una decisión expresa, reflejada en un decreto, en un acto formal y no fáctico. (Acto invisible). Considerando que el Ejecutivo activó el numeral 133 del texto constitucional, planteando una iniciativa legislativa de reforma parcial de la carta, específicamente en relación a la forma de elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

Este asunto fue de conocimiento del Tribunal Constitucional (Exp. N°006-2019-CC/TC) concluimos que la disolución del Congreso, fue a causa de una interpretación errónea sobre los efectos de la denegatoria fáctica de la “Cuestión de Confianza”.

Finalmente, el 16 de abril del 21, el pleno del Parlamento Nacional, por 86 votos a favor aprobó inhabilitar por 10 años del ejercicio del cargo público al ex Presidente Martín Vizcarra Cornejo, por ocho años a la ex Ministra de Salud Pilar Mazzetti Soler y a Doña Elizabeth Astete Rodríguez ex Canciller por un año; involucrados en la irregular vacunación de la Covid-19.

## **V. Gobierno del Profesor José Pedro Castillo Terrones y sus colaboradores (Julio 2021 - Julio 2022)**

Nos encontramos a 12 meses del inicio del Gobierno liderado por el Profesor José Pedro Castillo Terrones y es lamentable lo que viene sucediendo en el País; con Ministros sin mayor perfil elemental técnico, sin experiencia en el tránsito del ejercicio de la acción pública. Funcionarios de alto nivel censurados por estar involucrados en actos de corrupción y cercanos a

sucesos de sedición (10 Ministros interpelados y 4 censurados, en doce meses de gestión).

Las primeras medidas fueron dictadas por el Gabinete que lideró el Congresista cusqueño Guido Bellido Ugarte, no fueron las más adecuadas y acertadas, generaron espacios de intranquilidad política y social y de profunda inestabilidad económica. Existe un ambiente de ingobernabilidad y de carencia de un liderazgo presidencial con constantes cuestionamientos políticos promovidos por el Sr. Vladimir Cerrón Rojas (Secretario General del Partido Perú Libre).

La primera renuncia ministerial fue del sociólogo Héctor Béjar Rivera (Ex Canciller) que lo apartó del cargo el 17 de agosto del 2021 y que fue reemplazado por el Diplomático Oscar Mautua de Romaña - actual Embajador en España; nos condujo a un espacio gris, turbulento y de confrontación ideológica que denigra la imagen de la Patria y conlleva a que la política peruana se encuentre en una unidad de cuidados intensivos; por la falencia en bondades de capacidades de un personaje que lamentablemente no se encuentra adiestrado para administrar con coherencia, prudencia y sensatez una República Bicentenario.

El 26 de agosto del 2021, concurrió el Gabinete Bellido al Congreso, en cumplimiento del mandato constitucional (numeral 130 de la Carta del 1993), pretendió exponer los pilares rectores y cardinales del Gobierno; que lamentablemente no se plasman y cuyo resultado nos conduce a la ingobernabilidad y no poder seguir apostando por una Patria donde se conviva dentro de un ambiente de libertad y que garantice el respeto de las reglas democráticas y no se admita recetas migratorias intolerantes y dictatoriales de modelos de gobiernos donde prima la verticalidad doctrinaria y no se observe la presencia de principios y valores sagrados de todo sistema político, decente, plural y transparente.

Pretender insistir en una Asamblea Constituyente, para reformar o contar con un nuevo texto constitucional; lo considero no oportuno. Apostamos por modificar la Carta del 93; empero sujetándose al debido proceso normado en el numeral 206 de la Ley Magna. Una promesa de campaña electoral, no debe primar, desplazar, ni estropear a los intereses supremos de nuestra Nación mestiza, criolla y multicultural, que representa a los 34 millones de peruanas y peruanos.

El Ejecutivo alcanzó la iniciativa legislativa de convocatoria de la Asamblea Constituyente que ha sido evaluada y debatida al seno de la Comisión de Constitución y Reglamento la propuesta política no prosperó y se archivó el 06 de mayo por decisión de la mayoría de los integrantes de este grupo de trabajo, que preside la letrada Patricia Juárez Gallegos.

La iniciativa del Gobierno populista, pretendió el quiebre de una cláusula de intangibilidad que está proscrita por la carta constitucional y contrariaba a principios y valores sustentados en la voluntad del poder constituyente.

Las evidentes contradicciones entre el objeto del proyecto, el propio texto del simulado numeral 207 y la inclusión de normas transitorias, conducentes a un referéndum consultivo, que no se encuentra incorporada en nuestro ordenamiento jurídico, son las fundadas incoherencias de la inoportuna y nada estructurada propuesta.

El documento gubernamental careció de rigurosidad de incluir: citas, fuentes y notas en la exposición de motivos, más aún pretendió quebrar el denominado núcleo duro de todo sistema plural representativo y apostó por la democracia corporativa.

La esencia del proyecto de ley de reforma constitucional para que una Asamblea Constituyente elabore una nueva Constitución Política, con el objeto que el Parlamento Nacional analice, debate y determine y luego sea consultado a la ciudadanía por la vía del referéndum, en fecha coincidente al acto electoral de la renovación de las autoridades locales y regionales (octubre del 22); este careció de argumentación sustentativa de alcance constitucional y de relevante motivación política; fue innecesaria e inoportuna.

Estamos convencidos que todo texto constitucional es actuante, viviente, flexible y a su vez rígido por su contenido axiológico, histórico, patriótico, político y socio - jurídico.

Requerimos de reformas destacables y prudentes; como el retorno a la bicameralidad, otorgarle estatus constitucional a la Procuraduría de la Nación, evaluar los alcances mercantiles y financieros del régimen económico y dinamizar el proceso descentralista.

La Comisión de Constitución y Reglamento, aprobó la iniciativa del retorno a la bicameralidad por mayoría (con el voto de 13 a favor, 5 en

contra y 1 abstención de los Congresistas, en su sesión del 07 de junio del 22, estando a la fuente del diario El Comercio, en su edición virtual del 08 de junio), siete bancadas apoyaron el proyecto (71 votos) que se debatió en el pleno del Parlamento, en la legislatura extraordinaria ampliada al 15 de julio. Se pretende reformar 53 artículos de carta del 93, para dar pase a la bicameralidad (Decreto de Presidencia N° 2021-2022-P/CR) del 06 de julio).

Compartimos volver al sistema de bicameral, retomando la estructura tradicional del Parlamento constitucional histórico (Carta madre de 1828) con dos cámaras legislativas no asimétricas (no gemelas).

Requerimos de instancias parlamentarias distintas en función, que una no se encargue de las tareas políticas de la otra. Que ambas legislen, que ambas fiscalicen; empero en escenarios no pares.

Debemos propiciar un bicameralismo imperfecto como bien lo sustenta el maestro italiano Luigi Ferrajoli. Es decir, contar con cámaras especializadas en tareas políticas.

Como arquetipo. Un Senado que se le reserve la tarea de evaluar, debatir y aprobar leyes orgánicas, de desarrollo constitucional, los TLC y las misiones descentralistas. Que elija al Defensor del Pueblo, a los Magistrados del Tribunal Constitucional, al Contralor General de la República, al Procurador Nacional, ratifique Embajadores, a los Directores del Banco Central de Reserva y al Superintendente de la SBSAFP.

En materia de control político que juzgue al Jefe de Estado, Ministros y altos dignatarios (Juicio Político).

La Cámara baja (Diputados) que legisle asuntos ordinarios (presupuesto público, normas generales, leyes de índole regional y otros) que fiscalice e interpele Ministros y los censure. Que se ocupe del control político de todos los funcionarios de los distintos niveles de Gobierno. Que investigue y acuse al mandatario y a sus Ministros ante el Senado.

Un Senado de 60 miembros, elegidos en distrito electoral único y que cuenten por lo menos con 35 o 40 años de edad y con trájín en la vida pública (Cámara reflexiva). Diputados elegidos por regiones (130) y por lo menos con 25 o 30 años de edad.

Los Senadores que hayan ocupado en su pasado un significativo cargo público y cuenten con título profesional. Ambos Parlamentarios sin antecedentes ni judiciales y policiales.

La propuesta aprobada por mayoría simple y no calificada (71 votos) el viernes 15 de julio, incluye la reelección por un periodo de los legisladores para ambas ramas legislativas (por cinco años).

No lograron los 87 votos (dos tercios) necesarios para evitar la consulta ciudadana. Ante ello los numerales reformados (53 artículos) serán sometidos a Referéndum, previa convocatoria que deberá efectuar el Presidente de la República (según sus atribuciones constitucionales, artículo 118 de la Carta Política).

Con el resultado de votación (71 votos a favor, 45 en contra y 9 abstenciones, (Fuente: Oficialía mayor del Congreso) no se logró alcanzar la mayoría absoluta, es decir no se contó con el voto favorable superior a los dos tercios del número legal de Congresistas (87 Parlamentarios) como lo delimita el numeral 206 de ley constitucional. Ante este escenario se activa lo dispuesto en el artículo de cierre de la carta política "Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante referéndum" (Constitución Política del Perú - CEC - T.C. Compendio normativo).

De prosperar la reconsideración que formuló la aún Presidenta de la Comisión de Constitución Patricia Juárez Gallegos a la votación plasmada el viernes 15 de julio en el pleno del Parlamento; el asunto será evaluado, debatido y votado en la próxima legislatura ordinaria a instalarse el 27 de julio; no prosperaría la consulta ciudadana como así la norma el numeral 206 "Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de Congresistas" (Constitución Política del Perú. CEC-TC-Compendio normativo).

En la próxima legislatura ordinaria, se abordaría esta trascendente reforma constitucional, el retorno a la "Bicameralidad" sí procede la reconsideración a la votación (del viernes 15 de julio de 71 votos) y se alcanza los 87 votos, se requeriría de una segunda votación calificada y de configurar ambos respaldos políticos, no se activaría la exigencia participativa recogida de los sistemas romano y griego.

El numeral 32 de la Constitución del 93, nos admite que actos y decisiones políticas pueden ser sometidos a referéndum. Una de ellas "La reforma total o parcial de la Constitución", la ciudadanía informada,

consiente y responsable al ser consultada tomará la mejor postura frente a la fórmula de reforma a los numerales constitucionales.

El Poder constituyente derivado y el llamado originario, convergen para permitir la modificación normativa que requiere la opinión del soberano legítimo, ante la ausencia de consensos en el seno del Congreso.

De no prosperar la mayoría absoluta de votos en el Congreso; el referéndum de llevarse a cabo sería en forma simultánea a las elecciones locales del próximo 02 de octubre, por razones presupuestales y de oportunidad política. Considero que la colectividad ausente en cultura democrática no respaldará la iniciativa de reforma constitucional como sucedió a finales del año 2018, con el pleno respaldo del ex mandatario Martín Vizcarra (El 90% del electorado no compartió la propuesta legislativa).

Comparto volver a la estructura bicameral que nos permita mejorar la calidad de representación, los contenidos normativos, fiscalizadores y aportar por una alta especialidad legislativa.

La reelección por un periodo parlamentario es prudente, requerimos representantes con pericia, con tránsito en la vida pública y no Congresistas inútiles en política.

Los problemas nacionales de la corrupción, la impericia de la clase política, la inseguridad y la carencia de gobernabilidad, no encuentran razón justificada en la dación de una nueva carta constitucional.

El numeral 206, establece el sendero motivado y definido de toda reforma constitucional y constituyente; no se requiere de vía paralela que genere contravenciones e inconstitucionalidades.

El Gobierno que viene transitando hace doce meses ha ido más allá de todo límite políticamente razonable, no tiene horizonte ni ideológico y menos patriótico, ni programático.

Cuatro Consejos de Ministros, 59 Ministros, 10 Ministros interpelados y 4 Ministros censurados; en escasos doce meses de gestión gubernamental; sin duda estas cifras son expresión de improvisación, inmadurez política, incapacidad en la dirección estadual e impericia técnica para gobernar.

El Presidente del Consejo de Ministros como promedio permaneció meses y escasos días.

El Parlamentario de origen de la Provincia de Chumbivilcas don Guido Bellido Ugarte, hombre de carentes conocimientos en la vida de la administración pública, ejerció el cargo entre el 29 de julio al 06 de octubre del 21, su paso por el gabinete fue intrascendente y accidentado; generó espacios de confrontación ideológica innecesaria e imprudente.

Lo sucedió la letrada Mirtha Vásquez Chuquilin (Ex Presidenta (e) del Parlamento) cercana a la candidata presidencial Verónica Mendoza de Juntos por el Perú.

Considero que pretendió enmendar las profundas contradicciones, deficiencias y negligencias del Sr. Bellido y de su equipo, convocó para la cartera del interior al ex Fiscal Supremo Avelino Guillén (feroz y efectivo acusador de Alberto Fujimori).

Durante el periodo de su mandato sucedieron varios acontecimientos cuestionables, no aplaudibles, ni meritorios para nuestro legajo republicano.

Los conflictos de orden minero y el desaliento a la inversión del hierro y del cobre en los Departamentos de: Apurímac, Cusco, Cerro de Pasco y Moquegua.

Los pretendidos ascensos irregulares en el glorioso Ejército peruano.

El entonces Secretario General de Palacio de Gobierno Bruno Pacheco (hoy colaborador eficaz de la justicia), intercedió con el Ministro de Defensa Walter Ayala ante el correcto y diligente Comandante General del Ejército don José Manuel Vizcarra Álvarez, para promover el ascenso de los coroneles Ciro Bocanegra Loayza y Fidel Bocanegra Burgo (oriundos de la Provincia de Chota) al grado de Generales de Brigada (Fuente Diario El Expreso. Edición digital. Día: 06-06-22. Lima).

El General Vizcarra no aceptó la propuesta, por considerar que no correspondía por razones meritocráticas y ante la negativa, fue pasado al retiro, habiendo permanecido en el cargo tres meses (05 de agosto al 04 de noviembre del 21).

El tercer suceso se presentó en las fuerzas policiales, en noviembre del 21. Un significativo grupo de coroneles de la Policía Nacional del Perú fueron convocados en la sede del Ministerio del Interior, para ser entrevistados por la Junta de Generales liderados por el entonces comandante General de la Policía Nacional del Perú don Javier Gallardo Mendoza; la



razón última evaluación para concluir con el proceso de ascenso al grado de General de la Policía (debía cubrirse 25 vacantes disponibles).

El proceso generó irregularidades y presuntos favorecimientos que fueron denunciados por el General Javier Bueno, sub comandante General de la Policía Nacional del Perú (en la selección de los futuros generales de servicios, vulnerando la normatividad policial).

El Ministro del Interior Avelino Guillén, públicamente discrepó con el cuadro propuesto de promoción al grado superior de generales y a los cambios de ubicación en las estratégicas direcciones generales de: Investigación criminal, de seguridad de estado, contra terrorismo y de operaciones especiales.

A finales de enero del 22 el letrado Guillén dimite ante el escaso respaldo político del Jefe de Estado, quién prefirió confirmar en el cargo al Director de la Policía Nacional (General Gallardo).

Ante los hechos públicos la Primer Ministra Vásquez, expresa su solidaridad con el Ministro disminuido políticamente y se produce la segunda crisis total de Gabinete y el 31 de enero, se aparta del Gobierno, (permaneció casi 4 meses, del 06 de octubre al 31 de enero del 22).

El ex Ministro Avelino Guillén certifica que: el mandatario Castillo cree que está administrando su sindicato magisterial (FENATEP).

El Presidente Castillo acepta la renuncia del segundo Gabinete en seis meses de gestión (28 de julio al 31 de enero del 22).

Se aleja del grupo parlamentario de Juntos por el Perú y selecciona como Primer Ministro a don Héctor Valer Pinto - Congresista que llegó al Parlamento por el partido "Renovación Popular" (renuncia a los dos meses) y luego se agrupó al movimiento que lidera Guillermo Bermejo (Perú democrático). Permaneció en el cargo ocho escasos días (del 01 al 08 de febrero del 22).

El Abogado Valer fue denunciado por violencia familiar por su hija y esposa (Katerin Valer Montoya y doña Ana María Montoya), el 21 de octubre del 2016 en la comisaría del distrito limeño de San Borja, sus familiares le atribuyeron según el atestado policial lesiones (golpes, bofetadas, cachetadas que les propinó en el rostro).

El pasado 07 de junio la Policía Nacional detuvo al representante por Lima Héctor Valer, cuando ingresaba a las instalaciones del Ministerio del Interior (tenía pendiente una requisitoria judicial en el proceso penal, por el delito de contaminación del medio ambiente - delito ecológico), por su embestidura parlamentaria fue puesto a disposición del Oficial Mayor del Congreso.

El letrado Héctor Valer permaneció la primera semana de febrero en el cargo de la PCM y frente a la denuncia familiar renuncia al premierato.

El Jefe de Estado; no evalúa con certeza, ecuanimidad y pericia a sus más cercanos colaboradores como deben ser los Jefes de Gabinetes y Ministro de Estado.

El cuarto titular de Consejo de Ministros es el profesor universitario Aníbal Torres Vásquez, Ex Decano del Colegio de Abogados de Lima y de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos y Consejero del desaparecido CNM y desde el 30 de julio del 21, Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

Hombre con experiencia en la vida pública y en la academia, empero sus seis meses de la labor no es alentadora; su comportamiento es confrontacional con el Parlamento y la prensa.

Se ha censurado a dos Ministros de su Gabinete (Salud y de Trabajo: Hernán Condori y Bettsy Chávez), se designan Ministros sin evaluar el mínimo perfil como el caso de la cartera de Desarrollo Agrario y Riego a don Javier Arce (que permaneció 15 días en el cargo) a pesar de la profunda crisis en la importación de los insumos para la producción de los alimentos básicos.

El profesor universitario Torres avala los permanentes desaciertos e inconductas del Jefe de Gobierno Castillo; aplaude los actos de los funcionarios que incurren en la aplicación de ineficaces políticas estaduales.

Viene liderando los Consejos de Ministros descentralizados, que se iniciaron bajo la presidencia de Mirtha Vásquez (29 de octubre del 21 en Cusco) y que a la fecha se han plasmado 19 con pobres resultados, sin medidas concretas, con falsas expectativas, con ilusiones trucas que generarán convulsión social, frente a los incumplimientos gubernamentales.

Durante la gestión del letrado Torres se desarrollaron quince Gabinetes en Provincias: (Huancavelica, Junín, Puno, Cusco, Vraem,

Ucayali, Ica, Tumbes, Pasco, Huánuco, Amazonas, Loreto, Yauyos, Arequipa y Cajamarca).

En estas sesiones de Gabinetes, se desplaza personal de seguridad de Palacio de Gobierno, de los Ministerios, de protocolo, de prensa innecesariamente. Se estima que el gasto asciende a más de diez millones de soles y no justifica frente a los escasos resultados en beneficio de las poblaciones.

Se han convertido en la plataforma de campaña para difundir y propalar el proyecto inoportuno de la Asamblea Constituyente y pretender captar réditos políticos a la alicaída imagen presidencial con niveles de desaprobación nacional, que superan el 74% (según la encuestadora IPSOS - Apoyo a julio del 22).

En estos 19 gabinetes descentralizados se han planteado más de 230 promesas, vinculadas a 44 ofrecimientos de infraestructura educativa y agrícola. El Premier Torres impulsa discursos confrontacionales y agraviantes a la prensa, al Parlamento, al empresariado y a las instancias locales.

En el Gabinete descentralizado en Arequipa el pasado 21 de junio, los Alcaldes mistianos declararon que funcionarios de la PCM, les prohibieron criticar al Gobierno y debían abocarse a sus proyectos (Fuente Diario El Correo -edición 22-06-22).

Uno de los puntos cruciales de la agenda del XVII Gabinete descentralizado, fue el destrabe del proyecto Majes Siguan II. El Primer Ministro Torres respaldó la suscripción de la adenda 13, a lo que los parlamentarios de la bancada de Perú Libre se opusieron (Jaime Quito y María Agüero) y Alex Paredes (bloque magisterial) el argumento central que con la firma de la adenda 13 se beneficiará la constructora española "Cobra" al producirse el cambio tecnológico en el sistema de riego y ello generaría una inversión adicional de 103 millones de dólares (Fuente Diario La República - Edición. Día 22-06-22).

Los Consejos de Ministros, son considerados como mesas de partes, en ellos deben plantearse soluciones a los trazados problemas nacionales como: la inseguridad ciudadana y lo letal de este precario Gobierno, la corrupción.

Nos encontramos en un escenario donde el daño político que se viene ocasionando a la Patria es incalculable, los valores morales y cívicos han sido sustituidos por la habilidad de quienes carentes de

ética y del don para gobernar; pretenden eternizarse y cubrirse en la inmunidad para no ser investigados y luego correr de la justicia para no ser ejemplarmente sancionados.

Estamos en una crisis de modelo de vida; donde la sociedad se conforma, donde la memoria histórica no debe quedar en el baúl de los caminos errados. La corrupción se ha filtrado desde el poder y no desea partir de él; estamos en la obligación de restaurar la institucionalidad del respeto a la transparencia del uso de la cosa pública y las generaciones que ya vienen nos reclaman ello.

59 Ministros en doce meses de función gubernamental, 4 Jefes de Gabinete, 3 varones y 1 dama; de cuales tres son de formación jurídica.

El pasado 07 de julio el Premier Torres, en forma inoportuna y desafortunada declara abruptamente en contra de nuestras Fuerzas Armadas y Policía Nacional, coloca en nivel superlativo el rol de las rondas campesinas, frente a estos dos institutos tutelares que cumplen tareas sensibles como garantizar el orden interno y la soberanía patria.

Con los manifestado por el titular de la PCM, se desvirtúa la abnegada labor que cumplen los integrantes de los institutos castrenses.

El Comando Conjunto emite el comunicado N° 005-2022-CCFFAA del 07 de julio (oficina de prensa e imagen institucional) señalan que estando a las declaraciones del Sr. Primer Ministro, en los que sugiere la idea que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no brindan una seguridad adecuada al país. Los Institutos Armados resguardan nuestro territorio, combaten al terrorismo, al narcotráfico y preservan la tranquilidad y el orden cívico.

Los comandantes generales lamentan las declaraciones impropias y ratifican el compromiso de honor con la seguridad y el desarrollo sostenible del Perú.

Las intolerantes declaraciones las brindó el Jefe del Gabinete, luego de conocer que un grupo de ronderos secuestraron al equipo de reporteros de América Televisión (programa cuarto poder) en la localidad de Chadin Distrito de Chota, Región de Cajamarca; atentado contra la libertad de prensa e incurrieron en la comisión de los delitos de: Secuestro, robo y extorsión (los afectados son los periodistas: Eduardo Quispe y Elmer Valdivieso).

Los mencionados periodistas estaban cubriendo un reportaje en la zona de Chota, vinculado a los presuntos actos de corrupción en que se encuentra involucrada la familia Presidencial (Castillo - Paredes).

El Ministro del Interior, Mariano Gonzales Fernández (que asumió funciones el 04 de julio) el pasado 08 de julio reconoció públicamente que lo sucedido con los periodistas fue un secuestro. Se desmarcó de las desatinadas opiniones del Premier Torres Vásquez y ratificó que nuestras Fuerzas Armadas y Policía Nacional merecen todo el respeto ciudadano.

## **VI. Gestión Ministerial (Julio 2021 - Julio 2022)**

### **Relaciones Exteriores**

Tres Cancilleres, el primero don Héctor Béjar, profesor universitario, permaneció 19 días en Torre Tagle, sus infortunadas declaraciones vinculando a la Marina de Guerra con Sendero Luminoso lo obligó a renunciar el 17 de agosto del 21.

Lo sucedió el funcionario en el servicio Diplomático Oscar Maurtua de Romaña, quien ocupó por segunda vez la Cancillería, es actual Embajador en Madrid.

César Landa Arroyo ocupó la Presidencia del Tribunal Constitucional y fue Vice Ministro de Justicia y Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad del Perú, ocupa el cargo desde el 01 de febrero.

### **En Defensa**

Tres ciudadanos, los dos primeros Abogados, sin mayor experiencia en las Fuerzas Armadas Walter Ayala y el Ex Fiscal Juan Carrasco Millones.

Ayala, envuelto en el escándalo de los ascensos a Generales en el glorioso Ejército e investigado por la Fiscal de la Nación doña Liz Patricia Benavides Vargas.

El actual Ministro es un oficial de la Marina de Guerra en retiro don José Luis Gavidia, quién tiene una investigación instaurada por peculado en uso en el Ministerio Público (Fuente: Diario El Comercio. Edición. Día 24-07-22).

### **En economía y finanzas**

Dos técnicos con relativa experiencia en el manejo del tesoro público. Pedro Francke, quién acompañó desde la campaña electoral al profesor Castillo y lo sucedió el funcionario Oscar Graham Yamaguchi, desde el 01 de febrero último. Viene efectuando efectivos esfuerzos por ordenar la economía nacional a pesar de las inoportunas y desafortunadas aptitudes y acuerdos políticos del Ejecutivo que generan espacios que desalientan la inversión nacional y extranjera. El Ministro Graham, no guarda mayor coordinación política con el Primer Ministro Torres y ello es positivo para salud de nuestra economía.

### **Interior**

Por esta cartera han pasado siete personajes, que no resuelven uno de los problemas de mayor envergadura; la inseguridad ciudadana (robos, asaltos, secuestros, asesinatos). El primero fue el ex Fiscal Juan Carrasco Millones, inició su gestión con cuestionamientos, no renunció al cargo de Fiscal en Lambayeque dentro del plazo de ley.

Durante su mandato falleció Abimael Guzmán (inadecuado manejo con el cadáver del líder terrorista).

Lo sucedieron personajes como Luis Baranzuela (Mayor de la Policía Nacional en retiro), que organizó una fiesta en su domicilio en plena pandemia) y ejerció el cargo del 06 de octubre al 03 de noviembre del 21.

Luego fue designado con acierto el ex Fiscal Supremo Avelino Guillén, quien renunció por el escándalo del ascenso de Generales sin los méritos policiales y los cambios en las direcciones institucionales estratégicas. El Presidente Castillo respaldó al Director de la Policía Nacional General Gallardo y no al Ministro Guillén (4-11-21 al 30-01-22).

Se designó el 01 de febrero al Coronel PNP en retiro Alfonso Chavarry quién permaneció hasta el 22 de mayo último.

El 22 de mayo último juramentó don Dimitri Senmache, quien asumió con serios problemas la cartera, ante la no ubicación del prófugo ex Ministro Juan Silva. El pasado 30 de junio fue censurado.

Hombre ingenuo, que asumió el Ministerio del Interior con una “gran mochila” cargada de varios expedientes de amigos presidenciales prófugos de la justicia y con levantamientos sociales y enfrentamientos mineros.

Perú Libre votó por censurarlo y se unieron a Fuerza Popular, Avanza País, Renovación Popular, Somos Perú, Podemos, AP y APP. El 30 de junio con 78 votos a favor, 29 en contra y 8 abstenciones don Dimitri Senmache Artola fue censurado (Fuente Diario La República. Edición. Día 01-07-22).

Las razones políticas que le permitieron permanecer y ocupar la cartera del interior por 38 días (22 de mayo al 30 de junio) estuvieron ligadas a la supuesta incapacidad de Senmache que permitió la fuga del Ex Ministro de Transportes Juan Silva; del no poder disponer la inmediata captura del Ex Secretario de Palacio Bruno Pacheco, del sobrino del mandatario Fredy Vásquez Castillo, a ello se sumó la muerte de 14 mineros en el conflicto social en la zona minera de Ático (inicios de junio) en la Provincia Arequipa de Caravelí.

Es el cuarto Ministro censurado en menos de un año, de lo que va este letal Gobierno de incapaces en tareas estaduales.

El pasado 04 de julio juramentó el sexto Ministro del Interior (julio del 21 a julio del 22). Don Mariano Gonzáles Fernández ocupó la cartera de Defensa entre julio y noviembre en el 2016, durante el mandato de Pedro Pablo Kuczynski (conocido como el Ministro del amor) fue Parlamentario Andino.

A señalado el Ministro Gonzales que su trabajo “No era ser Cazador” en alusión a la pronta captura de los ex funcionarios prófugos y requisitorizados por la justicia (Permaneció 16 días como titular, entre el 04 al 19 de julio).

Estamos convencidos que Mariano Gonzáles, se apartó del Interior (Apenas resistió 16 días en el cargo) ante la negativa del respaldo político para capturar a los allegados (prófugos) del primer mandatario. No le agradó a Palacio de Gobierno los cambios de ubicación en los mandos policiales, ante los actos significativos de imprudencias del Comando Policial ante la ola de inseguridad ciudadana y la delincuencia criminal organizada.

Funcionarios de Palacio Presidencial, pretendieron influir, designando a los Viceministros en la cartera sensible; ante el pedido el Ministro Gonzáles



no admitió las presiones palaciegas (propusieron a: Beber Camacho – Secretario Presidencial).

La otra razón está vinculada a que el Ministro Gonzáles conformó un equipo policial altamente especializado en capturas de prófugos de la justicia.

La partida del Abogado Mariano Gonzáles, encuentra sustento, ante la abierta incomodidad Presidencial de la pronta captura de los allegados del Profesor Pedro Castillo.

El nuevo Ministro del Interior es el letrado Willy Arturo Huerta Olivas, quién presto juramento la noche del 19 de julio (Ex Oficial de la Policía Nacional del Perú).

Mariano Gonzáles ha declarado (19 de julio), que no le queda ninguna duda que el Presidente no desea colaborar con la captura de los requisitorizados, que es parte de la organización criminal. Que conformó un equipo policial y que no deben desarticular este grupo de Oficiales, que están cerca de los pasos de los prófugos. Se ha producido interferencia y obstrucción a la justicia por parte del Jefe de Estado (para ubicar a los prófugos) a su vez, considera que el Primer Ministro no está a la altura de las exigencias cívicas.

Comandantes Generales de la Policía Nacional del Perú durante el periodo presidencial instalado el 28 de julio del 21, se ha contado con cuatro, los Tenientes Generales: César Cervantes Cárdenas, Javier Gallardo Mendoza, Vicente Tiburcio Orbezo y el actual Luis Vera Llerena (desde mayo del 22).

Con los permanentes cambios y remociones del comando policial; se alienta a la inestabilidad de las políticas de seguridad ciudadana y se facilita el escenario a la delincuencia organizada y la alta criminalidad. El 12 de junio se han efectuado nuevas reasignaciones de los jefes policiales en las distintas regiones del país.

## **Justicia**

En esta cartera han estado don Aníbal Torres (julio del 21 a febrero 22), luego lo sucedió Ángel Ydelfonso Narro por cuarenta días (08 de febrero al 19 de marzo 22).

Desde el 29 de marzo el ex procurador Feliz Chero Medina cumple las tareas de Ministro, letrado sin singular personalidad destacable, arduo defensor de la familia presidencial y ex procesado por patrocinio ilegal.

### **Educación**

Tres varones han pretendido enmendar las riendas de la pedagogía peruana: Juan Cadillo, cuadro prometedor con palmas magisteriales y uno de los 50 mejores maestros peruanos, fue removido el 06 de octubre.

Lo reemplaza el profesor Carlos Gallardo, quién fue el primer Ministro interpelado y censurado debido a la filtración de las pruebas docentes y su cercanía al MOMADEF, brazo político de la agrupación terrorista sendero luminoso.

El actual titular es Rosendo Serna, quién ocupa el cargo desde el 28 de diciembre del 21, celoso procurador de los desaciertos presidenciales e investigado por presunta negociación incompatible y denuncia de plagio de tesis. (Fuente: Diario El Comercio. Edición. Día: 24-07-2022).

### **En salud**

La cartera más sensible en esta época de pandemia (La Covid 19). El primero fue el ex Parlamentario Hernando Cevallos, conocedor de la materia, que lo apartan de la función por sus constantes públicas discrepancias con el Secretario General de Perú Libre don Vladimir Cerrón.

El galeno Hernán Condori, ex Director Regional de Salud en Junín y cercano colaborador del ex Gobernador Regional Cerrón asume el Ministerio en plenas críticas.

Es censurado por el Parlamento Nacional en abril por falta de idoneidad y capacidad profesional.

El entonces Vice Ministro de Salud Jorge López Peña, reemplaza al Ministro censurado el 07 de abril.

### **Desarrollo Agrario y Riego**

Ha contado con cinco personajes al frente de este portafolio desde Víctor Maita Frisancho, Alberto Ramos Quilce (un mes en el cargo), Oscar Zea Choquechambi, Javier Arce Alvarado (15 días). El Sr. Arce, estuvo en prisión en 1997 y cuenta con 20 denuncias fiscales. Fue imputado por

usurpación de funciones cuando ocupó el cargo de regidor, que lo privó de su libertad y lo recluyeron en el penal de San - Jorge. Al no consignar sus antecedentes judiciales y fiscales en la declaración antes de asumir el cargo de Ministro el Sr. Javier Arce incurrió en plena irresponsabilidad funcional que degeneró su pronta renuncia. El actual titular es Andrés Alencastre Calderón que juró el 06 de junio último; economista conocedor de la materia agraria.

### **Trabajo y Promoción Social**

En este portafolio se desempeñaron tres ciudadanos, dos varones y una dama. Iber Maravi Olarte, cuestionado por su cercanía con MOVAREDEF. Lo sucede la parlamentaria tacneña que llega por las filas de Perú Libre, luego se agrupó a Perú Democrático, la letrada Betssy Chávez Chino, se apartó del Ministerio por la censura del Congreso el 29 de mayo y que recibió el respaldo del Valdemar Cerrón, vocero de Perú Libre y de otras bancadas.

La razón central de la censura política encontró eco al legalizar la huelga de los operadores aéreos en plena semana santa, perjudicando al turismo local,

Asumió la cartera el funcionario Juan Lira Loayza el 29 de mayo

### **Producción**

En este trascendente Ministerio tres peruanos administraron sus destinos por breves plazos.

Iván Quispe Apaza por 70 días, José Roger Incio Sánchez por 40 días y el actual titular Jorge Luis Prado Palomino desde el 18 de noviembre del 2021, quién afronta una investigación fiscal por presunto nepotismo. (Fuente Diario El Comercio. Edición. Día 24-07-22).

### **Comercio Exterior**

Este portafolio esta monitoreado por el parlamentario de las filas de Juntos por el Perú, Don Roberto Sánchez Palomino desde el 29 de julio del 2021. Hombre de extrema confianza y custodio político del Presidente y se encuentra investigado por presunto fraude. (Fuente: Diario el Comercio. Edición. Día 24-07-2022).

## **Energía y Minas**

Cinco ministros al frente de nuestros recursos naturales en dos oportunidades Alexandra Herrera, asumió la jefatura y es la actual responsable desde el 22 de mayo. Iván Merino. Eduardo Gonzales Toro y Carlos Palacios. Todos sin excepción debieron resolver los reclamos de los numerosos trabajadores mineros, hasta hoy en huelga y con centros de producción paralizados o que han sufrido actos de vandalismo.

La minería informal es lo que predomina y viene generando irreparables daños a nuestra ecología y serios conflictos sociales. (y pérdidas de vidas humanas fundamentalmente en las zonas de: Caravelí - Chala - Ático, Tambopata, Apurímac-Las Bambas).

## **Vivienda, Construcción y Saneamiento**

Otra cartera que ha tenido un solo responsable desde julio del 2021 don Greiser Alvarado López, desde el 29 de julio del 21. Está investigado por varios delitos contra la administración pública. (Fuente Diario El Comercio. Edición. Día 24-07-2022).

## **Del Ambiente**

Han dirigido este Ministerio tres personajes: Rubén Martínez, Wilber Supo Quisocala (30 días) y su actual título es el científico Modesto Montoya desde el 08 de febrero.

## **Cultura**

Don Ciro Gálvez asumió el 29 de julio y propuso que el local de Palacio de Gobierno se convierte en un museo. Lo sucedió Gilda Ortiz el 06 de octubre cuya tarea no trascendió y fue reemplazada por el abogado Alejandro Salas el 10 de febrero, quien ha destacado por ser buen escudero presidencial y no de nuestro patrimonio cultural.

En esta gestión se produjo el derrumbe en las ruinas arqueológicas de Kuelap, que debió evitarse con el oportuno y adecuado mantenimiento y preservación de este patrimonio de la humanidad.

## **De la Mujer y Poblaciones Vulnerables**

Tres damas dirigieron este portafolio, la parlamentaria Anahí Durand, Katy Ugarte y la actual responsable Diana Miloslavich desde el 08 de febrero

## **Desarrollo Social**

Esta estratégica cartera ha tenido al frente a la Vice Presidenta Dina Boluarte Zegarra desde el 29 de julio del 2021.

La letrada y ex funcionaria de la ONPE, ha sido denunciada por la Sub Comisión de acusaciones constitucionales por la supuesta infracción al numeral 126 de la Carta Política (conflicto de intereses) por su condición de Ministra y de Presidenta del Club Departamental Apurímac y por vulnerar el numeral 41 de la Carta Suprema.

## **Transporte y Comunicaciones**

Este portafolio tiene asignado el mayor porcentaje del Presupuesto General de la República.

Tres ciudadanos han ocupado el importante cargo, Juan Francisco Silva Villegas, Nicolás Bustamante Coronado y su actual responsable el Ingeniero Juan Barranzuela Quiroa.

Juan Silva renunció horas antes que el Parlamento lo censure, por las serias acusaciones de irregularidades y actos de corrupción que viene siendo investigado por el Ministerio Público.

El 25 de mayo se decretó el impedimento de salida del país al ex Ministro Silva, ante lo ordenado por el Poder Judicial; la Fiscalía dispuso la video vigilancia por 30 días naturales a cargo de la PNP (Seguridad del Estado).

Por las rotundas pruebas (audios) que comprometen al ex Ministro y las constantes evidencias el juzgador consideró oportuno evitar que eluda a la justicia. Existe orden de detención preliminar dictada por el Juez Supremo de Investigación Preparatoria Juan Carlos Checkley Soria

Se ha determinado la recompensa de 50 mil soles por la captura de Juan Francisco Silva quien se encuentra como no habido al 17 de junio.

El profesor Silva Villegas es un personaje allegado al Jefe de Estado don Pedro Castillo, desde su natal Chota en el Departamento de Cajamarca.

## ESSALUD

En este precario Gobierno de improvisaciones y desaciertos en la conducción del aparato estadual; nos encontramos ante una institución emblemática “ESSALUD” órgano altamente especializado en la atención y el servicio de la salud a millones de peruanos.

Entre julio del 21 y julio del 22 han transitado cuatro funcionarios don: Mario Carhuapoma de profesión farmacéutico (agosto del 21 al 12 de enero del 22).

Luego designaron a Gino Dávila, especialista en gestión de la administración de la salud, que gerenció a Essalud dos meses (del 12 de enero al 14 de marzo). Hombre conocedor de las competencias y perfiles de los servicios sanitarios; empero fue separado por la presión de los grupos de poder interno de las distintas tendencias que predominan en la mediocre gestión gubernamental.

El ex Director del Hospital de Tingo María don Alegre Raúl Fonseca Espinoza venía liderando esta sensible institución desde el último 14 de marzo. El Ministerio de Trabajo volvió a designar como Presidente Ejecutivo de EsSalud a Gino Dávila Herrera el 13 de julio último, hombre con pericia en la materia sanitaria.

Los constantes desatinos conllevan a éstas horrendas decisiones que reflejan que el 26% aprueba la nefasta gestión Presidencial y que a su vez la ciudadanía deplora las tareas fiscalizadoras del Congreso, desaprobando su labor en un 80% (según IPSOS - Apoyo a julio).

En plena pandemia, se alentó la inestabilidad para conducir las políticas sanitarias en cautela de los 34 Millones de los vecinos de los cuatro suyos.

No hemos referido a los colaboradores políticos y aquellos que constitucionalmente deben refrendar sus actos gubernamentales. Quienes son responsables políticamente de las decisiones presidenciales y de los acuerdos a los que aborden en el Gabinete en forma colectiva o individualmente.

Los Ministros en un régimen Parlamentario, asumen tales responsabilidades y no en un modelo presidencial que actué a través de secretarios (USA).

La dirección y gestión de los servicios públicos les corresponden a los Ministros. La Constitución les confían tales reservadas y calificadas

funciones a quienes el Jefe de Estado y el Primer Ministro, seleccionan a cada personaje para confiarle y encomendarle una cartera o portafolio.

Estos predilectos ciudadanos, deben ejecutar políticas de Estado y Gobierno (servicios públicos), con severa responsabilidad y sensible transparencia.

Los servicios públicos han sido caracterizados por el Tribunal Constitucional, como un bien razonablemente protegido. Estos están reservados a su naturaleza esencial para la comunidad, su necesaria continuidad de su prestación en el tiempo, el mantener un estándar mínimo de calidad del servicio y el acceso a ellos en condiciones de igualdad (expediente N° 00034-2004-AI/TC).

## VII. Ministros Censurados

Estos predilectos ciudadanos deben ejecutar políticas de Estado y de Gobierno (servicios públicos) con severa responsabilidad y sensible transparencia.

Los servicios públicos han sido caracterizados por el Tribunal Constitucional, como un bien razonablemente protegido. Estos están reservados a su naturaleza esencial para la comunidad, su necesaria continuidad de su prestación en el tiempo, el mantener un estándar mínimo de calidad del servicio y el acceso a ellos, en condiciones de igualdad (expediente N° 00034-2004-AI/TC).

Han transcurrido 12 meses y cuatro Ministros del Gobierno del profesor Pedro Castillo, fueron primero interpelados y posteriormente censurados por el Parlamentario Nacional, estando a lo normado en los numerales 131 y 132 de la Carta Suprema.

El maestro español Francisco Fernández Segado no deja de motivar que “Las interpelaciones parlamentarias son interrogantes dirigidas al Gobierno o a cualquiera de sus miembros que deben versar sobre cuestiones de política general, que suelen desencadenar la apertura de un debate parlamentario que, circunstancialmente, puede dar lugar a una moción en la que la Cámara manifieste su posición”<sup>29</sup>.

---

29 (Fernández Segado Francisco. La Cuestión de Confianza. Marco Jurídico - Constitucional y Praxis Política. Centro de Estudios Políticos Constitucionales - Madrid - 1987)



Interperlar es un derecho a controlar políticamente, el Parlamento al Ejecutivo.

Controlar los actos, hechos y decisiones materializadas por el Gobierno, nos conducen a un ejercicio ponderado del poder político. El equilibrio de la función pública es saludable, oxigena a la democracia, fortaleza, la pluraliza, la hace más tolerante.

El llamado control político inter órganos, le reserva al Congreso mecanismos de fiscalización, por su condición de la legitimidad popular. (Francisco, 1987).

La moción de interpelación en sí, es el pedido o aclaración en acto público del Gabinete o de un Ministro, con la finalidad de rendir cuentas en relación a asuntos de interés público y sometidos a determinadas funciones; así lo comenta con acierto el jurista Víctor García Toma.

Esta figura de uso parlamentario y de origen francés (Carta de 1791) tiene como fin rector determinar sí género o no, la responsabilidad política del embestido con el fajín ministerial.

Producido el debate en el foro parlamentario, sus miembros irán diseñando la silueta de la posible controversia de interés estadual. Sin duda producido el incidente, se debe medir la conducta, los actos y comportamientos del alto funcionario para ir graduando la temperatura de su responsabilidad.

Se debe indagar, evaluar, sondear las circunstancias que por acción u omisión los integrantes del Consejo de Ministros, incurren y conllevan a ser interpelados y en otro extremo censurados por el Parlamento como titular del control político.

La interpelación es una exigencia de cuentas políticas a quienes, por impericia o negligencia en el manejo de la cosa pública, son sometidos a un enjuiciamiento sumario ante el Parlamento y deben absolver un pliego de consultas e interrogantes, que deben satisfacer a la representación nacional. Ante la insatisfacción política se abre el camino a la censura (voto de desconfianza).

La figura de la censura aparece en el numeral 132 de la Carta vigente del 93.

El Congreso se encarga de hacer efectiva la responsabilidad política del Gabinete o de un Ministro por separado. La misma se materializa mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza.

Vencida la interpelación y el pleno del Congreso, de no encontrarse satisfecho con la absolucón de interrogantes del Ministro, está facultado para ejercer su poder de censurar a todo el Consejo de Ministros o al Ministro, para alejarlos o distanciarlos del cargo del Ejecutivo.

La salida del Ministro o del Gabinete no conduce al cambio o variación de la política de Gobierno; como bien lo apunta el maestro del constitucionalismo peruano Francisco Eguiguren Praeli.

Esta institución se encuentra legislada en nuestro sistema desde 1856, recordemos que Ramón Castilla impulsó esta figura de corte parlamentario inglés y que todo Gobierno democrático no ha renunciado durante los últimos 140 años (mediante la ley de Ministros de 1856, se instaura).

Loewenstein, el magnífico mentor de la teoría política, dijo que la censura “es el arma más eficaz que dispone el Parlamento frente al Gobierno”.

“La moción de censura” encuentra su fuente en la desaprobación decretada por el Congreso, que se presenta ante la ausencia de varios componentes inherentes, para estar a cargo de un portafolio: Idoneidad, transparencia o corrección para administrar un sector del Ejecutivo; como bien lo desarrolla el calificado académico García Toma.

Al revisar nuestros archivos republicanos encontramos procesos de censuras destacables y que nos permiten reflexionar con lo sucedido.

Nos relata Víctor García, que la primera censura a un Consejo de Ministros en pleno, se presentó en el Gobierno del Gral. Juan Pezet en 1864 (Gabinete presidido por don José Antonio Ribeyro, quien a su vez era Canciller, se vio comprometido con el conflicto originado con la armada española y el fracaso en el tratamiento del mismo y que derivó en el Combate del 2 de mayo de 1866).

Una de las cartas menos longeva, la de 1867 es la que constitucionaliza la moción de censura (artículo 94).

En el siglo XX se presentaron casos notables en el primer Gobierno del arquitecto Fernando Belaunde Terry (1963 - 1968) la colosal interpelación al entonces Ministro de Gobierno (Interior) Javier Alva, cuyo debate batió

todo record (16 horas de confrontación parlamentaria) luego la censura al entonces Ministro de Justicia, de apenas 27 años el letrado cusqueño Valentín Paniagua (posterior Presidente Constitucional).

Recientes censuras (2000 - 2015) al experimentado Fernando Rospigliosi Capurro (ante los sucesos de junio del 2001 en la ciudad blanca, el llamado Arequipañazo, con la pretendida privatización de las empresas eléctricas).

Cuando Ana Jara, primera Ministra en el régimen Humalista (abril del 2015) se vio involucrada en el reglaje que materializo la Dirección Nacional de Inteligencia a políticos, periodistas, ex militares y empresarios, fue justificadamente censurada.

El bloque de Fuerza Popular en forma irresponsable en Setiembre del 2016 interpeló y luego censuró al entonces Ministro de Educación don Jaime Saavedra (connotado economista y experto en políticas gubernamentales).

Nos acercamos a este escaso periodo de 12 meses, los más penosos para nuestra patria bicentenaria. A la fecha 4 Ministros motivadamente censurados (Julio del 2021 hasta Julio del 2022, los cuales son: Gallardo, Condori, Chávez y Senmache).

Carlos Gallardo (Educación) permaneció del 06 de octubre de 2021 al 27 de diciembre último, docente cercano con el FENATE gremio fundado, por el jefe de Estado Castillo y que tiene entre sus miembros a dirigentes ex adherentes al MOVAREDEF (brazo político de la agrupación terrorista Sendero Luminoso) también fue cuestionado por la filtración de las pruebas docentes.

Con 70 votos a favor, 38 en contra y 7 abstenciones, el pleno del Parlamento aprobó censurar al profesor Gallardo (Fuente: Oficia Mayor del Congreso) permaneció en el cargo tres meses.

El galeno Hernán Condori (Salud) ocupó la Dirección Regional de Salud en Junín, cuando era Gobernador Regional don Vladimir Cerrón. Sucedió a Hernando Zevallos quien acompañó al profesor Castillo desde épocas electorales. El médico Zevallos desarrolló tareas acertadas frente al manejo de la pandemia.

Presiones de Vladimir Cerrón dieron pase, a la salida del ex parlamentario Zevallos.

El médico Condori fue severamente cuestionado por las inoportunas acciones y negligentes decisiones sanitarias, para afrontar con idoneidad la crisis sanitaria.

Ante la incapacidad funcional para ejercer el cargo ministerial, el pleno del Parlamento con 71 votos a favor, 32 en contra y 13 abstenciones, censuró al médico Hernán Condori (Fuente: Oficia Mayor del Congreso) ejerció las funciones entre el 08 de febrero al 06 de abril del 2022.

La parlamentaria Betsy Chávez Ministra de Trabajo y Promoción de Empleo, es la tercera funcionaria con este rango censurada en menos de un año en un precario periodo Presidencial.

La representante tacneña Chávez incurrió en impericia política, al autorizar la huelga de los operadores aéreos en plena “Semana Santa”, desalentando el turismo local y desvirtuando la reactivación económica impulsada por el Ejecutivo que integra la funcionaria censurada.

El Congreso ejerció el control político y censuró a la Parlamentaria Betsy Chávez con 71 votos a favor, 28 votos en contra y 12 abstenciones (Fuente: Oficia Mayor del Congreso) permaneció en el despacho de Trabajo hasta el 26 de mayo último, tarea que asumió en octubre del 2021.

Como detalle político, miembros de la bancada de Perú Libre votaron a favor de la censura de la ex compañera del grupo parlamentario.

El cuarto Ministro censurado fue don Dimitri Senmache del portafolio del Interior. El pasado 30 de junio el Pleno del Congreso lo censuró por su ingenuo actuar, al asumir las funciones en la cartera del Interior, con tremenda herencia política; como es la imposible captura política de los prófugos ex cercanos colaboradores del Jefe de Estado Sres.: Juan Silva (ex Ministro), Bruno Pacheco (ex Secretario de Palacio Presidencial) y del sobrino don Fray Vázquez Castillo.

78 votos fueron necesarios para que prospere la censura, 29 votos en contra y 8 abstenciones (Fuente: Oficia Mayor del Congreso) apenas dirigió el trascendente Ministerio escasos 38 días (22 de mayo al 30 de junio).

### **VIII. Ministros que renunciaron antes de ser Interpelados**

En este escenario encontramos 10 casos a Julio del 2022:

- Encontramos al prófugo de la justicia Juan Silva - Ex Ministro en Transportes y Comunicaciones. Renunció al portafolio minutos antes que el pleno del Parlamento decidiera votar la moción de censura, todo en relación a los serios y fundados hechos por los cuales viene siendo denunciado ante las autoridades judiciales por ser integrante de una presunta organización criminal (ejerció la función del 29 de Julio del 2021 al 28 de febrero del 2022).
- El segundo caso se generó con don Iber Maravi en la cartera de Trabajo y Promoción de Empleo; quien renunció en pleno proceso de recolección de firmas para formular la moción de censura, por estar vinculado con el MOVADef (cumplió su rol del 29 de julio al 06 de octubre del 2021).
- Luego encontramos el caso del sociólogo Héctor Béjar de 85 años, quien estuvo encargado de Cancillería 21 días (29 de julio al 17 de agosto del 2021). Se atrevió a sostener en enero del 2021 “que el grupo Maoísta Sendero Luminoso fue obra de la Marina de Guerra del Perú y de Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos (CIA)” el señor Béjar fundó el efímero ejército de liberación nacional (ELN) antes de ser interpelado por sus inoportunas declaraciones, formuló su alejamiento a la Cancillería el 17 de agosto.
- El siguiente caso lo encontramos con el letrado Walter Ayala ex titular de Defensa, quien debió distanciarse del emblemático Ministerio por encontrarse comprometido en el proceso de ascensos en el Ejército Peruano, junto con el entonces Secretario de Palacio Bruno Pacheco.
- El abogado Ayala formuló su renuncia al cargo antes que el Congreso lo interpele por las fundadas razones en el supuesto proceso irregular de promoción y ascenso en las Fuerzas Armadas. Se apartó del cargo el 15 de noviembre del 2021, que ocupó desde el 29 de julio.
- Este 13 de julio la señora Fiscal de la Nación Patricia Benavides Vargas, consideró que existe sustento para reiniciar la investigación contra el Presidente de la República como presunto autor del delito de tráfico de influencias. En este proceso se encuentran involucrados varios ex oficiales, oficiales del ejército peruano, el ex Ministro Ayala, el profesor Bruno Pacheco.

- Juan Carlos Millones, quien ocupó dos carteras (Interior y Defensa y actual Vice Ministro de Justicia y ex Fiscal Provincial) renunció al portafolio del Interior al que accedió el 29 de julio y permaneció hasta el 06 de octubre del 2021. Desde el inicio de su gestión fue cuestionado debido a que no renunció a su ubicación de Magistrado con oportunidad (en Lambayeque) el 02 de agosto informó que había presentado su renuncia al Ministerio Público. No condujo con acierto el escenario de la muerte de Abimael Guzmán (su cadáver) debió dimitir antes que el Congreso lo interpele.
- Luis Barranzuela (Mayor PNP retirado) apenas ocupó las tareas en el Interior entre el 07 de octubre y el 02 de noviembre del 2021, es decir 25 días porque se fue, por organizar una reunión social en plena crisis sanitaria (en su vivienda en Surco, noche de halloween), su pasado gris, asumió la defensa legal del cuestionado líder Vladimir Cerrón. No le quedo más que partir a menos de 30 días de función, por su tremenda torpeza política, antes que el Parlamentario lo eche justificadamente.
- Juan Cadillo llegó a Educación en julio (primer Gabinete) pedagogo, de calificativos prometedores (ganador de Palmas Magisteriales 2015 y ser uno de los 50 mejores maestros del mundo; según The Global Teacher Prize - 2017) injustificadamente lo obligaron a dimitir el 06 de octubre del 2021.
- El Ministro Iván Quispe en la Producción, no generó mayores críticas por sus acciones, mantuvo perfil bajo y se alejó el 06 de octubre de 2021 sin mayores consecuencias políticas.
- Encontramos a don Iván Merino Aguirre en Energía y Minas, desde julio del 2021 al 06 de octubre, debió enfrentar - renegociar el contrato de camisea y resolver el alza del gas doméstico. Estos asuntos sensibles no resueltos lo obligaron a apartarse del portafolio y evitar que el Congreso lo cuestione.
- Finalmente, don Ciro Gálvez (Notario Público) asumió Cultura en julio y partió el 06 de octubre del 2021, su primera propuesta fue convertir Palacio de Gobierno en un Museo. Pretendió reconocer que nuestro sagrado patrimonio cultural Macchu Picchu, es el único atractivo turístico del país, ello le generó serios anticuerpos.

La salida del intelectual Ezio Neyra como Director de la Biblioteca Nacional fue duramente cuestionada.

Todo generó que dimitiera del Gabinete Bellido y se apartó el 06 de octubre del 2021, evitando que el Congreso inicie el proceso de control político.

### **IX. Vacancia Presidencial (Procesos a: Pedro Castillo Terrones)**

Lo que va del Gobierno del profesor Pedro Castillo Terrones se han desarrollado dos procesos de solicitudes para vacar al Jefe de Estado por permanente incapacidad moral.

Las solicitudes de Vacancia al Jefe de Estado se procesaron en menos de 8 meses de gestión presidencial (entre noviembre del 21 y marzo del 22).

El primer proceso de Vacancia Presidencial fue iniciado por las bancadas de Fuerza Popular y Avanza País; reunieron el número mínimo legal de 26 firmas para presentar la Moción de Vacancia Presidencial, la misma se presentó el 25 de noviembre del 21. La Parlamentaria Patricia Chirinos impulsó la declaratoria de Vacancia por Permanente Incapacidad Moral, la que fue admitida con el voto de 52 Congresistas que permitió el debate de esta figura de control político en el seno del Parlamento Nacional.

EL 07 de diciembre del 21, el Congreso de la República debatió por largas horas las razones fundadas de declarar no apto moralmente para gobernar la Patria Bicentenario al profesor Pedro Castillo y por ende procedente la declaratoria de Vacancia Presidencial. El resultado de la votación fue de 76 votos a favor y 46 sufragios en contra de la solicitud para el alejamiento de alta magistratura, por ende, no se aprobó el pedido de desconfianza moral.

El Letrado que asumió la defensa presidencial ante el fuero parlamentario fue Eduardo Pachas Palacios.

Se requería de 87 votos (mayoría absoluta, dos tercios de número legal de Congresistas) para aprobar lo sustentado en contra del Jefe de Estado.

La segunda solicitud del proceso de Vacancia en contra del Presidente Pedro Castillo Terrones, fue iniciada el 08 de marzo, las bancadas de Fuerza Popular, Renovación Popular y Avanza País lograron contar con 26 firmas, que permitió presentar la Moción de Vacancia Presidencial. El promotor

del pedido de censura política, lo lideró don Jorge Montoya (Vicealmirante en retiro) de Renovación Popular.

La solicitud giró en razones de carencias objetivas para gobernar, competencias ausentes para liderar, en permanentes actos irresponsables para enfrentar los espacios de crisis.

La moción se admitió a debate con 76 votos de respaldo, 41 en contra y 1 abstenciones (Fuente: Oficialía mayor del Congreso).

EL 28 de marzo del año 22, el Presidente concurrió al recinto congresal acompañado de su abogado defensor el renombrado profesor universitario samarquino José Palomino Manchego.

Las fundadas razones para la procedencia inmediata de la solicitud de Vacancia por Incapacidad Moral Permanente, sin duda encuentran sustento en la impericia en la selección de los Jefes de Gabinete y de los Ministros y altos funcionarios estaduales, quienes no reúnen las mínimas condiciones elementales.

Los reconocidos y sensatos argumentos que vinculan al Jefe de Estado con presuntos actos con una organización criminal, son atendibles.

Decisiones gubernamentales alejadas a los intereses patrios, en materia económica, promoción a la inversión, a las exportaciones, generación de empleo, seguridad ciudadana y confrontación a la corrupción; son variables ausentes en este régimen.

El entorno Presidencial integrado por requisitorios de la justicia (El ex Ministro Silva, el ex secretario personal Pacheco y el sobrino Vásquez Castillo) conducen a justificar que el mandatario es incapaz para gobernar en forma permanente desde las condiciones de orden moral y político.

Este proceso de Vacancia no obtuvo el respaldo necesario de 87 votos. El resultado arrojó 55 a favor, 54 en contra y 19 abstenciones (Fuente: Oficialía mayor del Congreso) el día 28 de marzo último.

Con la Carta del 93 se activó la figura de incapacidad moral permanente. En noviembre del 2000 le fue aplicable al ex Presidente Alberto Fujimori y lo inhabilitaron en febrero del 2001, por 10 años, para el ejercicio de la función pública.



En un segundo momento en diciembre del 2017 y marzo del 2018 a Pedro Pablo Kuczynski no prosperaron las solicitudes; empero renunció en marzo del 2018.

A don Martín Vizcarra le aplicaron en dos oportunidades en 2020, la última en noviembre que próspero y lo vacaron por la causal de permanente incapacidad moral para el ejercicio de la primera magistratura de la Nación. Lo sucedió transitoriamente el Presidente del Congreso don Manuel Merino, quien renunció a los cinco días que asumió el mando producto de la presión ciudadana, en medio de revueltas y marchas, actos vandálicos y enfrentamientos con las fuerzas de orden (en noviembre del 2020).

El Parlamento ante la dimisión de su titular, procedió a elegir al nuevo Presidente del Poder Legislativo, recayó la tremenda responsabilidad en manos de don Francisco Sagasti, quien gobernó transitoriamente hasta el 28 de julio del 2021, que entregó el cargo al profesor Pedro Castillo Terrones.

La incapacidad moral y aún más permanente, se invoca por casos de conducta personal que se consideraron contrarios a la dignidad inherente al eminente cargo. Es permanente frente a la habitualidad, a lo constante, lo seguido, lo que se convierte en algunos casos en lo rutinario.

En este escenario, sin duda hoy nos encontramos a julio del 2022, con un mandatario, que en forma cotidiana incurre en actos que lo desacreditan, lo descalifican, día a día y que lo alejan más del status que requiere que demanda, que exige la Presidencia de la República.

Este 19 de julio el ex Ministro del Interior don Mariano Gonzáles (quién juró al cargo el 04 de julio) ha denunciado públicamente que lo echaron de la cartera por cumplir con sus funciones propias del cargo; incomodó al profesor Castillo, que dispusiera que equipos especializados de la Policía Nacional, delinearan las estrategias de inteligencia para la captura inmediata de los tres cercanos colaboradores presidenciales, para ser puestos a disposición de las autoridades judiciales.

A su vez, ha declarado que el primer Ministro Aníbal Vásquez, no está a la altura de las circunstancias que demanda este rector cargo.

El ex Ministro Gonzáles considera que el Presidente Castillo tiene pleno conocimiento de los actos irregulares en que incurrieron sus eficaces colaboradores y está muy interesado en que los mismas no sean capturados por los miembros del orden.

Ante las declaraciones del letrado Mariano Gonzáles, el Primer Ministro Torres Vásquez el 20 de julio, le responde en el sentido que la razón de su remoción encuentra sustento ante la no entrega del plan de seguridad ciudadana. Otros Ministros como los de: Cultura, Justicia y Defensa han asumido la tutela del Jefe de Estado, frente a las versiones telúricas y contundentes del ex Ministro Gonzáles que desnudan al titular del Poder Ejecutivo y a su incapaz Jefe de Gabinete don Aníbal Torres.

Don Mariano Gonzáles ha concurrido a la Fiscalía de la Nación para prestar sus valientes versiones (el 20 de julio). El Parlamento a través de la Comisión Permanente citó al letrado Gonzáles para que preste su declaración (la efectuó el 21 de julio).

El Primer Ministro y el responsable de Justicia concurrieron a la citación efectuada por la Presidenta de la Comisión Permanente, para que aclaren ante la representación nacional, por qué se removió tan pronto al abogado Gonzáles. Asistieron el 21 de julio al Palacio Legislativo.

La Defensoría del Pueblo curso misiva a la Presidencia de la República, para que se sirvan explicar al país las razones de la salida abrupta del ex Ministro Mariano Gonzáles (la carta es del 21 de julio).

La entonces Presidenta del Parlamento doña María del Carmen Alva insto a los miembros del Gobierno a concurrir al Congreso y aclaren los lamentables hechos políticos.

El Congresista Jorge Montoya y otros legisladores vienen evaluando la formulación de una tercera solicitud de Vacancia por carencia de moral y de valores del profesor Castillo (21 de julio).

La permanente incapacidad moral, se conceptualiza por aquellas conductas presidenciales tipificadas socialmente como inmorales (actos y hechos reñidos contra valores); que no siempre configuran delito; que con acierto las destacó el constitucionalista Enrique Chirinos Soto.

El señor Castillo supuestamente tiene como bandera "La lucha contra la corrupción" empero su familia y su entorno más cercano se encuentran presuntamente implicados en serias y sustentadas acusaciones fiscales y en procesos judiciales.

Estamos a un año de gestión presidencial, el balance en una palabra "Inviabile". Imputaciones, indicios razonables, corrupción, incapacidad para gobernar, improvisación, desarme de la estructura del Ejecutivo.

## X. Responsabilidad Constitucional del Presidente De La República y Sus Colaboradores Políticos

Nuestra historia Constitucional registra desde la primera norma de 1823, que el primer mandatario era responsable de los actos de su administración (artículo 78).

La Constitución de 1834 fue la primera en el continente de abordar dos figuras políticas, la acusación y su juzgamiento al Jefe de Estado.

La Constitución de Huancayo de 1839, atribuye una doble responsabilidad, penal y constitucional al Presidente, la misma que era efectiva al término de su mandato. La Corte Suprema era competente para asumir tales destacables funciones (causas criminales artículo 118 inciso 1).

En la Constitución del 93, se desarrolla en el numeral 117 las causales de procedencia para ser acusado durante su mandato el Presidente.

La misma Carta con acierto se ocupa del juicio o antejuicio político. La acusación constitucional es un mecanismo procesal de control político a privilegiados altos funcionarios (artículos 99 y 100).

Como relato histórico encontramos que la figura del antejuicio en nuestro sistema, tiene como antecedente a la Carta Francesa de 1791 y la desaparecida Institución del Juicio de Residencia su fuente en España. Este último dejó de ser desarrollado en la Constitución de 1860.

La institución del juicio o antejuicio, se encuentra normada desde la Carta de 1823, cuyo ideólogo fue el jurista arequipeño Francisco Javier de Luna Pizarro y Pacheco.

El Juicio de Residencia se registró desde el Reglamento de San Martín de 1821 y luego lo encontramos en las leyes supremas de 1823, 1834, 1839 y 1856.

El maestro Víctor García Toma destaca que “La protección cuasi absoluta en favor de la institución Presidencial se ha ido afirmando en nuestro país desde la Constitución de 1860”<sup>30</sup>

El Jefe de Estado durante su mandato no puede ser acusado; empero sí investigado por la Fiscalía de la Nación, como lo viene sucediendo con el Presidente Castillo en los asuntos de los ascensos en las Fuerzas Armadas y

---

30 García Víctor. Ob. Cit. Página 175

el llamado caso Sarratea; la Fiscal de la Nación Patricia Benavides Vargas, considera que existe sustento para investigar a la primera autoridad política de la República.

El señor Castillo y sus Ministros han sostenido un permanente conflicto con la ética y una lamentable y no muy lejana cercanía con actos nada transparentes. La institucionalidad se viene desgastando.

La institución de la Presidencia de la República como tal; se viene desinstitucionalizándose, desnaturalizándose, se encuentra dolida, afectada, en cuidados intensivos, por las constantes, permanentes, habituales, inadecuadas y los letales comportamientos carentes de ética y de valores del inquilino del Palacio de Pizarro.

Con siete Ministros investigados por el Ministerio Público, cinco investigaciones fiscales al primer mandatario (casos: Puente Tarata, Sarratea, Ascensos Militares y Policiales, presunto plagio de su tesis y de la Empresa PETROPERU). Su cuñada involucrada en serias acusaciones de tráfico de influencias doña Jennifer Paredes y la propia primera dama Lilia Paredes que concurrió a la Comisión de Fiscalización del Parlamento el pasado 13 de julio y se negó a declarar, ejerciendo su derecho a guardar silencio por recomendación de su abogado defensor Benji Espinoza; quién declaro que la Sra. Paredes está obligada a comparecer ante la citación de la Comisión Congresal, empero no a declarar y que brindó su testimonio ante la Fiscalía el 8 de julio pasado.

Al retomar el análisis constitucional de la institución presidencial, encontramos la figura de las infracciones constitucionales, que las mismas se deben implementar vía la institución del Juicio Político.

El Parlamento está debidamente facultado para sancionar al Jefe de Estado en pleno ejercicio de sus funciones y no esperar a la culminación del periodo presidencial (artículo 117).

El numeral 117, limita acusar al mandatario durante los cinco años de sus funciones; no prohíbe investigarlo, como lo viene efectuando con acierto la señorita Fiscal de la Nación Patricia Benavides Vargas.

El mandatario solo puede ser acusado por cuatro delitos en el ejercicio de la función presidencial (traición a la patria, impedir las elecciones sean: Presidenciales, parlamentarias, regionales, locales, por disolver el Parlamento injustificadamente e impedir el funcionamiento

de los organismos electorales. Esta limitación constitucional no alcanza al Juicio Político).

Esta antigua y reconocida figura de control político se instauró desde la Carta de 1856 y luego está presente en las siguientes normas supremas hasta la vigente del 93. Es un procedimiento eminentemente parlamentario y no judicial.

Las infracciones constitucionales son aquellas desviaciones de los actos presidenciales que vulneran reglas pre-citadas en la Constitución.

Ante el desacato, incumplimiento o violación de estos preceptos normativos constitucionales, cabe la instauración del Juicio Político al Jefe de Gobierno que permita legítimamente separarlo de la función, previo procedimiento donde se respete el debido proceso ante la sede-fuero Congresal.

Cuáles son estas reglas constitucionales:

- 1- El Presidente está obligado a cumplir las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, al no hacerlo contraviene el artículo 118, Inciso 10.
- 2- Cuando el Parlamento censura a un Ministro, el mandatario debe reemplazarlo a las 72 horas siguientes y nombrar su reemplazante, de lo contrario infringiría el numeral 132 de la Carta.
- 3- El señor Castillo se encuentra facultado a expedir decretos de urgencia (artículo 118 Inciso 19) en materia económica y financiera. Si se emitiera en otros contenidos, incurriría en infracción constitucional.
- 4- Todo vecino, ciudadano está obligado a comparecer ante las comisiones investigadoras del Parlamento, así lo dispone el numeral 97.
- 5- Como primer ciudadano de la Nación debe cumplir y hacer cumplir todos los extremos de la Constitución (artículo 118 Inciso 1).

Conocemos que el profesor Pedro Castillo fue citado a declarar y aclarar ante la Comisión de Fiscalización que preside el representante Héctor Ventura y no asistió (27 de junio). Los integrantes de la indicada comisión de trabajo acudieron a Palacio de Gobierno para recibir su testimonial y no los recibió; prefirió viajar a la ciudad de Huancavelica (Diario La República. Edición del 28 de junio – 2022) a pesar que el Secretario de Palacio Don Jorge Alva envió un oficio señalando que el Presidente recibirá a la Comisión

el 27 de junio; el abogado presidencial Benji Espinoza, apuntó que no era oportuno que le mandatario declare, estando a que el Congreso estaría afectando el principio del debido proceso. (Fuente: Diario La República. Edición. Día 28 de junio - 2022).

El Presidente constitucionalmente se encuentra obligado a concurrir a las citaciones que efectúen las distintas comisiones investigadoras, ante la renuencia, incurre en infracción constitucional (artículos 97° y 118° Inciso 1). Las investigaciones parlamentarias versan sobre las reuniones clandestinas en la vivienda del pasaje Sarratea en el distrito limeño de Breña.

- 6- El Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y Policiales, está obligado a poner a disposición del Congreso a los efectivos de estos institutos que requiera el titular del mismo. De negarse violenta con el numeral 98 de la Carta.
- 7- El Jefe de Gobierno, está facultado para denunciar los Tratados Internacionales, debiendo dar cuenta al pleno del Legislativo. De no acatar lo normado en el marco constitucional, vulnera el precepto 57 de la Constitución.

Estas reglas constitucionales, conducen cumpliendo el debido proceso, que, frente al desacato presidencial, se abre el camino para que el mandatario se aparte constitucionalmente de la primera magistratura de la Nación.

El Congreso Nacional aprobó el informe para acusar al Presidente Pedro Castillo el pasado 15 de julio.

Con 72 votos a favor, 40 en contra y ninguna abstención (Fuente: Oficia Mayor del Congreso) se aprobó el informe de la Comisión de Fiscalización que involucra los casos conocidos como: Sarratea, ascensos militares y policiales, puente Tarata, injerencias ante la SUNAT y el hallazgo de 20 mil dólares en Palacio de Gobierno (asunto que involucra a: Bruno Pacheco Castillo).

El documento de trabajo recomienda acusar constitucionalmente al Presidente Castillo por la presunta responsabilidad en varios delitos como: Organización criminal, negociación incompatible, tráfico de influencias y colusión. Las sanciones aplicarse son desde suspensión, destitución e inhabilitación.

El informe involucra a varios ex Ministros de Estado, entre ellos al prófugo Juan Silva (de Transportes) Walter Ayala (Defensa), Juan Carrasco

(Interior), al ex Secretario General de Palacio don Bruno Pacheco, al sobrino presidencial Fray Vázquez Castillo y a los empresarios Zamir Villaverde y Karelym López (ambos colaboradores eficaces del Ministerio Público).

El documento parlamentario recomienda que la Comisión Permanente formule acusación constitucional ante el pleno, previo informe de la sub comisión de acusaciones constitucionales, que debe instaurar investigación sumaria para que las conclusiones a las que arribó el grupo de fiscalización, se materialicen y el pleno del Parlamento las evalúe y termine votando por aprobar las mismas, es decir acusando constitucionalmente a quienes corresponda.

El Presidente como tal, será acusado al término de su mandato o cuando se interrumpa el mismo. A los ex Ministros les corresponde el inicio del proceso constitucional del Juicio Político, en sede parlamentaria.

La Fiscalía de la Nación a cargo de Patricia Benavides viene investigando al mandatario. Uno de ellos podríamos decir que el de menor magnitud es la denuncia por el plagio de su tesis para alcanzar el grado de Magister en Psicología Educativa por la Universidad César Vallejo. En esta investigación se encuentra involucrada doña Lilia Paredes primera dama, ambos se les atribuye la presunción de los delitos de plagio agravado, falsedad genérica y cobro indebido, todo en perjuicio del Estado.

La investigación de mayor envergadura está vinculada a la licitación del puente Tarata, ubicado sobre el río Huallaga en San Martín, de octubre del 2021, donde se encuentran motivadamente involucrados el ex Ministro de Transportes Juan Silva (hoy corrido de la justicia), Zamir Villaverde y Karelym López (estos últimos colaboradores eficaces) y Bruno Pacheco y Fray Vásquez (prófugo).

Luego la Fiscalía de la Nación reactivó el sonado caso del ascenso en las Fuerzas Armadas (Ejército y PNP). La representante del Ministerio Público considero que existen fundadas razones para investigar al Presidente en funciones por tráfico de influencias de la mano con dos famosos ex funcionarios, Bruno Pacheco y el ex Ministro de Defensa Walter Ayala.

El ex comandante Gral. Del Ejército José Vizcarra Álvarez ha ratificado que el Presidente interfirió directamente en los ascensos en el Ejército Peruano, como también el ex Comandante Gral. De la FAP Jorge Luis Chaparro.



Una reciente investigación se activa sobre las pesquisas por el tráfico de influencias sobre el caso "PETROPERU" los contundentes cuestionamientos radican en la licitación para la compra de biodiesel desde el Estado a la empresa Heaven Petroleum Operator, proceso en la empresa estatal PETROPERU, que involucra al Presidente Castillo con las reuniones sostenidas en Palacio de Gobierno con los funcionarios y empresarios.

El ex Gerente de PETROPERU Hugo Chávez, la empresaria Karelym López y Samir Abudayeh son investigados por el equipo de la Fiscal Marita Barreto.

Son cuatro investigaciones, al profesor Castillo ante el despacho de la Fiscal de la Nación Liz Patricia Benavides Vargas y una quinta investigación ante la Fiscalía de Trujillo por el presunto plagio de su tesis.

Recordemos que el Presidente Pedro Castillo es el primer mandatario en funciones en ser investigado por la Fiscalía. La defensa del profesor pretendió anular las pesquisas por los hechos cometidos durante su función.

El Poder Judicial determinó con acierto que el Jefe de Gobierno, puede ser investigado por el Ministerio Público en forma preliminar, así lo precisó el juez Supremo Juan Carlos Checkley.

No se puede dejar de mencionar a doña Jennifer Paredes Navarro (cuñada del Presidente) en relación a los vínculos con el Alcalde Distrital de Anguía don Nemil Medina y al empresario Hugo Espino, sobre la adjudicación de una obra.

El caso se genera con difusión de un video que registró una visita que efectuó Jennifer Paredes y Hugo Espino vestidos con chalecos de la empresa de este (JJMEspino- Ingeniería y Construcción) a la comunidad de la Succha el 16 de setiembre del 21, a la cuñada del Presidente se le escucha ofrecer una obra de agua potable, lo sorprendente es que meses después la Municipalidad de Anguía encargada del servicio, adjudica la obra a la empresa constructora comentada en noviembre del 21, Jennifer Paredes terminó integrando los comités que adjudicaron las obras en el Gobierno Local y por ende incurrió en tráfico de influencias que viene siendo investigada en sede fiscal, ante la que acudió recientemente la cuñada del Presidente a prestar su declaración el pasado 19 de julio y en el seno de la Comisión de Fiscalización el 22 de julio.



Se encuentra en pleno proceso ante el Poder Legislativo la acusación constitucional en contra de la Sra. Vicepresidenta de la República Dina Boluarte, luego del informe de la Contraloría General de la República; la Parlamentaria Norma Yarrow, formuló la denuncia constitucional que involucra a doña Dina Boluarte Zegarra, con la finalidad de inhabilitarla en el ejercicio de la función pública por 10 años.

El órgano de control verificó que la Vice Presidenta habría infringido el numeral 126 de la Ley Suprema, al haber suscrito documentos como Presidenta de la Asociación Privada “Club Departamental Apurímac” estando en funciones como Ministra de Estado y Vice Presidenta, firmando documentos oficiales hasta febrero del 22 como representante del Club provinciano.

El 14 de junio la sub-comisión de acusaciones constitucionales aprobó el dictamen inquisidor, que involucra a la letrada Boluarte Zegarra en los trámites, no solo protocolares, sino registrales a favor del “Club Departamental Apurímac”, quién suscribió escrituras públicas de compra venta de inmuebles a favor de la Asociación Civil. El informe de la calificación declaró procedente las denuncias, por violentar el artículo 126 de la Constitución Política (Los Ministros está prohibidos de ser gestores de intereses propios o de terceros . Ni intervenir en directorios o de gestión en empresas ni asociaciones civiles y/o privadas).

La incorporan en el nivel de responsabilidad funcional a la abogada Boluarte, al irrumpir contra el numeral 41 de la Ley Suprema, su defensa la asume Alberto Otárola (ex Ministro Humalista).

La señora Boluarte Zegarra, no consigno en su declaración jurada de intereses al asumir el cargo de Ministra de Desarrollo Social, que su cuñado Alfredo Pezo Paredes (pariente en segundo grado de afinidad) suscribió contratos con el Estado (conflicto de intereses).

La Ministra Boluarte gestionó ante la Municipalidad de Lima, el otorgamiento de la licencia de funcionamiento en abril último, para el salón de eventos en el local del Club Departamental.

El informe acusatorio fue elevado a la Comisión Permanente, por las infracciones constitucionales y omisiones de declaraciones e informaciones.

La legislatura ordinaria instalada el 27 de julio, se encargará de continuar con el proceso acusatorio que pretende inhabilitar a la Vice Presidenta y actual Ministra Dina Boluarte Zegarra.

La nueva mesa directiva elegida este 26 de julio y presidida por doña Lady Camones, se encargará de liderar esta instancia que tengan estas denuncias cuando lleguen al Pleno, previo acuerdo de la sub-comisión de acusaciones y serán cruciales los legisladores ponentes encargados de sustentar las infracciones contra la Vice Presidenta o en su caso las acusaciones constitucionales que infieran al profesor Pedro Castillo. De aprobarse estas propuestas fiscalizadores deben ventilarse en la Comisión Permanente y luego definirse ante los 130 Parlamentarios.

A julio del 22 se cuenta con 14 bancadas, es un exceso, un desborde, un desorden, un descontrol parlamentario; en la instalación de este Congreso eran diez grupos políticos. El sector legislativo más fragmentado ha sido "Perú Libre" (Perú Bicentenario, Bloque Magisterial, Perú Democrático, Cambio Democrático). Esta lamentable división parlamentaria nos conlleva a que no existen coincidencias ni programáticas, ni ideológicas, ni políticas coherentes de Gobierno.

Un Parlamento con 80% de desaprobación ciudadana, un 74% de peruanos que no toleran al señor Castillo en Palacio, por su precaria y mediocre gestión. Estos indicadores notables nos conducen al escenario de encontrarnos en el sótano de la política. Existe una tácita y dañina alianza entre el Gobierno y el Congreso por la mutua supervivencia, como lo apunta con acierto el politólogo Alberto Vergara Paniagua.

La calificada historiadora Carmen Mc-Evoy, nos describe esta penosa verdad material "El Presidente Castillo tiene un Congreso hecho a medida de su cinismo e irresponsabilidad". (Fuente: Diario La República. Edición. Día: 31-07-2022).

Lo destacable de este periodo legislativo fenecido, fue la elección de los seis Magistrados del Tribunal Constitucional del 10 de mayo último, los Directores del BCR (tres) y la frustrada elección del Defensor del Pueblo (suspendida por mandato judicial, vía un proceso de amparo) cuya selección está programada para el 12 de agosto, contando como candidato con el perfil idóneo al jurista Víctor García Toma.

Este 25 de julio don Bruno Pacheco Castillo (ex Secretario Palaciego) se entregó voluntariamente a la justicia, después de haber permanecido no habido por más de cien días (denunciado por colusión agravada- organización criminal- caso puente Tarata).

Declaró el señor Pacheco, que el letrado Beder Camacho (Secretario de Palacio de Gobierno) conocía de su paradero y le brindó todo su resguardo por encargo del Presidente Castillo.

El Poder Judicial le concedió al colaborador eficaz “arresto domiciliario” a partir del 26 de julio (en abril último se ordenó 36 meses de prisión preventiva, denunciado por tráfico de influencias).

La señorita Fiscal de la Nación Dra. Liz Patricia Benavides Vargas declaró este 26 de julio que “no cederemos a presiones políticas” “no hay intocables” “debemos emanciparnos de la corrupción” “merecemos un país libre de corrupción”. Invocó a los demás investigados a que colaboren con la justicia. Todo ello dentro del marco de las declaraciones que viene prestando el señor Bruno Pacheco Castillo ante el Ministerio Público, luego que se apersono voluntariamente al despacho de los Fiscales a cargo de las investigaciones que lo involucran por presuntas presiones a funcionarios de la SUNAT para favorecer a empresas y el hallazgo de 20 mil dólares en su oficina.

#### **XI.- Nueva Mesa Directiva del Parlamento – Periodo 2022 – 2023**

El 26 de julio el Pleno del Congreso de la República procedió a elegir la mesa directiva periodo 22-23. Se presentaron 4 listas (algo inusual, lo normal es 2 postulaciones).

Las candidaturas fueron: Lady Camones, Héctor Acuña, Esdras Medina y Gladys Echaiz para la Presidencia del Congreso acudieron al hemiciclo parlamentario 129 legisladores (de los 130) y se obtuvo el resultado en primera vuelta de:

- Lady Camones      50 votos
- Héctor Acuña      23 votos
- Esdras Medina      36 votos
- Gladys Echaiz      16 votos
- Blancos      1

- Nulos 2

(Fuente: Oficia Mayor del Congreso)

En segunda ronda electoral la Parlamentaria de Alianza para el Progreso Lady Camones Soriano, recibió el respaldo de 73 legisladores y el candidato arequipeño don Esdras Medina 52 votos.

- Votos en blanco: 4

(Fuente: Oficia Mayor del Congreso).

La mesa directiva para el periodo parlamentario 22-23 la integran representantes de cuatro bancadas como son: Lady Camones de Alianza para el Progreso (Presidenta), Martha Moyano de Fuerza Popular (Primera Vice Presidenta), Digna Calle de Podemos (Segunda Vice Presidenta) y don Wilmar Elera de Somos Perú (Tercer Vicepresidente)

(Fuente: Diario El Pueblo Edición. Día 27-07-22).

Esperamos no equivocarnos, este 26 de julio se produjeron las elecciones parlamentarias- presidenciales (al elegir a la Presidenta del Congreso y su Primera Vice Presidenta), todo ello por la salud, estabilidad y la gobernabilidad de nuestra República Bicentenario; respetando el debido procedimiento constitucional y sus instituciones democráticas.

El flamante titular del Parlamento la abogada Lady Camones Soriano a declarado que su gestión le otorgará “todas las facilidades” a la Fiscal de la Nación doña Patricia Benavides Vargas en las distintas investigaciones en las que se encuentra involucrado el mandatario Pedro Castillo.

El resultado de la elección del pasado 26 de julio en el Parlamento, no reflejó un estado de posturas ideológicas, sino el individualismo incontrolado ante la disciplina partidaria; bueno prosperó la segunda; la que viene de los pactos consensuados, que las bancadas cumplan sus pactos, que los representantes acaten las decisiones valoradas, que honren sus ideas y que sus votaciones expresen legitimidad y legalidad.

No podemos dejar de apostar por la institucionalidad; es respetar acuerdos de bancadas y los grupos políticos honren estas decisiones que generan intereses estatales, sujetos a valores y principios rectores que son el soporte de un poder público. Lo ideal es fomentar la institucionalidad.

Este proceso de crisis política, que no solo se presenta en el Ejecutivo; lo tenemos en el Congreso; donde prefieren que primen sus intereses y no resolver los asuntos delicados.

A esta figura el analista político Gonzalo Banda, la denomina “La desafección política” que conlleva a que los propios Parlamentarios insisten en pertenecer a colectividades políticas donde incomodan, donde sobran y que terminan votando solo para sus intereses y no reflejan la esencia de los postulados del movimiento.

Las solicitudes de vacancia al frágil y desmoralizado Presidente Castillo; que no prosperaron es el reflejo de la complicidad del Parlamento, que no asume con patriotismo su plena responsabilidad política y que sus miembros prefieren su confort, garantizar su estabilidad salarial y laboral y no anteponen los indiscutibles intereses cívicos; que es sin discusión alguna vacar a Jefe de Estado, por incapaz para gobernar a un país con moral republicana.

La legislatura instalada el 27 de julio, le queda tareas rectoras; una de ellas la que la historia no dejará de reclamarle por su rol representativo de legitimidad. Evaluar, debatir y aprobar respetando el debido proceso, la vacancia del Sr. Pedro Castillo, que no cuenta con el valor de un maestro en política, ni el patriotismo de un líder republicano, ni la talla de un estratega ideológico; para renunciar a la primera magistratura de la Nación.

Una segunda misión legislativa, consensuar con la clase política y encaminar el proceso de sucesión presidencial encargando la Presidencia de la República al ciudadano varón o mujer que convoque en fecha próxima a elecciones generales para renovar el Poder Ejecutivo y Legislativo.

La Sra. Vicepresidente de la Nación, no le queda otro camino, estando al informe acusatorio sustentado, que debe ser denunciada constitucionalmente e inhabilitada para la función pública por infringir los numerales 41 y 126 de la Carta Constitucional.

Una siguiente tarea elemental culminar con altura, el proceso de selección y elección del Defensor del Pueblo, cargo vacante desde mayo último que renunció el letrado Walter Gutiérrez, quién cumplió con mérito la función.

Culminar el proceso de la Bicameralidad, admitiendo la reconsideración planteada por la legisladora Patricia Juárez a la votación del 15 de

julio (71 votos) y alcanzar los 87 votos necesarios (mayoría calificada) para que en una segunda decisión legislativa se ratifique el respaldo político (Artículo 206 de la Constitución) y retornemos a la estructura parlamentaria clásica e histórica.

## **XII. Episodios Republicanos irrepetibles**

Investigaciones periodísticas recientes (Diario El Comercio. Edición. Día 24 de julio de 2022) a cargo de la periodista Mayte Ciriano Ruíz, nos relata que el Gobierno de don Pedro Castillo, “No ha cumplido 51 de sus promesas” éstas se encuentran vinculadas a los sectores de: Educación, economía y salud. Los mismos fueron expuestos en distintos momentos como en: Campaña presidencial, en actividades protocolares y en otros actos públicos.

El 80% de las promesas del profesor Castillo no se materializaron y estas destacan como: Fortalecer centros de salud, asegurar la llegada de 60 millones de vacunas (no en el tiempo prometido), organizar la jornada escolar por turnos, entregar fondos a las Ugel para infraestructura y agua, impulsar la liberación de patentes, incluir las rondas campesinas en el sistema de seguridad ciudadana, iniciar la segunda reforma agraria.

Otras promesas no implementadas; la denegatoria de la ley de la reforma magisterial, eliminar las AFP, renunciar al sueldo Presidencial y a la pensión vitalicia, vender el avión presidencial, estatizar el gas de Camisea, industrializar la hoja de coca y convocar a la Asamblea Constituyente.

El Gobierno destinó más de 6 millones de soles para bonos (gasto social), el objetivo fue aplazar el impacto de la pandemia y reducir la pobreza en los sectores más vulnerables. Este destino de recursos no redujo los niveles de pobreza material, los endureció (Fuente: BCR) se requiere de políticas complementarias, de fomento al empleo formal y al crecimiento ordenado de la economía.

Este Gobierno se convirtió en enemigo de la inversión minera, generó espacios de intranquilidad, desalentó nuevos proyectos de exploración y explotación y emitieron normas distantes a la realidad de la actividad extractiva.

Propiciaron el cierre, la clausura de centros de producción minera como el caso de las Bambas y en Cuajone; la entonces primera Ministra

Mirtha Vásquez lo impulsó, sin justificación razonable, su motivación el subjetivismo ideológico desenfrenado.

Para el calificado economista Elmer Cuba, nuestra economía crecerá con cifras por debajo del 2%, “Castillo es un equivalente a un fenómeno de El Niño por un año”.

Se dictan disposiciones que golpean al modelo económico, ampliando el gasto público, destruyendo las pensiones, interviniendo en los mecanismos de precios, fomentando el empleo informal, desalentando la inversión formal y no dictando políticas acertadas, para controlar la inseguridad ciudadana y la delincuencia organizada.

Nos encontramos ante la inoperancia, el latrocinio, el patrimonialismo, la debilidad, la descomposición de la gestión pública; tienen como objetivo saquear el erario estadual.

No solo se encuentran debidamente comprometidos: Ministros, Funcionarios, sino a su vez los parientes afines del gobernante (cuñadas y cuñados: Familia Paredes Navarro y sobrinos: Vásquez Castillo y Oblitas Paredes) en serios presuntos actos ilícitos, se cuenta con una avalancha de denuncias y testimonios, que son investigados en sede Fiscal.

Lo alarmante es que el bloque de Parlamentarios del conocido sector de izquierda, no admite ni desean reconocer que el profesor Castillo y su cercano entorno están seriamente comprometidos con presuntos delitos; lo blindan, lo protegen, lo encubren, lo hacen inmune. Aún más es evidente que hacen uso de recursos estatales para obstruir las investigaciones que develan los actos inmorales (Ministerio del Interior).

Se cumplió 365 días de un periodo en democracia deteriorada; frágil, desintegrada, con una enfermedad terminal, tóxica y ahogante.

Como lo aprecia el académico Antonio Zapata “A la espera del desenlace, cabe revisar la performance de los actores políticos en este año de profunda descomposición de la moral política” (Fuente: Diario La República. Edición. Día 29 de julio 2022). El régimen se está despedazando, producto de sus propios actos, que por todos los poros se lucen y quedan descubiertos.

El 28 de julio concurrió al Palacio Legislativo el profesor Pedro Castillo Terrones, en cumplimiento de lo normado en el numeral 118 Inciso 7 de la Constitución Política, previo acuerdo del Consejo de Ministros.



El mensaje fue de ficción, el Jefe de Gobierno parece vivir en un espacio paralelo, en otro país.

Alcanzo cifras de pasados años fiscales, con resultados económicos a los que crítica con dureza política.

Inició su intervención culpando a quienes no desean cambios, que su gestión aspira. Culpó a los medios de prensa por no difundir sus grandes logros y a sus opositores políticos que no admiten su derrota electoral de junio del 21.

Que no ha tenido un minuto de tregua, que lo difaman y lo acusan sin prueba alguna, que no cometió ningún delito y que se somete a la justicia previo respeto al debido proceso.

Los principales alcances y contenidos del mensaje estuvieron enfocados en cifras alejadas a la realidad nacional.

No planteó sorpresas ni reformas trascendentales o anuncios que podrían generar cambios ante la crisis política y económica que atraviesa la Patria. No menciona una palabra de la posibilidad de un adelanto de elecciones o de la renuncia al despacho Presidencial, ni mencionó alcance alguno vinculado a las cinco investigaciones que afronta ante el Ministerio Público.

Reservó menos de dos minutos a la lucha anticorrupción. Expuso generalidades y no detalló medidas específicas.

Aceptó menores errores en la designación de funcionarios y que brindó la confianza a quienes se aprovecharon y se burlaron de ella.

Convocó al Congreso a trabajar en unidad, es el momento que el Parlamento se siente a conversar a fin de entendernos, por encima de nuestras diferencias y posturas políticas afirmó el Sr. Castillo.

Sin duda en lo que acierta el Presidente, es el llamado a los Congresistas a que se queden juntos en sus cargos, porque está convenido que en ello coinciden.

No se ocupó de la contra reforma universitaria y del enfoque de género, no planteó soluciones para combatir la pobreza, el desempleo y el crecimiento económico.

No reservó palabra alguna, a las medidas para capturar a los prófugos de la justicia, cercanos colaboradores presidenciales.

El Presidente Castillo es consciente, que conservará su libertad; mientras ejerza la Jefatura del Estado.

Nuestra República, no se merece estos acontecimientos penosos e irrepetibles. Por las generaciones que nos leerán y nos calificarán; Sr. Castillo, Sres. Congresistas apártense pronto de sus embestiduras, que la ciudadanía ya no soporta que ustedes las detenten; por la salud de la democracia y la dignidad de la Nación mestiza.

Arequipa, 31 julio del 2022

#### **NOTA:**

Al cierre de este aporte académico el letrado. Aníbal Torres Vásquez, Presidente del Consejo de Ministros, presentó su carta de renuncia el 3 de agosto; la dimisión no fue aceptada por el mandatario. El 5 de agosto se reestructuró el Gabinete y juramentaron seis Ministros; de los cuales se incorporaron el profesor universitario Miguel Ángel Rodríguez Mackay en la Cancillería, en Economía y Finanzas el antiguo funcionario público Kurt Burneo Farfán, el Ing. César Paniagua Chacón en Vivienda, Construcción y Saneamiento (fue Presidente de la. E. P. S Cusco).

En las otras carteras se efectuó la rotación o reubicación de personajes que se caracterizan por la desmedida defensa presidencial; como el caso del abogado Alejandro Salas Zegarra, que dejó el Ministerio de Cultura y pasó a Trabajo y Promoción Social, sin haber destacado en su rol como promotor y preservador del patrimonio histórico.

El Ing. Geiner Alvarado López, cesó el emblemático Ministerio de Vivienda y ocupará Transportes y Comunicaciones (sector que administra el mayor porcentaje del presupuesto público) y retorna al Consejo de Ministros la Congresista tacneña Betssy Chávez Chino (censurada en mayo último como titular de Trabajo) y ahora conducirá el sector Cultura.

El ex. Decano samarquino Torres Vásquez, continuará como Jefe del Gabinete a pesar de su profunda y marcada incapacidad para liderar con acierto las políticas estaduales estables, que demanda la sociedad al poder constituido. A la fecha se cuenta con 66 Ministros.

### XIII. Bibliografía

- Baella Tuesta Alfonso. *El Poder Invisible*. Editorial Andina. Lima. 1976.
- Cáceres Arce Jorge Luis. En: *Vacancia por Incapacidad Moral*. Editorial Antares. Fondo Editorial UCSM. Arequipa. 2018.
- Constitución Política del Estado Peruano. Centro de Estudios Constitucionales. Tribunal Constitucional. *Compendio Normativo*. Editorial Formax. Lima 2019.
- Chanamé Orbe Raúl. *Comentarios de la Constitución Política*. Editorial Jurista Editores. Lima. 2020.
- Chirinos Soto Enrique. *Historia de la República Tomos: I, II y III*. Editorial Panamericana. Bogotá Colombia. 1991.
- Diario El Comercio. Edición virtual. Día: 08 de junio de 2022. Edición impresa. Día: 24 de julio 2022. Lima.
- Diario El Correo. Edición impresa. Día: 22-06-22. Arequipa.
- Diario El Expreso. Edición digital. Día: 06-06-22. Lima.
- Diario El Pueblo. Edición impresa. Día: 27-07-22. Arequipa.
- Diario La República. Edición impresa. Días: 22-06-22, 28-06-22, 01-07-22, 29-07-22, 31-07-22. Arequipa.
- Eguiguren Praeli Francisco. *Las Relaciones entre: El Gobierno y el Congreso. En el Régimen Político Peruano*. Editorial Palestra. Lima 2021.
- Fernández Segado Francisco. *La Cuestión de Confianza. Marco Jurídico Constitucional y Praxis Política*. Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid 1987.
- Fernández Sessarego Carlos. En *Gaceta Constitucional N°89. El Preámbulo de la Constitución*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2019.
- García Belaunde Domingo. En *Ponencias de VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Adrus. Arequipa-2018.
- García Toma Víctor. *Democracia, Organizaciones Políticas y Control Parlamentario*. Editorial Palestra. Lima 2022.
- Hernández García Elizabeth. En *Presidentes y Gobernantes del Perú Republicano*. Municipalidad Metropolitana de Lima. Lima 2020.

- Las Constituciones del Perú. Tribunal Constitucional. Editorial Antares. Fondo Editorial UCSM. Arequipa. 2018.
- Montero Díaz Julio. (Editor). Constituciones y Códigos Políticos Españoles 1808-1978. Editorial Ariel-Practicum. Barcelona. 2008.
- Pacheco y Rivero Toribio. Cuestiones Constitucionales. C.E.C Tribunal Constitucional. Lima. 2015.
- Pareja Paz-Soldán José. Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979). Fondo Editorial PUCP. Lima-2005.
- Planas Silva Pedro. Democracia y Tradición Constitucional en el Perú. Editorial San Marcos. Lima. 1998.
- Prieto Celi Federico. Así se Hizo el Perú. Crónica Política de 1939 a 2018. Editorial Penguin Randon House. Lima-2019.
- Ramos Núñez Carlos. La letra de la ley. C.E.C Tribunal Constitucional. Lima. 2018.
- Santillana Cantela Tomás. Historia de una Traición Impune. Mid SAC. Lima. 2011.
- Valle-Riestra Gonzáles Olaechea Javier. La Responsabilidad Constitucional del Jefe de Estado. Editorial H. Benites-Rivas. Lima 1987.
- Villarán y Godoy Manuel Vicente. Lecciones de Derecho Constitucional. Fondo Editorial PUCP. Lima. 1998.

Arequipa, 31 julio del 2022

# REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y CRISIS EN LATINOAMÉRICA. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN LA ENCRUCIJADA DE LOS POPULISMOS



*Jorge Alejandro Amaya\**

**Sumario:** I. Introducción. El problema de definir la Democracia; II. La democracia y sus modelos; III. Tres variantes equilibradas de la democracia constitucional: la liberal, la social y la deliberativa; IV. Dos variantes constitucionalmente débiles de la democracia constitucional: la electoral y la delegativa; V. Dos modelos reñidos con el constitucionalismo: el popular y el populista; VI. La regla de la mayoría y sus límites; VII. ¿La democracia constitucional como derecho humano? La Carta Democrática Interamericana (CDI); VIII. La Democracia constitucional en la encrucijada de los populismos; IX. Reflexión final.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Estudios Posdoctorales en Derecho en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en la Universidad de Bolonia, Italia (UNIBO). Completó estudios de Postgrado en la Escuela de Gobierno y Negocios de la Universidad de Harvard (USA) y en las Escuelas de Leyes de las Universidades de San Francisco (USA) y George Washington University (USA). Profesor Ordinario de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional y del Instituto para el Desarrollo Constitucional (IDC) Asociación Civil. Director para Latinoamérica del Programa de Posdoctorado en Derecho para doctores Iberoamericanos de la Universidad de Bolonia, Italia.

**Palabras clave:** Democracia Constitucional – modelos – aspectos procesales y sustanciales - regla de la mayoría – Carta Democrática Interamericana – Populismos.

## Resumen:

Justicia independiente, división de poderes, libertad de expresión, pluralismo y alternancia democrática, elecciones periódicas libres y transparentes (instituciones sólidas) son las características de la Democracia Constitucional como modelo jurídico político completo y complejo que aúna una forma de gobierno (el autogobierno popular) y una forma de Estado (el Estado Constitucional). La Democracia Constitucional tiene un aspecto procedimental y un aspecto institucional. Este modelo adoptado mayoritariamente a través de sistemas presidencialistas o parlamentarios por el mundo occidental, ha sido consagrado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la Carta Democrática Interamericana y exige a los países integrantes la vigencia y afianzamiento de dichas características institucionales. Sin embargo, coexisten en Latinoamérica - en teoría y práctica - modelos de democracia que otorgan distinta importancia a los elementos procesales y sustanciales que definen la Democracia Constitucional. Para el autor, los populismos que acechan hoy la democracia constitucional, se enrolan en un modelo democrático no constitucional en el sentido histórico y filosófico del movimiento de origen liberal.

## I. Introducción. El problema de definir la Democracia

Podemos afirmar que la palabra *democracia* es una de las palabras más amplias del lenguaje jurídico político, y por cierto un concepto multívoco. Como plantea Sartori<sup>1</sup>, definir la democracia es importante porque implica conocer qué esperamos de ella, ya que si la definimos en términos irreales o ficticios no encontraremos nunca realidades democráticas que se encuadren en nuestra definición.

Pero el problema de definir la democracia es mucho más complejo que su raíz etimológica<sup>2</sup>, ya que entre el nombre y el objeto la distancia es amplia y con matices.

---

1 G. SARTORI, *¿Qué es la Democracia?*, Altamir ediciones, Bogotá, 1994, capítulo I, pp. 3/10.

2 Etimológicamente la palabra proviene de las voces griegas “demos” (pueblo) y “kratos” (gobierno); y se ha teorizado sobre la misma desde antes de Pericles (s. V ac) hasta nuestros días.

Por un lado, la democracia es una realidad palpable en el mundo occidental. Pero esta realidad no es igual en los distintos países que se definen como democráticos. ¿Es igual la democracia inglesa, que la rusa, la sueca o la china? ¿La norteamericana y la boliviana? ¿La venezolana, la cubana, la española, la mejicana, la colombiana o la argentina? No requerimos ser expertos o estudiosos de la teoría de la democracia, ni concedores en profundidad del funcionamiento institucional de estos países, para afirmar instintivamente que en muchos de estos casos no parecen iguales, sino muy por el contrario se vislumbran como diferentes.

Lo afirmado nos conduce a que una realidad democrática no puede ser desligada de aquello que la democracia entendemos que debería ser. De ello se deriva que el problema de definir la democracia se desdobra, porque si por un lado la democracia requiere de una definición prescriptiva (el deber ser)<sup>3</sup>, por el otro no se puede ignorar la definición descriptiva (el ser). Sin la verificación, la prescripción es irreal, pero sin el ideal una democracia no es tal.

Lo cierto, es que en la segunda mitad del siglo XX el concepto de democracia ha conocido una amplia diversificación de formulaciones. Tan amplias formulaciones que al final de los años ochenta no había todavía una teoría central de la democracia, y no se podía hablar todavía de una teoría de la democracia plenamente desarrollada<sup>4</sup>.

Si aún en el siglo XXI no podemos hablar de una teoría de la democracia plenamente desarrollada, significa que no hay unanimidad sobre los principios básicos de la teoría democrática, sea en su normatividad o en su aplicación. La realidad expone crudamente esta afirmación.

Muchos países latinoamericanos, asiáticos y africanos se consideran gobiernos democráticos y, sin embargo, muchos de nosotros no titubearíamos en calificarlos de otra manera o en destacar, al menos, una mala calidad del funcionamiento de la democracia en dichos países o de la normatividad en que se basa.

Pero esta afirmación está condicionada siempre por nuestro concepto de democracia, o sea por lo que entendemos por democracia.

---

3 G. SARTORI, *Op. Cit.*, pp. 3/5.

4 G. SARTORI *Teoría de la democracia.1. El debate contemporáneo*, Trad. cast., Madrid, Alianza 2007, pág. 13



## II. La democracia y sus modelos

Si bien el sufragio popular constituye un punto común en la teoría democrática, y entonces podremos hablar de *democracia* en singular, corresponde referirnos a los modelos en forma plural, ya que, desde la interrelación entre *democracia y constitución* se configuran distintos modelos democráticos que pueden encontrar una mediana coherencia entre el ideal y la praxis, o entre la prescripción y la descripción.

Esto evidencia la existencia en el mundo de distintos *modelos*, cuyas diferencias han sido destacadas desde distintas perspectivas por varios autores<sup>5</sup>.

La clasificación de los *modelos de democracia* a los que nos referiremos en este trabajo, se elabora desde la perspectiva de la relación entre *democracia y constitución*, es decir, desde la interacción entre la aspiración del autogobierno popular y los límites que el propio autogobierno se impone normativamente en un texto que denomina Constitución y al que se le otorga *supremacía* a efectos de operar como regla de referencia, reconocimiento, o validación de todo el sistema jurídico.

La noción de *constitucionalismo o constitución* es, por cierto, compleja y abraza una notable variedad de orientaciones<sup>6</sup> y, si bien se trata de un fenómeno moderno afianza sus raíces en la edad pre-moderna y encuentra su modelo en el ideal clásico del *gobierno de las leyes* contrapuesto al *gobierno de los hombres*.

¿Porque el *estado constitucional* es aquel que reconoce derechos fundamentales y al mismo tiempo divide el poder político?

La conexión entre ambos elementos se ilustra a partir que los derechos individuales son los límites principales del poder político e inviolables por el mismo, tanto en el sentido negativo como positivo, es decir en el sentido que no puede adoptar decisiones que lesionen esos derechos, como en el sentido que está obligado a asegurar su disfrute por parte de los individuos.

---

5 Pueden verse, además de la obra de Sartori citada en la nota anterior, D. HELD, "Modelos de democracia", Madrid, Alianza 1991; R. DEL AGUILA, F. VALLESPIN y otros, "La democracia en sus textos", Madrid, Alianza, 1998.

6 Algunas de estas orientaciones coinciden con los modelos democráticos, ejemplo el constitucionalismo liberal o clásico y el social. En otros no se da esta coincidencia, como en el caso del constitucionalismo popular.

En la noción de *abuso de poder político* se encuentran implicadas distintas dimensiones, ya que el poder comete abusos cuando excede los límites que le han sido prescriptos; cuando realiza actos no autorizados; cuando se impone arbitrariamente a la voluntad de los administrados; y cuando actúa por interés propio o privado y no por interés público.

La división o separación de los poderes es aquel diseño constitucional destinado a prevenir los abusos del poder y proteger los derechos fundamentales del individuo que constituyen los principales límites del poder político. Esta creación constitucional se materializa mediante dos operaciones:

- a) la distinción de las funciones en las que se articula el poder político (legislativa, ejecutiva y judicial);
- b) creación de los órganos separados en los que se distribuyen, dosificando las competencias de dichos órganos para permitir su control recíproco (los checks and balances norteamericanos)

Como señala Bobbio se *podría afirmar que la separación de los poderes tiende al aislamiento del poder ejecutivo*<sup>7</sup> como uno de sus efectos más importantes. Por un lado la limitación del poder contra los abusos es solamente ilusoria si el sujeto que detenta la facultad de ejercer el poder coactivo es el mismo sujeto que establece las reglas que deberían limitar su ejercicio; por otro lado, el límite es ilusorio cuando el mismo sujeto que ejerce la coacción determina si la coacción debe aplicarse en el caso concreto, es decir, si es el mismo sujeto que determina cuando se ha cometido un ilícito<sup>8</sup>.

Siguiendo entonces esta línea de pensamiento, constitución en un sentido estricto y propio, es la norma o conjunto de normas que, por un lado, reconoce derechos fundamentales y, por otro, instituye poderes públicos articulando sus competencias y regulando su ejercicio en función de la protección de la garantía y de la tutela de los derechos.

En síntesis, adherimos al modelo de *Democracia Constitucional* que, como veremos, incluye distintos sub-modelos democráticos (liberal, social, deliberativo) y rechaza otros (electoral, delegativo, popular, populista).

---

7 N. Bobbio, *Diritto e Stato nel pensiero di Emmanuele Kant*, Gioppichelli, Turín, 1969, p. 28.

8 J.A. AMAYA *Control de Constitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, capítulo II, A) punto 11. P. 38/51.

### III. Tres variantes equilibradas de la democracia constitucional: la liberal, la social y la deliberativa

Dentro de las variantes que presenta en el mundo occidental la concepción de la democracia constitucional, podemos incluir a la democracia liberal; a la democracia social; y a la democracia deliberativa.

Las tres variantes promueven, con distintos matices, las siguientes características:

- Una constitución suprema que reconoce derechos individuales y limita el poder del Estado a través de algún esquema de división del poder.
- El derecho de todos los ciudadanos a votar y ser votado en elecciones libres y transparentes.
- El status de inviolabilidad del derecho de propiedad privada.
- La existencia de un sistema político pluralista.
- La vigencia de la libertad de expresión y de prensa, así como el acceso a fuentes de información alternativa a las propias del gobierno que garanticen el derecho a la información de los ciudadanos.
- El respeto de las mayorías en la toma de decisiones dentro de un marco institucional de protección de los derechos de las minorías.

Giovanni Sartori es, sin duda, uno de los más fervientes defensores contemporáneos del modelo liberal<sup>9</sup> que, desde Tocqueville<sup>10</sup> a De Ruggiero<sup>11</sup>, pasando por Kelsen<sup>12</sup> o Raymond Aron<sup>13</sup>, intenta discernir – en esencia – sobre la relación entre la libertad y la igualdad. La democracia liberal refuerza la individualidad frente al contexto social<sup>14</sup>.

---

9 G. SARTORI, *Teoría de la Democracia*, Alianza Universidad, Madrid, 2007 (2 tomos).

10 A. TOCQUEVILLE *La democracia en América*, Editorial Alianza, Madrid, 1980.

11 G. DE RUGGIERO *Política y Democracia*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1960.

12 H. KELSEN *De la esencia y valor de la democracia*, Valor, Barcelona, 1977 y KRK, ediciones, Oviedo, 2006.

13 R. ARON *Democracia y totalitarismo*, Seix Barral, Barcelona, 1968.

14 G. SARTORI, Op. cit. tomo 2, *Los problemas clásicos*, p. 467.

El modelo liberal es ante todo la técnica de limitar el poder del Estado; mientras que el social se preocupa por la inserción del poder popular en el Estado<sup>15</sup>. O, en otras palabras, mientras el liberal se preocupa por la forma del Estado, el demócrata social se interesa por el contenido de las formas emanadas del Estado.

Y estas características de la democracia liberal y social no son menores, tienen enorme relevancia en resguardo de los derechos humanos.

La democracia social, que han adoptado la gran mayoría de los países europeos y latinoamericanos, fortalece los derechos sociales entendiendo los mismos como aquellos que tienen que ver con la protección de los más desfavorecidos, son derechos que obligan al Estado a actuar. La educación, el derecho a una vivienda digna, el derecho a la salud, etc. Se incorporan como sociales el derecho de participación social y participación política, implementado, por ejemplo, para los trabajadores a través de sus sindicatos nacionales. La democracia y el capitalismo de mercado son considerados como dos aspectos esenciales de la teoría de la democracia social que se han desarrollado en una relación de tensión recíproca.

La Teoría de la democracia social se diferencia – sin duda – de la teoría de la democracia liberal, pero cabe destacar que las raíces de ambas teorías se encuentran en la democracia liberal desarrollada desde la Ilustración en los siglos XVII y XVIII.

Presenta una concepción diversa respecto a los tres valores fundamentales de la sociedad occidental: libertad, igualdad y solidaridad, los cuales, si bien están vinculados particularmente con la cultura, intentan explicar cuál es la relación del individuo frente a la sociedad y cómo debe representarse la vida en sociedad. En este sentido, la democracia social refuerza los valores de la igualdad y la solidaridad, frente a la libertad priorizada por la democracia liberal.

De acuerdo con Isaiah Berlín, es posible establecer una diferenciación entre derechos de libertad negativa (formales, defensivos) y derechos de libertad positiva (sociales, posibilitadores)<sup>16</sup>. Ambos modelos asignan una importancia muy diferente a la interrelación que existe entre los derechos de libertad positiva y negativa. Para la democracia liberal el otorgamiento

---

15 Ibídem, p. 470.

16 I. BERLÍN *Dos conceptos de libertad*, Alianza Editorial, 2005.

de derechos de libertad positiva recorta (y elimina) derechos de libertad negativa, por lo que los derechos de libertad negativa tienen prioridad. Para la democracia social los derechos de libertad negativa y positiva deben equipararse si tienen validez formal y efectividad real para todos.

De este modo, el Estado adquiere un papel activo y una obligación de actuar, sobre todo para establecer una red de servicio público y una infraestructura que ofrezcan libre acceso, protección y oportunidades a todos; para crear oportunidades mediante la redistribución social, a fin de que las personas puedan participar activamente y de forma autónoma en la sociedad y en la democracia; para integrar formalmente la economía de mercado de manera tal que se garanticen las estructuras democráticas y puedan verse representados los intereses de los trabajadores.

El modelo deliberativo es también una forma política que aspira a convertirse en modelo normativo de la política contemporánea, prescribiendo la política que conviene a la sociedad postmoderna, la cual – según su visión – no debe renunciar a la construcción racional del mundo humano de manera autónoma, reflexiva y secular, en medio de la crisis del Estado nacional de derecho y la formación de una sociedad global.

Las piezas que forman la teoría de la democracia deliberativa están finamente engarzadas en un sistema de pensamiento, idealista y pragmático a la vez, montado sobre la razón y la acción comunicativas, de las que emerge un modelo político filosófico (la política deliberativa) y una propuesta política y constitucional democrática, la deliberativa.

Habermas, su principal gestor, sostiene que la democracia deliberativa es dependiente de procedimientos y presupuestos comunicativos que institucionalizan el discurso público. Se aparta de los teóricos participativos que como Macpherson o Dhal, han centrado su reflexión en la creación de modelos organizacionales de participación política y social. Ha orientado sus esfuerzos a mostrar las potencialidades ínsitas en los procesos comunicativos, pues mientras no haya consenso sobre la necesidad de realizarlos la discusión sobre los modelos organizacionales sería prematura.

El autogobierno no consiste en el ejercicio de la soberanía por el pueblo, sino en la realización de la voluntad popular como procedimiento. Habermas cuestiona la representación clásica y sostiene que debe hacerse procedimental. Esto es, ya no se trata de oponer el gobierno de la minoría al del pueblo como mayoría o como conjunto de ciudadanos, como lo

hacia la teoría clásica de la democracia desde Aristóteles, sino más bien de democratizar los procesos de toma de decisiones públicas y de racionalización social<sup>17</sup>.

Esto significa una valoración a los movimientos sociales, de los grupos que llama "auto organizados" los cuales convierten en temas sociales situaciones particulares: por ejemplo, de las mujeres, las minorías étnicas, la paz, o el medioambiente, para citar algunos ejemplos. De este modo, ciertos intereses particulares pueden universalizarse y por esa vía contribuir a realizar los valores normativos de la modernidad: autogobierno, autonomía y autorrealización, los cuales están íntimamente ligados a la libertad, la paz, la disminución de las desigualdades, la ciudadanía amplia, el reconocimiento del pluralismo social y cultural y la igual dignidad de todos los hombres y sus culturas.

#### **IV. Dos variantes constitucionalmente débiles de la democracia constitucional: la electoral y la delegativa**

La teoría de la democracia electoral de Shumpeter<sup>18</sup> se construye a partir de la idea que la democracia es un método de combate político entre grupos, por medio de las elecciones para formar gobierno. Para este economista austriaco los políticos se comportan como negociantes, donde lo único que cuenta es arribar al poder. El método es la lucha electoral, y a ello se le llama democracia. Por consiguiente, las convicciones ideológicas no juegan un papel relevante en la teoría de la democracia electoral.

El pueblo es un actor más bien pasivo, sin una clara identidad, que reacciona a los estímulos de la propaganda política y donde la participación ciudadana se cristaliza en el acto de votar.

Shumpeter acepta tácitamente que el régimen democrático puede coexistir con la exclusión de grupos en base a raza, género o religión, pero su modelo de libre competencia electoral "requiere la aceptación de

---

17 J. HABERMAS *La soberanía popular como procedimiento. Un concepto normativo de lo público en Jüngen Habermas: moralidad, ética y política*, María Herrera (coord.), Ed. Alianza, México D.F, p. 49.

18 J. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*, volumen I, Marcial Pons, Barcelona, 2015.

ciertos residuos del liberalismo clásico [...] presupone algunas libertades políticas básicas”<sup>19</sup>.

Para el modelo de democracia electoral, la lucha es por el poder, no por alternativas u opciones en las estrategias estatales o las políticas públicas. Es como si la lucha fuera una cuestión en la que la ideología tiene un papel subsidiario o nulo. Por ello, no hay duda de que en Schumpeter prevalece la idea que las demandas políticas ciudadanas pueden ser restringidas, manipuladas, aumentadas y frenadas por la oferta de los políticos profesionales.

Es un sistema donde los que mandan, mandan por su posición privilegiada, o dicho crudamente, por su poder previamente adquirido, no derivado de alguna norma democrática<sup>20</sup>.

La teoría electoral tiene una baja estima de la conducta de la ciudadanía moderna, ya que para esta el pueblo se comporta irracionalmente ante las decisiones políticas, le gusta ser dirigido y adora a los líderes carismáticos autoritarios, e incluso tolera el engaño abierto y el descaro de sus líderes<sup>21</sup>.

Por consiguiente, parecería que la propuesta del modelo de democracia electoral se reduce a un mecanismo plebiscitario regular, no entre opciones ideológicas, sino entre líderes o caudillos

El modelo delegativo corresponde al prestigioso politólogo Guillermo O’Donnell, quien planteara inicialmente en un artículo<sup>22</sup> esta nueva

---

19 W. SCHEUERMAN, *Carl Schmitt. The End of Law*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1999, p. 202, citado por Vidal de la Rosa Godofredo, *Teoría Democrática, Joseph Schumpeter y la síntesis moderna*, Diversa, Nueva época, año 23, N° 62, enero-abril de 2010, Argumentos, U-Am, México, p. 180.

20 Schumpeter no examina estos orígenes, pero en otras partes de su obra deja ver, coincidiendo con Marx y hasta con Max Weber, que las fuentes del poder en la sociedad moderna no dimanaban de la voluntad popular sino del acceso de las clases sociales a los medios de producción, coerción y administración. Cfr. G. VIDAL DE LA ROSA, *Op. Cit.* p. 186.

21 Muchos estudios concuerdan en que a mayor nivel educativo los públicos prefieren elecciones entre ofertas políticas, y entre públicos atrasados cívicamente prefieren elecciones entre imágenes personales y afectivas, como las que describe Schumpeter.

22 Publicado originalmente como *Delegative Democracy*, *Journal of Democracy*, Vol. 5, No. 1, January 1994: 55-69. 1994 National Endowment for Democracy and The Johns Hopkins University Press.



especie o modelo de democracia, sobre la cual aún no se ha teorizado mayoritariamente.

Para el autor nacional los factores más decisivos en la generación de este nuevo modelo de democracia se centran en factores históricos y en la gravedad de los problemas socioeconómicos que heredan aquellos gobiernos democráticos que sobrevienen a los gobiernos dictatoriales.

Así, sostiene que algunas democracias jóvenes<sup>23</sup> si bien constituyen poliarquías, no son democracias consolidadas, es decir institucionalizadas, aunque pueden ser duraderas. En muchos casos, no se observan señales en sus territorios de una amenaza inminente de regresión autoritaria, pero tampoco progresos hacia una democracia representativa, ya que la crisis social y económica que la mayoría de estos gobiernos heredaron de sus predecesores autoritarios refuerza ciertas prácticas y concepciones acerca del ejercicio de la autoridad política, que conducen hacia la democracia delegativa, no a la representativa.

Una democracia no institucionalizada se caracteriza por el alcance restringido, la debilidad y la baja intensidad de cualesquiera que sean las instituciones políticas existentes. El lugar de las instituciones lo ocupan otras prácticas no formalizadas, pero fuertemente operativas, a saber: el clientelismo, el patrimonialismo y la corrupción.

Las democracias delegativas se basan en la premisa de (quien sea que gane una elección presidencial) tendrá el derecho a gobernar como considere apropiado, restringido sólo por la realidad de las relaciones de poder existentes y por un período en funciones limitado constitucionalmente, que inevitable y recurrentemente tratará de sortear.

El presidente es considerado como la encarnación del país, principal custodio e intérprete de sus intereses. Las políticas de su gobierno no necesitan guardar ninguna semejanza con las promesas de su campaña, ¿o acaso el presidente no ha sido autorizado para gobernar como estime conveniente?

Debido a que a esta figura paternal le corresponde encargarse de toda la nación, su base política debe ser un movimiento: la vibrante superación del faccionalismo y de los conflictos asociados a los partidos.

---

23 Argentina, Brasil, Perú, Ecuador, Bolivia, Filipinas, Corea y muchos países poscomunistas.



Generalmente, en el modelo Delegativo, los candidatos presidenciales ganadores se sitúan a sí mismos tanto sobre los partidos políticos como sobre los intereses organizados. ¿Cómo podría ser de otro modo para alguien que afirma encarnar la totalidad de la nación?

De acuerdo con esta visión, otras instituciones, por ejemplo los Poderes Legislativo y Judicial, constituyen estorbos a un presidente democráticamente elegido por amplia mayoría popular.

La rendición de cuentas a dichas instituciones aparece como un mero obstáculo a la plena autoridad que le ha sido delegada al presidente.

La democracia delegativa no es ajena a la tradición democrática, por el contrario es fuertemente mayoritaria y democrática, pero mucho menos constitucional que la democracia representativa.

Consiste en constituir mediante elecciones limpias una mayoría que faculta a alguien para convertirse, durante un determinado número de años en la encarnación y el intérprete de los altos intereses de la nación.

## **V. Dos modelos reñidos con el constitucionalismo: el popular y el populista**

El modelo de la democracia popular se expresó en los estados socialistas desarrollados principalmente durante el siglo XX en Europa del Este, bajo la influencia de la denominada entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, producto de la distribución geográfica política que dejó la finalización de la segunda fuera mundial. Solían disponer en el nombre oficial del Estado la expresión República Popular o República Democrática.

Estos regímenes han sido institucionalmente variados, aunque en todos ellos el pluralismo fue limitado o prácticamente inexistente, ya que los regímenes políticos se constituyeron con un partido político único, o, en algunos casos, con dos: uno urbano y otro agrario, unidos por el Estado y sin competir entre ellos.

El modelo de la democracia popular inspira su diseño conceptual en las ideas de Marx y Engels. Estos teóricos siempre destacaron que la democracia consistía en un poder colegiado de los obreros en alianza con los campesinos, artesanos, trabajadores de los servicios, profesionales e intelectuales. Sostienen que hace falta en las sociedades un período de eliminación de las diferencias de clases, de establecimiento de condiciones

económicas nuevas donde se cumpla la satisfacción plena material y espiritual de los individuos. Para ellos la concepción del socialismo sólo podía darse en sociedades desarrolladas y no en sociedades con bajo desarrollo de las fuerzas productivas, porque entonces no era posible garantizar el progreso y las aspiraciones de una sociedad donde se diera el salto de la necesidad a la libertad más plena de la democracia verdadera.

Con posterioridad a las ideas comunistas de Marx, Engels y Lenin, otro gran teórico de esta corriente, Antonio Gramsci<sup>24</sup>, formula una crítica aguda al autoritarismo y a los métodos burocráticos de la Unión Soviética, avizorando el fracaso del modelo de socialismo soviético y exponiendo la necesidad de una construcción teórica y práctica más dialéctica y democrática del mismo.

Gramsci plantea como tarea necesaria en la preparación de la revolución un intenso trabajo crítico que permita la elevación del nivel cultural e ideológico de las mayorías inconformes con el sistema de dominación imperante. Estas ideas del filósofo marxista italiano tienen relación con el concepto de hegemonía, ya que para él la dominación de clases en los tiempos modernos necesita de una legitimación que la dominación perdurable debe implicar. No sólo se debe garantizar el elemento de fuerza de coerción, sino también la construcción y conservación del consenso.

Esto lo lleva a ampliar el concepto marxista de Estado como aquel que además del aparato de Estado y de las fuerzas represivas tome en cuenta la vitalidad de la sociedad civil. En esta concepción de la sociedad civil se concibe al individuo como un sujeto social activo. La idea esencial de Gramsci en relación con la sociedad civil y la democracia gira en torno de la funcionalidad de la misma dada en la organización del consenso, es decir, el sistema parlamentario debe llevar a la práctica en la sociedad la riqueza de las energías públicas, y pone énfasis en la hegemonía permanente de las clases urbanas sobre la totalidad de la población. Para él los intelectuales son los que llevan el peso fundamental en la hegemonía social y en el gobierno político.

Para lograr estos fines, el grupo básico dominante tiene que tener el consenso de las grandes mayorías, Este consenso brotaría espontáneamente y sería el resultado del prestigio que el grupo dominante alcanza

---

24 A. GRAMSCI, *Cuadernos de la Cárcel*. [https://ses.unam.mx/docencia/2018I/Gramsci1975\\_CuadernosDeLaCarcel.pdf](https://ses.unam.mx/docencia/2018I/Gramsci1975_CuadernosDeLaCarcel.pdf)

en el mundo de la producción con su posición y su función, y del aparato coercitivo del Estado que asegura la disciplina de los grupos que no dan su respaldo.

La significación de Antonio Gramsci para el pensamiento de izquierda en América Latina ha sido y es notorio porque ha servido para reformular una teoría que, en la práctica, dejó en evidencia su notorio fracaso expuesto en las repúblicas democráticas de Europa del Este, América Latina y Asia.

Esta actualización o reformulación teórica tiene proyección en el modelo democrático populista que ha ganado terreno entre muchos teóricos de América y Europa que identifican este modelo con movimientos políticos mundiales, radicados con fuerza en algunos países de América Latina<sup>25</sup>.

Ernesto Laclau constituyó un referente no solo del populismo teórico<sup>26</sup>, sino también de sus implicancias prácticas y de la aplicación concreta de sus postulados en un sistema de gobierno<sup>27</sup>.

Para este pensador marxista y posmarxista<sup>28</sup>, crítico del liberalismo y su discurso individualista partidario de una economía de mercado y

---

25 M. CARRERAS, *Los partidos importan. Democratización y evolución del sistema de partidos en América Latina*, en *Revista Nueva Sociedad*, Fundación Friedrich Ebert, n° 240, julio-agosto de 2012; F. LARIA ALEARDO, *Calidad institucional y presidencialismo. Los problemas no resueltos de Argentina*, Nuevohacer, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 2008; T. TODOROV *Los enemigos íntimos de la democracia*, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Buenos Aires, 2012; A. KOEN y S. RUMMENS, *Populism versus Democracy*, political studies, vol 55, 2007; G. AGUILA y M.C. VIANO *¿El cielo protector?: Revisando el significado del populismo latinoamericano*, Investigaciones Históricas, época moderna y contemporánea, N° 19, p. 219-237, Salamanca, 1999; M. CONNIFF, "Neopopulismo en América Latina. La década de los '90 y después", en *Revista de Ciencia Política*, Vol. XXIII, No. 1, pp. 31-38, 2003; A. FERNANDEZ, *El populismo latinoamericano: realidades y fantasmas*, Colección, Revista del Instituto de Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Año 12, N° 17, pp. 13-34. 2006; A. KNIGHT, *Populism and Neo-populism in Latin America, especially Mexico*, *Journal of Latin American Studies* 30, pp. 223-248.1998.

26 E. LACLAU, *La razón populista*, Fondo de cultura Económica, 2009.

27 Fue pública la adhesión del gobierno argentino entre 2007 y 2015 a la teoría de Laclau, su participación como ideólogo del movimiento político-social denominado *kichnerismo* y de su estrategia de gobierno.

28 Se señala una primera etapa en el desarrollo de la filosofía política de Laclau, situada entre los años 1960 y 1970 que denota su pensamiento marxista, y a partir de 1986 se observa la adopción de una perspectiva post-marxista inspirada por diversos autores y nociones, entre las cuales el propio Laclau resalta el concepto de hegemonía de

del gobierno limitado, el populismo es una “dimensión constante de la acción política” donde se articulan ideas, intereses, conocimientos y afectos del “pueblo” como sujeto<sup>29</sup>. El carácter post-marxista del pensamiento de Laclau radica en que no comparte la visión de la lucha de clases del pensamiento marxista tradicional, ni su énfasis en el protagonismo del proletariado, pero permanece fiel a otros elementos de esa perspectiva, como son la preeminencia del antagonismo social, el método holista (en todas sus formas en que el individuo queda subordinado a una unidad colectiva) y el acento en la praxis dado por la función del discurso para transformar, el decir en hacer.

En el populismo predomina una relación emocional tanto entre el líder y su pueblo, como entre los diversos grupos que constituyen el pueblo, quienes independientemente de las comunes necesidades o creencias estarían principalmente unidos por lazos de solidaridad<sup>30</sup>, por eso la operación política por excelencia sería construir y definir una identidad popular<sup>31</sup>.

Los supuestos metodológicos y filosóficos de esta aseveración descansan en los aportes de la teoría del discurso, la cual en lo político se traduce en la existencia de un sistema de identidades colectivas cuya unión o lazo no se construye en torno a ciertas características compartidas sino que nace de la oposición a un enemigo (“otro antagónico”)<sup>32</sup>.

Así retratada, la política se convierte en la arena donde se suscita una competencia entre distintos discursos que luchan por encarnar la

---

Gramsci, el post-estructuralismo de Derrida, el simbolismo de Lacan y los juegos del lenguaje de Wittgenstein. Cfr. E. VERGALITO *Devenires de la teoría del populismo: marxismo, post-estructuralismo y pragmatismo en Ernesto Laclau*, en Lértora, Mendoza, pp. 36-46; E. LACLAU, *Construyendo la universalidad*, en Butler, J., Laclau, E. y Žižek, S., pp.281-306.

29 E. LACLAU, op. cit. p. 33.

30 E. LACLAU, *ibídem*, pp. 153/156.

31 E. LACLAU, *Ibídem* p. 151.

32 Es el antagonismo el que marca todas las relaciones sociales y políticas: los oponentes impiden la realización plena de las identidades mutuas, de modo que la presencia del otro “me impide ser plenamente yo”. Cfr. E. LACLAU, *Ideology and post-Marxism*, *Journal of Political Ideologies*, 2006, pp. 104/108.

hegemonía: “Quien gane la lucha política, decidirá cuál será la identidad del pueblo”<sup>33</sup>.

La relación líder-pueblo que destaca Laclau como esencia de su visión del populismo, se acerca a otras definiciones que asocian el populismo a un estilo, estrategia o discurso, como Weyland quien define al populismo como “una estrategia política a través de la cual un líder personalista busca ejercer o ejerce el poder de gobierno con el apoyo no institucionalizado, directo e inmediato de un gran número de seguidores en su mayoría no organizados”<sup>34</sup>, acercando de esta forma el concepto al modelo delegativo de O’Donnell que revisáramos en el punto anterior.

Efectivamente, estos dos rasgos principales del populismo: la supremacía de la voluntad popular y la relación emocional y directa de un líder con el pueblo, asemejan la democracia delegativa a la democracia populista conforme la clasificación que hemos decidido elaborar en este trabajo.

Ahora bien, de acuerdo con la visión populista, los derechos son reclamos sujetos a una heterogeneidad indeterminada: “Los discursos que intentan cerrar un contexto en torno a ciertos principios o valores tendrán que hacer frente a los discursos sobre derechos, que tratan de limitar el cierre de cualquier contexto”<sup>35</sup>.

Por ello, cualquier régimen de gobierno puede ser populista, siempre y cuando respete la “fuerza hegemónica”<sup>36</sup> y en todas ellas se hace necesario el liderazgo para efectuar la universalización del movimiento hegemónico.

Como vemos, estos últimos modelos democráticos se tensionan claramente con el modelo de la democracia constitucional que consagra a la división del poder y a los derechos como límites del mismo para evitar el autoritarismo, y al pluralismo y la tolerancia como principios protectores de la individualidad de la persona y del sistema político.

---

33 C. MOUFFE, *Carl Schmitt and the paradox of Liberal Democracy*, in Chantal Mouffe (ed.), *The Challenge of Carl Schmitt*, London: Verso, 1999, p. 50.

34 K. WEYLAND, *Clarifying a contested concept: Populism in the study of Latin American politics*, *Comparative Politics*, 2007, pp. 1-22.

35 E. LACLAU, *Subject of Politics, Politics of the Subject, Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, 1995, pp.146-164.

36 E. LACLAU, op. cit., 2009, p. 238.

## VI. El aspecto procesal de la democracia. La regla de la mayoría y sus límites

El aspecto material o sustancial de la democracia, es permanentemente destacado por muchos autores, aludiendo en su vertiente material a un sistema político que intenta hacer efectivos los principios de igualdad y libertad entre los ciudadanos. Esta vertiente material ha inducido a sostener que la democracia no es solamente una manera de ser de las instituciones sino también una exigencia moral<sup>37</sup>.

Pero la democracia como forma de gobierno, posee un intenso, decisivo y relevante aspecto formal o procesal<sup>38</sup>. Esta característica está constituida por un aspecto técnico procedimental o sea el conjunto de procedimientos de decisión que implica la democracia como forma de gobierno. No podemos reducir la democracia a los procedimientos, pero tampoco podemos olvidar que necesita y exige de técnicas de decisión, de procedimientos y de reglas concretas<sup>39</sup>.

Y en este sentido podría equivocadamente sostenerse la absoluta validez de la regla de la mayoría que rige indiscutible y centralmente los procedimientos de la democracia, olvidando que desde mediados del siglo XIX, el concepto de mayorías y minorías en la democracia ha venido dando un vuelco valorativo radical. Madison en *El Federalista* había anticipado esta nueva visión, al señalar que tan peligrosa para la república es la minoría detentadora del poder, como la mayoría que lo ejerce sin límites constitucionales sobre la minoría (tiranía de la mayoría)<sup>40</sup>.

Por consiguiente, los derechos fundamentales constituyen una materia a la que no es legítimo aplicar la regla de la mayoría. Los derechos son derechos contra la mayoría que escapan a su ámbito de decisión. No es legítimo suprimir ningún derecho fundamental mediante una decisión

---

37 Ver "La notion de 'société démocratique' dans la jurisprudence de la CEDH, RTDH, N° 35, 1998, p. 465.

38 En torno al aspecto procedimental de la democracia ver J. ELY *Democracia y Desconfianza* Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

39 J.A. AMAYA *De mayorías y minorías en la democracia. Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, debates de actualidad, año XXI, N° 197, julio-diciembre 2006.* Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 7/17.

40 J. MADISON, A. HAMILTON y J. JAY *El Federalista (1787), Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1957, Apartado LI, p. 222.*

mayoritaria, incluso esta concepción valdría para la unanimidad. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son un “coto vedado” en el lenguaje de Garzón Valdés<sup>41</sup>; una “esfera indecidible” en la terminología de Ferrajoli<sup>42</sup> o el “as de la baraja” en el juego de las razones jurídicas, según Dworkin<sup>43</sup>.

La idea de los límites de “aplicación” a la regla de mayoría entra en conflicto con todas aquellas concepciones democráticas que otorgan un valor axiológico a la regla misma, para las cuales esta constituye la única forma de expresión del principio de autogobierno que otorga legitimidad a las decisiones colectivas.

Es que la regla de la mayoría guarda relación con un muy delicado equilibrio que requiere especial cuidado en su aplicación en el Estado Democrático Constitucional: la del ajuste del ejercicio de un derecho individual y un proceso social de carácter colectivo.

Por lo expuesto, la praxis democrática en las que se tiende a concebir, montar y practicar un juego político que atribuye todo el poder al vencedor (modelos electoral, delegativo, popular y populista) fundándolo en mayorías pre constituidas, ajenas - con mayor o menor intensidad - a los límites del estado constitucional y reproduciendo el paradigma del gobierno de los hombres (o del hombre) resultan ajenas al modelo democrático constitucional que, como veremos, adoptó el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A su vez, los vínculos entre la democracia y la ley destacan la relación procesal de la democracia y los distintos modelos. Tengamos en cuenta que las leyes también se pueden emplear para establecer y mantener prácticas violatorias de derechos. No hay más que recordar las leyes que establecieron y mantuvieron el apartheid en Sudáfrica y el racismo y la esclavitud de los negros en los Estados Unidos.

No obstante, hay aspectos de la ley que tienen una relación especial con la democracia. Esto se hace evidente cuando advertimos el aspecto formal de la democracia, es decir los procedimientos y las instituciones que rodean la edificación de la decisión política en sus aspectos material y formal.

---

41 E. GARZÓN VALDÉS, *Op. Cit.*

42 L FERRAJOLI, *Op. Cit.*

43 R. DWORKIN *Los Derechos en serio, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1995.*



Cuando la democracia se concibe de esta forma, sus exigencias se convierten casi por necesidad en materia de derecho. El Derecho Constitucional Procesal y el Derecho Procesal Constitucional al comprender – principalmente - el conjunto de principios y de normas procesales tendientes a lograr la eficacia de la supremacía constitucional y, por consiguiente, la tutela efectiva de los derechos fundamentales, proporciona los recursos procesales apropiados para hacer efectiva la justicia constitucional como objetivo primordial de la democracia constitucional.

Un sistema democrático enfocado en el hombre y en la vigencia de sus derechos fundamentales no puede prescindir de un sistema legal – sustancial y procesal - que comparta y asista a estos fines.

### **VII. La democracia como derecho humano. La Carta Democrática Interamericana (CDI)**

La Carta Democrática Interamericana (CDI) aprobada el 11 de septiembre de 2001 en sesión especial de la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en Lima, Perú, es un instrumento que proclama como objetivo principal el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática, al establecer que la ruptura del orden democrático o su alteración, que afecte gravemente el orden democrático en un Estado miembro constituye “un obstáculo insuperable” para la participación de su gobierno en las diversas instancias de la OEA. Ahora bien, ¿define la CDI a la democracia como un derecho? ¿Establece un modelo específico de democracia? En caso afirmativo ¿Qué modelo? ¿Y con qué características?

En este contexto, el capítulo I se refiere al derecho a la democracia. A la jerarquía de la forma democrática de gobierno en la escala de valores de la OEA; a los *elementos esenciales* y a los *componentes fundamentales del ejercicio* de la Democracia; y a otros ingredientes del sistema político cuyo desarrollo y perfeccionamiento son necesarios para el florecimiento pleno de las instituciones democráticas. Los capítulos I y IV encuentran, según nuestro razonamiento, respuestas a los interrogantes planteados.

El artículo 1º de la CDI dice: *Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.* Claramente refleja a la democracia como un derecho y una



obligación exigible a los Estados, aunque no surge del mismo una definición de democracia.

Sin embargo, interpretando la Convención Interamericana la luz de su articulado; de otros componentes del sistema interamericano y de la interpretación que de los derechos políticos han efectuado los órganos del sistema, se concluye contundentemente que el modelo al que alude la CDI reforzado con características participativas (artículo 2 CDI) constituye alguno de los sub-modelos de democracia constitucional que hemos clasificado.

Esta afirmación se deduce, al sostener la CID en su artículo 3º: *Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos; y en su artículo 4º que Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.*

Así, constituyen elementos esenciales y componentes fundamentales de la democracia interamericana:

### **1) El respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales**

El artículo 7 de la CDI se inclina por un concepto de amplio espectro sobre lo que el instrumento entiende por derechos humanos: *La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.*

Sin embargo, la interrogante fundamental no está dirigida a determinar cuáles son los derechos humanos y cómo se define su contenido, sino más bien a dilucidar en qué supuesto su violación es de tal entidad que debe considerarse afectada la esencia del sistema democrático de gobierno. Violaciones singulares a los derechos humanos, incluso si no

son remediadas mediante los recursos de la Jurisdicción interna, no son tema para la aplicación de la CDI, sino para la actuación de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, dentro de sus respectivas esferas de competencia.

En el caso, debería tratarse de una situación que revele un cuadro persistente de violaciones graves, manifiestas y fehacientemente comprobadas de los derechos humanos que se corresponden con una política gubernamental incompatible con el respeto y la garantía que se deben a los derechos humanos en una sociedad democrática.

**2) El acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho. La celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo**

En lo que corresponde al acceso al poder con sujeción al estado de derecho, se trata de un postulado inseparable con el de la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo.

Asimismo, la noción de ejercicio del poder con sujeción al estado de derecho, debe entenderse referido por un lado a los límites que se imponen al poder público en una sociedad democrática, los cuales vienen dados por la intangibilidad de los derechos humanos y el respeto a la reserva legal, como garantía formal de la legitimidad de las restricciones que puedan afectarlos; y, por otro, por el principio de legalidad, según el cual la esfera de la competencia de los diversos órganos del poder público debe estar delimitada por la Constitución y las leyes.

**3) El régimen plural de partidos y organizaciones políticas**

Pluralismo y democracia son conceptos que aparecen estrechamente vinculados. Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia constitucional. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, y deben

asegurar el valor de la oposición democrática, conforme ha establecido la CorteIDH en el caso “Manuel Cepeda Vargas c/ Colombia”<sup>44</sup>.

#### **4) La separación e independencia de los poderes públicos**

Este es uno de los aspectos más relevantes para la legitimidad del ejercicio del poder público dentro de los estándares democráticos. La cuestión de la independencia del órgano judicial se ha revelado como un punto especialmente sensible, que ha sido factor desencadenante de varias crisis políticas y que se mantiene vigente en la agenda de varios países.

La Corte ha dicho en “Yatama”<sup>45</sup> que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución.

Puede así afirmarse que un sistema judicial subyugado por el poder ejecutivo o el legislativo vulnera la esencia del ejercicio legítimo del poder, dentro de un concepto democrático del Estado. Sin embargo, también en este supuesto es difícil definir *a priori* un cuadro de lesiones a la independencia de los poderes públicos y a la separación entre éstos que destruya la esencia de la democracia, por lo que se trata de una materia que debe estudiarse caso por caso, para determinar si se ha operado una vulneración radical de la forma democrática de gobierno.

#### **5) La transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública**

La inclusión de este tema en conexión con el ejercicio democrático refleja la preocupación.

#### **6) El respeto por los derechos sociales**

La alusión a los “derechos sociales” es incompleto respecto de la categoría de los “derechos económicos, sociales y culturales” presente en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y podría interpretarse como una alusión imprecisa a los derechos de los trabajadores

---

44 CorteIDH Manuel Cepeda Vargas c/ Colombia, sentencia del 26 de mayo de 2010.

45 CorteIDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005.

referidos en el artículo 10 de la CDI: Artículo 10 CDI: “La promoción y el fortalecimiento de la democracia requieren el ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y la aplicación de normas laborales básicas, tal como están consagradas en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, adoptada en 1998, así como en otras convenciones básicas afines de la OIT. La democracia se fortalece con el mejoramiento de las condiciones laborales y la calidad de vida de los trabajadores del Hemisferio”.

### 7) La libertad de expresión y de prensa

La dimensión institucional de la libertad de expresión, ha sido reiterado en diversas ocasiones por la Corte: *Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia*<sup>46</sup>.

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre<sup>47</sup>.

La jurisprudencia ulterior ha continuado enfatizando la jerarquía de la libertad de expresión en una sociedad democrática. En diversas ocasiones ha subrayado la vinculación entre la difusión de información e ideas con los valores de pluralismo y tolerancia que deben prevalecer en el contexto democrático: [...] la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o

---

46 21 Corte I.D.H., Caso *La Última Tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros vs. Chile) Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73, párr. 65 y 66. Conceptos similares habían sido vertidos antes por la Corte: *cfr.* Corte I.D.H. *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5; párr. 31 y 32

47 *La colegiación obligatoria de periodistas...*; *cit.*; párr. 70.

ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue<sup>48</sup>.

**8) La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad**

Este enunciado, aunque se sitúa en el artículo referente a los “*componentes fundamentales de la democracia*”, no es más que un corolario de uno de los que ya la CDI ha definido como *elementos esenciales de la democracia representativa*, como lo es el ejercicio del poder *con sujeción al estado de derecho*.

El propósito de la CDI se dirige hacia el apuntalamiento de las instituciones propias de una sociedad democrática; para atender situaciones en las cuales el atentado contra éstas alcance tal gravedad que altera, desvirtúa, menoscaba o destruye el gobierno democrático como tal.

**VIII. La Democracia constitucional en la encrucijada de los populismos**

*Bobbio* explica que cualquier teoría de las formas de gobierno presenta dos aspectos: uno descriptivo y otro prescriptivo. En la actualidad, como vimos a lo largo de este trabajo, los regímenes políticos de todo tipo dicen ser *Democracias*, sin embargo, lo que cada uno de estos regímenes dice y hace es radicalmente distinto.

La *Democracia* parece dotar de un *aura de legitimidad* a la vida política moderna: normas, políticas, leyes y decisiones parecen estar justificadas y ser apropiadas si se autodefinen como *democráticas*. Es que si bien el término *Democracia* es un concepto que adquiere múltiples significados y

---

48 23 Corte I.D.H. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107; párr. 113. La Corte sintetizó así su jurisprudencia anterior sobre el tema: Corte I.D.H. Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; párr. 152; Caso *La Última Tentación de Cristo*; cit.; párr. 69. El mismo lenguaje fue reiterado por la Corte en: Corte I.D.H. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111; párr. 83

constituye una de las palabras más amplias del lenguaje político, en los últimos tiempos hemos asistido a continuos y fuertes debates en torno a la extensión, contenido y límites de la *democracia representativa constitucional* que exceden los parámetros de los modelos liberal o social.

Estos debates, propios de la política y la academia, se han trasladado con intensidad al ámbito público y se han expresado a través de fuertes reclamos grupales, en muchos casos muy violentos, que han ocasionado enormes daños y pérdidas de vida, a lo que se ha sumado el tsunami sanitario e institucional que nos trajo la pandemia del Covid-19 en el mundo.

Por supuesto que, si bien podríamos identificar características comunes derivadas de la actual crisis representativa: como la corrupción; la impunidad; la desigualdad social; y las malas administraciones económicas y sus consecuencias, sería imprudente – a mi criterio – sostener que todas se asimilan y responden a las mismas realidades.

En este contexto, distintos autores y desde distintas perspectivas tales como el francés *Pierre Rosanvallon* o el filósofo sur-coreano *Byung-Chul* plantean a la luz de estos acontecimientos contemporáneos algo alarmante: que el sistema se encuentra atravesando una profunda crisis, y si bien la idea de crisis representativa ha sido planteado casi desde la aparición de la teoría de la representación, ya que la misma encierra el desafío de la cohesión entre la voluntad de una persona ausente y la conducta y acción de una persona presente, el planteo ahora es que el modelo democrático liberal parece agotado.

Para estos autores la actual crisis tiene dos orígenes: una social y otra institucional. La democracia no está cumpliendo con su promesa de que cada uno encuentre su lugar en la sociedad y, al mismo tiempo, lo único que se cumple es el aumento de la desigualdad. Existen claras tensiones entre la mayor demanda igualitaria y la insatisfacción que surge de ella.

Hay muchos países en que se ha desplomado el porcentaje de personas que dicen que es esencial vivir en democracia, particularmente las generaciones jóvenes. Muchos autores sostienen, además, que la democracia representativa está en crisis, y que esto se refleja en la crisis de los partidos políticos. Las alternativas posibles de renovación son un modelo participativo, esperando alcanzar una democracia deliberativa o una democracia directa con nuevas tecnologías.

Se sostiene que el ciudadano del siglo XXI de la mano de un teléfono inteligente ha cobrado un poder inusitado. Siente que no necesita ser representado, sino que él puede y debe tomar la decisión. La relación entre los líderes y los electores cambia en cada etapa del desarrollo tecnológico. La cultura de la radio se limitaba a la escucha, la televisión creó espectadores que observaban imágenes y no pretendían recibir ninguna consulta, más tarde, los medios electrónicos han despertado la permanente expectativa de interacción en tiempo real.

Las democracias latinoamericanas particularmente, luego de sus periodos de transición democrática, se enfrentaron a los retos que implicaba la consolidación de sus instituciones. Sin embargo, en las últimas décadas, las expectativas que se habían generado en torno a que con la democracia no solo se vota sino también *se come, se educa y se cura* una célebre frase del primer Presidente Argentino de la recuperación de la democracia en 1983 el Dr. Raúl Alfonsín, han encontrado una realidad que está muy lejos de ser alentadora.

Para muchos la democracia constitucional simplemente no estaría funcionando, por la pérdida de la legitimidad que implica la falta de confianza en el sistema de los ciudadanos y en las instituciones que los representan: partidos políticos, gobiernos, medios de comunicación, iglesia católica.

Se plantea a la política como una corporación de clase que vive y funciona bajo un acuerdo cerrado o como en un club, reduciendo la democracia al acto eleccionario o a un modelo electoral como describía *Shumpetter*. Para los ciudadanos no hay canales, salvo salir a la calle y encontrarse con la policía. Ocurre así un proceso que va desde el descreimiento en la política a la indignación con la política.

Por tanto, como el sistema político no permite entradas hay desbordes que se expresan en conflictos sociales y protestas masivas. Los dirigentes emergentes que tienen éxito electoral llegan a ocupar instituciones que critican y en las que en realidad no creen, tales los casos de *Trump*, *Bolsonaro* o *Salvini* en Italia.

Frente a esta situación, cobra fortaleza la reacción populista, cuyo concepto tiene una enorme vaguedad e imprecisión pues no es una palabra que se haya utilizado inequívocamente, habiendo sido utilizada para



designar fenómenos diversos y diferentes elementos y procesos sociales y políticos.

Las relaciones entre democracia y populismo han sido tema de debate desde hace tiempo y, en la actualidad, la discusión se encuentra en pleno auge. Algunos autores sostienen que esta tensión va más allá de ambigüedades sino que se trata de dos modelos diferentes de democracia: la democracia liberal-republicana y la democracia-populista.

En realidad, la *democracia representativa y republicana (la constitucional)* no es parte del ideario populista. Por ello, su propuesta es suplantarla por otra institucionalidad, una suerte de nueva versión de *Democracia Radical o Democracia Directa*.

Para *Laclau*, cuyas ideas calaron hondo en varios gobiernos latinoamericanos e incluso europeos, existen dos tipos de demandas sociales: las diferenciales y las equivalentes.

En tanto las instituciones estatales resuelvan satisfactoriamente las demandas y los ciudadanos perciban que estas actúan de modo eficiente, se encontrarán dentro del primer modelo. En cambio, la insatisfacción de cada una de ellas de modo desagregado, da lugar al surgimiento de un cúmulo de demandas insatisfechas que las convertirá en equivalentes. La construcción discursiva del *pueblo* va a ser el intento por nombrar a ese sector que se percibe afectado por el estado de cosas. Así se construirá una frontera social que separa a la sociedad en dos polos. De un lado el *pueblo* y del otro el *anti-pueblo*.

La lógica que se aplica es que los *responsables* no pueden ser parte legítima de la comunidad, la brecha con ellos es *insalvable*. El populismo, conforme *Laclau*, se presenta a *sí mismo como subversivo del estado de cosas existente y también como el punto de partida de una reconstrucción más o menos radical de un nuevo orden una vez que el anterior se ha debilitado*.

El sistema institucional debe estar (más o menos) fracturado para que la convocatoria populista resulte efectiva. Se detecta así un elemento esencial para una articulación populista exitosa: un estado de crisis en la antigua estructura.

Se desprende entonces que, en una dinámica político-institucional que se encuentre estable con niveles de aceptación y legitimidad en sus



decisiones no habrá margen para que discursos críticos con esa estructura prosperen ante la sociedad.

Entendiendo que el populismo no es, siguiendo estos postulados, una ideología podrán surgir liderazgos de distinto tipo. La realidad política identifica tres prototipos de líderes populistas que, en distintos momentos o países han tenido éxito: 1) el militar patriota (Chávez en Venezuela); 2) el dirigente social (Morales en Bolivia) y 3) el empresario exitoso (Trump en EEUU).

Asimismo, y por sobre si el populismo puede identificarse con una *ideología* o no, hay dos repertorios discursivos principales que se corresponden a grandes rasgos con *populismos de izquierda y derecha*. En un caso, el de los *populismos de izquierda* la elite se define como *los de arriba* en términos socioeconómicos (sectores financieros, empresarios, grandes propietarios agropecuarios, bancarios, grandes medios) siempre articulados o funcionales a los intereses extranjeros.

En el otro, la elite se da en términos *socio-étnico- culturales*: una conjunción de intelectuales con minorías étnicas o regionales, migrantes y extranjeros en general. Podemos decir que las sociedades actuales muestran altos niveles de fragmentación, con intereses contradictorios, cuando no excluyentes entre sí. Al mismo tiempo, asistimos a un periodo de enorme innovación tecnológica, que ha alterado las estructuras económicas y el modo de producción a escala global. Estos fenómenos generan una profunda incertidumbre en términos de estabilidad laboral y ello ligado a la sostenibilidad económica de los individuos.

La distancia entre las *consagraciones normativas y las promesas democráticas* con las *posibilidades materiales* de sectores amplios en términos sociales conducen a una desazón que pretende, en primer término, la satisfacción por parte del sistema político e institucional. Ocurre que las instituciones representativas atraviesan una etapa extremadamente crítica. Por un lado por sus propias falencias (corrupción, clientelismo, etc.) y comportamientos corporativistas y, por otro, por el surgimiento permanente de nuevas categorías de demandas que están acompañadas con la pretensión de inmediatez en su satisfacción.

El escenario se plantea entonces propicio para el surgimiento de todo tipo de articulaciones críticas al sistema institucional. Conforme a la dinámica e interacción social de los conflictos en cada sociedad, parece poder

constituirse una lógica discursiva que señale a los responsables. La crisis de la *legitimidad representativa* es condición necesaria para que el surgimiento *populista* aparezca con seducción amplia en diversas sociedades.

Puede advertirse que las estructuras institucionales están iniciando una etapa de reconstrucción muy profunda que está atravesada por una fuerte inestabilidad e incertidumbre hasta tanto se consolide un nuevo modelo con altos índices de aprobación. Distintos factores en puja y variados en cada realidad geográfica determinarán la magnitud y resultados de cambios que se pretenden y declaman, pero que aún no aparecen claros.

Puede especularse con que estos cambios oscilaran, a mi criterio, entre dos caminos: a) una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones con mayor control sobre actos públicos y diseño de consensos por procesos de diálogo y cooperación; o; b) un marcado decisionismo y discrecionalidad acompañado de un fuerte rasgo autoritario en los discursos y comportamientos.

## IX. Reflexión final

En el ámbito del ordenamiento jurídico de una *democracia constitucional*, las reglas procedimentales que construyen la decisión pública están sujetas a normas material y/o formalmente supra ordenadas, por lo cual la *mayoría* no puede tomar cualquier decisión sobre cualquier cuestión.

Los derechos, como limitaciones al poder público resultan *indecidibles para la regla mayoritaria*, al menos en su eliminación o restricción irrazonable; y la división del poder - real y efectiva - constituye el otro *núcleo duro de la democracia constitucional*, que se edifica sobre los valores del pluralismo, la tolerancia, la alternancia y la protección de las minorías.

Como vimos en este texto, existen muchos *modelos de democracia* en la teoría y en la praxis, pero no todos tienen como finalidad la construcción de instituciones sólidas y limitaciones a las mayorías en el sentido que requiere la Carta Democrática Interamericana (CDI).

No existe una relación directa entre democracia y constitucionalismo, entendido éste como la corriente con raíces históricas, filosóficas, institucionales y sociales, nacida, construida y desarrollada, para controlar el ejercicio del poder, como muchas veces equivocadamente se cree.

Muchos modelos democráticos no persiguen ni fomentan la institucionalidad sino la personalidad. Países como Venezuela; Nicaragua; o Cuba en Latinoamérica, son modelos democráticos reñidos con el constitucionalismo, y por consiguiente, con la limitación del poder personal, partidario, o mayoritario. En ellos la regla de mayoría, la más de las veces artificial o fraudulentamente construida, es motivo suficiente de validación de decisiones públicas que violentan derechos humanos.

No son democracias constitucionales, ya que la división del poder es una quimera y los derechos individuales se encuentran fuertemente limitados cuando no suprimidos. Los valores del pluralismo, la alternancia y la tolerancia, si existen en sus textos jurídicos, son meras declaraciones de papel sujetas a la voluntad del líder o del régimen.

# INDULTO Y AMNISTÍA



Pablo Luis Manili\*

**Sumario:** I. Concepto de indulto. II. Panorama del indulto en derecho comparado. III. Algunos casos especiales de indulto. IV. La amnistía. V. Antecedentes de la amnistía en derecho comparado. VI. Las auto-amnistías. VII. Relación entre el indulto y la amnistía. VIII. A modo de conclusión.

**Palabras clave:** Índulto, conmutación de pena, amnistía, autoamnistía, sanción, pena, derechos humanos, impunidad

**E**l autor trata los antecedentes históricos de ambos institutos, su aplicación práctica y la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en las facultades estatales de amnistiar delitos y de indultar penas

## I. Concepto de indulto

La palabra “indulto” proviene de “indulgencia”, que según el diccionario de la Real Academia Española significa “*Facilidad en perdonar o disimular las culpas o en conceder gracias*”. Es decir que cuando se emite un indulto, el gobierno perdona a un condenado por uno o más delitos. El juez John Marshall, de la corte suprema norteamericana, lo definió como “*un acto de gracia procedente del poder de ejecutar las leyes que libra al individuo que ha*

---

\* Doctor y Posdoctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional y Subdirector de la Carrera de Especialización en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. [www.pablomanili.com.ar](http://www.pablomanili.com.ar)

cometido”<sup>1</sup> un delito; y el constitucionalista argentino Montes de Oca lo calificó como: “una intromisión del poder Ejecutivo en la administración de justicia, por motivos de dudosa equidad o por sentimientos de mal entendida filantropía”<sup>2</sup>.

La mayoría de las constituciones del mundo prevén la facultad de indultar y conmutar penas. El art. 4.6 del Pacto de San José de Costa Rica (en adelante “PSJCR”) lo prevé, pero solamente en relación a la pena de muerte. Establece que toda persona condenada a esa pena tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) sostuvo que el “derecho de gracia” forma parte del *corpus juris* internacional y debe estar previsto en el derecho interno, de lo contrario se violaría esa norma<sup>3</sup>.

La mayoría de los países que permiten el indulto también se refieren a la conmutación de penas. El primero implica un perdón absoluto de la pena, mientras que la segunda apunta a una reducción, pero no una eliminación de ella.

## II. Panorama del indulto en derecho comparado

El indulto aparecía ya en el Libro tercero de la Recopilación de Leyes de Indias. A su vez, la primera constitución escrita del mundo, la de los Estados Unidos lo contempla en su art. II.2.

Podemos clasificar a las constituciones en cuatro grupos de acuerdo a cómo consagran la facultad de indultar y conmutar penas

- a) En cabeza del Poder Ejecutivo: A nuestro criterio, cuando esa facultad está en cabeza del presidente, ello es un resabio monárquico o imperial<sup>4</sup> y, como tal, debería ser eliminado de las constituciones en futuras

---

1 7 Pet. 150.

2 Montes de Oca, Manuel A., *Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Tipográfica y Encuadernadora La Buenos Aires, Tomo II, pág. 350.

3 Caso “*Fermín Ramírez Vs. Guatemala*”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126; Caso “*Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.

4 Basta recordar el pasaje bíblico en el cual Poncio Pilato indultó a Barrabás y condenó a Jesús, para comprobar cuanto llevamos dicho.

reformas. Ello porque, luego de que el Poder Legislativo sancionó una norma tipificando un delito y de que el Poder Judicial condenó a un reo por haberla infringido, el presidente aparece en escena y – como una gracia divina o regia – lo perdona. Como prueba de que es un resabio monárquico basta con citar la constitución española, según la cual es el rey – y no el presidente del gobierno – quien indulta (art. 62 de la constitución) con la única limitación de que no puede ser general. La mayoría de las constituciones contemplan el indulto como atribución del presidente, por ejemplo las siguientes: Perú (art. 118 inciso 21); Ecuador (art 147 inciso 18); Venezuela (art. 236 inciso 19); Brasil (art. 84 inciso XII); México (art. 89 inciso 14); Argentina<sup>5</sup> (art. 99 inciso 5); etc.

- b) En cabeza del Poder Legislativo: En aquéllos países en que el indulto es competencia del congreso y no del poder Ejecutivo, la crítica formulada más arriba queda mitigada, dado que, en esos casos, quien ejerce la atribución de perdonar es el órgano más representativo y democrático de la república, que a la vez es el mismo que había tipificado el delito por el cual se condenó al reo luego indultado. Ello ocurre en Uruguay, cuya constitución en el art. 85 inciso 14 confiere esta competencia a la Asamblea y exige que la decisión sea adoptada con dos tercios de sus votos.
- c) Sistemas duales: Italia y Colombia tienen un sistema que denominamos “dual” porque la competencia está en cabeza del Ejecutivo y del Legislativo: en la primera, el art. 87 de la constitución reconoce esta atribución en cabeza del presidente, pero el 79 se la confiere también al parlamento (junto con la amnistía); y en la segunda, el art. 150 inciso 17 confiere al Congreso la facultad de indultar y amnistiar (con dos tercios del total de sus miembros), pero el art. 201 también le confiere la facultad de indulto al presidente
- d) Sistemas mixtos: La constitución de Bolivia posee un sistema al que llamamos “mixto” porque su art. 172 inciso 14 asigna competencia al presidente para dictar indultos y amnistías, pero debe hacerlo con

---

5 Varios ensayos constitucionales previos a 1853 ya lo contemplaban: proyectos presentados en la Asamblea del Año XIII, art. 89 de la Constitución de 1819 y art. 99 de la de 1826.

aprobación de la asamblea plurinacional. Es decir que en ese caso actúan los dos órganos políticos del gobierno.

Algunas constituciones presentan la particularidad de prohibir el indulto para ciertos delitos:

- a) Venezuela lo prohíbe (al igual que la amnistía) en forma expresa para delitos de lesa humanidad (art. 29).
- b) La constitución de Brasil (art. 5 inciso XLIII) considera delitos no susceptibles de indulto o amnistía: la tortura, el tráfico de estupefacientes, el terrorismo y los definidos como delitos “repugnantes”.
- c) En México, el art. 111 de la constitución prohíbe el indulto para delitos cometidos por ciertos funcionarios en ejercicio de su cargo
- d) Italia y Venezuela prohíben convocar a referéndum para decidir indultos y amnistías, tratando de evitar así que, a través de una consulta, el electorado actúe como un tribunal popular liberador de delincuentes, como ocurría en la antigua Roma.

### III. Algunos casos especiales de indulto

Analizaremos a continuación cuatro casos especiales de indultos que merecen un estudio detenido: a) Los que recaen sobre procesados no condenados; b) Los que indultan a personas condenadas por delitos tipificados por la propia constitución; c) Los que indultan a condenados por crímenes tipificados por tratados internacionales de derechos humanos; y d) Los que indultan a condenados por crímenes tipificados por normas consuetudinarias internacionales (crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, etc.)

- a) Indultos a procesados sin condena firme

A nuestro criterio, este tipo de indultos son inconstitucionales<sup>6</sup> por los siguientes motivos:

---

6 La jurisprudencia de la Corte argentina ha sido cambiante en cuanto a la validez de estos indultos: en un primer momento la rechazó (caso “Luengo”, de 1868); luego lo aceptó (por ejemplo, en “Ibañez” de 1922), en fallo dividido donde la mayoría utilizó el argumento de que quien puede lo más, puede lo menos; en la causa “Irigoyen Hipólito”, de 1932, la Corte convalidó el rechazo que el expresidente había formulado del indulto dispuesto en una causa en trámite y pidió que los juicios continuaran para que finalmente se dictara su absolución, ya que el indulto presuponía su culpabilidad

- Porque indultar a personas no condenadas implica desconocer el principio de inocencia consagrado en el art. 8.2 PSJCR, que establece que *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*.
  - Porque si la causa no está concluida por sentencia firme, se configuraría una intromisión del Poder Ejecutivo en el Judicial, violatoria del principio de división de poderes.
  - Porque el cierre de la causa frustraría, al menos, dos derechos de las víctimas: el de acceso a la jurisdicción<sup>7</sup> y el derecho a la verdad, contemplados en varios instrumentos internacionales de derechos humanos.
  - Porque la mayoría de las constituciones se refieren a indultar *“penas”*, y no puede haber pena si no hay condena firme.
- b) Indultos a condenados por delitos tipificados por la constitución

Varias constituciones tipifican ciertos delitos, por ejemplo: la traición a la patria, la compraventa de personas, la sedición, el otorgamiento de facultades extraordinarias o de la suma del poder al Ejecutivo (por ejemplo, en Argentina, art. 29), los atentados contra el sistema democrático, la usurpación de funciones públicas, los delitos dolosos contra el Estado que conlleven enriquecimiento ilícito, etc. A nuestro entender, el hecho de que haya sido el propio constituyente el que tipificó estos delitos significa que la criminalidad de esos actos es fundamental para la vida de la Nación y para la vigencia de la constitución, por lo cual, el accionar de los poderes constituidos queda limitado en estos casos. Si no lo interpretáramos así, las disposiciones constitucionales que criminalizan esas conductas quedarían como letra muerta, ya que el castigo de esos delitos queda librado al arbitrio de los poderes constituidos. Las consecuencias de esta postura son las siguientes:

---

y no su inocencia. En 1990, en *“Riveros”*, la Corte abandonó ese criterio y sostuvo la validez del indulto a procesados (invocó para ello que el indulto es *“una prerrogativa soberana”* y un *“atributo de la soberanía”*). En 1993, en el caso *“Daleo”*, llegó a sostener que no era posible, para el beneficiario (procesado no condenado), rechazar un indulto.

7 Bidart Campos, Germán J., *“El Indulto a Procesados”* en *El Derecho* 135:780.



- El Congreso *debe* fijar la pena para ellos, ya que la constitución no lo hace, y la omisión de esta obligación implica un caso de inconstitucionalidad por omisión.
- El Poder Ejecutivo no podrá indultarlos, ya que un poder constituido no puede borrar la pena de un delito que el constituyente ordenó que sea castigado. Queda así bloqueada la atribución presidencial consagrada en la constitución
- Paralelamente, el Congreso no podrá desconocer su criminalidad porque ésta viene señalada por un acto del poder constituyente, por lo tanto, no podrá amnistiar estos delitos, quedando así bloqueada la aplicación de la norma que prevé esa atribución

Hemos elegido el término “*bloqueo*” para describir la situación que se produce cuando el poder constituyente tipifica un delito y entonces no cabe respecto de él ni el indulto ni la amnistía (y en los títulos siguientes lo utilizaremos cuando esas facultades colisionan con normas internacionales de jerarquía constitucional y normas internacionales consuetudinarias imperativas). Consideramos que ese término es el más preciso porque, en esos casos, las normas constitucionales que prevén las facultades de indulto y amnistía no quedan ni derogadas (ya que siguen vigentes); ni inconstitucionalizadas (porque fue la propia constitución la que tipificó el delito, o la que elevó el instrumento internacional a la jerarquía constitucional, o la que autorizó al Congreso a hacerlo); ni mucho menos anuladas. Las normas constitucionales que prevén esas atribuciones permanecen en el sistema constitucional y mantienen su validez, pero su aplicación para ciertos casos queda bloqueada por la existencia de otra norma de la misma jerarquía que prohíbe, en ciertos casos, el ejercicio de la facultad contenida en esa norma.

El término “*inconstitucionalidad*” lo reservamos para ser aplicado a normas infraconstitucionales (vg. decretos de indulto o leyes de amnistía) dictadas en contra de lo que prescribe la constitución, o los instrumentos internacionales de derechos humanos, o las normas internacionales consuetudinarias que tipifican crímenes contra la humanidad.

- c) Indultos a condenados por delitos tipificados en tratados de derechos humanos

En algunos países del continente esos tratados gozan de la misma jerarquía que la constitución y conforman con ella un bloque normativo armónico, que denominamos bloque de constitucionalidad (Colombia, Argentina, Guatemala, República Dominicana, etc.). En otros la jerarquía constitucional está subordinada a que brinden una protección más amplia que la constitucional (Ecuador, Bolivia, Venezuela) y en otros tiene simplemente jerarquía supralegal (Chile, Paraguay, Uruguay). Pero en todos los casos, por aplicación de la doctrina del control de convencionalidad elaborada por la Corte IDH, los jueces están obligados a aplicar los tratados de derechos humanos con prioridad sobre las leyes internas y declararlas inválidas si lesionan disposiciones de aquéllos. Pues bien, dentro del cúmulo de normas contenidas en los instrumentos internacionales, es posible distinguir dos tipos de normas que se relacionan con la facultad presidencial de indultar y conmutar penas, y que requieren análisis diferenciados:

- (i) Normas que contienen obligaciones genéricas para el Estado: En este grupo incluimos: los arts. 1, 8 y 25 del PSJCR, que establecen: la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos en ella contemplados, el derecho a ser oído, y el derecho a la protección judicial; el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "PIDCP"), que es similar al art. 1 del pacto recién citado y que consagra, además, el deber de adoptar medidas internas, entre otras normas de similar tenor. Estas normas, a nuestro entender, no prohíben los indultos, ni siquiera forzando su interpretación, por los siguientes motivos.
  - En principio, aplicando el método de interpretación literal, ninguna de ellas prohíbe que, una vez tramitado un juicio y dictada una sentencia condenatoria, se reduzca la pena aplicada por el juez, o se la dispense.
  - También hay que tener presente que, en la mayoría de los casos en que se dicta una sentencia penal condenatoria, el reo ya ha cumplido una parte de esa pena antes que le sea aplicada, en razón de la prisión preventiva; con lo cual, aunque el indulto fuera dispuesto inmediatamente después de la condena, hay una parte de la pena que ya está cumplida<sup>8</sup>.

---

8 No ignoramos el carácter cautelar de la prisión preventiva, pero a pesar de él, es necesario reconocer que la privación de la libertad implica de por sí un castigo para

- Además, si a estas normas les asignamos ese alcance, estaríamos incurriendo en una paradoja que consiste en restringir su ámbito de aplicación en el intento de ensancharlo. En efecto: utilizar estas normas internacionales para predicar la inconstitucionalidad de normas internas que decretaron indultos (o para bloquear la norma constitucional que establece esa facultad) implica partir de una base según la cual la única manera de proteger los derechos humanos es a través de la punición de quienes los violan, dejando de lado todas las demás responsabilidades que incumben al Estado en la protección de esos derechos, tales como: educación en derechos humanos, adecuación del derecho interno, provisión de un estándar adecuado de acceso a la justicia, reparación de las violaciones mediante indemnizaciones adecuadas, etc. En otras palabras: las obligaciones que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos son mucho más amplias que la mera punición de los responsables, y si reparamos sólo en esta obligación, las estaríamos vaciando de contenido.
- Esta postura también implicaría, desde el punto de vista del derecho penal, adjudicar a la pena una función únicamente retributiva, descuidando el fin de reinserción social del reo, que es otro de los fines perseguidos cuando se aplica una pena.

Distinta sería la conclusión de este punto frente a la facultad del Congreso de amnistiar, como canalizaremos más abajo

- (ii) Normas que imponen al Estado la obligación específica de sancionar: Hay otras normas que, en cambio, establecen la obligación específica de *sancionar* esos delitos, por ejemplo, los artículos 1 de la convención contra el genocidio y de las convenciones (americana y universal) sobre la desaparición forzada de personas<sup>9</sup>. Estas normas se ven complementadas por la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (adoptada en 1968). En los países donde esas convenciones tienen jerarquía constitucional se produce una contradicción entre la obligación de sancionar que

---

quien la sufre.

9 La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas fue adoptada en 1994 en Belem do Pará el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. La Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 2006.

prevén esas normas internacionales y la facultad constitucional de indultar. Para conciliar esa contradicción entre dos normas de jerarquía constitucional debemos interpretar que las normas internacionales actúan como una excepción a la facultad de indultar. Es decir: *frente a la facultad genérica de indultar y conmutar penas, existe una obligación específica de sancionar ciertos crímenes en particular*, que se deriva del carácter especial de gravedad que asumen, de crímenes contra la humanidad. Ello se ve apoyado por el siguiente razonamiento: Toda norma constitucional que consagra facultades de los poderes públicos debe ser interpretada restrictivamente, por oposición a aquellas normas constitucionales que consagran derechos a favor de los particulares. Por lo tanto, si una norma constitucional (cuya interpretación debe hacerse en forma restrictiva), consagra una facultad, y otra norma *de igual jerarquía* establece para ciertos casos específicos –y de extrema gravedad– una previsión contraria a dicha facultad, cabe colegir que ésta actúa como excepción de aquélla.

La conclusión de este punto es que, en los casos donde las convenciones internacionales de jerarquía constitucional establecen, para ciertos crímenes, la obligación específica de sancionar, la facultad de indultar y conmutar penas ha quedado *bloqueada*. En los demás casos, esa facultad sigue vigente. Queda en claro también que, si esos instrumentos internacionales no tuvieran la misma jerarquía que la constitución, no se produciría el efecto que estudiamos en este punto, por cuanto la facultad de indultar contenida en ésta primaría sobre aquéllos y su ejercicio comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

d) Indultos a condenados por crímenes de lesa humanidad

Esos crímenes han sido definidos en la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, encargado de juzgar a los jefes nazis después de la segunda gran guerra<sup>10</sup>, de la siguiente forma: *“asesinato, exterminio, reducción a la esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, antes o durante una guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, sea que esos actos constituyan o no delito según la ley del país donde fueron perpetrados”*. Esa fue la

---

10 También definía los crímenes contra la paz (o guerras de agresión, iniciadas en violación del derecho internacional), crímenes de guerra (violaciones a las leyes o costumbres de la guerra).

definición que tradicionalmente siguió la doctrina y la jurisprudencia a partir de entonces.

Los crímenes contra la humanidad fueron tipificados, en un primer momento, mediante normas consuetudinarias internacionales, y luego se fueron adoptando tratados que codificaron esas costumbres, por ejemplo, las convenciones mencionadas en el punto anterior. Los tratados internacionales pueden constituir, en muchos casos, la prueba de la existencia de una costumbre anterior al tratado o la codificación de esa norma consuetudinaria, pero solo van a regir después de su entrada en vigor y de su ratificación por parte del Estado de que se trate. Ello implica que hay una superposición parcial de esta categoría con la anterior, dado que muchos de los delitos tipificados en tratados de derechos humanos son, además, crímenes de lesa humanidad contenidos en normas consuetudinarias. Pero esa superposición va a depender de cada Estado. Si el tratado fue ratificado por el Estado con posterioridad a los hechos respecto de los cuales se dictó el indulto cuya constitucionalidad se juzga, el juez podrá aplicar solamente la norma consuetudinaria preexistente y no el tratado.

En el caso de estos crímenes, no es el Estado el que tipificó el delito, sino la comunidad internacional, teniendo en cuenta elementales razones humanitarias y de bien común. Por lo tanto, un órgano del Estado no puede, a través del indulto, frustrar un objetivo de paz y justicia que la humanidad entera se ha propuesto. La norma consuetudinaria internacional que castiga estos delitos es una norma imperativa o de *ius cogens* que no puede ser dejada de lado por la voluntad del Estado<sup>11</sup>. Claro está que en lo dicho se encuentra implícita nuestra convicción en cuanto a que esas normas actúan como límite heterónimo del poder constituyente<sup>12</sup>, ya que aún cuando éste haya previsto la facultad presidencial de indultar, el surgimiento de esta norma imperativa de derecho internacional (que data del siglo XX) ha bloqueado esa facultad para estos casos en particular.

---

11 Conf. Moncayo, Guillermo R. et al, *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Buenos Aires, de Zavalía, 1985, pág. 23.

12 En el mismo sentido puede verse la postura de Pedro De Vega, en *La reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pág. 240 y 283 y de Bidart Campos, Germán J., *Filosofía del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1969, pág. 91.

Debemos tener presente que el PIDCP contiene una norma significativa para este tema, ya que su artículo 15, al consagrar el principio de ley anterior en materia penal dedica el apartado segundo a aclarar que ello no se opone al juzgamiento a personas “*por actos u omisiones que al momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”<sup>13</sup>. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el art. 11.2 se refiere también a delitos consagrados por el derecho nacional o el internacional.

Por todo lo expuesto consideramos que los crímenes internacionales tipificados por normas consuetudinarias internacionales no podrán ser indultados, siempre que en el caso concreto se cumplan estos requisitos:

- Que el hecho esté tipificado con precisión por una norma de ese tipo.
- Que quede a salvo el principio de legalidad que exija la constitución (por ejemplo, en el caso de la Argentina, ésta formuló una reserva al art. 15.2 del PIDCP aclarando que esa norma debe ser aplicada respetando el principio de legalidad). Para ello consideramos que el poder Legislativo debe dictar una ley que complete la norma consuetudinaria internacional, fijando, al menos, la pena para el delito, ya que las normas internacionales no lo hacen, sino que se limitan a tipificarlo.
- Que la costumbre internacional y la norma nacional referida en el punto anterior sean anteriores a los hechos por los cuales se condenó al beneficiario del indulto. De lo contrario, se estarían aplicando retroactivamente esas normas que son de carácter penal y más gravosas, lo cual sería inconstitucional.

Queda en claro que lo expuesto en el presente título se aplica a aquellos crímenes de lesa humanidad que no están codificados en un tratado internacional vigente para el país, dado que, en ese caso, quedarían subsumidos en el punto anterior.

En 30 de marzo de 2022 la Corte IDH emitió una resolución en la cual ordenó al Perú que, para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de los casos “*Barrios Altos*” y “*La Cantuta*”, se abstenga de ejecutar la orden del Tribunal Constitucional del Perú de disponer la libertad de Alberto Fujimori, en aplicación de un indulto

---

13 El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 contiene una norma similar en su art. 7.

dictado “*por razones humanitarias*”, hasta tanto este Tribunal internacional pueda decidir sobre la solicitud de medidas provisionales en el Período Ordinario de Sesiones.

En la Argentina, en el fallo “*Mazzeo*”<sup>14</sup> de 2007 y en otras causas posteriores similares, la Corte declaró la inconstitucionalidad de los indultos sancionados en 1989<sup>15</sup> y que beneficiaron a los autores de crímenes de lesa humanidad. Para así decidir, el tribunal: (i) Dejó de lado una resolución propia que, en esa misma causa, había declarado la constitucionalidad de ese indulto en 1990 y había confirmado un sobreseimiento definitivo (tal como lo advirtieron los jueces disidentes). (ii) Aplicó retroactivamente la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad<sup>16</sup> (tal como lo señaló uno de los votos disidentes), y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas<sup>17</sup>. (iii) Aplicó retroactivamente tratados internacionales de derechos humanos ratificados a partir de 1984 (es decir, con posterioridad a los hechos juzgados). (iv) Aplicó retroactivamente la jerarquía constitucional que esos instrumentos adquirieron en 1994 (es decir, con posterioridad a los indultos cuya constitucionalidad se juzgaba). (v) Hizo referencia a normas consuetudinarias internacionales que no cumplían con la reserva que Argentina realizó respecto del art. 15.2 del PIDCP, ya que no tenían su correlato en derecho argentino a través de una *lex certa et scripta* que fijara la pena, con anterioridad a los hechos.

#### IV. La amnistía

La palabra “amnistía” proviene de “amnesia”, es decir que en este instituto subyace en ella la idea de olvidar un delito<sup>18</sup>, mediante una decisión democrática (y para eso interviene el Congreso de la Nación) a fin de pacificar a una sociedad. Es obvio que se trata de un instituto de excepción, previsto por la constitución para solucionar circunstancias extraordinarias que

---

14 Causa M 2333, XLII y otros, sentencia de fecha 13 de julio de 2007.

15 Decretos n° 1002, 1003, 1004 y 1005 del presidente Menem.

16 Ratificada en 1995 y elevada a la jerarquía constitucional en 2003

17 Ratificada en 1996 y elevada a la jerarquía constitucional en 1997

18 González Calderón, Juan A., *Derecho Constitucional*, Tomo III, Buenos Aires, Lajouanne, 1918, pág. 203.



pueden ocurrir en una sociedad y pacificarla. En atención a ese carácter, debe recurrirse a él en forma excepcional y con un criterio restrictivo en la apreciación de las circunstancias que lo justifican y debe estar orientada siempre a pacificar a la sociedad toda y no a beneficiar a un sector de ella en particular.

Puede ser definida como la atribución del Congreso de eliminar la criminalidad de un hecho en forma retroactiva. Es la contrapartida de su facultad de tipificar delitos: así como puede crearlos mediante ley, puede luego “borrar” su criminalidad<sup>19</sup> o “destipificarlos”. El requisito que generalmente establecen las constituciones (a veces en forme expresa y otras en forma implícita) es que la amnistía sea *general*, lo cual significa que se pueden amnistiar uno o varios hechos, pero siempre beneficiando a todas las personas que tomaron parte o intervinieron en él, y no a una persona en particular. Ello deriva del carácter general con que debe legislar siempre el Congreso: así como no puede crear delitos para personas determinadas, tampoco puede amnistiar a determinados sujetos. De acuerdo a lo expresado, como la facultad del Congreso de amnistiar es la contrapartida de su facultad de tipificar delitos, por lo tanto, el sólo puede dictarlas respecto de delitos que él mismo haya tipificado. De ello se infiere lo siguiente:

- La amnistía no puede recaer sobre crímenes tipificados por la constitución nacional, por los mismos motivos que estudiamos más arriba en relación al indulto. Por ejemplo la Corte argentina sostuvo en la causa “Perón, Juan D.” de 1960, que “Los beneficios de la ley... de amnistía, no son extensivos al delito de traición a la patria, ya que el art. 29 de la Constitución Nacional representa un límite infranqueable que el Congreso no puede desconocer o sortear mediante el ejercicio de su facultad de conceder amnistías”<sup>20</sup>. Lo que veda esa posibilidad es que, cuando el poder constituyente tipifica una conducta como delictiva, el congreso, que es un poder constituido y está subordinado a aquél, no puede borrar esa ilicitud.

---

19 Montes de Oca, Manuel A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Jesús Menéndez editor, 1927, pág. 250. En el mismo sentido se expidió la Corte Suprema argentina desde sus primeros fallos: “La amnistía borra los delitos políticos cometidos por los amnistiados, y tiene el efecto de impedir todo juicio y persecución por hechos anteriores”, Fallos 11:405 (1872)

20 Fallos: 247:387



- Tampoco se pueden amnistiar los crímenes de lesa humanidad tipificados por el derecho internacional consuetudinario imperativo o por tratados de derechos humanos vigentes para el Estado. Así lo sostuvo la Corte IDH en el caso “*Barrios Altos*”. El motivo es análogo: como esos crímenes no fueron tipificados por el Congreso sino por el derecho internacional, aquél no tiene la facultad de borrar su ilicitud. Otras particularidades de este instituto son las siguientes:
- En algunas oportunidades el Congreso aplicó el instituto para faltas leves y no para delitos graves, por ejemplo, para perdonar a quienes no habían cumplido con el servicio militar obligatorio o quienes no habían tramitado su documento de identidad<sup>21</sup>.
- Si bien el dictado de una ley de amnistía debe ser excepcional y el Congreso debe adoptar un criterio restrictivo en la apreciación de las circunstancias que lo justifican, una vez dictada, el poder judicial debe interpretar el alcance de esa ley con criterios amplios, como aplicable a todos los sujetos relacionados con los hechos que son amnistiados<sup>22</sup> y en algunas ocasiones se aplicó también a delitos conexos con los amnistiados<sup>23</sup>.
- Si la amnistía se dicta después de aplicada una pena a un sujeto, la acción y la pena quedan extinguidas<sup>24</sup>.

## V. Antecedentes de la amnistía en derecho comparado

Los primeros antecedentes de este instituto se remontan al derecho romano, donde el pueblo votaba una ley que derogaba el fallo condenatorio.

La constitución de los EEUU de América, de 1787, no la prevé.

En Francia, el 14 de septiembre de 1791 la asamblea legislativa dictó una amnistía general para todos los hechos relacionados con la revolución de 1789. El 22 de agosto de 1793, la Convención Nacional la amplió

---

21 Por ejemplo, en la Argentina las leyes n° 11386 y 11657, que fue convalidado por la Corte (*Fallos* 148:289 y 169:50).

22 Así lo sostuvo en reiteradas ocasiones la Corte Suprema argentina, sin dar fundamentos para justificar esa interpretación amplia (*Fallos* 17:22; 252:232; 254:282; 260:78; 261:143; 262:413 y 287:306), criterio del cual discrepamos.

23 *Fallos* 286:59.

24 *Fallos* 178:377.

a todas las acciones civiles y privadas relacionadas con esos hechos<sup>25</sup>. La constitución francesa de 1848 (art. 55) la incorporó.

La mayoría de las constituciones de Latinoamérica la contemplan: Perú (102 inciso 6); Uruguay (el art. 85 inciso 14, que exige mayoría absoluta); Brasil (art. 21 inciso XVI); México (art. 73 inciso 22); etc. En la Argentina varios ensayos constitucionales previos a 1853 la contemplaban (hubo proyectos en la Asamblea del Año XIII, el art. 89 de la Constitución de 1819 y el art. 99 de la de 1826). La constitución vigente la permite en el art. 75 inciso 20 como atribución del Congreso.

Algunos países prohíben en forma expresa la amnistía para delitos de lesa humanidad, por ejemplo Venezuela (art. 29, extensivo al indulto) y Ecuador (art. 80). Brasil la prohíbe para la tortura, el tráfico de estupefacientes, el terrorismo y los definidos como delitos repugnantes (art. 5 inciso XLIII)

Al igual que ocurría con el indulto, Italia y Venezuela prohíben referéndum para indulto y amnistía

## VI. Las auto-amnistías

En varios países, los integrantes de regímenes autoritarios que habían cometido violaciones masivas a los derechos humanos intentaron, antes de dejar el poder, amnistiar sus propios delitos.

En el caso de la Argentina, después de haber perpetrado miles de desapariciones forzadas, torturas, asesinatos, robos, etc., las autoridades del autodenominado "Proceso de Reorganización Nacional", con fecha 22 de septiembre de 1983 (es decir cuarenta días antes de las elecciones que implicaban el retorno a la democracia), sancionaron el Decreto Ley n° 22.924<sup>26</sup>. Allí se declaraba extinguida la acción penal para perseguir los delitos cometidos por la subversión y "*por los elementos destinados a conjurarla, cualquiera hubiera sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado*". En otras palabras, los mismos que utilizaron la estructura estatal para cometer delitos y silenciarlos, luego la utilizaron para auto-amnistiarse.

---

25 Conf. Rodríguez Villar, Pacífico, *La Amnistía en el Derecho Argentino*, Buenos Aires, Gráfica Tuduri, 1932, pág. 63.

26 *Boletín Oficial*, 22-09-83.

Con la democratización del país, las primeras medidas del gobierno constitucional que asumió el 10 de diciembre de 1983 fueron dirigidas al problema de los derechos humanos: el PE dictó inmediatamente los decretos n° 157 y 158, ordenando el procesamiento de los cabecillas subversivos y de los integrantes de la Junta Militar “*que usurpó el gobierno de la Nación el 24 de Marzo de 1976*” y de las subsiguientes juntas. Y con fecha 22 de diciembre de 1983 el Congreso sancionó la ley n° 23.040 cuyo art. 1 establecía “*Derógase por inconstitucional y declárase insanablemente nula la ley de facto 22.924*”. Resulta necesario advertir que la simple derogación no bastaba, ya que, por el principio constitucional de irretroactividad de la ley y el principio de ultra-actividad de la ley penal más benigna, los responsables de las violaciones a los derechos humanos hubieran podido invocar el decreto-ley de amnistía, por ello se lo declaró insanablemente nulo<sup>27</sup> (es decir, con efecto retroactivo). Pero el Congreso fue aun más allá y estableció que quienes hubieran recuperado la libertad en virtud de esa ley *de facto* debían presentarse ante el tribunal de radicación de la causa dentro del quinto día de vigencia de la nueva ley. Esta ley permitió el inicio del juicio a las juntas militares, promovido en virtud de la orden presidencial contenida en el decreto n° 158 ya referido.

En el Perú, el régimen de Fujimori sancionó en 1995 la Ley N° 26479 (y su ampliatoria n° 26492) que concede “*amnistía general a personal militar, policial y civil*” que hubiera cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos.

La Corte IDH en varios fallos ha declarado la invalidez de esas leyes, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 del PSJCR. Sostuvo que los Estados Partes en la Convención que sancionen ese tipo de leyes incurren en una violación de los artículos 8 y 25 porque conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de

---

27 Esta ley podría ser analizada como un caso curioso de control de constitucionalidad ejercido por el Congreso de la Nación. Entendemos que, tratándose de normas de facto, el Congreso posee facultades para ejercer tal control, dado que, según la doctrina de la Corte, dichas normas no son válidas si no son ratificadas por el Congreso (Conf. “*Aramayo*” de 1984, en *Fallos* 306:72). Sobre el punto puede verse Nino, Carlos S., “*Hacia una Nueva Estrategia para el Tratamiento de las Normas de Facto*” en *La Ley* 1983-D:935, Bidart Campos, Germán “*Actos Legislativos del Poder Ejecutivo de facto Después de Instalado el Gobierno de Iure: Su Derogación*” en *El Derecho* 50: 613 y nuestro libro *Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 1863-2017*, Buenos Aires, Astrea, 2° edición, 2017, pág. 232.

la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto. Impiden la identificación de los responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente<sup>28</sup>. Es que, a diferencia del indulto, que *presupone* la existencia de un juicio, de una investigación, de una sentencia judicial y de una sanción o pena para el reo; la amnistía significa “borrar” el delito y cerrar el proceso sin que los derechos de las víctimas hayan sido ejercidos.

La Corte argentina aplicó la jurisprudencia que emana de “*Barrios Altos*” en el caso “*Simón*”<sup>29</sup>, de 2005, para declarar la inconstitucionalidad de una ley conocida como “de obediencia debida”, que no era una amnistía, y menos aún una autoamnistía<sup>30</sup>. En ese fallo reabrió causas que ya estaban erradas con sentencia firme, e incurrió en errores similares a los que detallamos más arriba al comentar el caso “*Mazzeo*”, especialmente en cuanto a la aplicación retroactiva de normas que no existían en la época de los hechos ni en la época de sanción de la ley.

## VII. Relación entre el indulto y la amnistía

Hay cuatro supuestos de relación entre el indulto y la amnistía que merecen ser estudiados:

### a) Amnistía posterior al indulto

Cabe preguntarse qué ocurre si una ley de amnistía beneficia a un sujeto que ya había sido indultado<sup>31</sup>. Entendemos que la existencia de

---

28 Caso “*Barrios Altos Vs. Perú*”, Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo); Caso “*Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Caso “*Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219.

29 Fallos 328:2056

30 La norma fue sancionada por el Congreso democrático en 1987, después del juicio a los jefes de la represión ilegal y solamente establecía la presunción de que quienes actuaron en cumplimiento de órdenes que no podían resistir en el marco de una organización vertical como son las fuerzas armadas, quedaban comprendidos en la causal de inimputabilidad, que el Código Penal ya contemplaba, de obediencia debida.

31 Esto ocurrió en la Argentina, en el caso “*Iouri Pivovarov*” de 1973 (Fallos 286:59).

un indulto a favor del condenado no excluye la posibilidad de aplicar la amnistía por cuanto los efectos de ésta son más amplios, en cuanto ésta *“desincrimina el hecho”*. Si bien el indulto borra la pena, el registro de reincidencia mantiene la anotación de ese delito y su condena, mientras que la amnistía, al desincriminar ese delito, implica la cancelación de esa anotación.

b) Leyes que conmutan penas

Cabe preguntarse también si la conmutación de penas puede ser dispuesta por ley<sup>32</sup>. Cabe entender que, como sostuvo la Corte Suprema argentina *“la conmutación de penas como medida general modifica y disminuye los efectos de las condenas por la comisión de delitos, y lo hace con carácter de generalidad, sobre la base de hipótesis abstractas, es decir que importa un acto típico de legislación. Así considerada, la conmutación no se distingue de la amnistía sino en cuanto ésta extingue no sólo la pena sino también la acción penal, y la conmutación, en cambio, sólo alcanza parcialmente a la pena: pero en punto a su naturaleza son idénticas, pues ambas suponen el ejercicio de una facultad de legislación”*. El argumento que subyace en el fallo bajo estudio es que *quien puede lo más puede lo menos*, por lo cual, si el Congreso puede extinguir la pena y la acción, puede también reducir la pena.

c) Indultos que se asemejan a amnistías

Se trata de un caso que, de alguna manera, es el inverso al anterior y que se verificaría si, en vez de dictar un indulto personalizado que beneficia a uno o varios reos, se dicta un indulto generalizado, que beneficia a todos los sujetos participantes de un determinado suceso. En este caso, si bien quien puede lo más puede lo menos, quien puede lo menos no puede lo más. En otras palabras, el instituto del indulto fue concebido para ser aplicado a casos puntuales, y no puede significar una amnistía general encubierta, incluida en un decreto del poder Ejecutivo, porque, de lo contrario, éste estaría invadiendo la órbita del Congreso.

Esto ocurrió en la Argentina, cuando en 1989 se dictaron cuatro decretos simultáneos que perdonaron a todos los participantes en la represión

---

32 Esto ocurrió en la Argentina apenas recuperada la democracia en 1983: el Congreso Nacional sancionó la ley n° 23.070, por la cual se redujeron las penas de una cantidad de personas que habían sido condenadas durante el período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y 10 de diciembre de 1983. La Corte convalidó ese peculiar proceder del Congreso en el fallo *“Solis”* (Fallos 308:1298).

ilegal ocurrida entre 1976 y 1983. Eran más de doscientas personas, todas ellas de grado militar, imputadas de torturas, desapariciones forzadas, privaciones ilegales de la libertad, etc. incluso muchos de ellos eran, en ese momento, procesados no condenados (lo cual agregaba otra inconstitucionalidad, como estudiamos más arriba). Se trató realmente de una amnistía encubierta. Por ello, coincidimos con Bidart Campos, quien se expidió categóricamente en contra de la validez de este tipo de medidas<sup>33</sup>. El solo hecho de que el Poder Ejecutivo haya indultado en un solo día a esa cantidad de personas, integrantes todas de un mismo cuerpo (las fuerzas armadas) y responsables de los mismos delitos (represión ilegal cometida entre 1976 y 1983), los torna inconstitucionales, por haber perdido su carácter individual o pluri-individual, para transformarse en una norma que beneficia a la generalidad de un sector, con lo cual, se invade la esfera del poder Legislativo.

d) Imposibilidad del Congreso de revocar o modificar indultos

En "*Estados Unidos vs. Klein*"<sup>34</sup> de 1872 la corte suprema norteamericana sostuvo que la facultad del presidente está exenta de toda intervención legislativa, no pudiendo el Congreso revocar un indulto o conmutación de penas, ni modificar su alcance. En la Argentina, Joaquín V. González<sup>35</sup>, ya a fines del siglo XIX, apoyaba la decisión de ese fallo. Coincidimos con este criterio, por cuanto cada poder debe mantenerse dentro de las órbitas que el constituyente trazó para su accionar y aun cuando en algunos casos las facultades de indultar y de amnistiar puedan asemejarse, se trata de institutos distintos y no hay norma alguna que establezca la facultad del congreso de intervenir en los casos de indultos concedidos por el Ejecutivo.

Claro está que ello no alcanza al poder judicial que, como guardián de la constitucionalidad de los actos de los demás poderes, puede, en el marco de una causa judicial, expedirse sobre la constitucionalidad de un indulto, una conmutación de pena y una amnistía.

---

33 Cfr. Bidart Campos, G., ob cit. pág. 340.

34 13 Wall. 128.

35 González J.V., Ob cit., pág 544.

### **VIII. A modo de conclusión**

Las atribuciones constitucionales de indultar y conmutar penas ofrecen un amplio menú de opciones en el derecho comparado. En algunos países están consagradas como facultades ilimitadas y en otros no, dado que la propia constitución establece excepciones y limitaciones. Pero a todos les caben las limitaciones que impone el derecho internacional de los derechos humanos y las normas consuetudinarias de derecho internacional imperativo (*ius cogens*), que prohíben en ciertos casos el indulto y la amnistía

# JUVENTUD, CRISIS POLÍTICA Y ACTIVISMO CONSTITUCIONAL-IDENTIDAD



*Fernando Calle Hayen\**

**Sumario:** Introducción, juventud, crisis política, conciencia y ciencia, activismo constitucional, la crisis del estado, exige una asamblea constituyente, momento constitucional, hacia el voto voluntario, primera reforma?, ¿Somos esclavos del sistema?, Buscando el orden continental.

## INTRODUCCIÓN

**E**s un honor participar como ponente en el décimo quinto congreso iberoamericano de derecho constitucional; más aún, cuando debo fundamentar mi ponencia sobre juventud, crisis política y activismo constitucional-identidad

Este año de vida política en nuestro país, un año después del bicentenario; sin duda, que se vive los momentos más difíciles de su desarrollo en el sistema, en la que la presencia del constitucionalismo aportará y ayudará a que podamos salir de esta grave crisis y sobre todo encaminar

---

\* Doctor en Derecho -Profesor Universitario  
Ex Vice-Presidente del Tribunal Constitucional -Miembro de la asociación Peruana de Derecho Constitucional  
Instagram: <https://www.instagram.com/fernandocallehayen/>



a la República hacia un verdadero desarrollo de lo que podríamos llamar “ nada fuera de la ley – nadie por encima de la ley” ; la presente ponencia, que será explicada en el XV Congreso Iberoamericano De Derecho Constitucional el día viernes 23 de setiembre del 2022 en el Taller N° 12 [mesa académica I) Juventud, crisis política y activismo constitucional-Identidad ] de la Universidad Católica de Santa María de nuestra querida ciudad Arequipeña, tiene en esencia las vivencias, las aspiraciones, el desarrollo de una etapa juvenil entregada a nuestro país desde estudiantes e identificado con el problema que hoy vive en nuestra propia juventud que se desarrolla en una crisis especial de la política nacional y por qué no también de la economía mundial.

Por ello; nuestro activismo en la presente, más que un desarrollo de sentencias y esfuerzos positivos al respecto, estará en razones, propuestas e ideas sobre el mejoramiento de nuestro sistema constitucional como estructura de Estado.

Lo que viene sucediendo en el conflicto entre Rusia y Ucrania con sus consecuencias en Europa y el mundo, sin duda que afecta gravemente la economía de los países latinoamericanos y del mundo, sumado esto a la pandemia vivida por El Sars Covid 2 y restaurada a decir de los informes de salud, con enorme preocupación en la asistencia médica, sus consecuencias y la vivencia que como consecuencia de ello sumado a los problemas mencionados se produce en la política y economía de nuestro país.

No podemos dejar de mencionar, que desde hace algunos periodos presidenciales, se ha vivido y se viene viviendo la presencia de la corrupción en las más altas esferas del estado y organismos. Lo más grave de esto, es una impunidad prácticamente institucionalizada, la presencia del narcotráfico y el fenómeno singular en este año de la política nacional en la que a continuidad de dos presidencias vacada una y dos renunciadas, nos hemos encontrado este año, casi desde el inicio del gobierno en un permanente debate de vacancia presidencial y/o disolución del congreso, que se ha trasladado a las calles, a la sociedad y al desarrollo de situaciones sui generis en cuanto al aspecto delictivo en coyunturas del uso del poder político y las limitaciones o sensación de que el sistema judicial es parte del engranaje de instituciones controladas por el poder oculto.

La crisis política, acentuada en cada momento, se basa fundamentalmente en que quizás no hemos tomado nota que en los últimos 30 años,

también la tradicional llamada clase política como tal, está ausente del escenario y participan o hacen uso del poder político en muchos casos, lo que podríamos llamar no nueva gente ni una renovación política, sino personas en algunos casos llamados emprendedores con generosidad en la expresión en la política. En algún momento, los jóvenes y ciudadanía sancionaban severamente a los congresistas que pasaban de un partido a otro con rapidez, lo que se llamó en su oportunidad “transfuguismo” al servicio de la dictadura y luego de la autocracia, que produjo y sentó los momentos de mayor corrupción en la vida política en nuestro país en tiempos de la segunda década del siglo XX.

Ese transfuguismo tan sancionado por la sociedad y especialmente por la juventud; en tan solo 20 años, se ha convertido en algo normal y hasta podríamos decir en una élite casi aristocrática que ya no tiene por lo menos el rechazo de la gran prensa nacional, por cuanto ; que los llamados tráfugas ayer y hoy pasean por los grandes medios de prensa con las mayores consideraciones y hemos visto que sin asombro lo que pudo ser ayer un vídeo o una señora “Pinchi Pinchi” denominada así que “derrocó” al presidente más poderoso del siglo XX, el presidente Fujimori con el control total de las instituciones e inclusive de las fuerzas armadas y policiales. Hoy, se observan vídeos y/o audios en cantidades, transfuguisms oficializados hasta en los últimos minutos y la sociedad cuasi paralizada reacciona por momentos, pero a la vez viene generando la nación una ira retenida que puede ser sumamente perjudicial en nuestros tiempos.

El Presidente de la República, hasta este momento en que estoy escribiendo, viene siendo investigado ya no solo por el Congreso de la República en forma tradicional sino por el Ministerio Público, que es el Organismo Constitucional encargado con la titularidad en la lucha contra el crimen y en este caso contra el crimen organizado, en la que se singulariza al Presidente de la República; por cuanto que, los acontecimientos que vienen sucediendo son demasiado rápidos y son materia de una sensación de mediocridad desconocimiento y falta de capacidad para gobernar.

El Parlamento, con nombramientos igualmente realizados y con una cuasi complicidad en sostener al ejecutivo, demostrando no tener ninguna voluntad para atender la necesidad del pueblo que viene reclamando hace un tiempo que este dolor que viene sufriendo la Nación, se solucione constitucionalmente con un adelanto de elecciones tanto presidencial como parlamentario; es decir, mejorar lo que hace 21 años se llevó a cabo por

la presión popular, lo que se conoce como adelanto de elecciones con la autodisolución del congreso y vacancia presidencial dentro de los cánones constitucionales; esa voluntad, expresada en su oportunidad por la clase política en ejercicio del poder, está ausente en estos tiempos, lo que puede desencadenar por su indiferencia en conflictos sociopolíticos impredecibles, que inclusive pudieran terminar en una asamblea constituyente violenta, que no es lo mejor para nuestro Perú; consecuencias, que son de exclusiva responsabilidad -por estar generándolas- de la clase política actual en ejercicio tanto del ejecutivo como el legislativo.

La mayor parte de la ponencia, está basada en algunos trabajos académicos personales y citas de algunos autores que están ya referidas en esta; señalados por el autor, que ha tenido y que tiene como fuente la vivencia diaria, la formación académica - razón por la que se omite la bibliografía - y la esperanza de que podamos no solo aportar sino completar con la realización de un pueblo, lo que mencionaba hace unos momentos, en cuanto a que sin duda, podamos fortalecer la unidad de todos los peruanos en una gran alianza contra la impunidad, porque hemos entendido en estas últimas décadas, que la violencia senderista y el narcotráfico presente, al parecer ha destrozado la institucionalidad; por eso, todo aquello que podamos exponer, no tiene sino la ilusión sumada a la ansiedad de una nación, que quiere que esta unidad y sus estamentos nos lleven a una sociedad en la que nada ni nadie esté fuera de la ley, ni por encima de ella.

Fernando Calle Hayen.

Lima, julio 2022

## JUVENTUD

Tenemos que explotar nuestra juventud física, mental y de espíritu que es lo más valioso que poseemos y el mejor ofrecimiento que podemos hacer a las futuras generaciones es el sacrificio de la misma en la lucha por la libertad y la justicia social, ya que será el mejor obsequio que podemos alcanzar a nuestros hijos. Antes se pensaba en la justicia de un pueblo, en la participación del mismo, en la paz entre vecinos; ahora, el concepto es más amplio, se desea la justicia pero para todos los pueblos, se desea una participación pero en sentido mayoritario en relación a los pueblos del orbe, una paz no solo de los pueblos, sino entre cada uno de nuestros hermanos.

Podemos observar cómo a pesar de que las religiones y en especial la católica cristiana está sufriendo una crisis por la propia descomposición y actos de ciertos representantes de la misma, o tal vez por la duración de todo un imperio, existe y se presenta algo curioso; ya que, si bien es cierto que la juventud no participa de ciertos ritos católicos o religiosos o no se conducen de acuerdo a los dictámenes papales, también es cierto que ahora más que nunca la juventud trata de encontrar una paz interna, una tranquilidad que la misma doctrina propaga cuando nos invoca a la paz y comprensión entre hermanos.

Resulta que cuando la juventud yerra en esa búsqueda de paz y tranquilidad, no nos preocupamos de preguntarnos si a lo mejor existe desorientación y ausencia de guías verdaderos de ejemplos activos y no ceremoniales y son errores que antes de ser comprendidos, sirven a la sociedad para atacar a lo que es su propia creación a su propia sangre, que tiene sus defectos pero que también tiene pocos ejemplos que seguir.

El amor que requiere de confianza, que vive de la actitud y de la fe, comprende una evolución en el mundo de hoy, un desprendimiento, ejemplo y enseñanza para las nuevas juventudes de este siglo XXI, que está caminando como lo fue la del siglo XX a sus finales. Estas multitudes en lo religioso (católicos) necesitan de los apóstoles su contacto directo, su mensaje orientador que gane la simpatía y la confianza, para que la iglesia como tal pueda gozar de la adhesión mayoritaria de la humanidad y pueda renovar su mensaje cautivador de amor, fe y esperanza para poder creer en Cristo y en su credo como la salvación del mundo.

Si miramos como jóvenes hoy - independientemente de los credos religiosos -, es una realidad que como ya se ha referido, tienen pocos ejemplos positivos que seguir en el caso de nuestro país o de nuestra América morena, pero centrándonos en la práctica en nuestro Perú ¿qué les ofrecemos como sistema para seguir?, un sistema de justicia corrupto, un sistema político empobrecido moralmente donde el poder oculto controla casi todas las instituciones y el narcotráfico no deja de tener una presencia importante, una corrupción sin tregua que hace que hasta la prensa en muchos casos -algunos que la ejercen la conviertan en un vil oficio - les exija que hay que conservar el sistema, por Dios ¿qué sistema? este que está podrido, que lo han creado e impulsado con mayor fuerza las últimas promociones de los últimos 30 años que han destrozado instituciones, partidos políticos, sindicatos etc. y que han impuesto como mensaje que

lo importante es tener dinero no importa de dónde venga ni cómo lo hayan conseguido, que eso les dará poder, ubicación social etc. La juventud de hoy, como en todo ciclo, tiene no solo la libertad, la voluntad, el derecho, sino la obligación de cambiar el sistema, el hombre creó el Sistema cada cierto tiempo y el hombre tiene que cambiar lo que pueda estar mal para orientar no solo su destino sino de los que vienen, entendiendo entonces, que el grito de nuestros tiempos debe ser ¡NO A LA IMPUNIDAD!

La idea, el mensaje, la doctrina que forman con el tiempo instituciones, son en nuestra vida terrena formadas por hombres y como tal, son estos los que tienen que ganar a sus semejantes, los que tienen que crear la confianza y despertar la fe hacia la luz que eleva al espíritu hacia su plenitud y lo integra en las convivencias de todas nuestras pasiones humanas.

Hoy más que nunca, necesitamos del hermano que su ejemplo y actitud nos oriente, nos encamine hacia el bien; no podemos pensar bíblicamente en un Dios bueno para unos y en un Dios malo para otros, no podemos tener un gobernante divino que nos castigue por no estar con él, que separe y paralice las aguas de los ríos para que se salven sus escogidos de la persecución de sus adversarios y que sentencie con muerte a sus detractores.

Los que creemos en Dios, tenemos en él un padre que nos perdona, pero que siempre trata de guiarnos con su comprensión hacia el camino de la verdad, y en el mundo de hoy, necesitamos que nos otorgue el don de sentirnos plenamente humanos revividos por la esperanza y la fe y si es posible crearnos una ilusión romántica de lo que vamos a cambiar y de lo que queremos alcanzar.

Si observamos la valentía renunciamiento y hasta sacrificio de nuestra juventud, vemos que estos actos juveniles nos retraen de nuestro escepticismo, creado por nuestras propias responsabilidades y adversidades que nos presenta la vida terrena.

No trato de defender una posición ni disculpar formas de vida, adoptado por diferentes grupos juveniles, se trata más bien de encontrar la comprensión y el medio correcto para lograr una conversación que rompa el hielo y se oriente por un solo camino, logrando que cada generación produzca más que la anterior, como medio por lo menos de justificación ante la evolución del mundo y del hombre.

## CRISIS POLÍTICA

Arrastramos una crisis política desde hace algunas décadas, como consecuencia de nuestra falta de atención a la educación y realización de una verdadera estructura del Poder tanto en nuestra Constitución Política del Estado, como en el propio asentamiento social y económico. Una seria profundización de la corrupción en casi todas las instituciones con la presencia de un poder oculto que ha generado la institucionalización de la Impunidad, acentuada después del régimen militar sin estar ella libre de esa seria responsabilidad en doce años de régimen militar de corte nacionalista con estatizaciones generalizadas que a su término trajo también una presencia más notoria y fuerte del narcotráfico con su consecuente presencia y corrupción en el sistema de justicia que hasta nuestros días no podemos limpiar, radicando esencialmente en ella como en la deterioradas organizaciones políticas, las razones fundamentales para la ausencia de valores y principios éticos que puedan dar alguna esperanza de cambio; es decir, la Corrupción y la Impunidad se han convertido en la gangrena de nuestras instituciones y de nuestra frágil democracia.

Todo esto ha llevado a que el ciudadano totalmente frustrado, engañado y abandonado haya elegido presidente y congreso con escasa legitimidad, pero esencialmente en busca de un cambio de lo que podríamos llamar hace tiempo de una ausencia de políticos como de partidos serios y organizados, habiéndose convertido tanto la política como inclusive la educación en grupo de interesados “emprendedores” hacia sus propios intereses alejados de los del país, como de los de la nación y con total responsabilidad de quienes con su participación y doblez hacia el poder oculto han destrozado las pocas instituciones y han permitido que la política sea un abanico de independientes con interés personal y de enriquecimientos con pocos valores, que de alguna forma siempre existieron en nuestro país; por ello, la actual crisis política tan severa que no encuentra solución, porque precisamente no existen personas en el ejecutivo ni el parlamento que piensen políticamente en función de nuestro país.

Al año de gobierno, giramos entre la vacancia presidencial y la disolución del congreso y de las promesas electorales del presidente Castillo y sus aliados no existe absolutamente nada que nos haga pensar que tenían idea de lo que pensaban y piensan hacer como gobierno y rodeados de una cantidad de investigaciones y denuncias sobre corrupción en todos

sus niveles y poco respeto por decir lo menos en el nombramiento de sus principales funcionarios. Lamentablemente el congreso no se queda atrás y compite en esta lamentable situación que nos traerá serias consecuencias en poco tiempo y que por serio respeto a la democracia soporta el pueblo, que pareciera se encuentra en un proceso de embrutecimiento , pero que viene generando una ira que no sabemos cuáles podrían ser sus consecuencias, que podría llevarnos inclusive a una Asamblea Constituyente violenta por exclusiva responsabilidad de quienes se encuentran como ejecutivo y legislativo; teniendo lamentablemente que la corrupción y su control ha escapado de la esfera política al sistema de justicia, que hasta el momento siendo quienes podrían salvarnos de esta triste situación, por decir lo menos, hacen de la Impunidad su símbolo.

Debemos entender, cual fuera nuestra concepción ideológica y necesidad política y económica que: “En una sociedad de productores, el terrorismo no tiene lugar”. Necesitamos urgente una Alianza y compromiso nacional contra la Impunidad. A los últimos cuatro presidentes y una candidata, les hice llegar vía notarial la invocación a que suscriban el convenio con las Naciones Unidas para que se instale en nuestro país la Comisión Internacional contra la Impunidad

## **CONCIENCIA Y CIENCIA**

Es necesario que los países latinoamericanos tomen conciencia de su efectiva participación política en democracia, es necesario que despoliticemos el sentido negativo y no constructivo del terrorismo, por cuanto ha quedado demostrado que su práctica de terror tiene como intención el derrumbamiento de gobiernos democráticos a veces al amparo de graves crisis económicas y políticas creando el ambiente propicio para establecer regímenes totalitarios, dictatoriales y en otras épocas militaristas.

Las guerrillas como tales, que inquietaron a muchas juventudes en nuestro continente, han venido a fracasar, pero esto de guerrilla urbana llamémosla así cuando de la montaña bajan a la ciudad con una convicción ideológica de guerrilla no terrorista encierra un problema para con los mismos actores, y es que como se trata de un esfuerzo urbano y local se presta a que muchos delincuentes comunes se infiltren y lleven sus nefastas y delictivas actividades como pretendidos delitos políticos sociales y traten además de inmiscuirse en este tipo de agrupaciones, pero como un medio de supervivencia y lucro ilegal y no idealista o revolucionario



Ha sido muy frecuente en los últimos tiempos distintos actos de terrorismo confundidos en su membretes como tales, produciendo asaltos, apropiándose del dinero de compañías u otras instituciones productivas, realizando secuestros y colocando explosivos en algunas oportunidades con el fin de atemorizar o destrozarse alguna edificación, tampoco se descarta en estos tiempos la vinculación directa o indirecta de los llamados terroristas con los dedicados al narcotráfico

En los países donde la democracia tiene vigencia y plenitud en su realidad política y experiencia, estos movimientos guerrilleros no superan, pero si tratan de crear el ambiente propicio para poder progresar, porque cuando un país cae en la dejadez y no produce, cuando un país envilece en su desarrollo y degenera su productividad y sus valores entre quienes lo dirigen como seres humanos, se convierte en un país reducido a una mínima expresión en su producción, con sectores de la población altamente desnutridos, con una desocupación elevadísima, siendo propicio para actividades de esta naturaleza política que encuentran en estos sectores sumamente explotados el recurso humano para la agitación social.

La educación, el desarrollo cultural es la revolución que mueve las conciencias hacia su despertar y posibilita el acceso a las posibilidades y al desempeño humano en mayores facultades, en mayor preparación para afrontar la urgencia del desarrollo técnico, que requieren en el trabajo los países en nuestra época actual.

Si una constitución por ejemplo determina el espacio o ejercicio del poder constitucional por un lapso de cuatro años, cada cuatro años tiene que renovarse este gobierno, podría decirse ahora que es manipulable un electorado cuando este es paupérrimo y analfabeto; probablemente, pero no solo el analfabeto es manipulable, el ignorante lo es y el dinero que existe también predispone contubernios de poder, que comparando y viendo todos sus defectos frente a un poder de tipo totalitario, a la larga la democracia se convierte con todos sus defectos e irregularidades, en el mejor sistema de gobierno hasta hoy practicado.

No justifica entonces que nos vayamos a las armas, que vayamos al destrozarse del comercio, industria y de la producción de un país cuando este se desenvuelve bajo las normas legales que rigen toda la República; se convierte de esta forma, el terrorismo y actividades afines en un delito común altamente censurable, se convierte como ya hemos citado en alguna



oportunidad, en bandeja de intereses personales y en una forma también de enriquecerse fácilmente y estar con la ilegalidad bajo una presunta actividad político social.

## **ACTIVISMO CONSTITUCIONAL**

### **LA CRISIS DEL ESTADO, EXIGE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE**

Toda la nación coincide en que la constitución de 1993 ha resultado deficiente e inoperante, maltratada por los mismos que la redactaron y promulgaron, exige a viva voz una serie de reformas en gran parte de su texto. Este es el resultado de un congreso constituyente convocado como recordarán todos, por la presión del posible bloqueo de la comunidad internacional frente al autogolpe del 05 de abril de 1992; lo que obligó al otrora presidente Fujimori a expresarse en ese sentido en la reunión de Bahamas en la OEA.

Al respecto, tenemos inclusive la sentencia 014-AI-2002-TC que precisa la necesidad de respetar el Art 307 de la Constitución Política del Estado de 1979. Sería un devuélvase a plenitud de su imperio a la constitución de 1979, como fuera con la constitución de 1933 por ley constitucional N° 10334 del 26-12-45;

“El poder constituyente refleja la más genuina expresión de la actividad política. Se exterioriza en las decisiones fundamentales aptas para crear e imponer originariamente un orden jurídico nuevo. Es la voluntad que procede directamente del ser político, la voluntad espontánea y viva de la realidad social.” - Jorge Xifra Heras, Naturaleza del Poder Constituyente, Libro Curso de Derecho Constitucional Tomo I.

Lo real es que si empezamos a comentar que debe reducirse el período del mandato parlamentario, modificarse el régimen económico, generar una verdadera descentralización con auténtica autonomía, volver al sistema Bicameral, anular una vicepresidencia, interpretar el concepto de participación en los servicios públicos, la situación constitucional de los militares, modificación en la elección o nominación del contralor general de la república, el voto voluntario, el sistema judicial, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Publico, el sistema electoral, etc. Estamos hablando de una reforma profunda que por la coyuntura de lo vivido y la exigencia generacional estamos hablando prácticamente de una seria reforma a la constitución de 1979 y a mi entender, requeriría de un debate

intenso que tiene que pasar por una clara voluntad política por parte del Congreso para realizarla o simplemente habremos perdido una nueva oportunidad, con las consecuencias que esto puede significar para el futuro de nuestro país.

Naturalmente que, las consecuencias jurídicas de hecho realizadas durante el lapso de la vigencia de la Constitución de 1993 - con la gentil compañía de los señores parlamentarios en el Congreso de la República - habría que declararlas válidas, siempre y cuando no sean inconstitucionales y previa revisión por el Congreso de la República.

Existe el antecedente de la Ley N° 10334 de 1945 por la que se devuelve a plenitud el imperio de la Constitución de 1933, declarándose que el plebiscito realizado el 18 de junio de 1939 estuvo fuera del régimen constitucional y se llevó a cabo violando lo establecido en el Art. 236° de la referida Constitución; declarándose válidas a su vez las consecuencias jurídicas y de hecho del citado plebiscito, cuya legislación rigió de 1939 a 1945 y fueron respetadas por el Congreso Nacional de ese entonces. Sobre este periodo de nuestra historia hay que señalar que, durante este lapso (1939 a 1945), hubieron presos y perseguidos políticos y las fuerzas políticas importantes no compartían su presencia dentro del Parlamento.

También podemos recordar que, en el caso del Estatuto Provisorio, expedido por don Nicolás de Piérola el 27 de diciembre de 1879, se declararon nulos todos sus actos gubernativos internos mediante Ley del 26 de octubre de 1886, ya que al dimitir don Nicolás de Piérola; la Junta de Notables ungida por las circunstancias eligió como presidente de la república a D. Francisco García Calderón; cuyo primer acto fue, precisamente, declarar vigente la Constitución de 1860, aboliendo el Estatuto de Piérola. En estos dos casos, no existía el Art. 307° de la Constitución de 1979, que es un imperativo sobre el cual debe meditar el Congreso.

## **MOMENTO CONSTITUCIONAL**

En defensa del Estado de Derecho y contra la autocracia, expresamos como un modesto aporte desde julio de 1999, la necesidad de rescatar la institucionalidad en nuestro país, señalando que la coyuntura exigía una Asamblea Constituyente; este sentimiento fue expresado ante la Misión de Avanzada de la OEA por el Colegio de Abogados de Lima, mediante

documento de fecha 21 de junio de 2000. Hoy, todos comprendemos que solo el pueblo puede darse una nueva Constitución.

Lo mejor sería no ir a una nueva Constitución, más aún, cuando tantas pesan sobre nuestra historia; por eso, es fundamental analizar que, habiendo sido el sentimiento nacional, que la Constitución de 1979 sea la última en la historia de nuestra frágil democracia, lo correcto sería que se respete y cumpla lo dispuesto en el Art. 307º de la misma e inmediatamente dentro de sus propios alcances se practique las reformas que crea conveniente la representación parlamentaria; lo contrario es seguir vigentes sobre una carta política que tanto el Foro como otros organismos, legisladores y miembros de la Sociedad Civil la han objetado por su origen, siendo imprescindible que nos libremos de su sombra autoritaria.

La Constitución ideal no existe y a decir de Montesquieu: “ Una república vale lo que vale la virtud de sus ciudadanos”.

He venido sosteniendo desde hace tiempo en distintos medios académicos, la posibilidad de una Asamblea Constituyente y la vigencia del Art. 307º de la Constitución de 1979 en cuanto a su presencia jurídica para efectos de cualquier reforma constitucional. La Constitución de 1979 señala como expresión de su propia norma en sus Art. 306º y 307º un imperativo constitucional, que lleva en sí misma, la razón de su vigencia y la sanciones a su no cumplimiento. A decir de Kelsen: “ En razón del carácter dinámico del derecho, una norma solo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma”. En este caso, debemos tener presente la norma superior.

Es importante detenernos un momento en este artículo constitucional referido, por cuanto que la trágica historia político social de nuestro país con permanentes dictaduras cívico-militares, golpes de estado, congresos constituyentes, 12 Constituciones - sin incluir la de Cádiz - influyó seguramente en la determinación de los constituyentes de entonces, de insertar en la Carta Política de 1979, el Art. 307º; así como el derecho de insurgencia, establecido en el Art. 82º, que se repite en el Art. 46º de la Constitución vigente - sólo la población civil.

Percibo que, existió la voluntad de dejar a la clase política posterior a ese ciclo histórico, un instrumento que invite a la reflexión a todos aquellos con espíritu y vocación proclive a la tentación totalitaria, a respetar el orden constitucional; por cuanto que, aplicándose a plenitud, terminaba

probablemente con parte de este nefasto capítulo de nuestra historia, que además es causante con el militarismo no solo de nuestra precaria democracia e inestabilidad institucional sino también de nuestro atraso económico, condición de país subdesarrollado y corrupción generalizada.

El espíritu de esta norma constitucional que tratamos, apreciada por una clase política y una nación a su altura, en verdad hubiera invitado a la reflexión antes de un paso como el vivido el 5 de abril de 1992 y su continuidad como si nada hubiera sucedido, acomodándonos e imponiendo a la sociedad de alguna forma un arreglo sobre los hechos consumados; por cuanto que, del texto y espíritu de la norma y ante la presencia de casi la misma clase política, entendemos que poco se ha cambiado y que naturalmente ni el derecho de insurgencia ni lo establecido en el Art. 307º de la Carta Política de 1979, fue un salvaguarda del esfuerzo de nuestra nación por establecer un sólido Estado de Derecho, con un Sistema Judicial autónomo y respetado.

Al respecto Carlos Cárdenas Quiroz, citando a Kelsen en su tema Límite temporal de las Normas Jurídicas: cesación de su vigencia, en el Libro Tratado de Derecho Civil Título Preliminar Primera Edición, Tomo I, Universidad de Lima 1990, dice lo siguiente: “Como expresa Kelsen: -La norma puede determinar que podrá ser revocada solamente de una cierta manera prescrita por ella misma- el planteamiento de Kelsen puede extenderse a la Constitución del Perú de 1979, la cual establece un procedimiento especial para su reforma (Art.306º). Si el proceso de modificación se apartase de las formalidades establecidas para el efecto, la ley correspondiente sería inconstitucional”.

Art. 307º de la Constitución de 1979 –es conveniente recordarlo– refiere textualmente: “Esta constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En estas eventualidades todo ciudadano investido o no de autoridad tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Son juzgados, según esta misma constitución y las leyes expeditas en conformidad con ella. Los que aparecen responsables de los hechos señalados en la primera parte del párrafo anterior. Asimismo, los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución.

El Congreso puede decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado”

Este cumplimiento no crearía en absoluto problema ni alteraría el desenvolvimiento de la vida constitucional del país; por cuanto que, podría –es una obligación jurídico moral- disponerse el restablecimiento de su efectiva vigencia, dando cumplimiento a esta norma constitucional tantas veces citada, derivándose de inmediato a la Comisión de Constitución del Congreso u convocándose a una Asamblea Constituyente para su respectiva reforma, manteniendo vigente en forma transitoria los dispositivos constitucionales de la de 1993.

## **HACIA EL VOTO VOLUNTARIO**

Si la Constitución -1993- en su Art. 31° señala que “... tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil” y a su vez que “Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”, ¿por qué tenemos que sancionar al ciudadano cuando quiere hacer uso en la forma que crea conveniente de ese derecho sin atentar contra las buenas costumbres y las normas jurídicas del Estado? Hablamos, en este caso, de expresar con el voto la legitimación democrática dentro del sistema político y de gobierno que hemos escogido.

La llamada globalización, la marginación de los débiles, el desconocimiento sobre las distintas etnias y el poco respeto por las instituciones democráticas hace que encontremos el debate constitucional como uno de los más relevantes, sobre todo cuando hablamos de reformar el Estado; debiendo insertarse precisamente en ella, el sueño de un siglo XXI en paz y con justicia social para todos. Sin embargo, encontramos que ingresando al tercer milenio, el mal uso del poder en camino a la llamada modernidad para unos mantiene el vasallaje y la pobreza, poniendo esta misma carencia a nuestros pueblos en el filo de la violencia antes que la paz.

Al respeto, es importante señalar que la obligación de asistir a sufragar no es lo mismo que el derecho de votar libremente de acuerdo a nuestra conciencia.

Debemos tener presente que, para poder ejercer realmente el sufragio, el elector debe tener oportunidad de elegir y gozar de la libertad de elección. Sólo quien tiene la opción entre dos alternativas, por lo menos, puede ejercer verdaderamente el sufragio. Además debe tener libertad para decidirse por cualquiera de ellas, de lo contrario, no tendría opción.

La oportunidad y libertad de elegir deben estar amparadas por la ley. Cuando estas condiciones están dadas, hablamos de elecciones competitivas. Cuando se niegan la oportunidad y libertad de elegir, hablamos de elecciones no competitivas. Cuando se limitan, de alguna manera, la oportunidad y libertad, hablamos de elecciones semis competitivas, común en sistemas autoritarios.

El desarrollo y progreso de nuestro país estriba en que podamos llegar al momento en que ningún ciudadano - con investidura o sin ella- esté por encima de la ley,

### **¿PRIMERA REFORMA?**

Desde hace algún tiempo, planteo la necesidad de reducir el mandato legislativo a dos años o en su defecto a dos años y medio. Hablamos de una reducción de manera general, incluyendo alcaldías, gobiernos regionales, entre otros. El tema está descrito detalladamente en mi libro Tres propuestas de reforma constitucional.

Tenemos la obligación de generar un sistema que haga sentir al gobernado que de alguna forma también es gobernante.

Resulta importante recordar que a partir de 1823 hasta 1920 en nuestro país practicamos un sistema de elección parlamentaria cada dos años y en algunos casos incluso este período fue renovado por mitades; como la democracia griega, que elegía a sus funcionarios cada año. Al parecer, no es malo el sistema y Estados Unidos, por ejemplo, lo aplica desde su independencia.

Quiero recordar a André Hauriou, cuando sobre los derechos políticos señalaba, entre otras cosas, lo siguiente: "... debemos además indicar que, en los derechos políticos, el elemento de libertad individual que en ellos está contenido es el que progresivamente ha originado el carácter universal del sufragio..."

Apreciamos el derecho político como la participación libre y activa en la formación de la voluntad del Estado, hablamos, en relación con el voto, de la decisión libre del ciudadano de participar en un proceso electoral. Si en los derechos de primera generación hablamos de los derechos civiles como el disfrute de la libertad personal y de la plena autonomía de la voluntad, al igual que del respeto a su libertad frente a la sociedad y el Estado, y Hablamos de legitimar con el voto el sistema de gobierno que escogimos; por eso, sobre esta concepción podríamos decir que es el sentimiento a través de los tiempos de la conciencia, tanto en el campo político como ético.

Algunos en nuestro continente sólo se han fijado en esa expresión de José Martí: “Los derechos no se mendigan, se cogen, se arrancan...” y se encaminan hacia la violencia, quizá porque no apreciaron la otra expresión: “Cuando el sufragio es ley, la revolución está en el sufragio...” Ahí está creo nuestra revolución, si queremos evitar la otra; mayor frecuencia en la consulta al pueblo para defender la legitimidad y acercarlo al Estado y total libertad en su participación en el sufragio, llegar, como señalara alguna vez, a que el gobernado se sienta también gobernante.

### **¿SOMOS ESCLAVOS DEL SISTEMA?**

El hombre empezó integrándose entre sí y formando lo que conocemos como la “ comunidad”, ésta, reunida ha creado el sistema, y es muy poderoso; pero, ¿los hombres somos producto del sistema o somos los que creamos el sistema?

Nosotros retrocedemos y evolucionamos, sin embargo, somos los hombres padres del sistema, y tan legítima y delicada es la paternidad que el hijo con el tiempo ha crecido fuerte y grande, y no podemos negar que a veces somos arrastrados por la solidez creativa de nuestros antepasados, que nos han legado, a su modo de entender, el mejor medio de comprendernos.

En toda carrera siempre hay unos que llegan primero y otros que incluso no llegan, y ésta es la competencia de nuestro siglo, por más animal que nos parezca. Tenemos el tiempo y la capacidad suficiente para tratar de hacer progresar el sistema. Por lo menos debemos ir logrando que en esta competencia no se hagan trampas y podamos también salir todos del mismo lugar para alcanzar nuestra meta.



Estamos avanzando rápidamente, y en un mañana cercanos estaremos adelantando la plenitud con otra de nuestras creaciones que se está trabajando y que algunos científicos han denominado "cibernética". Entonces ya no tendremos la era del inicio de la máquina, y a lo mejor nos encontramos con que nuestro problema ya no será la contienda del hombre contra el hombre, sino la del hombre contra la máquina.

La relación interhumana y sus desadaptaciones no son tan sólo el producto y la contradicción económica, o las enormes diferencias que crean las condiciones y posiciones sociales y monetarias de las personas, sino que también es una necesidad primigenia del hombre.

Si compenetramos en el semblante humano, que en eso especial nos refleja el alma, traduciremos que puede convertirse en aliento, en estímulo para darnos movimiento, y nos junta en algún momento la energía propia del entusiasmo, del deseo de hacer, de realizar.

Creo con sinceridad que el hombre requiere de estímulos, razones intrínsecas por las que vive en forma espiritual; y su comprensión es fundamental para el desarrollo integral del ser humano. Por eso, la importancia de relevar valores espirituales en las generaciones actuales, despertando la sensibilidad en nuestras juventudes.

Dice el recuerdo de la lectura, que en la discusión referida por Herodoto sobre los argumentos sobre el pro y contra de la democracia entre tres personajes persas - Otanes, Megabizo y Darío - probablemente por la segunda mitad del siglo VI a.c.; Otanes, después de haber sustentado su crítica al gobierno monárquico, porque " puede hacer lo que quiera sin rendir cuentas a nadie ", defendía la democracia calificando al gobierno popular con el más bello de los nombres: " igualdad de derechos ", y lo definía como aquél en el que el gobierno tiene que rendir cuentas y todas las decisiones son tomadas en común.

Una cita de Bolívar de 1829, nos señalaba: "si la América no vuelve sus pasos, sino se convence de su nulidad e impotencia a la orden y a la razón bien poco hay que esperar respecto a la consolidación de sus gobiernos y una nueva colonia sería el patrimonio que le diéramos a la posteridad"

Como nunca, es perentoria la descentralización. Si partimos de que en una sociedad de productores el terrorismo no tiene lugar, no podemos



dejar de tener presente que la pobreza, el narcotráfico y el atraso promueven su supervivencia. Esto también encuentra respaldo en la prepotencia y abuso de autoridades políticas, en la poca confianza en la justicia, en no percibir un Estado protector y naturalmente en la corrupción.

### **BUSCANDO EL ORDEN CONTINENTAL**

En el prólogo a la edición mexicana de su obra *Ingeniería constitucional comparada: una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. El profesor Giovanni Sartori refiere que prácticamente todos los países latinoamericanos, al escoger sus formas constitucionales, se inspiraron en el modelo de Estados Unidos. Sin embargo, los regímenes presidenciales de estas naciones han sido sumamente inestables y con claridad muestran graves fallas, a excepción de México, porque –según dice– hace unos 70 años inventó un casi único “sistema hegemónico” de gobierno. Apreciemos que ya a inicios del siglo XXI la situación ha cambiado en México, y en el caso del Perú estamos en lo que Sartori llamaría un período de transición.

¿A dónde vamos? Creo que sería una buena reflexión con Bertrand Russell cuando sobre la ciencia y el arte y frente a la política nos decía lo siguiente: El brusco cambio producido por la ciencia ha transformado el equilibrio entre nuestros instintos y nuestras circunstancias pero en direcciones que no se han advertido suficientemente. El exceso de comida no es peligroso, pero el exceso de lucha sí lo es... La ciencia puede permitir que nuestros nietos vivan una buena vida, al darles conocimientos, dominio de sí y caracteres que den lugar a armonía en vez de lucha. Actualmente enseña a nuestros hijos a matarse entre sí, porque muchos hombres de ciencia están dispuestos a sacrificar el futuro de la humanidad a su prosperidad momentánea... la única cura de esta desviación de la ciencia a método de destrucción es la creación de un solo súper estado bastante fuerte para hacer imposibles las guerras. Pero éste es un problema de los políticos, no de los hombres de ciencia.

En un mundo tan cercano, reflexionando a partir del maestro Sartori, Norberto Bobbio, Rousseau, Montesquieu, Jellineck y otros ilustres europeos, allende nuestro continente, de los que leímos la ciencia política, teoría del estado, como el derecho constitucional, ¿por qué a veces no se mira todo el continente indoamericano? Por ejemplo, cuando el profesor Sartori se refiere a que casi todos los países latinoamericanos nos inspiramos en el modelo de los Estados Unidos, lo hace quizás viendo sólo las

Constituciones de Brasil y Argentina, que tienen un modelo de Estado federado, sin Tribunal Constitucional, presidencialista cercano al modelo americano; pero, la gran mayoría de los Estados latinoamericanos tenemos Constituciones que pretenden rescatar algo de lo presidencial, con el sistema parlamentario, convirtiéndolo en un híbrido con mayor o menor intensidad en algunos casos.

Creo que acierta el profesor Sartori en el hecho de que los mecanismos a los que se ha referido y sobre los que estoy modestamente ampliando algo, han resultado inestables y, como consecuencia de ello, nuestros pueblos han padecido dictaduras militares o cívico-militares, según el caso.

Acierta el profesor Sartori sobre el hecho de que los sistemas políticos a los que se ha referido resultaron inestables y, como consecuencia de ello, nuestros pueblos han provenido de dictaduras militares o cívico-militares. Creo que lo que ha pasado es que no nos detuvimos a revisar dónde está la falla. Nuestra historia no puede negarle a sus juventudes su viva participación en defensa de las libertades y las ansias de democracia; han combatido muchas veces heroicamente a las dictaduras, y gracias a esa tenacidad y perseverancia, sufrimiento y dolor se ha retornado al cauce de las transiciones democráticas; muchas generaciones lograron derrocar a dictadores; pero creo que nos olvidamos de corregir el sistema.

En los últimos tiempos, pareciera descubrirse que el tema pasa por mejorar el sistema estructural de nuestros Estados, que permitan no sólo consolidar nuestras incipientes democracias y cerrar las puertas a toda tentación totalitaria, sino, también, acercar más el Estado al ciudadano, es decir, que el gobernado también se sienta gobernante. Georg Jellinek refiere que el Estado, como todo fenómeno histórico, se encuentra en evolución dentro de un proceso de cambio permanente en sus formas; para nosotros, el orden social y jurídico se muestra de distintas maneras dentro de nuestra forma de vida y cultura, teniendo que entender las realidades de nuestros pueblos y su época. El sistema parlamentario ha dado alguna solución al problema de la legitimidad, cuando vuelve al soberano para solucionar la controversia o su ausencia y tener entonces, de alguna forma, más cerca al ciudadano contribuyente. Su derecho libre y voluntario a sufragar permite que se exprese un mejor control sobre el gobernante, manteniendo en algo el contrato social entre las partes interesadas.

En la mayoría de nuestros países el mandato legislativo de la cámara política es de cuatro o cinco años: México, tres años; Chile, Ecuador y Brasil, cuatro; Bolivia, Uruguay, Venezuela y Perú, cinco. Por lo general, a partir del tercer año –a veces antes los representantes pierden legitimidad y empieza a sentirse insatisfacción y descontento en el ciudadano contribuyente, lo que genera, además, una mortificación interna con su espíritu democrático, que siente como si estuviese con una camisa de fuerza e impotencia al no poder hacer nada frente a estos mandatos. Ello resulta peligroso porque esta frustración, en muchos casos, empieza a expresarse en las calles, lo que ha generado conspiraciones o pedidos de asambleas constituyentes, aunque la originalidad no esté presente en el cambio.

# LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COMO ORDEN SOCIAL: REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL BICENTENARIO NACIONAL



*Bruno Novoa Campos\**

**Sumario:** I. Principales alcances. II. El orden social como eje central.  
III. Preocupación latente. Bibliografía.

## I. Principales alcances

Si se piensa en algún tema para iniciar alguna reflexión en el marco del bicentenario nacional, se nos presenta sobre la mesa, sin duda alguna, el concepto de Constitución Política como una de nuestras principales opciones. Este concepto ha estado presente en el constitucionalismo desde sus orígenes y, actualmente, todas las Instituciones creadas para organizarnos como sociedad y los derechos fundamentales reconocidos por el Estado, forman parte, y seguirán haciéndolo de algún modo u otro, de la Constitución Política.

---

\* Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Secretario del Congreso Directivo APDC. Profesor Universitario. Director del Centro de Investigación Judicial del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Si seguimos este camino, nos sentimos más seguros encontrando cobija en los aportes de aquellos doctrinarios clásicos del Derecho Constitucional que se han pronunciado sobre la Constitución Política. Domingo García Belaunde, en *Cómo estudiar Derecho Constitucional* (Cf. UNMSM, 2020), nos brinda una pista de quienes son; y, bajo este faro, repasamos, en grandes y audaces rasgos, el pensamiento que tuvieron los clásicos en torno a la Constitución Política.

1. Karl Loewenstein, en *Teoría de la Constitución* (Cf. edición Ariel Derecho, 2018), tiene un punto de vista diferente que apela a la esencia de la vida en común, la cual parte de tres fuerzas sociales: el amor, la fe y el poder. Y es justamente dentro de esta última fuerza (el poder), que se requieren de Instituciones efectivas para distribuir el poder político entre los detentadores del poder, independiente de su legitimidad fáctica, religiosa o jurídica, los cuales deben estar sometidos a los destinatarios del poder (que a la larga serán los detentadores supremos del poder).

Para alcanzar este objetivo se requiere de una Constitución que presente frenos, en forma de un sistema de reglas fijas, para controlar el ejercicio del poder (Loewenstein, 2018);

2. Georg Jellinek, en *Teoría General del Estado* (Cf. Fondo de Cultura Económica de México, 2017), consideró que toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituye y desarrolla su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella. Una ordenación o estatuto de esta naturaleza es lo que se llama una Constitución.

Por consiguiente, señaló que la Constitución de los Estados abarca los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado (Jellinek, 2017);

3. Hans Kelsen, en *Teoría Pura del Derecho* (Cf. UNAM, 1982), consideró que el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano; sino, una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. El estrato superior se encuentra representado por la Constitución (Kelsen, 1982);

4. Para Hermann Heller, en *Teoría del Estado* (Cf. Fondo de Cultura Económica de México, 1971), la Constitución es producida por la actividad humana consciente y se refiere a la forma o estructura de una situación política real que se renueva constantemente.

Así, Heller sostiene que la configuración actual de la cooperación [en su obra refiere relaciones reales de poder que se dan en un país], que se espera se mantenga de modo análogo en el futuro, por la que se produce de modo constantemente renovado la unidad y ordenación de la organización estatal, es lo que se llama Constitución en el sentido de la ciencia de la realidad (Heller, 1971);

5. Harold J. Laski, en *Authority in the Modern State* (Cf. Yale University Press, 1919), señaló que escribir la Constitución es tentar las pasiones de los hombres. Es sugerir que hay límites al poder real. Es decirle al pueblo que ciertos derechos son suyos por naturaleza (Laski, 1919);
6. Para Léon Duguit, en *The Law and the State* (Cf. Harvard Law Review, 1917), las instituciones políticas deben estar organizados en un organismo dentro del Estado; es decir, deben desarrollar la idea de Estado a través de sus diversos elementos y dar a cada uno de ellos una realidad objetiva. Este organismo es la Constitución Política (Duguit, 1917);
7. Maurice Hauriou, en *An Interpretation of the Principles of Public Law* (Cf. Harvard Law Review, 1918), consideró que el Estado no es la única institución corporativa. Tenemos municipios incorporados, empresas, sindicatos, etc. Hay toda una clase de personas morales incorporadas de las que el Estado es sólo una variedad peculiarmente interesante. En este marco, la teoría central del derecho público forma parte de una institución corporativa que cuenta con una Constitución interna (Hauriou, 1918);
8. Carl Schmitt, en *Teoría de la Constitución* (Cf. Alianza Editorial, 1996), consideró a la Teoría constitucional como un territorio independiente del Derecho público; y, más bien, debe ser considerada como un aspecto específico del Derecho Político. Bajo este esquema, señaló que la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma, sino que en el fondo reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica (Schmitt, 1966); y,

9. Carl J. Friedrich, en *The Political Theory of the New Democratic Constitutions* (Cf. *The Review of Politics*, 1950), señaló que la teoría política que se encuentra presente en las Constituciones democráticas busca trascender todo desafío totalitario y recuperar lo esencial de la libertad y la dignidad humana (Friedrich, 1950).

## II. El orden social como eje central

Como se ha podido apreciar, el pensamiento de los clásicos del constitucionalismo en torno a la Constitución Política abarca diferentes aspectos que suponen: i) una adecuada distribución del poder (Loewenstein); ii) un principio de ordenación (Jellinek); iii) un estrato jurídico superior (Kelsen); iv) una situación política real que se renueva constantemente (Heller); v) los límites al poder real y el reconocimiento de derechos (Laski); vi) la organización de las instituciones políticas con una realidad objetiva (Duguit); vii) el derecho público como parte de una institución corporativa (Hauriou); viii) la decisión política (Schmitt); y, ix) la libertad y la dignidad humana (Friedrich).

Cada uno de los aspectos antes señalados refieren una preocupación común: el mejor modo de organizarnos en sociedad. Esta preocupación estuvo presente desde las primeras revoluciones atlánticas que dieron paso a la formación del constitucionalismo contemporáneo (Cf. Jacques Godechot, 1963). Estados Unidos de América presentó en su Constitución de 1787 seis grandes ideas que, a pesar de sus diversas enmiendas, mantiene como ejes centrales: i) un Gobierno limitado; ii) Republicanismo; iii) Pesos y contrapesos; iv) Federalismo; v) Poderes de separación; y, vi) Soberanía popular (Cf. *The National Archives and Records Administration - NARA*). Por su parte, Francia en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 sentenció que una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución; disposición que constituye la piedra angular de los derechos y libertades que sustenta las principales decisiones del actual Consejo Constitucional francés (Cf. Régis Fraisse, 2014).

En el Perú, esta preocupación común se hizo presente desde la formación de nuestra joven República. Un claro ejemplo lo encontramos en nuestra Constitución de 1828, considerada la madre de nuestras constituciones (Cf. Manuel Vicente Villarán, 1994), que de acuerdo con Pareja Paz-Soldán:

Fijó, de manera permanente, las líneas esenciales de nuestro Estado: sistema presidencial, con poderes apropiados y efectivos; régimen ministerial, con responsabilidad compartida entre el presidente y los ministros; refrendación ministerial; elección popular del presidente; organización bicameral, teniendo el Parlamento funciones legislativas y de control; poder judicial, independiente de los otros en sus funciones, pero dependientes de ellos por el origen; base departamental para elección de senadores y provincial para diputados; régimen unitario, aunque descentralizado; y unión de la Iglesia y del Estado (...) (Paz- Soldán, 2005)

### III. Preocupación latente

Hoy, en el marco del bicentenario nacional, la preocupación sobre el mejor modo de organizarnos en sociedad sigue latente. Sin embargo, también somos conscientes que, aunque no todo es color rosa, el concepto de Constitución Política, y de manera más apropiada, el Derecho Constitucional como disciplina ha evolucionado, y lo sigue haciendo, sobre la base de lo ya vivido; y que muchas veces no queremos volver a recordar.

El bicentenario nacional nos llama a reflexionar, a perdonar, a voltear páginas, a seguir adelante, pero también a defender nuestras Instituciones democráticas sólidas (o las que venimos fortaleciendo) y los derechos fundamentales de todos los peruanos y peruanas que ya han sido consagrados y que no se pueden soslayar.

### Bibliografía

En referencia a los principales alcances: i) Karl Loewenstein. Teoría de la Constitución. España: Ariel Derecho, 2018; ii) Georg Jellinek. Teoría General del Estado. México: Fondo de Cultura Económica de México, 2017; iii) Hans Kelsen. Teoría Pura del Derecho. México: UNAM, 1982; iv) Hermann Heller. Teoría del Estado. México: Fondo de Cultura Económica de México, 1971; v) Harold J. Laski, en *Authority in the Modern State*. Yale University Press, 1919. Batoche Books Kitchener, Ontario. Canada, 2000; vi) Duguit, Léon. *The Law and the State*. Harvard Law Review, vol. 31, no. 1, 1917, pp. 1-185; vii) Maurice Hauriou. *An Interpretation of the Principles of Public Law*. Harvard Law Review, Vol. 31, No. 6, 1918, pp. 813-821; viii) Carl Schmitt. Teoría de la Constitución. España: Alianza Editorial, 1996; ix) Friedrich, C.



J. The Political Theory of the New Democratic Constitutions. The Review of Politics. Cambridge University Press, vol. 12, no. 2, 1950, pp. 215–224; y, x) Domingo García Belaunde. Como estudiar Derecho Constitucional. Perú: UNMSM, 2020. 4° Edición revisada, corregida y ampliada.

En referencia al orden social como eje central: i) Jacques Léon Godechot. *Les révolutions (1770-1799)*. Paris, Presses Universitaires de France, 1963; ii) The National Archives and Records Administration – NARA. Educational Resources. Fundamental Principles of Government (Lesson Plan); iii) Régis Fraisse. L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés. *Nouveaux Cahiers Du Conseil Constitutionnel* N° 44 (Le Conseil Constitutionnel et le Procès Équitable) - Juin 2014; iv) Manuel Vicente Villarán. *Posición constitucional de los ministros del Perú, 1936*. Lima: Colegio de Abogados de Lima, 1994; y, v) José Pareja Paz-Soldán. *Historia de las constituciones nacionales (1812-1979)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

**ESTADO FEDERADO  
Y ESTADO UNITARIO**



# REFLEXIONES SOBRE LA IMPORTANCIA DEL MUNICIPIO COMO INSTANCIA DE GOBIERNO, SEA EN UN ESTADO UNITARIO (PERÚ) O EN UN ESTADO FEDERADO (MÉXICO)



*José María Serna de la Garza\**

**Sumario:** I. Introducción. II. Intentos para fortalecer al municipio: las reformas constitucionales de 1983 y 1999. III. El mecanismo de elección de las autoridades municipales. IV. La forma de gobierno municipal. V. La situación fiscal del municipio mexicano. VI. El servicio civil de carrera. VII. El municipio y la gobernanza metropolitana. VIII. Reflexiones finales. IX. Bibliografía.

**Palabras clave:** Palabras clave: municipio, descentralización, federalismo, reforma municipal.

**E**l presente ensayo tiene el objetivo de reflexionar sobre la importancia de la institución municipal, como forma de organización político-administrativa descentralizada, que existe tanto en Estados unitarios como el Perú, como en Estados federados como México. Asimismo, en el ensayo analizamos diversas reformas y propuestas de reforma que se han dado en México para fortalecer a este orden de gobierno. Propuestas que tienen que ver con el mecanismo de elección

---

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Presidente de la Sección Mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

de las autoridades municipales; la forma de gobierno municipal; la situación fiscal del municipio mexicano; el servicio civil de carrera; y la gobernanza metropolitana.

## I. Introducción<sup>1</sup>

Por razones históricas, económicas, políticas, culturales y hasta geográficas, después de su independencia de España o de Portugal los Estados latinoamericanos optaron por conformarse como un Estado Unitario o como un Estado federal. Como es bien conocido, en muchos casos ello ocurrió en medio de fuertes disputas políticas e incluso de guerras civiles. Sin embargo, hablar en general de categorías como “Estado Unitario” o “Estado Federal” para referirse a las formas de organización política adoptadas por los distintos países en particular, puede resultar algo engañoso al tratar de evaluar la manera en que funcionan y las problemáticas que enfrentan. Por ejemplo, por lo menos Argentina, México y Venezuela históricamente han tenido sistemas federales altamente centralizados. <sup>2</sup> Por su parte, Estados unitarios como Colombia<sup>3</sup> y Perú,<sup>4</sup> tienen cierto grado de descentralización.

Ahora bien, independientemente de la forma de Estado adoptada (sea Unitaria o Federal), todos los países de América Latina que fueron colonias de España y Portugal adoptaron como forma básica de organización política-administrativa a la institución municipal. Al ser una forma descentralizada de organización del poder, hemos considerado relevante desarrollar una serie de reflexiones sobre el municipio en México, que

- 
- 1 El presente texto ha sido elaborado con base en información y análisis contenidos en mi trabajo: Serna de la Garza, José Ma., “Perspectivas de Reforma al Régimen Municipal en México” en Serna de la Garza, José Ma. (coord.), *Perspectivas actuales del federalismo mexicano: leyes, políticas públicas y entorno social*, UNAM, México, 2022.
  - 2 Por su parte, Raquel Rolnik explica que Brasil ha tenido “ciclos de centralización” (1930-1945 y la Reforma Tributaria de 1965-1968) y “ciclos de descentralización” (Constituciones de 1946 y 1988) 45). Ver Rolnik, Raquel, “Descentralización y Federalismo en el Brasil”, *Quórum, Revista de Pensamiento Iberoamericano*, N° 8-9, 2004, p. 92.
  - 3 La división político-administrativa de Colombia está compuesta de 32 departamentos y de 5 distritos, además del gobierno nacional. Departamentos y distritos se consideran como el nivel “intermedio” de gobierno.
  - 4 La Constitución Peruana prevé la conformación de un gobierno nacional, pero también de gobiernos regionales.

puedan servir como punto de referencia y de comparación para analizar dicha institución en otros países iberoamericanos, entre ellos Perú.

Además de la presente sección que corresponde a la introducción, el ensayo incluye una sección II en la que reseñamos dos intentos para fortalecer al municipio mexicano, que se dieron en 1983 y 1999, a través de sendas reformas constitucionales. En la sección III revisamos el debate sobre el mecanismo de elección de las autoridades municipales; en la sección IV examinamos algunas ideas en torno a la forma de gobierno municipal; en la sección V nos referimos a la situación fiscal del municipio mexicano; en la sección VI aludimos a la importancia de contar con un verdadero servicio civil de carrera; en la sección VII nos referimos al tema de la gobernanza metropolitana; y en la sección VIII desarrollamos unas breves reflexiones finales. Finalmente, se incluye una sección IX en la cual incluimos la bibliografía consultada para la elaboración del presente ensayo.

## **II. Intentos para fortalecer al municipio: las reformas constitucionales de 1983 y 1999**

El primer municipio en lo que ahora es México, se fundó el 10 de julio de 1519. Desde entonces hasta el día de hoy, esta institución ha pasado por diversas etapas: la etapa colonial en la denominada Nueva España; el agitado siglo XIX en el cual el país se vio desgarrado por la lucha entre centralistas y federalistas; los más de 30 años de dictadura del general Porfirio Díaz (1878-1910); y los años del sistema de partido hegemónico (1929-2000). Dentro de toda esta evolución, cabe destacar que en la Revolución mexicana de 1910, la demanda por garantizar la autonomía municipal emergió como uno de los principales reclamos sociales. De esta manera, en 1914 el líder de las fuerzas revolucionarias decretó lo que se conoció como la Ley del Municipio Libre, misma que contuvo ideas como las siguientes: el ejercicio de las libertades municipales educaría directamente al pueblo para todas las otras funciones democráticas, despertaría su interés por los asuntos públicos, haciéndoles comprender, por la experiencia diaria de la vida, que se necesita del esfuerzo común para lograr la defensa de los derechos de cada uno, y para que la actividad libre de los ciudadanos goce de protección y amparo; la autonomía de los municipios moralizaría la administración y haría más efectiva la vigilancia de sus intereses; el Municipio independiente- se dijo- es la base de la libertad política de los pueblos, así como la primera condición de su bienestar y prosperidad,

puesto que las autoridades municipales están más capacitadas, por estrecha proximidad al pueblo, para conocer sus necesidades y, por consiguiente, para atenderlas y remediarlas con eficacia.<sup>5</sup>

Ahora bien, a pesar de estos anhelos y aspiraciones, cifradas en la institución municipal, la verdad es que no obstante una serie de intentos por fortalecerla, el municipio sigue siendo el eslabón más débil del sistema federal mexicano. En efecto, en 1983 y en 1999 se aprobaron sendas reformas constitucionales que tuvieron por objeto fortalecer esta instancia de gobierno. En particular la reforma de 1983 hizo un diagnóstico por el cual se reconocía que la centralización del poder en México había alcanzado sus límites, por lo que se hacía imperativo iniciar un proceso descentralizador, enfocado a fortalecer al municipio. En la Exposición de Motivos de dicha reforma se razonó de la siguiente manera:

“Es evidente que nuestra práctica política dio al federalismo una dinámica centralizadora que permitió durante una larga fase histórica multiplicar la riqueza, acelerar el crecimiento económico y el desarrollo social, y crear centros productivos modernos. Pero hoy sabemos bien que esta tendencia ha superado ya sus posibilidades de tal manera que la centralización se ha convertido en una grave limitante para la realización de nuestro proyecto nacional. La descentralización exige un proceso decidido y profundo, aunque gradual, ordenado y eficaz, de la revisión de competencias constitucionales entre Federación, Estados y Municipios: proceso que deberá analizar las facultades y atribuciones actuales de las autoridades federales, y de las autoridades locales y municipales, para determinar cuáles pueden redistribuirse para un mejor equilibrio entre las tres instancias del Gobierno Constitucional.”<sup>6</sup>

De manera notoria, la reforma de 1983 enunció de manera precisa los servicios públicos que quedarán a cargo de los municipios, con el objeto de terminar con la inseguridad e indeterminación de los mismos, lo que propiciaba deficiencia o retardo en su prestación, en detrimento de los habitantes y del mismo aspecto físico de las localidades. Asimismo, se consolidó la facultad de administrar libremente la hacienda municipal, y se definió con claridad cuáles son las contribuciones que corresponden a este

---

5 Ley del Municipio Libre, 26 de diciembre de 1914.

6 Exposición de Motivos de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de febrero de 1983.

orden de gobierno, específicamente las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria (es decir, el llamado impuesto predial).

Por su parte, la reforma de 1999 al artículo 115 de la Constitución mexicana, reconoció al municipio como ámbito de gobierno; se hicieron varias precisiones sobre el alcance de la autonomía jurídica y sobre las leyes estatales relativas a cuestiones municipales; se establecieron reglas más flexibles para la asociación de municipios; se adicionaron otros servicios y funciones públicas que son de competencia exclusiva de los ayuntamientos; y se reformularon las reglas sobre la intervención de los ayuntamientos en el desarrollo urbano, ecología y planeación regional.

A pesar de estas reformas, los municipios mexicanos siguen adoleciendo de grandes debilidades. En los muchos diagnósticos que se han hecho, se recalca, por ejemplo, la escasez de recursos propios; su fuerte dependencia política y financiera respecto de la federación y de los gobiernos de las entidades federativas; y en general, su poca capacidad administrativa y la falta de continuidad en la elaboración de programas de gobierno y en la implementación de políticas públicas.

Por estos motivos es que el municipio sigue siendo un motivo de preocupación y debate. A más de 500 años de la fundación del primer municipio en México, el tema sigue vivo en la agenda de discusión pública, política y académica. Ante esta realidad, en las siguientes secciones del presente ensayo nos proponemos examinar algunas de las propuestas que se han hecho para tratar de fortalecer a la institución municipal en mi país.

### **III. El mecanismo de elección de las autoridades municipales**

A lo largo de los años se han discutido en México diversos temas relativos a la elección de los servidores públicos que integran los ayuntamientos. Por ejemplo, por décadas se debatió sobre la posibilidad de relección inmediata de las autoridades municipales, misma que estuvo prohibida desde 1933. Se decía que esta prohibición afectaba negativamente la capacidad de las autoridades municipales de diseñar programas de mediano y largo plazo y que impedía la adquisición de experiencia administrativa y la consolidación de los equipos de trabajo. Sin embargo, por una reforma constitucional de 2014 esta situación cambió, al establecerse en la fracción I del artículo 115 de la Constitución mexicana que: "Las Constituciones de los estados deberán establecer la elección consecutiva para el mismo



cargo de presidentes municipales, regidores y síndicos, por un período adicional, siempre y cuando el periodo del mandato de los ayuntamientos no sea superior a tres años”.

Lo anterior nos lleva a otro tema que también se ha discutido, referido a la duración de los gobiernos municipales. En cuanto a este tema, cabe mencionar que el mismo no es algo que corresponda a la constitución nacional, sino que es materia de las constituciones de las entidades federativas. Es de hacer notar que algunas de éstas contemplan una duración de cuatro años del gobierno municipal, como por ejemplo la Constitución del Estado de Veracruz-Llave (en su artículo 70).

Otro aspecto que se viene discutiendo desde hace años, es el relativo al sistema de elección de los integrantes de los ayuntamientos por medio de planillas, a través de un sistema conocido como de listas bloqueadas y cerradas. Conforme a este sistema, el elector vota en bloque por un partido, el cual es el que asigna los nombres y los lugares de los candidatos en la lista correspondiente, sistema que ha sido criticado esencialmente por dos aspectos negativos: genera falta de representatividad y falta de contrapesos. En el primer caso, porque promueve la sobrerrepresentación del partido ganador (el que gana, gana todo, salvo la leve corrección introducida por el principio de representación proporcional),<sup>7</sup> y porque los integrantes de la lista no tienen una conexión electoral directa con el electorado de alguna circunscripción territorial específica dentro del municipio. Y en el segundo caso, porque el presidente municipal, con una mayoría sobrerrepresentada en los términos apenas apuntados, tiene todo el control del ayuntamiento, debilitando la supuesta naturaleza deliberativa y colegiada del mismo<sup>8</sup>. Cabe señalar que la única entidad federativa en la que los regidores se eligen no por planilla sino por demarcaciones territoriales-electorales municipales, es Nayarit, cuya Constitución prevé este mecanismo, en su artículo 107.

---

7 Recordemos que con la reforma constitucional de 17 de marzo de 1987 se obligó a introducir el principio de representación proporcional en la integración de los todos los ayuntamientos.

8 Ver Pérez Durán, Ixchel, “Efectos del diseño electoral municipal en la formación y en el ejercicio del poder en México”, *Gestión y Política Pública*, vol. XVII, número 2, II Semestre de 2008, pp. 381-423.

Frente a este sistema, existe la alternativa, defendida por distinguidos municipalistas, de que los regidores sean electos por circunscripciones territoriales municipales. Así lo propuso el municipalista Máximo Gámiz:

“El argumento toral es que los regidores representen ciudadanos que viven en una misma área territorial y se sientan obligados a participar en las decisiones de los ayuntamientos, para que éstas no excluyan del beneficio de las mismas, o bien no perjudiquen a sus, en todo caso, representados. Nos parece recomendable la propuesta siempre que la distribución de circunscripciones se lleve a cabo conforme a números específicos de habitantes den las diferentes zonas, para su mejor equilibrio.”<sup>9</sup>

#### IV. La forma de gobierno municipal

La forma de gobierno municipal también ha sido criticada en México, por ser de corte presidencial de mayoría sobrerrepresentada, que da lugar a pocos contrapesos, y que debilita la naturaleza deliberativa y colegiada de los ayuntamientos. Por ello es que se ha propuesto introducir cambios en la organización y estructura de las autoridades municipales, para lograr algunos equilibrios internos. De hecho, algunos estados ya han dado pasos en ese sentido, como es el caso del Estado de Chihuahua, en donde al síndico se le elige por planilla separada, resaltando que este servidor público es el encargado de funciones de supervisión y fiscalización de la hacienda pública municipal y del control interno de la administración municipal.<sup>10</sup> Con un objetivo similar, en el Estado de Zacatecas se ha establecido que sea la primera minoría dentro del ayuntamiento quien proponga una terna a dicho órgano colegiado para que sea éste quien nombre a la persona encargada de la contraloría municipal<sup>11</sup>.

La forma en que se ejerce el gobierno municipal también ha sido objeto de debate en Perú. Permítaseme aludir a una serie de propuestas que se han presentado por parte de especialistas peruanos, que se refieren

---

9 Gámiz Parral, Máximo, “Las Relaciones del Municipio, los Estados y el Gobierno Federal en México. Un Nuevo Artículo 115 Constitucional”, en Valencia Carmona, Salvador (coordinador), *El Municipio en México y en el Mundo*, UNAM, México, 2005, p. 100.

10 Ver artículo 106, párrafo 7) de la Ley Electoral dl Estado de Chihuahua.

11 Ver artículo 104 de la Ley Orgánica Municipal de Zacatecas.

a problemas similares, diríamos compartidos, entre los municipios del Perú y los de México. En este sentido, Rojas y Sabogal han propuesto:

1. Abrir la puerta a sesiones del ayuntamiento descentralizadas, que deban rotar de zona a lo largo del período municipal y contar al menos con 30% de los puntos de la agenda (informes, pedidos, orden del día) referidos a la zona donde se llevará a cabo. Con esto se podría promover una mirada territorial diversificada de la gestión municipal, el involucramiento ciudadano y la transparencia.<sup>12</sup>
2. Organizar agendas públicas y transmisión en vivo de las sesiones del ayuntamiento.
3. Ayuntamiento *on-line*: que haya plataforma online con la siguiente información: sueldo del presidente municipal, síndicos y regidores, comisiones de regidores, asistencias a las sesiones de ayuntamiento, agendas de las sesiones del ayuntamiento, acuerdos del ayuntamiento, normativa generada por el ayuntamiento.<sup>13</sup>
4. Promover mayor protagonismo de los regidores de oposición en las comisiones ordinarias o permanentes: es decir, que sea obligatoria la participación de los regidores de oposición en todas las comisiones. O bien que sea obligatoria la designación de regidores de oposición como presidentes de un cierto porcentaje de las comisiones (por ejemplo, al menos el 25% de las comisiones).<sup>14</sup>
5. Otorgar a los regidores capacidad de interpelación y censura a servidores públicos municipales, incluyendo la posibilidad de proponer el cese de los funcionarios de confianza.<sup>15</sup>
6. Establecer plazos específicos de atención para los pedidos de información de los regidores hacia los servidores públicos municipales, y definir sanciones para el caso de que estos últimos no cumplan con entregar la información requerida sin causa justificada.<sup>16</sup>

---

12 Rojas, Moisés K. y Sabogal, Renato, *Propuestas de Reforma Municipal*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 2018, p. 39

13 *Ibid.*, p. 40

14 *Ibid.*, p. 42.

15 *Ibid.* P. 43.

16 *Idem.*

Contrapesos, controles y equilibrios internos dentro de los órganos de gobierno municipales pueden redundar en un manejo más eficaz y honesto de los recursos, y una más eficiente provisión de servicios públicos que corresponden a este orden de gobierno.

## V. La situación fiscal del municipio mexicano

Desde el punto de vista fiscal y financiero, los municipios mexicanos son dependientes de los recursos y de las transferencias que la federación y los estados les hacen, bajo diversos esquemas. Unos cuantos datos nos permitirán ilustrar esta situación: el 21% de los recursos municipales proviene de ingresos propios y 73% de transferencias federales y estatales. Además, solamente el 1.6% de los ingresos por impuestos es recaudado por los gobiernos municipales, mientras que la federación recauda 94.2% del total. El restante 4.2% es captado por los estados. Otro dato importante que debemos mencionar se refiere a la contribución de competencia municipal más importante, como lo es el impuesto predial: el monto de lo recaudado en México por concepto de este impuesto equivale a 0.15% como proporción del PIB, mientras que el promedio de los países de la OCDE es igual a 1.0 por ciento.<sup>17</sup>

Cambiar esta situación es algo muy complejo, sobre todo si tenemos en cuenta que el sistema de coordinación fiscal tan centralizado que tenemos en México lleva décadas construyéndose y consolidándose, bajo un esquema que ha erosionado la capacidad de estados y municipios de recaudar ingresos propios. Excedería los propósitos de este ensayo ponernos a discutir cuáles son las opciones y alternativas para modificar este estado de cosas, por lo cual me limitaré a mencionar algunas ideas sobre las posibilidades y el potencial para fortalecer las capacidades municipales en relación con el cobro del impuesto predial.

No es que este impuesto vaya a dar solución a los problemas de escasez de recursos municipales propios, pero por lo menos podemos decir que el impuesto predial sí tiene un potencial importante de aportar muchos

---

17 Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, *Las Finanzas Públicas Locales en 2019: La ruta hacia un nuevo federalismo hacendario*, Carpeta Informativa Nú. 112, Cámara de Diputados, LXIV Legislatura México, Mayo de 2019, pp. 10-11.

más recursos al erario de lo que reporta en la actualidad.<sup>18</sup> La recaudación de este impuesto puede aumentar significativamente y con ello fortalecer fiscalmente a los municipios con ingresos propios, el problema es cómo lograr este objetivo.

Una posibilidad se encuentra en diseñar una política nacional para el fortalecimiento de las capacidades municipales vinculadas a la recaudación del impuesto predial. De hecho, ya se han dado pasos en ese sentido: el 5 de febrero de 2017, se publicó una reforma a la Constitución mexicana, por la cual se facultó al Congreso de la Unión para expedir leyes generales que armonicen y homologuen la organización y el funcionamiento de los catastros municipales. El objetivo de esta reforma es, precisamente, establecer una base constitucional a partir de la cual se pueda impulsar y estimular una política nacional de fortalecimiento municipal, en los términos indicados en el párrafo anterior.

Sin embargo, debemos mencionar que hasta la fecha en que estas líneas se escriben, el Congreso de la Unión aún no ha expedido la referida ley, razón por la cual el Informe de Desarrollo Humano Municipal 2010-2015 del PNUD recomienda expedirla como un elemento más de fortalecimiento de las capacidades de los gobiernos municipales, “con base en las mejores prácticas internacionales.”<sup>19</sup> Analizar las mejores prácticas internacionales será importante en este proceso de discusión, reflexión y análisis propositivo.

## VI. El servicio civil de carrera

**La ausencia de un verdadero servicio civil de carrera en los órdenes de gobierno federal, estatal y municipal representa un verdadero problema para lograr la eficacia y la eficiencia gubernamental en México. Los nombramientos y promociones dentro de las administraciones públicas siguen funcionando sobre la base de la lealtad**

---

18 El potencial del predial como manera de incrementar los ingresos tributarios en México se puede revisar el estudio del Centro de Estudios Espinosa Yglesias, *El México del 2013, Hacia una Reforma del Federalismo Fiscal*, CEEY Editorial, México, Primera Edición, 2013 (Disponible en: <https://ceey.org.mx/wp-content/uploads/2018/06/El-México-del-2013.-Hacia-una-reforma-del-federalismo-fiscal.pdf>).

19 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe de Desarrollo Humano Municipal 2010-2015. Transformando México desde lo local*, PNUD, México, 2019.

**política personal y no en función de un sistema basado en el mérito, la capacidad, la capacitación y la igualdad de oportunidades, así como la operación de** mecanismos de supervisión, control y evaluación del desempeño de los servidores públicos.<sup>20</sup>

El municipalista Gámiz Parral ha hablado desde hace años acerca de la necesidad de incorporar a los empleados y funcionarios municipales de todos los niveles y rangos al servicio civil de carrera, y de la obligatoriedad de una capacitación previa al inicio de las funciones y con posterioridad una preparación continuada y permanente, uniendo la teoría y práctica.<sup>21</sup> En el mismo sentido, el también municipalista Salvador Valencia ha propuesto crear un órgano encargado de servicio civil en los ayuntamientos, en el cual participen miembros del mismo, de los trabajadores de la corporación y representantes de la sociedad civil.<sup>22</sup> Desde la perspectiva de estos y muchos más expertos en el tema, profesionalizar el profesionalización del servicio público municipal, introduciendo reglas para crear un verdadero servicio civil de carrera, es condición necesaria e ineludible para lograr la eficacia y la eficiencia de los gobiernos locales.

Ante la dificultad que entraña la puesta en operación de un servicio civil de carrera, algunos municipios han optado por crear una figura que introduzca un grado importante de profesionalización dentro del gobierno municipal. Esa figura es la del denominado “administrador municipal”,<sup>23</sup> como un funcionario experto en temas administrativos cuya función es dar apoyo técnico, asesoría a las autoridades municipales, así como dirigir, coordinar el diseño y aún la implementación de las políticas públicas de ese orden de gobierno.

---

20 Merino, Mauricio, *La profesionalización municipal en México*, Documento de Trabajo Número 182, CIDE, México, Junio de 2006, p. 1.

21 Gámiz, *op. cit.*, p. 101.

22 Valencia Carmona, Salvador, “Constitución, Municipio y Reforma” en Valencia Carmona, Salvador (coordinador), *El Municipio en México y en el Mundo*, UNAM, México, 2005, p. 545.

23 En donde existe esta figura, el administrador municipal es nombrado generalmente por el Presidente Municipal, pero con ratificación del Ayuntamiento. Ver ICMA – México/Latinoamérica, *Artículos a Incluir en el Reglamento Orgánico Municipal para dar Origen a la Figura del Administrador Municipal*, Junio, 2011, Actualización: mayo 2018, pp. 3-4.

No podemos en el presente ensayo abundar en el examen de esta figura. Solamente mencionaremos que autores como Chávez y Villasana han estudiado la manera en que en diversos municipios mexicanos se ha tratado de establecer esta figura en México, misma que ha operado en lo que era la Delegación Miguel Hidalgo del entonces Distrito Federal (2000-2006); en Tijuana, Baja California (2001-2004); en Texcoco, Estado de México (2006-2012); en Navolato, Sinaloa (2014-2016), y en Ciudad Juárez, Chihuahua (2016-2017).<sup>24</sup> Sin embargo, de su análisis de estos casos los referidos autores concluyen que la figura no ha logrado ampliar su presencia o establecerse de manera permanente, ni siquiera en el marco legal, debido a diversos factores, sobre todo los de carácter político.<sup>25</sup>

## VII. El municipio y la gobernanza metropolitana

**Según datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) de 2015, en México existen 74 zonas metropolitanas, en las cuales habita el 62.8 % de la población total del país.**<sup>26</sup> Este fenómeno ha hecho que varias entidades federativas hayan intentado organizar lo que puede denominarse la “gobernanza metropolitana” de distintas maneras. De esta forma, se han dado experiencias interesantes bajo la fórmula de la inter-municipalidad, lo cual significa que en lugar de crear instancias de gobierno y coordinación metropolitanas por encima de las autoridades municipales, se ha buscado diseñar mecanismos de coordinación entre las autoridades municipales que forman parte de una zona metropolitana. En esta línea, cabe señalar que Jalisco es un ejemplo de entidad federativa que ha optado por un esquema de inter-municipalidad desde mi punto de vista bastante bien diseñado. Dicho esquema, que desarrolla *in extenso* la Ley de Coordinación Metropolitana del Estado de Jalisco (publicada el 3 de febrero de 2011), tiene su base en los artículos 81 bis y 87 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Jalisco (estos artículos son producto de una reforma a la constitución local que data del 1º de mayo de 2008).

---

24 Chávez Alzaga, Octavio y Villasana Dávila, Jaime, “Crónica del administrador municipal y del City Manager en México a 2018”, en Rendón Huerta, Teresita (Coordinadora), *500 Años del Municipio en México, Perspectivas Multidisciplinarias*, Universidad de Guanajuato, México, 2019, pp. 276-298.

25 *Idem.*

26 Ver INEGI, *Delimitación de las zonas metropolitanas de México 2015*, Primera edición, febrero 2018, México, p. 8.



En apretado resumen, el artículo 81 bis de la Constitución de Jalisco establece que cuando se trate de municipios pertenecientes a una misma área metropolitana, éstos se coordinarán, en pleno ejercicio de sus facultades constitucionales, de acuerdo con las bases generales que en materia de coordinación metropolitana expida el Congreso del Estado.

Asimismo, dispone este artículo que la coordinación metropolitana se efectuará a través de las siguientes instancias:

- I. Una instancia de coordinación política por cada una de las áreas metropolitanas, que se integrarán por los presidentes municipales de los ayuntamientos del área metropolitana correspondiente y, previo convenio, por el Gobernador del Estado.<sup>27</sup>
- II. Una instancia de carácter técnico que estará constituido como un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios denominado Instituto Metropolitano de Planeación, mismo que deberá ser constituido por los ayuntamientos del área metropolitana correspondiente; y
- III. Una instancia consultiva y de participación ciudadana, de carácter honorífico, por cada una de las áreas metropolitanas, que podrá participar en las tareas de evaluación y seguimiento.<sup>28</sup>

Por su parte, el artículo 87 de la Constitución de Jalisco dispone que cuando dos o más municipios del estado formen un mismo centro de población que por su crecimiento urbano, continuidad física y relaciones socioeconómicas sea declarado por el Congreso del Estado como área metropolitana,<sup>29</sup> el Ejecutivo del Estado y los ayuntamientos respectivos, en el ámbito de sus competencias, convendrán para planear y regular de manera conjunta y coordinada su desarrollo, así como para la más eficaz prestación de los servicios públicos, con apego a las leyes en la materia.

---

27 El artículo 26.1.I de la Ley de Coordinación Metropolitana del Estado de Jalisco denomina a este órgano "Junta de Coordinación Metropolitana".

28 El artículo 26.1.III de la Ley de Coordinación Metropolitana del Estado de Jalisco denomina a este órgano Consejo Ciudadano Metropolitano.

29 El artículo 3.1 de la Ley de Coordinación Metropolitana del Estado de Jalisco define al "Área metropolitana" como el centro de población, geográficamente delimitado, asentado en el territorio de dos o más municipios, con una población de cuando menos cincuenta mil habitantes, declarado oficialmente con ese carácter por decreto del Congreso del Estado.



Asimismo, establece el artículo 87 de la Constitución de Jalisco que cuando dos o más centros urbanos ubicados en el territorio de dos o más municipios del estado que por su cercanía geográfica, tendencias de crecimiento, y relaciones socioeconómicas sean declarados por el Congreso del Estado como región metropolitana,<sup>30</sup> el Ejecutivo del Estado y los ayuntamientos respectivos, en el ámbito de sus competencias, convendrán para planear y regular de manera conjunta y coordinada su desarrollo, con apego a las leyes en la materia.<sup>31</sup>

No entraremos a los detalles de esta ley. Simplemente mencionaremos que en ella se regulan las etapas del procedimiento de constitución de un área o región metropolitana, las cuales están conformadas por: I. La declaración de área o región metropolitana: la cual tiene por objeto que el Congreso del Estado expida el decreto que establezca la integración del área o región metropolitana correspondiente; II. La celebración de convenios de coordinación metropolitana, la cual tiene por objeto que los ayuntamientos de los municipios respectivos convengan libremente la planeación y regulación conjunta y coordinada de: a) El desarrollo del área o región metropolitana; y b) Las funciones y servicios públicos municipales objeto de coordinación metropolitana, y III. La constitución de las instancias de coordinación metropolitana, la cual tiene por objeto que los ayuntamientos de los municipios respectivos constituyan las instancias de coordinación metropolitana, mediante la expedición del estatuto orgánico intermunicipal respectivo.<sup>32</sup>

Asimismo, en dicha ley se establecen los requisitos de procedencia de área metropolitana (artículo 6.º); los requisitos de procedencia de región metropolitana (artículo 7.º); los requisitos para la solicitud de conformación de un área o región metropolitana (artículo 8º); los elementos para

---

30 El artículo 3.2 de la Ley de Coordinación Metropolitana del Estado de Jalisco define a la "Región metropolitana" como la delimitación geográfica integrada por un área metropolitana y uno o más centros de población, geográficamente cercanos, con tendencias de crecimiento que los acerquen y relaciones socioeconómicas con aquella, declarada oficialmente con ese carácter por decreto del Congreso del Estado.

31 Este artículo se refiere solamente a casos en que las "áreas metropolitanas" y las "regiones metropolitanas" se encuentren dentro del Estado de Jalisco. El propio artículo dispone que cuando los casos citados en él involucren a una o más entidades federativas, se estará a lo señalado en la fracción VI del artículo 115 de la Constitución General de la República.

32 Artículo 5º de la Ley de Coordinación Metropolitana del Estado de Jalisco.

integrar un expediente técnico y un diagnóstico técnico que justifique la conformación de un área o región metropolitana (artículos 9º y 10º); la definición de los órganos facultados para solicitar la declaración (artículo 11); (artículo 12); el procedimiento para expedir declaración de área o región metropolitana (artículo 13); las reglas sobre suspensión del procedimiento (artículo 12) y sobre el contenido, efectos de la declaratoria y sobre las eventuales modificaciones a la misma (artículos 14, 15 y 16); los requisitos para incluir un municipio a un área metropolitana existente o un centro de población a una región metropolitana (artículo 17); las reglas sobre partes, contenido, validez, vigencia, extinción, revisión y modificación del convenio (artículos 18, 19, 21, 22 y 23); y las reglas sobre la constitución de las instancias de coordinación metropolitana (artículos del 24 al 34).

El diseño normativo de la coordinación metropolitana en Jalisco parece adecuado. Sin embargo, cabe señalar que el funcionamiento real de la coordinación y de sus instancias no depende nada más de un buen diseño normativo e institucional. Como lo han documentado González Herrera *et al.*, específicamente para el caso del área metropolitana de Guadalajara, existe falta de voluntad política para que la coordinación funcione correctamente, lo cual se manifiesta en conductas y prácticas que rayan en la ilegalidad o fuera de lo establecido por la normatividad vigente.<sup>33</sup>

### VIII. Reflexiones finales

El Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de Desarrollo Humano Municipal 2010-2015, nos habla de la importancia

---

33 Por ejemplo, la participación en las reuniones de las instancias de coordinación de servidores públicos que no tienen la representatividad que exige el Estatuto Orgánico; la inasistencia sistemática de los servidores públicos que debieran estar presentes en dichas reuniones (marcadamente la inasistencia del Gobernador del Estado a todas las reuniones que se celebraron entre 2013 y 2015); la celebración de dichas reuniones con evidente falta de quorum legal para celebrarlas, generando vulnerabilidad jurídica de las decisiones en ellas tomadas (y todo en un ambiente de desacuerdos y bloqueos mutuos entre las distintas autoridades). Ver González Herrera, Gerardo, Kunz Bolaños, Ignacio y Villaseñor Manzanedo, Horacio, "Legalidad contra legitimidad en la institucionalización del Área Metropolitana de Guadalajara", en Carrera Hernández, Ady P. (coordinadora), *El municipio ante la crisis del federalismo mexicano*, Red de Investigadores en Gobiernos Locales Mexicanos, A. C., México, 2017, pp. 118-120.

del municipio para contribuir a resolver los problemas nacionales.<sup>34</sup> Este documento nos dice varias cosas interesantes, pues mide el desarrollo humano de los municipios mexicanos y evalúa también su capacidad real y potencial para contribuir a alcanzar los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030. Como se sabe, los ODS son un esfuerzo a gran escala de la humanidad para elevar de manera simultánea el nivel de vida de millones de personas en todo el mundo, y para evaluar cómo es que los países van avanzando o no en su logro, se basa en una serie de indicadores.

Pues bien, el Informe de Desarrollo Humano Municipal 2010-2015 concluye que todos los ODS tienen algún tipo de relación con las facultades de los gobiernos municipales. Específicamente, señala que los municipios pueden influir, por medio de sus facultades constitucionales y legales, de forma directa o indirecta, en 129 de los 232 indicadores que miden el progreso en las metas de los ODS (esos 129 indicadores representan el 56% del total). Y directamente, dichas facultades tienen relación con 63 indicadores e indirectamente con 110.<sup>35</sup> Esto significa que potenciar al municipio en México significa potenciar el desarrollo humano.

Por otra parte, resulta relevante mencionar que el orden municipal de gobierno puede contribuir de manera significativa a resolver el problema de la violencia que viene aquejando a México desde hace varios lustros. Y aludo en cuanto a este tema a un documento producido por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), sobre Seguridad y Justicia en Democracia, en el cual se enfatiza el papel central del municipio para atender la problemática de violencia e inseguridad que vive nuestro país. Cito algunos párrafos de dicho documento: “Un componente fundamental de la nueva política de seguridad y justicia es el altísimo perfil que debe tomar la planeación de políticas públicas en el ámbito municipal. Ningún ámbito de gobierno tiene tanta capacidad de interacción con la vida comunitaria como el municipal.” “El componente inmediato de un programa de un programa de seguridad ciudadana en el municipio debe partir de un programa integral de prevención de violencias. El programa se debe basar en la identificación de los factores y de las conductas de riesgo locales. Al mismo tiempo, su estrategia tiene que ser intersectorial e

---

34 PNUD, *Informe de Desarrollo Humano Municipal 2010-2015, Transformando México desde lo Local*, PNUD-México, 2019.

35 *Ibid.*, pp. 23-25.

interinstitucional, y atravesar las barreras de los ámbitos de gobierno para enlazarse con las políticas locales y nacional.” “Gran parte de la problemática de seguridad ciudadana que se presenta en los municipios tiene sus orígenes en conflictos personales- problemas entre vecinos, familias, comunidades-que no fueron atendidos a tiempo.”<sup>36</sup>

Lo anterior nos muestra la importancia de reflexionar sobre cómo es que el orden municipal de gobierno puede ser robustecido y consolidado.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

Centro de Estudios Espinosa Yglesias, *El México del 2013, Hacia una Reforma del Federalismo Fiscal*, CEEY Editorial, México, Primera Edición, 2013.

Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, *Las Finanzas Públicas Locales en 2019: La ruta hacia un nuevo federalismo hacendario*, Carpeta Informativa Nú. 112, Cámara de Diputados, LXIV Legislatura México, Mayo de 2019.

Chávez Alzaga, Octavio y Villasana Dávila, Jaime, “Crónica del administrador municipal y del City Manager en México a 2018”, en Rendón Huerta, Teresita (Coordinadora), *500 Años del Municipio en México, Perspectivas Multidisciplinarias*, Universidad de Guanajuato, México, 2019.

Gámiz Parral, Máximo, “Las Relaciones del Municipio, los Estados y el Gobierno Federal en México. Un Nuevo Artículo 115 Constitucional”, en Valencia Carmona, Salvador (coordinador), *El Municipio en México y en el Mundo*, UNAM, México, 2005, p. 100.

González Herrera, Gerardo, Kunz Bolaños, Ignacio y Villaseñor Manzanedo, Horacio, “Legalidad contra legitimidad en la institucionalización del Área Metropolitana de Guadalajara”, en Carrera Hernández, Ady P. (coordinadora), *El municipio ante la crisis del federalismo mexicano*, Red de Investigadores en Gobiernos Locales Mexicanos, A. C., México, 2017.

ICMA – México/Latinoamérica, *Artículos a Incluir en el Reglamento Orgánico Municipal para dar Origen a la Figura del Administrador Municipal*, Junio, 2011, Actualización: mayo 2018.

---

36 UNAM, *Elementos para la Construcción de un Política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia*, UNAM/IIDC, Agosto de 2011, pp. 21-23.

- INEGI, *Delimitación de las zonas metropolitanas de México 2015*, Primera edición, febrero 2018, México.
- Merino, Mauricio, *La profesionalización municipal en México*, Documento de Trabajo Número 182, CIDE, México, Junio de 2006.
- Pérez Durán, Ixchel, “Efectos del diseño electoral municipal en la formación y en el ejercicio del poder en México”, *Gestión y Política Pública*, vol. XVII, número 2, II Semestre de 2008.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe de Desarrollo Humano Municipal 2010-2015. Transformando México desde lo local*, PNUD, México, 2019.
- Rojas, Moisés K. y Sabogal, Renato, *Propuestas de Reforma Municipal*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 2018.
- Rolnik, Raquel, “Descentralización y Federalismo en el Brasil”, *Quórum, Revista de Pensamiento Iberoamericano*, N° 8-9, 2004.
- Serna de la Garza, José Ma., “Perspectivas de Reforma al Régimen Municipal en México” en Serna de la Garza, José Ma. (coord.), *Perspectivas actuales del federalismo mexicano: leyes, políticas públicas y entorno social*, UNAM, México, 2022.
- UNAM, *Elementos para la Construcción de un Política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia*, UNAM/IIDC, Agosto de 2011.
- Valencia Carmona, Salvador, “Constitución, Municipio y Reforma” en Valencia Carmona, Salvador (coordinador), *El Municipio en México y en el Mundo*, UNAM, México, 2005.

# ESTADO UNITARIO VS. ESTADO FEDERADO, APORTES Y DESVENTAJAS



*Daniel Alberto Sabsay\**

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La forma de Estado. 3. Comparación con el sistema federal de los Estados Unidos. 3.a) Contexto general. 3.b) Cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del texto de la constitución. 3.c) Cuestiones de tipo histórico y cultural.. 3.d) Cuestiones relacionadas con el funcionamiento de los poderes políticos. 4. Las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994. 5. Federalismo y pandemia. 6. Consideraciones Finales a modo de conclusión. Bibliografía

**Palabras clave:** Federalismo

## 1. Introducción

**N**os proponemos desarrollar el tema elegido a partir de la experiencia de mi país, Argentina, que es uno de los cuatro estados latinoamericanos que han adoptado la forma federal.

Así, las cosas, nos ocuparemos en primer término de la forma de Estado como elemento fundamental del sistema democrático. Analizaremos las diferencias entre unitarismo y federalismo y las variaciones que se han

---

\* Doctor en Derecho. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Profesor en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Director de Postgrado en Derecho Constitucional.

producido con el tiempo en la evolución de las estructuras estatales, en particular con la aparición del fenómeno de la integración.

Las diferencias entre el modelo estadounidense y el adoptado en América Latina nos llevarán a hacer una explicación somera del adoptado en la Constitución de Filadelfia de 1787 que desbordan el propio texto jurídico ya que reposan en una historia que lo precede de más de tres siglos que marcan aspectos distintivos entre la colonización inglesa y las de España y Portugal.

A continuación, analizaremos las novedades aportadas por la última reforma constitucional y sus resultados. Por último, nos concentraremos en algunas consideraciones generales, a modo de conclusión.

## **2. La forma de Estado**

La forma de estado es uno de los elementos fundamentales del régimen político de un país pues define la relación entre el poder y el territorio. Se trata de determinar el modo como se organiza la autoridad en el espacio. Las soluciones clásicas son dos, el unitarismo y el federalismo. En el primero como el mismo nombre lo indica existe un único centro de poder político, mientras que en el segundo coexisten varios niveles de gobierno en el marco de la descentralización política. Entendemos por tal a aquella que prevé una pluralidad de centros que poseen potestades de orden constituyente, legislativo, eligen a sus propias autoridades por las modalidades contempladas en su derecho público y poseen la capacidad de administrarse a sí mismos.

En un estado unitario no se da esta pluralidad, ya que, al existir una unidad de régimen en cabeza de un único poder político nacional, éste es el que monopoliza el ejercicio de las mencionadas facultades. La única descentralización que se concibe en esta forma es la de tipo administrativo de naturaleza territorial, en la que sus autoridades tienen exclusivamente una potestad de autoadministración o autarquía por contraposición con la autonomía propia del federalismo del que gozan los estados federados –provincias en nuestro sistema-; mientras que el estado federal –Nación es la voz que utiliza nuestra constitución- es soberana, pues no existe ningún orden superior a él.

La evolución de las estructuras estatales ha llevado a la aparición de variaciones en los dos modelos. En primer lugar, se presentan modificaciones a las mismas por la introducción de elementos que no se encuadran en

la tipología clásica. Por ejemplo el carácter electivo de las autoridades de comunas en países unitarios, como ocurre en los departamentos en Uruguay. En segundo término, cabe señalar las nuevas formas de descentralización que se derivan de los fenómenos de regionalización en países unitarios. Al respecto, los dos casos más característicos son el italiano y el español. Curiosamente, la reforma constitucional argentina de 1994 incorporó a las regiones para fines económico sociales (art. 124 Constitución Nacional, en adelante CN) entre las modificaciones al federalismo que el constituyente reformador ha brindado.

El federalismo argentino se encuentra cada vez más debilitado y nos animamos a afirmar que nunca se consolidó en nuestro sistema político. Hemos sufrido un permanente proceso de centralización que se corresponde con lo que ha sucedido con nuestra forma presidencialista de gobierno. Nos parece importante bucear en los antecedentes nacionales para compararlos con lo ocurrido en los Estados Unidos de Norteamérica, cuya constitución ha sido la fuente directa de nuestra organización del poder, tanto en el territorio como en la estructura gubernamental.

Gibson representante de la escuela “democrática” de federalismo señala una relación entre éste y el fortalecimiento del sistema democrático. Señala que dentro de esa doctrina, “al federalismo se lo considera directamente relacionado con las prácticas democráticas, ya sea desde la perspectiva que observa a los gobiernos locales como más responsables hacia los ciudadanos individuales que los gobiernos nacionales, como desde aquella visión que ve en esos gobiernos baluartes democráticos contra los abusos de un estado central. El federalismo, o la descentralización de los sistemas federales, son por lo tanto considerados como una consecuencia institucional natural de la ola contemporánea democratizadora que está esparciéndose en gran parte del mundo en vías de desarrollo”<sup>2</sup> Consideramos que el reencuentro con nuestras instituciones es un elemento fundamental para lograr el desarrollo del país. No dudamos en manifestar que el incumplimiento de la Ley Fundamental ha sido en lo que respecta a este capítulo de nuestra organización nacional, la causa más palpable de la centralización del poder en el “puerto” y su área metropolitana imposibilitándose así la integración territorial y el desarrollo de provincias y regiones.

---

2 Edward L. Gibson, *Federalism and Democracy in Latin America*, The John Hopkins University Press, Baltimore, Maryland, 2004, p. 11. (Traducción del autor)



En consecuencia, el análisis de la cuestión en aras de poner en marcha los cambios estructurales susceptibles de revertir tan preocupante estado de cosas aparece como prioritario y necesario para luego concertar las políticas públicas que permitan ponerlos en marcha. Inspirados en este propósito, comenzaremos con el análisis comparado de nuestro federalismo y del de los Estados Unidos, en particular en las condiciones históricas y sociológicas que los diferencian. A continuación, analizaremos las novedades aportadas por la última reforma constitucional y sus resultados. Por último, nos concentraremos en la elaboración de consideraciones generales a modo de conclusión.

### **3. Comparación con el sistema federal de los Estados Unidos**

#### **3.a) Contexto general**

Las colonias británicas de América se organizaron a través de reglas de autogobierno inspiradas en el constitucionalismo; cuando luego de unos pocos años de vida independiente como confederación deciden darse una constitución construyen un sistema a partir de la creación de una república presidencialista y federal, combinación que contenía en si misma el proyecto de frenos y contrapesos apto para impedir que alguno de los tres poderes pudiese desbordar a los otros. De nuestro lado, todos los antecedentes hablan de un poder personalizado en el cual el gobernante reúne entre sus manos todas las potestades gubernamentales. Llegados a la organización nacional nuestros constituyentes idearon una modalidad que en la práctica, más allá de la letra constitucional, se iría deslizando hacia la concesión de facultades exorbitantes a favor del Presidente. Los golpes de estado confirmaron esa anomalía de la manera más brutal. Los gobiernos constitucionales -salvo escasas excepciones-, en mayor o menor medida, se alejaron del principio de separación de poderes en aras de favorecer al "primer mandatario" con potestades excepcionales.

#### **3.b) Cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del texto de la constitución**

La incorrecta aplicación de las disposiciones constitucionales ha sido el resultado, en primer término, de una interpretación extensiva de ciertas cláusulas. Entre ellas, la denominada "comercial" (art.75, inc.13 CN) que le concede al congreso de la Nación competencia en materia de comercio interprovincial. Esta atribución ha sido objeto de una interpretación de

tal amplitud que, prácticamente, no habría acto susceptible de superar las fronteras de una provincia que no quede comprendido de manera exclusiva dentro de la competencia federal. Las facultades implícitas y las concurrentes derivadas de los incisos 32 y 18 del mencionado artículo también han servido como una suerte de “palancas” para la extensión de la esfera de atribuciones nacionales.

La consecuencia de este “destino” nacional de múltiples cuestiones y en particular de aquellas que han surgido de resultas de la evolución que se ha producido a nivel mundial y en las actividades en el más de siglo y medio de vigencia de la constitución, ha sido muy bien caracterizada por Frías quien sostiene que “toda materia de gobierno que por su originalidad, dimensión o estrecha vinculación operativa con facultades del gobierno central, requiere en alguna etapa su asistencia técnica y económica o su concertación interjurisdiccional, tiende a ser dominada o integrada entre los poderes del gobierno central”<sup>3</sup>.

Especial consideración merece la observación del modo como ha sido utilizada la facultad excepcional de intervenir en el territorio de las provincias que le concede al gobierno nacional el art. 6 CN, institución que junto al estado de sitio del art. 23 CN son las únicas de emergencia contenidas en el texto constitucional de 1853/60. Esta facultad puede ser ejercida legítimamente cuando medie una circunstancia de origen interno o externo que ponga en peligro la estabilidad institucional de una provincia. Pero dicha alteración debe ser grave e imposible de resolver dentro del orden interno provincial en cuestión, puesto que sólo ante tal circunstancia se justifica la intromisión excepcional del gobierno federal en las cuestiones internas de las provincias. Si bien se ha sostenido que nuestros constituyentes se basaron en el artículo 4º de la constitución de los Estados Unidos, tanto la redacción de la norma como la práctica de ambos países hacen que funcione de manera bien diferente. La función reconocida al gobierno federal en los Estados Unidos es de ayuda al estado en crisis y no sustituye la autoridad civil local. En cambio, en nuestro país se ha ejercido casi siempre en forma coercitiva y la autoridad federal sustituye a la local en forma provisoria.

---

3 Pedro J. Frías, *Introducción al derecho Público Federal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, p. 67.

La indebida utilización de este instituto de emergencia ha sido una de las causales que debilitaron al federalismo argentino a lo largo de nuestra historia. En muchas ocasiones los motivos que llevaban a la intervención tenían que ver con razones estrictamente políticas, como consecuencia por ejemplo de que la provincia intervenida estaba gobernada por un partido de diferente signo del de la Nación. En otras oportunidades se ha aprovechado el largo receso legislativo que existía antes de la reforma del 94 para tomar la medida a través de un decreto.

### 3.c) Cuestiones de tipo histórico y cultural.

Las colonias norteamericanas practicaron la democracia con anterioridad a la independencia. Inclusive, con posterioridad a ella, algunos de los ya nuevos Estados conservaron sus constituciones elaboradas en el período colonial. Es decir, la tradición constitucional encuentra en los EE.UU un origen que se remonta a más de tres siglos previos a 1776, fecha de su independencia. El fenómeno “asociacionista” – por llamarlo de alguna manera-, que tanto sorprendió a Alexis de Tocqueville y del que da cuenta en la “Democracia en América”<sup>4</sup>, importaba un fuerte involucramiento comunitario en los asuntos públicos.

En nuestro país las cosas fueron muy diferentes. La etapa colonial se caracterizó por el ejercicio autocrático del poder, encarnado en la autoridad soberana del monarca, quien era el propietario, sobre la base de las normas del derecho privado, de todas las tierras que componían el imperio español en América. En consecuencia, en los EE.UU. no se produjo una ruptura sino una continuidad, mientras que en nuestras tierras ocurrió lo contrario. De modo tal que en la Argentina siempre se han confrontado dos tradiciones diferentes, una autoritaria y otra democrática, y en ese marco fue imposible asegurar la continuidad constitucional, así como también lograr una adecuada observancia del principio de legalidad. Resultado de ello fueron los múltiples y prolongados períodos de gobiernos de facto, en los cuales rigió un modelo autocrático y unitario, que influyó decididamente en los hábitos de la sociedad argentina, y se tradujo –en el tema que nos ocupa- en una ausencia total de compromiso con el sistema federal.

---

4 Texto clásico del pensador, político, jurista e historiador francés Alexis de Tocqueville (1805–1859) sobre la democracia en los Estados Unidos, en el que el autor analiza los puntos fuertes y débiles de ese país.

### **3.d) Cuestiones relacionadas con el funcionamiento de los poderes políticos**

Cabe destacar la existencia de una estrecha relación entre la distribución del poder en el territorio y el funcionamiento de los poderes en el gobierno federal, a los efectos de analizar las diferencias que se observan, en la práctica, entre el sistema que dio base a nuestra Constitución y el federalismo argentino.

## **4. Las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994**

El constituyente de reforma ha querido vigorizar el federalismo a través de innovaciones contenidas en las siguientes cláusulas de la constitución nacional:

- modificaciones al régimen financiero (art. 75, inc. 2),
- apoyo a la tesis de los poderes compartidos en materia de establecimientos de utilidad nacional (art. 75, inc. 30, in fine),
- autonomía municipal (art. 123),
- introducción de la noción de región (arts. 124 y 75 inc. 19),
- ampliación del ámbito de actuación de los acuerdos parciales (arts. 124 y 125),
- autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129),
- concesión de potestades a las provincias en materia internacional (art. 124), la propiedad de los recursos naturales (art. 124),
- distribución de competencias en materia ambiental (art. 41, 3º párrafo),
- determinación del órgano en la intervención federal (art. 75, inc. 31)

Las modificaciones tienden a la construcción de un federalismo de concertación que se base en la negociación y el acuerdo entre los niveles de gobierno de modo de lograr un equilibrio entre las fuerzas centrípetas y centrífugas que pugnan en la dinámica federal. Ello, como respuesta al federalismo de “imposición” reinante que lleva inexorablemente al predominio desmedido de la Nación por sobre las provincias y que ha desembocado en el estado de cosas imperante que se caracteriza por la vigencia de una suerte de unitarismo “de hecho”.

El federalismo argentino ha sido objeto de importantes retoques por parte del constituyente reformador. Una primera aproximación nos lleva a afirmar que la descentralización política del poder en el territorio ha quedado claramente fortalecida de resultas de la incorporación de nuevas cláusulas en el capítulo consagrado a los “Gobiernos de Provincia” de nuestra carta magna, como así también, en otras de sus disposiciones. Hernández efectúa una interesante categorización de la evolución de nuestro federalismo a la que divide en cuatro etapas. La última es la que inaugura la reforma, en la que en su calidad de convencional constituyente inspiró gran parte de las modificaciones relativas a la cuestión en tratamiento. Pone el acento en la finalidad de mayor descentralización, a partir del acrecimiento de las facultades provinciales, tanto de manera explícita (art. 124 CN), como en un mejor resguardo de ellas en temas tales como el deslinde de las facultades impositivas, la propiedad de los recursos naturales, entre otras.

Además, destaca el reconocimiento de la autonomía a los municipios y a la Ciudad de Buenos Aires, como los otros dos hitos de la labor constituyente. “En cuanto a lo político institucional, lo primero que destacamos es la existencia ahora de cuatro órdenes de gobierno: el federal, el provincial, el de la ciudad Autónoma de Buenos Aires y el de los municipios autónomos. Antes de la reforma, aparecían con claridad sólo dos órdenes gubernamentales: el federal y los provinciales, mientras que existía un profundo debate que abarcó muchos años de nuestra historia sobre la naturaleza jurídica de los municipios, que separaba en general a constitucionalistas y municipalistas por un lado, y administrativistas por el otro, según admitiesen o no un tercer nivel de gobierno”<sup>5</sup>

La reforma de 1994 por primera vez introduce la noción de región. El art. 124 faculta a las provincias a “*crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines...*”. A partir de esta referencia es preciso determinar el alcance de la expresión, teniendo en cuenta de que existen distintos tipos de regiones y diferentes modelos de regionalización. Debemos precisar entonces el sentido que le ha dado el constituyente a esta nueva modalidad institucional. Su finalidad se vincula con el desarrollo económico y social, como así también con la necesidad de compatibilizar y armonizar facultades interjurisdiccionales

---

5 Antonio María Hernández, *La Descentralización del Poder en el Estado Argentino*, en: *La Descentralización del Poder en el Estado Contemporáneo*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2005, ps. 28 y 29.

y/o concurrentes. Ello, a fin de evitar superposición de autoridades y fragmentación de responsables en aras de lograr la resolución concertada de conflictos y la búsqueda de soluciones conjuntas a asuntos compartidos.

No se crea un nuevo nivel político de gobierno, ya que la provincia sigue siendo el centro de redistribución territorial del poder y la región está constreñida al logro de objetivos de carácter económico y social. Queremos destacar en este punto que la región para el constituyente es un modo de descentralización administrativa del poder en el territorio. Esto, a diferencia de lo que ocurre con la Nación, las provincias, la Ciudad de Buenos Aires y los municipios, los que con distinta intensidad y jerarquía, reúnen en común facultades correspondientes al dictado de sus propias normas de organización y de gestión (dentro de sus respectivas esferas de competencia) y a la elección de sus autoridades, o sea todas las características que definen a un centro autónomo de poder. La constitución, por lo tanto en lo que hace a la región, ha optado por una concepción jurídica en sentido particular, ya que se la reconoce sólo para el cumplimiento de fines limitados.

El federalismo argentino carece de vigor, al decir de Nohlen y Fernández, "El caso argentino, entonces, es el de un federalismo desnaturalizado o deteriorado, si se tiene en mente que el modelo de sus autores, con toda su relatividad, era el norteamericano"<sup>6</sup>

Creemos, sin embargo, que partiendo del esquema constitucional vigente se podrá arribar a un federalismo de concertación vigorizado en relación a las iniciativas precedentes. Este deberá ir estructurándose con el acuerdo expreso de las partes -las provincias- y en la medida de sus necesidades. Se trata de un plan paulatino en el tiempo que llevará necesariamente a un modo diferente de toma de decisiones, en base a una genuina participación intrafederal. Pero, los acuerdos deben ir lográndose desde la base y no por medio de la actitud autoritaria del centro.

En este sentido, el federalismo de concertación debe responder a los principios de lealtad y de buena fe. Si bien la Nación es soberana y por lo tanto su autoridad se apoya en la interpretación conjunta de los arts. 121 y 31 CN, ello no implica que en toda circunstancia las decisiones nacionales

---

6 Nohlen, Dieter y Fernández B., Mario (1998): *El Latinoamericano: evolución y perspectivas*, en Nohlen, Dieter y Fernández B., Mario, *El Presidencialismo Renovado*, (Caracas, Ed. Nueva Sociedad)

prevalecen sobre las de las provincias. Si ocurriese así rápidamente se produciría una deriva hacia un sistema de corte unitario. La Nación es soberana dentro del orden de las facultades que le han sido delegadas por las provincias a ello se agregan las que son concurrentes a ambos órdenes territoriales Y es en este campo que se debe buscar el consenso de resultados de una articulación que de ninguna manera produzca el aniquilamiento de uno de ellos como resultado de un ejercicio abusivo de poder de parte de alguno de ellos. Así lo expresan Maqueda y Rosatti en el fallo “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”<sup>7</sup>: *“La inteligencia de tales cláusulas debe enmarcarse en la arquitectura constitucional argentina, que delimita el ámbito de validez y el alcance de las normas que integran el ordenamiento jurídico nacional. En efecto, si bien las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires guardan subordinación con el Estado federal en ciertos ámbitos, esa subordinación se verifica en los estrictos términos jurídicos de la Constitución Nacional. No se trata, por tanto, de una subordinación indeterminada, sino limitada por el mismo texto de la Norma Fundamental argentina.”* Y más adelante *“En ese entendimiento, los arts. 5° y 31 de la Constitución Nacional pueden resultar violados tanto cuando el desborde competencial provenga del ejercicio de la autoridad local como cuando provenga del ejercicio de la autoridad nacional (inconstitucionalidad ascendente o descendente). De ello se deriva que la prevalencia del derecho federal consagrada por los artículos citados se encuentra condicionada a que el ejercicio de la potestad normativa nacional haya sido encausado dentro de las pautas formales y sustanciales exigidas constitucionalmente, entre ellas el reparto de competencias estatuido por la misma Norma Suprema.”*<sup>8</sup>. Señalan que la Nación debía justificar razonablemente el motivo por el cual había ejercido esta competencia sanitaria que irrumpe, *prima facie*, sobre la órbita de la CABA.

## 5. Federalismo y pandemia

En marzo 2020, con motivo de la crisis desatada por la pandemia del Covid 19, el funcionamiento de nuestro federalismo acusó una fuerte tensión entre fuerzas centrípetas y fuerzas centrífugas. La decisión del aislamiento

---

7 CSJN; 2021/05/04. En el caso, la acción tenía por objeto obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 2° del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 241/2021, en cuanto estableció la suspensión del dictado de clases presenciales en el ámbito del aglomerado urbano denominado “Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)”

8 Del considerando 18 del voto de los ministros Maqueda y Rosatti



social preventivo y obligatorio fue comunicada en el marco que creemos más propicio, conjuntamente con la oposición. Así el Presidente estuvo rodeado de dos gobernadores del partido oficial y dos de la oposición. De este modo se transmitió una imagen de unión nacional por demás oportuna en función de la importancia de las medidas a tomar y de la percepción de concordia y aquiescencia de las principales fuerzas políticas lo que facilitaría enormemente el acatamiento de las medidas de parte de la población. En otro orden de cosas, nos parece importante observar las consecuencias a nivel de gobernanza que se derivan de la forma de organización del poder en el territorio para asegurar la mayor eficacia en el tratamiento de las crisis. En otras palabras, de qué manera responde una estructura centralizada o una descentralizada ante una emergencia. En tal sentido nos parece interesante un artículo publicado en el diario “El País” de España en el que se comparan los modelos, centralizado de Francia con una tradición de estado unitario, con la descentralización de Alemania que posee un sistema federal muy particular y eficaz<sup>9</sup>. El destacado que anuncia el artículo expresa, a modo de síntesis que “La prueba del estrés del virus retrata virtudes y defectos de las dos potencias europeas y sus sistemas. La gestión alemana destaca, de momento, por su eficiencia”. Más adelante subraya, que “la descentralización alemana, fundada en la cooperación entre los niveles de gobierno, la transformaciones de los miembros de la federación, traslada el peso de las medidas sanitarias a los *länder*, que se ponen de acuerdo con el Gobierno federal para pactar las líneas generales de las restricciones y los centros de investigación científica se reparten por todo el país, (...). La centralización francesa, que concentra el poder en París en el presidente, ha permitido la toma de decisiones rápida, pero la omnipotencia del Estado puede hacer elevado los costes de los errores y la imprevisión”. Se ponen de manifiesto los argumentos que se alinean a favor o en contra de cada uno de los dos sistemas. Siempre se ha dicho que en el seno de un Estado unitario se facilita la toma veloz de decisiones homogéneas en todo el territorio del país, impidiendo contradicciones y competencia desleal, por el lado del Estado federal en cambio, se observan como beneficios todo lo que hace a la concreción de los principios de subsidiariedad y de inmediatez y de sus consecuencias en los procesos de toma de decisión. El federalismo

---

9 “La crisis del Coronavirus – La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés”, El País, 19/4/20.



de Estados Unidos ha funcionado de manera descoordinada y hasta podríamos decir anárquica. Es cierto que las indecisiones e invectivas del presidente Trump han sido la mayor barrera para el desarrollo normal de un sistema que en el pasado ha demostrado su eficacia y que ha modelado a todos los sistemas federales de América, entre otros.

En Argentina sucedió algo curioso. Por una parte la actuación nacional tendió a fortalecer las fuerzas centrípetas a favor de una autoridad presidencial que siempre apunta a concentrar la toma de decisiones dejando muy poco lugar a los gobiernos provinciales y municipales. No olvidemos que se encontraba en juego el ejercicio del poder de policía en materia sanitaria en aras de proteger a la salud que es una cuestión que no ha sido delegada a la Nación y que por lo tanto es de naturaleza local. No obstante ello, entendemos que frente a un fenómeno que no admite fronteras dada la interjurisdiccionalidad que proyecta una pandemia, resulta razonable que el poder federal tome aquellas medidas que a modo de presupuestos mínimos sean aplicables en todo el territorio nacional, pero sin que ello signifique anular las facultades de provincias y municipios. Sorprendentemente en el seno de buena parte de las provincias y de los municipios se tomaron decisiones propias de niveles de gobierno soberanos. Así varias provincias cerraron sus límites cuando la constitución no habla de fronteras interprovinciales. Declararon el aislamiento antes que el gobierno nacional y esto también ocurrió en numerosos municipios. Incluso en algunos de ellos el intendente estableció el toque de queda dentro de un determinado horario y cerró el ejido municipal con montículos de tierra a modo de barricadas. Es decir un cercenamiento casi total de la libertad ambulatoria.

La municipalidad de Castelli en la provincia de Buenos Aires creó un impuesto inmobiliario a ser aplicado sobre los campos existentes dentro del partido homónimo en nombre de la solidaridad que impone la emergencia. Es decir que ejerció potestad impositiva en materia inmobiliaria de modo abiertamente inconstitucional, so pretexto de la solidaridad que imponía la pandemia. Muchas provincias endurecieron las exigencias tomadas a nivel nacional a través de restricciones irrazonables. Por ejemplo la colocación de fajas en los domicilios de los infectados o el bloqueo de las rutas de manera de impedir la entrada en sus territorios. El jefe de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires impuso la obligación a los mayores de setenta años de solicitar un permiso para poder ausentarse de sus domicilios.,

asimismo en la provincia de Chubut se tomaron de medidas abusivas por parte de la policía sobre la población. Afortunadamente estas decisiones se judicializaron y lograron que jueces locales las dejaran sin efecto. Lo que demuestra la importancia de la justicia durante una emergencia. Damos sólo estos ejemplos, podríamos narrar otros. El modelo de federalismo de concertación que plantea la reforma de 1994 no funcionó. En realidad se asistió a una actuación anárquica caracterizada por decisiones centralizadoras desde el Ejecutivo nacional, seguida por gobernadores de provincias e intendentes municipales.

## 6. Consideraciones Finales a modo de conclusión

- El análisis de las modificaciones de naturaleza federal efectuadas por la última reforma de la constitución pone de manifiesto en todas ellas, un empeño común de parte del redactor tendiente a vigorizar nuestra forma de Estado. Esto es así en todos los temas que hemos abordado y lo mismo ocurre con el nuevo régimen contemplado en el art. 75, inc. 2 para la sanción de la ley de coparticipación federal. También debe considerarse en este balance la revitalización de los municipios, a través del reconocimiento explícito de su autonomía, como límite al poder constituyente local, el que en adelante no podrá utilizar un régimen de autarquía para dotarlos de personería jurídica.
- Asimismo, otros artículos que hacen a la cuestión federal establecen de manera invariable el fortalecimiento del ámbito local. Así ocurre, en materia de intervención federal (art. 75, inc. 31), de nuevas potestades provinciales (art. 124, 1º parte), de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129). Todas estas cuestiones conjuntamente con las consideraciones particulares en materia de desarrollo territorial del inc. 19 del art. 75 (“nueva cláusula del progreso”) nos están señalando un claro rumbo deseado por el constituyente de reforma que se sitúa en el camino de la recuperación del federalismo.
- La consideración de nuevos ámbitos para la construcción de variadas modalidades encaminadas a asegurar la dialéctica Nación-Provincias-Municipios, han sido organizados desde una concepción proclive al protagonismo conjunto de todos los niveles de gobierno sin distinción. De este modo se termina con una dinámica caracterizada por la supresión de los niveles inferiores toda vez que se imponía la búsqueda de herramientas pasibles de asegurar un accionar conjunto.

- A nuestro entender estas observaciones constituyen un denominador común que obliga al intérprete, en caso de dudas, sobre la solución de una situación particular, a por aquel temperamento que se traduzca desde el ángulo jurídico-institucional en una revalorización de las reglas que inspiran a nuestro sistema federal.
- Es nuestra opinión, que el constituyente ha apostado a favor de un modelo federal de concertación que ubica a la Argentina en el camino hacia el fortalecimiento de la periferia, a fin de reequilibrar el excesivo vigor que han acusado las fuerzas centrípetas en la historia de nuestro federalismo. De este modo será posible compensar la excesiva concentración de poder que puede resultar del proceso de integración continental que hemos inaugurado junto a las naciones limítrofes.
- Desafortunadamente, nuestros comentarios se circunscriben a la descripción de las disposiciones constitucionales, nada decimos sobre experiencias en materia de aplicación. Ello es así, pues más allá de las aspiraciones del constituyente, la labor legislativa no las ha acompañado. Tomemos por caso, lo relativo a coparticipación impositiva y podremos comprobar que pese a que se imponía la sanción de un nuevo régimen en la materia *antes de la finalización del año 1996* (Cláusula transitoria 6º), nada se hecho al respecto. Como consecuencia de ello el ejecutivo nacional ha invadido de tal manera las potestades provinciales, que la situación en este punto tan sensible para la existencia de un federalismo real es mucho peor que la que existía antes de la reforma del 94.

El autor desarrolla el tema a partir de la experiencia de su país, Argentina, que es uno de los cuatro estados latinoamericanos que han adoptado la forma federal. Comienza con la consideración de la forma de Estado como elemento fundamental del sistema democrático. Luego ahonda en las diferencias entre unitarismo y federalismo y las variaciones que se han producido en el tiempo con la evolución de las estructuras estatales, en particular con la aparición del fenómeno de la integración. Luego, señala que las diferencias entre el modelo estadounidense y el adoptado en América Latina lo llevan a hacer una explicación somera del adoptado en la Constitución de Filadelfia que desbordan el texto jurídico ya que reposan en una historia que lo precede de más de tres siglos que marcan aspectos distintivos entre la colonización inglesa y las de España y Portugal. A continuación observa los aportes de la reforma constitucional de 1994

y sus resultados. Por último, elabora algunas consideraciones generales a modo de conclusión.

### **Bibliografía**

- Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional, Ediar, 1995, T. VI.
- Frías, Pedro J., "Introducción al Derecho Público Provincial". Depalma. Buenos Aires. 1985.
- Hernández, Antonio. M., "Tratado de Derecho Municipal". Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2009.
- Hernández, Antonio M.; "Federalismo y Constitucionalismo Provincial"; Abeledo Perrot; Buenos Aires; 2009
- Pérez Guilhou Dardo. y otros, "Derecho Público Provincial y Municipal". La Ley. Buenos Aires. 2003.
- Sabsay, Daniel y Onaindia, José M.; "La constitución de los argentinos"; Errepar, Buenos Aires, 8°ed.; 2021
- Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José. M., "La Constitución de los Porteños". Errepar. Buenos Aires. 1997.
- Sabsay, Daniel A. Dirección; Manilli Pablo L. Coordinación: "Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial" (4 tomos), Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2010
- Sabsay, Daniel.A.: "Manual de Derecho Constitucional". La Ley. 2° ed., Buenos Aires. 2022.
- Sabsay, D.A.: "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario - Derecho Constitucional" 4 Tomos. La Ley. Buenos Aires. 2010.
- Sabsay, Daniel: "Nuevas Constituciones Provinciales", en: D. Nohlen y L. De Riz: "Reforma Institucional y Cambio Político". CEDES/LEGASA. Buenos Aires. 1991.



# ESTADO UNITARIO VS ESTADO FEDERADO, APORTES Y DESVENTAJAS



*M. Josefa Ridaura Martínez\**

**Sumario:** I. Introducción. II. El federalismo como cauce de integración de la pluralidad. III. El Estado unitario como expresión de cohesión del poder. IV. Respuestas de los modelos de organización territorial en épocas de anormalidad y de excepcionalidad. V. ¿Qué modelo de organización territorial para el siglo XXI? VI. Bibliografía.

**Palabras clave:** Palabras Clave: organización territorial; Estado unitario; Estado federal; centralización, descentralización, cooperación, solidaridad, lealtad.

## Resumen:

Este trabajo aborda, por un lado, el diseño de estos dos grandes modelos de organización territorial del poder-el federal y el unitario- apuntando sus características principales, así como sus ventajas y desventajas. Por otro lado, se centra en determinar cuál de ellos puede ofrecer una respuesta más cabal a las necesidades de hoy en día, tanto en tiempos de normalidad constitucional como de excepcionalidad. Y, finalmente, plantea unas reflexiones acerca de los ejes sobre los que vertebrar

---

\* Doctora en Derecho Constitucional  
Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia (España)  
Presidenta de Asociación de Constitucionalistas de España

y apuntalar las estructuras y actuaciones estatales ante las exigencias que demanda un constante Estado en transformación.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde el surgimiento del Estado moderno como organización política se han ido sucediendo distintas formas de organización territorial del poder, que se pueden reconducir, con carácter general a dos: el Estado unitario y al Estado federal; apareciendo, con el tiempo, otras derivadas como los denominados Estado regional y autonómico. Tales formas de Estado atienden a la relación entre los diversos elementos que integran un Estado, de acuerdo con la teoría clásica del mismo (territorio, pueblo y poder). Y, particularmente, responden a la organización vertical del poder; articulándose sobre un eje central que es el relativo a los núcleos de poder existentes, y, en consecuencia, a la unicidad o pluralidad de ordenamientos. Es cierto que la Historia, desde el siglo XVIII hasta nuestros días, nos ha brindado múltiples variantes de organización territorial del poder, en función de las circunstancias históricas y de las particularidades de cada Estado. Por ello puede afirmarse que no hay modelos exactos, sino que los generales se han ido acomodando a las especificidades de cada Estado, compartiendo como rasgo común o bien la concentración del poder en un solo núcleo (unitario) o bien su pluralidad (federal). Podría decirse, pues, que, compartiendo la esencia, hay tantos modelos de federalismo como Estados que adoptan esta forma de organización territorial. Del mismo modo, hay diversas variantes del unitario, que paulatinamente han ido abriéndose y aceptando cierta descentralización: el caso francés es buen ejemplo de ello.

De un modo o de otro, ningún modelo de organización territorial ha sido ajeno a las exigencias planteadas en nuestras sociedades actuales, transformadas por nuevas y variadas realidades como la mundialización -que responde a la idea de interdependencia entre los Estados- y que afecta, tanto a las estructuras estatales como a la toma de decisiones. Y la globalización que cuestiona en qué medida es posible mantener en un mundo globalizado las estructuras jurídico-políticas del Estado nacional inmutables. Globalización que, como advierte Rodrik<sup>1</sup>, va acompañada necesariamente de tensiones muy graves, ya que plantea el conflicto entre decisiones democráticas a escala de cada nación y decisiones tecnocráticas a escala supranacional. Incluso, viene planteándose

---

1 RODRIK, D.: *La paradoja de la Globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial*. Traducción de M.<sup>a</sup> Dolores Crispín, Bosch.

ya la desglobalización, advirtiéndose que algunas fronteras nacionales vuelven a ser clave para la economía y la seguridad<sup>2</sup>. Retos que afectan, sin duda, a la distribución territorial del poder de cada Estado, ya que exigen su evolución para adaptarse y seguir ofreciendo alternativas, respuestas y soluciones a los destinatarios del poder: los ciudadanos. Y es que la historia demuestra que no hay modelos estáticos e inmutables, ya que el Estado, como ya apuntara Jellinek, siempre está en proceso de transformación<sup>3</sup>.

Este trabajo aborda, por un lado, el diseño de estos dos grandes modelos -el federal y el unitario- apuntando sus características principales, así como sus ventajas y desventajas. Por otro lado, se centra en determinar cuál de ellos puede ofrecer una respuesta más cabal a las necesidades de hoy en día, tanto desde el punto de vista de la eficiencia, como de su acomodo a las exigencias constitucionales de los Estados democráticos. Acotaré dicho estudio determinando su mayor o menor idoneidad en tiempos de normalidad constitucional. Pero, también me propongo abordar si existe un modelo que pueda hacer frente de modo más sistémico a las amenazas de distinto orden plantadas hoy día en nuestra sociedad. Amenazas como las constantes catástrofes climatológicas adversas de gravedad que afectan, en primer término, a las vidas humanas, pero que tienen, también, graves consecuencias económicas y de distinto orden y que demandan la actuación de los poderes públicos para paliar sus efectos. Y, señaladamente, me centraré en las respuestas que desde estos dos grandes modelos se han ofrecido ante un problema más reciente de orden global como ha sido el Covid-sars 19. Esto es, se trata de determinar si ante amenazas como la que hemos vivido recientemente, y que podrían volver a sucederse, el modelo de organización territorial es importante para hacerles frente, y cuál de ellos puede responder antes y mejor. Todo este planteamiento me conducirá a concluir con unas reflexiones acerca de los ejes sobre los que vertebrar y apuntalar las estructuras y actuaciones estatales ante las exigencias que demanda un constante Estado en transformación.

## II. EL FEDERALISMO COMO CAUCE DE INTEGRACION DE LA PLURALIDAD

La Convención de Filadelfia, inspirándose en la obra *El Federalista*, permitió que la Constitución americana de 1787 alumbrara un nuevo modelo de organización

---

2 STIGLITZ, J. E., "Acertar con la desglobalización", <https://elpais.com/economia/negocios/2022-06-05/acertar-con-la-desglobalizacion.html>

3 JELLINEK, G., *Fragmentos de Estado*, Cívitas, ed. 2016.



que no respondía a un esquema previo<sup>4</sup>, pero que, como afirmaba García Pelayo, trataba de buscar “una fórmula que hiciera compatibles la existencia de los Estados individuales con la de un poder dotado de facultades para bastarse por sí mismo en la defensa de sus funciones”<sup>5</sup>.

El resultado fue un modelo caracterizado por tener múltiples centros de poder de autoorganización en su máxima expresión; aunque los de los Estados miembros limitados a su ámbito territorial; gozando de una soberanía compartida entre los Estados y la Federación circunscrita a sus respectivos ámbitos. Esta era, originariamente, la idea mantenida en el Federalista; aunque discutida, por ejemplo, por Heller, quien consideraba que los Estados miembros no gozan de autonomía constitucional, puesto que, en última instancia, carecen de decisión, ya ésta que corresponde a la Federación.

El federalismo se concreta, pues, en un modelo que aúna la autoorganización, la competencia en políticas propias para la gestión de sus respectivos intereses, reconociéndose la participación de los Estados en la conformación de la voluntad general, señaladamente a través de segundas cámaras. En consecuencia, existe una pluralidad de ordenamientos constitucionales que giran en torno a un texto constitucional común: el de la Federación. Pluralidad que se extiende, también, a las distintas fuentes de producción normativa, de gobierno, incluso jurisdiccional. Es el equilibrio entre unidad y diversidad el eje central sobre el que gira esta forma de organización del poder.

El modelo prendió y se implantó en algunos Estados iberoamericanos, Suiza (1848), Alemania (1871); extendiéndose, sobre todo, tras la Primera Guerra Mundial. Ciertamente, en cada uno de ellos su implantación respondía a motivos distintos, y derivó, tanto de la unión de distintos estados preexistentes (es el modo más habitual *coming together*), como por la transformación de un Estado unitario en un estado federal (*holdin together*) (Austria, Brasil, Méjico, entre otros). Cada uno de ellos responde a unas reivindicaciones y circunstancias de diverso

---

4 Es verdad que algunos estudios como los de WATTS Y ELAZAR sitúan el origen del federalismo, entre otras, en las antiguas tribus israelitas, las tribus beduinas y las confederaciones de nativos en Norteamérica, aportando ejemplos, incluso, del periodo medieval. Sin embargo, en la medida en que nos situamos en el surgimiento del Estado constitucional, tomamos como referente el nacimiento del federalismo en el proceso revolucionario americano, tal y como hemos apuntado. Un estudio detallado de estos orígenes puede verse en la obra de RONALD, L. WATTS, *Sistema federales comparados*, Marcial Pons, 2006, en concreto en las pp. 91 y ss.

5 GARCIA PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1958, p. 215.

orden; en el primer caso se trata -como afirma Caamaño- de un federalismo de construcción de la unidad. Pero también puede convertirse en una respuesta idónea cuando es “necesario alcanzar un nuevo pacto constitucional que asegure la unidad del Estado frente a comunidades territoriales interiores, culturalmente diversas, que reclaman una esfera de autogobierno para la gestión diferenciada de algunos asuntos propios”; en este caso, se trataría de “un federalismo de reconstrucción de la unidad amenazada”<sup>6</sup>.

La propagación del modelo ha generado lo que Haberle ha calificado como la “metamorfosis” del federalismo, de forma que no existe una única teoría federal, adecuada para todos los supuestos, sino que, mezclándose sus características de manera dinámica, se han ido generando tantos modelos que le conducen a sostener la idea de una “teoría federal mestiza”<sup>7</sup>. En efecto, el federalismo concebido como proceso dinámico por Fiedrich<sup>8</sup>, ha desembocado en variantes que en las que se ha producido una mayor potenciación de la Federación, o, por el contrario, una vigorización de las competencias de los Estados que la conforman. Y, en las últimas décadas, como ha destacado La Pergola, ese proceso evolutivo ha permitido su desarrollo transitando desde el federalismo estatal, para convertirse en un federalismo contractual, en el que “la regla del acuerdo entre los Estados miembros sustituye a la fuerza del poder central”. Autor que ha planteado una profunda reflexión sobre los cambios que se han ido operando, ofreciendo la idea de los nuevos senderos en el federalismo<sup>9</sup>.

La literatura científica relativa a las ventajas del federalismo es rica y copiosa. Si buscamos unos ejes vertebradores podríamos destacar los siguientes: su principal garantía es la división del poder<sup>10</sup> – que es la que está en la esencia del constitucionalismo- frente a la concentración del poder del estado unitario.

---

6 CAAMAÑO, F., *Democracia Federal. Apuntes sobre España*, Turpial, 2014. p. 19

7 HÄBERLE, P., “Comparación constitucional y cultural de los modelos federales”, *ReDCE*, núm. 8, julio-diciembre de 2007, pp. 175 a 178.

8 FIEDRICH, C.J., *Gobierno Constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, p. 380

9 LA PERGOLA, A., *Los nuevos senderos del federalismo*, CEPC, 1994, p. 13 y *passim*.

10 En esta línea destaca HABERLE que “El federalismo se justifica a partir del principio de división de poderes: no directamente en el sentido horizontal de Montesquieu, sino en el vertical [...] Pero en todo caso, la división vertical del federalismo impide el abuso de poder y garantiza la libertad política”, cit, p. 178. Considera el federalismo, junto con la justicia constitucional, como el elemento mundialmente más exitoso del modelo “Estado constitucional”.

Precisamente, porque la tendencia al abuso cuando se concentra el poder es una de los riesgos más factibles.

Asimismo, en la medida en que el federalismo responde a la idea de pacto, tiene una capacidad integradora en diversas direcciones: por un lado, en orden a las relaciones entre los distintos niveles de organización vertical del poder, permite que éstas sean más paritarias entre las partes y no simplemente relaciones de supra y subordinación; lo que favorece aunar dos tendencias contradictorias: la tendencia a la unidad y la tendencia a la diversidad<sup>11</sup>. Por otro lado, propicia integrar la pluralidad y la libertad cultural y política. De hecho, la adopción del modelo federal en algunos países ha sido la respuesta idónea para el reconocimiento y la protección de factores diferenciales. Es el caso, por ejemplo, de Canadá, que ha permitido la garantía de la lengua y cultura francesa en el marco de un Estado anglófono. Del mismo modo, el federalismo helvético es el resultado de aunar distintas corrientes: la centralizadora mantenida por los liberales, y la federalista respaldada por los conservadores, además de elementos culturales y lingüísticos. Por ello, ha afirmado Linz, que es “la mejor respuesta y solución, la más constructiva, menos conflictiva y a menudo más democrática, al problema de crear una coexistencia pacífica entre los grupos nacionales en una unidad política más amplia”<sup>12</sup>.

El federalismo se ha considerado, igualmente, como el modelo idóneo para cumplir dos objetivos: “por un lado, articular un Estado fuerte y eficaz capaz de dar respuesta a los problemas de nuestro tiempo y de garantizar una alta calidad en la prestación de los servicios públicos; y por otro, garantizar el respeto a la diversidad y dar respuesta a las demandas de autogobierno de las entidades que lo componen”<sup>13</sup>.

---

11 GARCÍA PELAYO, M., ob. cit, p. 218. Asimismo, afirmaba GUMERSINDO TRUJILLO que “Una organización federal trata de conjugar la autonomía de las partes con la unidad del todo, de tal manera que mientras en lo específicamente suyo los grupos son autónomos, en la dirección de los asuntos de la comunidad global se hallan sometidos al poder superior de la federación” p. 18

12 LINZ, J.J., “Democracia, multinacionalismo y federalismo”, *RECP*, núm.1/1999, p. 14.

13 TAJADURA TEJADA, J. y DE MIGUEL, J., *Federalismos del siglo XXI*, CEPC, Madrid, 2014, p. 33. En la misma dirección se afirma que “es el único modelo de organización política de las sociedades y de los territorios capaz de compatibilizar y garantizar las distintas identidades locales, nacionales e internacionales en armonía con las exigencias de la interdependencia, la integración y la globalización”, ROJO SALGADO, A., “Globalización, Integración mundial y federalismo”, *REP*, núm. 109, 2000, p. 31.

Finalmente, entre las principales ventajas del federalismo -como método de descentralización del poder- destaca la subsidiaridad, tratando de acercar el centro de toma de decisiones al administrado, que es, realmente, el destinatario del poder. La cercanía del poder en la toma de las decisiones revela un mayor conocimiento de las necesidades del ciudadano y, en consecuencia, permite una respuesta más certera ante sus necesidades y una prestación de los servicios públicos más eficaz.

Junto a todas estas ventajas, también se han opuesto inconvenientes, en la medida en que implica un mayor control del poder. Señaladamente, Rike<sup>14</sup> ha expresado que las únicas razones que justifican el Federalismo son puramente instrumentales y, más específicamente, militares. Igualmente, se aduce el coste de la pluralidad de centros de poder y la lentitud en la respuesta ante los problemas por la necesidad de coordinarlos.

### III. EL ESTADO UNITARIO COMO EXPRESION DE COHESIÓN DEL PODER

El Estado unitario está caracterizado por tener un único centro de impulsión política y gubernamental, y, por tanto, un único ordenamiento constitucional. Destacando, asimismo, la homogeneidad del poder en relación con sus destinatarios, ya que las decisiones obligan a todos por igual; el poder es uno en su estructura y también en sus límites territoriales<sup>15</sup>. Si bien es cierto que en su seno se reconoce cierta descentralización administrativa, y una desconcentración de funciones, sin embargo, ésta no llega a ser nunca política, que es la que caracteriza a los Estados descentralizados.

En Europa, este fue, salvo algunas excepciones, el modelo predominante hasta bien entrados los siglos XIX y XX. También en Iberoamérica fue el modelo adoptado por la gran mayoría de los países tras la descolonización, inspirándose en el modelo francés. Solo Brasil, Argentina, México y Venezuela adoptaron el modelo federal. Pero, hoy la idea de homogeneidad del Estado nación moderno ofrece signos de agotamiento, de forma que la rigidez del estado unitario se ha ido resquebrajando dando paso a cierta descentralización. De hecho, en Europa el paradigma de estado unitario por excelencia ha sido Francia; pero

---

14 W. H. RIKER, «European Federalism: The Lessons of Past Experience».

15 PRELOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1972, p. 231. Asimismo, BRUDEAU, G., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ed. Nacional, Madrid, 1981, p.70.

también su jacobinismo se ha ido diluyendo ante la exigencia de menos poder del Estado y más poder de los entes territoriales<sup>16</sup>, de forma que tras diversos intentos de descentralización finalmente en 1982 con la aprobación de la Ley Francesa de Descentralización.

En otros países la reacción frente a un fuerte poder central ha acabado conduciendo a importantes procesos de descentralización, que se ha visto como sinónimo de democracia. Este fue el caso del férreo poder central en España, que abocó a un proceso de descentralización política especialmente intenso que permitió a la actual Constitución de 1978 alcanzar unos niveles de autonomía política tan fuerte que han conducido a la creación del denominado Estado Autonómico. El proceso de transición de un estado unitario a un estado descentralizado estuvo presidido, precisamente, por la lucha frente al poder central y por la identificación entre descentralización política y democracia.

También en Iberoamérica, desde finales del siglo XX, se ha producido una relajación de las estructuras del estado unitario; y si bien hay Estados que se siguen denominando en sus textos constitucionales como unitarios, se han ido abriendo a cierta descentralización<sup>17</sup>.

Ciertamente, el Estado unitario presenta algunas ventajas: generalmente, en términos económicos, se aduce que tiene un menor coste, ya que hay menos instancias de poder que costear. En efecto, la descentralización del poder genera múltiples centros que requiere financiar sus estructuras: diversos gobiernos, diversos parlamentos, y toda una Administración a su servicio para poder completar sus funciones de autogobierno. Precisamente, esta es una de las críticas más tenaces frente al modelo federal o a los modelos descentralizados políticamente y en defensa del unitario. Además, en ocasiones, ante la necesidad de respuestas globales, la centralización puede facilitar la adopción de decisiones, arguyéndose la estabilidad que puede ofrecer la existencia de un único centro de poder ante riesgos globales. Asimismo, la mundialización- a la que nos hemos referido- demanda respuestas de los Estados cuya consecución

---

16 MEYSON-RENOUX, C. "El modelo francés de descentralización", *Revista de Derecho*, vol. V, diciembre 1994, pp. 62.

17 En Perú destaca, por ejemplo, la Ley de Demarcación y Organización Territorial LEY N° 27795 que define las circunscripciones político-administrativas como las regiones, departamentos, provincias y distritos, que de acuerdo a su nivel determinan el ámbito territorial de gobierno y administración. Cuenta con gobiernos regionales que tienen un gobernador y consejos electos. Perú se concibe como un estado unitario, pero con distintos niveles de gobierno.

puede ser más viable ante estructuras unitarias. También suele argumentarse en favor del estado unitario la ausencia de conflictos normativos y una mayor estabilidad del ordenamiento, al no existir más que un Parlamento con capacidad para elaborar leyes y un Gobierno competente, de modo que la conflictividad normativa y competencial, al no haber concurrencia, es mucho menor. Y, en definitiva, ofrece una visión unitaria y coherente del poder, potenciando los sentimientos de identidad nacional.

No obstante, el modelo unitario presenta también importantes inconvenientes: de modo sintético, aleja al pueblo de las instancias de poder, y, por tanto, dificulta la participación ciudadana. Aleja, asimismo, a las instancias del poder de las necesidades de la ciudadanía, ya que la existencia de un único centro de poder se convierte en lejano y desconocedor de los problemas reales que pueden acuciar y que demandan un conocimiento real y cercano por parte de los poderes públicos. Además, toda concentración del poder tiene un riesgo de abuso y de ausencia de controles, y, en consecuencia, puede favorecer el autoritarismo.

#### **IV. RESPUESTAS DE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN ÉPOCAS DE ANORMALIDAD Y DE EXCEPCIONALIDAD**

Hemos apuntado las ventajas y desventajas de los modelos unitario y descentralizado de organización territorial, generalmente, en tiempos de normalidad. Pero, me gustaría plantear, aunque sea sucintamente, en qué medida la forma de organizar territorialmente del poder aboca a una respuesta satisfactoria o deficitaria ante situaciones adversas o excepcionales.

En primer término, ante fenómenos adversos que exigen una actuación de los poderes públicos, se ha planteado el debate acerca de las distintas respuestas que ofrecen los diversos modelos de organización territorial. Un ejemplo de ello lo constituye la infortunada respuesta de la Administración ante el huracán Katrina (Nueva Orleans, 2005). Como apunta Castellá, la insuficiente respuesta y la gestión política que se hizo motivo una serie de reflexiones acerca de la capacidad de un sistema basado en la división vertical de poderes “para afrontar con éxito situaciones de crisis tan graves y en los cambios que ha de sufrir el federalismo para mejorar la capacidad de respuesta”. La respuesta descoordinada de todos los niveles de gobierno implicados abocó a plantear que el sistema federal, con la consiguiente división de responsabilidades, fue

un obstáculo para la gestión de la crisis<sup>18</sup>. De hecho, el Congreso reconoció que su gestión había sido un fracaso nacional; calificándose como un fracaso de liderazgo.

Pero la gestión de Katrina no pone en tela de juicio la descentralización del poder, ya que tras detectarse los déficits<sup>19</sup>, más que en el diseño del modelo, el problema reside en la gestión que del mismo se haga. La nefasta gestión que se hizo de la crisis no estuvo tanto en la existencia de distintas instancias de poder, sino en la dejación de funciones y en la falta de articulación de mecanismos de colaboración y coordinación que los estados compuestos exigen. Ello revela que las relaciones entre los distintos centros de poderes devienen una exigencia para la gestión de los asuntos públicos, como pondremos de manifiesto en este estudio.

En segundo término, la grave irrupción del virus Sars-CoV-2 -como una auténtica amenaza para el orden mundial- condujo el 11 de marzo de 2020 a la declaración oficial por la Organización Mundial de la Salud de la existencia de una pandemia. La normalidad constitucional se vio profundamente alterada por un virus que convulsionó la vida de los ciudadanos, de las instituciones, de todos los sectores económicos y sociales, requiriendo la rápida adopción de medidas excepcionales. Esta situación de grave emergencia puso nuevamente en el centro de la discusión el funcionamiento de las distintas formas de Estado en el marco de las democracias. Pensemos que la declaración de estados excepcionales provoca siempre una concentración del poder en manos de los ejecutivos potenciando la legislación de urgencia. En esta dirección, se ha venido planteando el debate acerca de cómo han respondido los diversos modelos de organización territorial ante esta grave crisis sanitaria que ha tenido repercusiones sociales, económicas y políticas de tan hondo calado. ¿Ha influido el modelo de organización territorial en las respuestas al covid?<sup>20</sup>. Y,

---

18 CASTELLA ANDREU, J. M<sup>a</sup>, " Tribunal Supremo y cambios en el federalismo de Estados Unidos", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, 2009, pp. 507-508.

19 El Informe del Congreso, realizado por 11 Congresistas republicanos, detectó 90 fallos en los distintos niveles de organización, pero, fue determinante, sobre todo, la ausencia de respuesta por la presidencia de EEUU. Así lo admitió G. Bush asumiendo públicamente la plena responsabilidad por la respuesta del Gobierno federal.

20 Resulta de especial interés la publicación realizada conjuntamente entre el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y el Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario, en la que se plantea si la respuesta ante esta amenaza mundial ha sido diferente entre estados federales y no federales. NADER, E., FUCHS, M.C. (eds), *Covid-19 y Estados en acción: un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales*, Tirant lo Blanch, 2021.



en ese caso, qué modelo ha ofrecido respuestas más satisfactorias. Tengamos en cuenta que la respuesta de los poderes ante esta emergencia puede influir decisivamente en la concepción que los ciudadanos puedan tener del modelo de organización territorial.

Desde luego, escapa de las dimensiones de este trabajo un análisis en profundidad de la respuesta frente al covid de los diversos Estados con modelos de organización territorial distinto. Por ello, apuntaremos algunas notas que nos permitan revelar si, con carácter general, los Estados unitarios han tenido una respuesta más satisfactoria que los Estados federales o fuertemente descentralizados.

Ciertamente, la gestión de la crisis sanitaria provoca una centralización en orden a la adopción de medidas urgentes de alcance general. Por ello, se ha venido planteando que en estos casos la urgencia y la excepcionalidad requieren una actuación unificada y centralizada. Y, en consecuencia, se ha advertido una vigorización del papel de los gobiernos centrales frente a los entes descentralizados. Fortalecimiento en el marco normativo que permite la declaración del derecho de excepción, al que se recurrió en la mayoría de los Estados.

La evidencia empírica no permite afirmar categóricamente que en los Estados unitarios la respuesta hay sido más efectiva que la ofrecida por los descentralizados; el caso de Francia permite ilustrar esta afirmación. De hecho, es verdad que la centralización francesa ha permitido que se adoptaran decisiones de forma más rápida, pero como señala Bourget “también es posible que la omnipotencia del Estado unitario y centralizado haya multiplicado las consecuencias de medidas total o parcialmente erróneas”<sup>21</sup>. Incluso en Chile, que es otro Estado considerado como unitario, se ha advertido la falta de coordinación entre los distintos niveles de gobierno y de la administración del Estado<sup>22</sup>.

La adopción de medidas de forma centralizada se produjo también en Estados fuertemente descentralizados. En efecto, por ejemplo, en España tras la declaración del estado de alarma, se declaró al Gobierno central como autoridad competente. Así se exigía en la legislación orgánica. Y si reparamos en la efectividad de las medidas centralizadas puede considerarse que, en principio, eran necesarias y contribuyeron a rebajar las cifras elevadas de mortalidad que

---

21 BOURGET, R., El estado de emergencia sanitaria provocado por la pandemia de covid-19 desde la perspectiva del Estado unitario y centralizado francés”, p. 365.

22 SZMULEWICZ RAMIREZ, E., “Descentralización en tiempos de pandemia: una visión desde Chile”. p. 204.



azotaron a nuestro país. Pero, también es cierto, que esta centralización tan acentuada planteó una serie de problemas, ya que no se correspondía con la estructura territorial del Estado. Por ello, demostrándose la descentralización política como una debilidad en las primeras semanas de la pandemia, la fuerte centralización se contrarrestó con la potenciación de instrumentos de cooperación como los Consejos Interterritoriales de Salud -en los que participan representantes de los distintos niveles- (entre febrero y junio de 2020 hubo hasta 35 reuniones). Y en una segunda fase, la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, reguló el proceso de cogobernanza con las Comunidades Autónomas; definiéndose como un «diálogo bajo los principios de cooperación y colaboración». Lo que no indica que no se produjeran desajustes; pero permitió, la adopción de medidas heterogéneas en atención a la diferente afectación del covid en los distintos territorios, revelándose la descentralización más útil en las siguientes fases de pandemia<sup>23</sup>.

Como ejemplo contrapuesto de respuesta en un Estado federal como el de EEUU el Gobierno central dejó en manos de los Estados la adopción de medidas también como signo de negación de la pandemia (el gobierno de Trump es reflejo de esta posición). De modo que la respuesta fue puramente descentralizada, sin que hubiera una coordinación entre Estados e instancias centrales.

En síntesis, no hay datos empíricos que permitan afirmar que la gestión del Covid ha sido más efectiva en Estados unitarios que en los descentralizados. Pero, junto a las necesarias respuestas centrales, sí que puede advertirse que en aquellos Estados donde se implementaron mecanismos de coordinación/cooperación que posibilitaron la actuación concurrente de los diferentes niveles gubernamentales se logró una gestión de la pandemia mejor articulada<sup>24</sup>.

Además, debe tenerse en cuenta que, con independencia de un modelo de Estado u otro, la incidencia del Covid no fue la misma en todos los sectores de la población: frente a aquellos con una mayor incidencia, existían otros que no demandaban las mismas medidas. Pero la respuesta ante esta afectación diferenciada entre unos territorios y otros sí que es más efectiva en sistemas descentralizados. En efecto, la falta de homogeneidad entre territorios exigía, también, respuestas

---

23 Un estudio que evidencia estos datos se encuentra en el pormenorizado trabajo de RODRIGUEZ TERUEL, J.; DEL PINO, E. y REAL-DATO, J., "The limits of power concentration and expert knowledge in emergency management: Spain's government response during the first phase of the covid pandemic", publicado en South European Society and Politics, <https://doi.org/10.1080/13608746.2022.20911861>

24 NADER, E., FUCHS, M.C. (eds), *Covid-19 y Estados en acción: un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 450.

heterogéneas, y éstas pueden ofrecerse por parte de los niveles de gobierno más cercanos; por esta razón, medidas de los gobiernos centrales pueden estar más alejadas de las necesidades reales de cada parte del territorio. Es la cercanía del poder la que permite el conocimiento certero de las exigencias de la población. Además, la descentralización fue mucho más ventajosa en relación con determinadas medidas como la vacunación; su gestión por entes descentralizados fue la que determinó, en gran medida, el éxito de su gestión.

En todo caso, se trate de un modelo centralizado o descentralizado, la crisis sanitaria ha revelado la necesidad de reformas para modernizarlos y ajustarlos a las exigencias que se han venido planteando, y que pueden volver a plantearse nuevamente. Dichas reformas demandarían, como apunta Tudela Aranda, por un lado, el fortalecimiento efectivo de una unidad que responda a los desafíos del nuevo orden social y geopolítico; y, por otro, la garantía de la autonomía para hacer efectiva la diversidad<sup>25</sup>.

## V. ¿QUÉ MODELO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL PARA EL SIGLO XXI?

Teniendo en cuenta que hoy en día la mayoría de la población se rige por modelos descentralizados, se pregunta Koller por qué el federalismo parece ser el modelo más atractivo en nuestro tiempo<sup>26</sup>.

Hemos apuntado las ventajas de esta forma de organización territorial que cabría sintetizar en los siguientes argumentos expuestos por Koller: El federalismo a través de la división vertical del poder permite un mejor control del mismo, brinda soluciones políticas a los problemas cercanos al ciudadano y contribuya a la integración pacífica de sociedades heterogéneas en el Estado<sup>27</sup>. O, como ha resaltado uno de los grandes estudiosos del federalismo como es Daniel Elazar<sup>28</sup>, el federalismo es un fenómeno más flexible que se adapta mejor a las circunstancias diversas y complejas del mundo. Además, dichas

---

25 TUDELA ARANDA, J., "Reflexiones territoriales (federales) alrededor de la crisis Covid-19", Agenda Pública, 23 de mayo de 2020.

26 KOLLER, A., "El renacimiento del federalismo", en *España y modelos de federalismo*, TUDELA RANDA, J. y KNÜPLING F. (eds.), CEPC, Madrid, 2010, p. 18.

27 Cit. p. 23.

28 ELAZAR, D., "From Statism to Federalism a paradigm Shift", 17 *International Political Science*, núm. 4, 417-429, 1996.

virtualidades las hemos contrapuesto con las ventajas y los inconvenientes que presenta el modelo unitario.

Partiendo de estas premisas, y de una apuesta por la descentralización, apuntaré los ejes sobre los que el modelo de descentralización del poder ha de pivotar para reforzar su legitimidad y dar respuesta a las exigencias que se plantean en el siglo XXI, superando antiguos esquemas de funcionamiento que ofrecen más inconvenientes que ventajas. Este análisis lo abordaré partiendo de la existencia de modelos que, sin ser esencialmente federales, están fuertemente descentralizados: el caso español es buen ejemplo<sup>29</sup>. Por ello, las consideraciones que me propongo hacer en este apartado están referidas a modelos descentralizados, frente al modelo unitario. Centralización frente a descentralización sería, pues, el enfoque idóneo. Desde este planteamiento abordare, pues, los ejes sobre los que debe sustentarse el ejercicio descentralizado del poder.

### **1. La superación del dualismo en favor del modelo cooperativo.**

Debemos plantearnos, pues, ¿qué federalismo? o ¿qué modelo de descentralización?, ya que también en este ámbito hemos asistido a diferentes concepciones. De hecho, los orígenes del modelo federal se corresponden como un federalismo dual (*dual federalism*), que es “es el resultado de la concepción de la Constitución como un convenio o acuerdo entre Estados, en virtud del cual éstos mantienen una soberanía inviolable sobre muchos ámbitos de actuación. El gobierno central se convierte así en una instancia cuyos poderes son tasados, derivando hacia una tensa relación entre niveles de gobierno”<sup>30</sup>. Es una modalidad basada, esencialmente, en una separación entre las diversas instancias territoriales de poder; esto es, en la existencia de los denominados compartimentos *estancos*.

Pero, las transformaciones que han ido experimentando los Estados modernos han supuesto, a su vez, una transformación en los modos de concebir los modelos de organización territorial, que han puesto de manifiesto la necesaria

---

29 De hecho, como ha apuntado Santiago MUÑOZ MACHADO se está produciendo tal confluencia entre los federalismos y los regionalismos que asistimos a fórmulas organizativas tan parecidas que es difícil distinguirlas. Incluso hay ejemplos en los que hay mayor descentralización en algunos estados descentralizados que en otros que son federales, Derecho Público de las Comunidades Autónoma, Cívitas, Madrid, 1982, p. 159.

30 SEIJAS VILLADANGOS, E, “Diseño constitucional e implementación: de la federación canadiense: de Macdonald a Harper”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, 2009, p. 513.

interrelación entre los distintos centros de poder, con tal de poder hacer frente a las exigencias de las sociedades actuales. En consecuencia, en la mayoría de los Estados compuestos se ha ido forjando un sistema de relaciones de colaboración entre los distintos entes territoriales que han desembocado en el denominado *federalismo cooperativo*; cuyo principal exponente es el modelo alemán<sup>31</sup>. Incluso en la cuna del federalismo dual - Estados Unidos- la crisis económica de 1929 condujo a la aplicación del *New Deal* por el presidente Roosevelt<sup>32</sup>, que suponía un conjunto de medidas económicas para actuar de forma enérgica sobre lo que se consideraban las causas de dicha crisis. Esta nueva política económica -avalada por la Corte Suprema en importantes sentencias- se fundamentaba en el intervencionismo estatal, pero requiriendo un nuevo sistema de relación entre Estados Miembros y Federación. En consecuencia, la férrea yuxtaposición de dos esferas separadas de poder dio paso a un único sistema de gobierno, convirtiéndose el gobierno federal y el estatal en piezas complementarias, dirigiéndose sus poderes a realizar objetivos públicos de común interés<sup>33</sup>.

Esta nueva concepción, nacida de la necesidad de forjar vínculos, dio paso a lo que se conoce en el área de influencia alemana como el *Federalismo Cooperativo* y en los de influencia anglosajona a las Relaciones Intergubernamentales (*inter-governmental relations*)<sup>34</sup>. La necesaria articulación de un sistema de relaciones entre los distintos centros de decisión se ha convertido en uno de los ejes centrales de los Estados descentralizados<sup>35</sup>. Relaciones que se configuran como una exigencia constitucional para hacer compatibles los principios de unidad y autonomía en que se apoyan estos modelos, de forma que como destaca Alberti

---

31 Si bien, SCHNEIDER sitúa los primeros intentos del federalismo cooperativo ya en los comienzos de la República Federal; al existir entre los estados federados la necesidad de coordinar mutuamente sus respectivas competencias con independencia de la Federación. *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, que recoge su trabajo "El Estado Federal Cooperativo", publicado en la *Revista de Estudios Políticos*, núm. 12/1979).

32 Un estudio magistral sobre este tema es el realizado por Antonio LA PERGOLA en su obra *Los nuevos senderos del federalismo* a la que ya hemos hecho referencia. Concretamente en las páginas 277 a 292.

33 TAJADURA TEJADA, J. y DE MIGUEL, J., *Federalismos del siglo XXI*, CEPC, Madrid, 2014, p. 75.

34 Vid. AJA, E.: *El Estado Autonomico, Federalismo y Hechos Diferenciales*, Alianza, Madrid, 2003, pág. 29.

35 RIDAURA MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> J., *Relaciones Intergubernamentales Estado-Comunidades Autónomas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

la colaboración es “el término clave que califica en la actualidad a la práctica totalidad de los regímenes compuestos”<sup>36</sup>. Dicha colaboración es basilar, tanto en el marco de una *gobernanza multilivel* que conduce al desarrollo de mayores relaciones, pues los problemas no pueden ser resueltos exclusivamente por una única escala de gobierno, como en el marco interno de los propios Estados relacionando las distintas instancias de poder.

Esta concepción, que supera la separación tajante entre niveles de gobierno, ha permitido la aparición de instrumentos jurídico-políticos que favorecen la cohesión constitucional; pudiendo articularse de un modo vertical, relacionando al Estado central y entes descentralizados (Estados miembros, regiones, Comunidades Autónomas), y de un modo horizontal, relacionando a los entes descentralizados entre sí. Todos estos instrumentos contribuyen, tanto a fortalecer los sistemas políticamente descentralizados, como a ofrecer respuestas una respuesta más cercana a las necesidades de los ciudadanos.

Por un lado, las ventajas de la colaboración vertical son indiscutibles en la medida en que permite la participación de los entes territoriales en decisiones estatales, ya que el poder central no puede actuar en determinados ámbitos unilateralmente, sino que necesita la actuación conjunta y coordinada con los entes descentralizados. Se permite, así, que estos últimos puedan participar en la adopción de aquellas decisiones por parte del poder central que les afecten.

Por otro lado, la existencia de instrumentos de colaboración horizontal ha constatado empíricamente las ventajas que éstos reportan para fortalecer el autogobierno de los entes descentralizados. Por un lado, porque constituyen un freno ante las tendencias recentralizadoras<sup>37</sup>. Por otro lado, porque permiten una mayor integración y participación de estos entes descentralizados en las decisiones generales<sup>38</sup>, contribuyendo a favorecer la gestión más eficaz de los servicios públicos; lo que redundará en una mayor calidad de los mismos para el ciudadano.

Todo este sistema de relaciones verticales y horizontales permite una actuación armónica y cohesionada de las distintas instancias de poder que, finalmente,

---

36 ALBERTÍROVIRA, E.: “Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14/1985, pág. 155.

37 SAINT-OUEN, F. (2005). “Suiza: un ejemplo federalista de descentralización territorial”, Fundación Manuel Giménez Abad, p. 15.

38 AJA, E. y GARCIA MORALES, M.J. (2000). “Las Relaciones entre Comunidades Autónomas: problemas y perspectivas”, *Informe Comunidades Autónomas 2000*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, pp. 647-448.

redunda en beneficio de todos<sup>39</sup>. Es más, la colaboración en términos de costes y económicos es positiva: “reduce costes sociales, políticos y económicos”, evitando deficiencias en la prestación de servicios públicos producidas por la intervención de distintas administraciones en un mismo ámbito material competencial<sup>40</sup>. En consecuencia, estas relaciones entre las distintas instancias de poder se convierten en ejes nucleares de los estados descentralizados políticamente en orden a alcanzar un autogobierno efectivo que redunde en beneficio de la ciudadanía, reforzando, así, la integración y la profundización en la democratización en la medida en que favorece la participación, el control del poder y una prestación de los servicios públicos de mayor calidad.

## 2. Presupuestos de la descentralización: lealtad y solidaridad

El análisis de la colaboración como principio estructural de los estados descentralizados entre órganos centrales y los entes descentralizados debe enmarcarse en el marco de los principios de lealtad y solidaridad.

En efecto, la lealtad constituye el eje axial por excelencia de las relaciones de colaboración y funcionamiento en los estados descentralizados; erigiéndose en un principio vertebrador de las actuaciones, tanto de los órganos centrales como de los descentralizados. Es, pues, un principio que debe presidir las relaciones entre las distintas instancias de poder. Pero esta lealtad trasciende la exigencia de un ejercicio leal de las competencias y responsabilidades, ya que se proyecta en la necesidad de corresponsabilizar “a todas las partes del conjunto en los objetivos de la colectividad”<sup>41</sup>. De forma que su realización efectiva, en muchas ocasiones, demandará la necesidad de colaborar para la consecución de los intereses generales de los ciudadanos. En definitiva, se trata de una lealtad entendida como ejercicio de competencias dentro del marco de observancia de las reglas de juego constitucional, debiendo buscarse solidariamente el interés general por parte de los entes descentralizados, traduciéndose en una necesidad de colaboración entre ellos que redunde en beneficio de la ciudadanía.

---

39 ARROYO GIL, A., «Unidad, lealtad y coerción federal (o estatal) en Alemania y España», en *Revista Jurídica de la UAM*, núm. 31, 2015, p.

40 GAVARA DE CARA, J.C., “Federalismo cooperativo y derechos en los estados compuestos”, en *España y modelos de federalismo*, TUDELA ARANDA, J. y KNUPLING, F. CEPC, 2010, p. 151.

41 FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La solidaridad como principio constitucional”, *TRC*, n. 30, 2012, p. 164.

Por su parte, la solidaridad constituye, asimismo, uno de los principios nucleares los modelos de descentralizados de organización territorial. La solidaridad engloba entre sus contenidos un adecuado equilibrio económico interregional, pero no se agota en estas manifestaciones económicas, sino que se proyecta en todas las esferas de actuación, derivándose de él un deber de cooperación; esto es, la solidaridad es una manifestación del comportamiento leal entre los poderes territoriales de un Estado. Positivamente, la solidaridad obliga a todas las instancias de gobierno a prestarse ayuda y auxilio, con el fin de facilitar el correcto y adecuado ejercicio de sus propias competencias y responsabilidades. Negativamente, es un límite de la discrecionalidad, ya todos los centros de poder en el ejercicio de sus actuaciones deben respetar los intereses generales y los intereses legítimos de las demás<sup>42</sup>. La solidaridad, además de ser manifestación de comportamiento leal entre los poderes territoriales del Estado, puede coadyuvar a una gestión más eficaz de los servicios públicos, acortando distancias entre Administración y ciudadanía; enlazando, así, el logro de un buen funcionamiento de las estructuras públicas.

En definitiva, solidaridad interterritorial y colaboración se edifican sobre la lealtad constitucional, convirtiéndose en pilares basilares de la actuación de todo Estado descentralizado. Consecuentemente, el modo de organizar el poder territorialmente debe descansar sobre dichos principios, convirtiéndolos en sus ejes axiales, para ofrecer las respuestas que demanda la sociedad en el siglo presente.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AJA, E. y GARCIA MORALES, M.J. (2000). "Las Relaciones entre Comunidades Autónomas: problemas y perspectivas", *Informe Comunidades Autónomas 2000*, Instituto de Derecho Público, Barcelona.

AJA, E.: *El Estado Autonomico, Federalismo y Hechos Diferenciales*, Alianza, Madrid, 2003.

ALBERTÍ ROVIRA, E.:

- "Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14/1985.

---

42 ALBERTÍ ROVIRA, E., «Consideraciones del Informe sobre otras posibles reformas del Estado Autonomico», en Gómez Montoro, A. J. (ed.), *La reforma del Estado Autonomico. Jornadas de Estudio sobre el Informe del Consejo de Estado*, CEPC, Universidad de Navarra, Madrid, 2007.



- en el colectivo *El Futuro de las Autonomías (Comunidades Autónomas, Balance y perspectivas)*, Martín Rebollo, L. (Dir), Universidad de Cantabria, 1991.
- BOURGET, R., "El estado de emergencia sanitaria provocado por la pandemia de covid-19 desde la perspectiva del Estado unitario y centralizado francés", en NADER, E., FUCHS, M.C. (eds), *Covid-19 y Estados en acción: un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales*, Tirant lo Blanch
- CAAMAÑO, F., *Democracia Federal. Apuntes sobre España*, Turpial, 2014.
- CASTELLA ANDREU, J. M.<sup>a</sup>, "Tribunal Supremo y cambios en el federalismo de Estados Unidos", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, 2009.
- ELAZAR, D., "From Statism to Federalism a paradigm Shift", *17 International Political Science*, núm. 4, 417-429, 1996.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., "La solidaridad como principio constitucional", *TRC*, n. 30, 2012.
- GARCIA PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1958.
- GAVARA DE CARA, J.C., "Federalismo cooperativo y derechos en los estados compuestos", en España y modelos de federalismo, TUDELA ARANDA, J. y KNÜPLING, F. CEPC, 2010.
- HÄBERLE, P., "Comparación constitucional y cultural de los modelos federales", *ReDCE*, nº 8, julio-diciembre de 2007.
- JELLINEK, G., *Fragments de Estado*, Cívitas, ed. 2016.
- KOLLER, A., "El renacimiento del federalismo", en *España y modelos de federalismo*, TUDELA RANDA, J. y KNÜPLING F. (eds.), CEPC, Madrid, 2010.
- LA PERGOLA, A., *Los nuevos senderos del federalismo*, CEPC, Madrid, 1994.
- LINZ, J.J., "Democracia, multinacionalismo y federalismo", *RECP*, núm.1/1999.
- MEYSON-RENOUX, C. "El modelo francés de descentralización", *Revista de Derecho*, vol. V, diciembre 1994.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónoma*, Cívitas, Madrid, 1982,
- NADER, E., FUCHS, M.C. (eds), *Covid-19 y Estados en acción: un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales*, Tirant lo Blanch
- PRELOT, M.: *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1972.



- RIDAURA MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup>J., *Relaciones Intergubernamentales Estado-Comunidades Autónomas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- RODRIGUEZ TERUEL, J.; DEL PINO, E. y REAL-DATO, J., "The limits of power concentración and expert knowledge in emergencia managment: Spain´s government response during the first pase of the covid pandemic", publicado en *South European Society and Politics*, <https://doi.org/10.1080/13608746.2022.20911861>
- RODRIG, D.: *La paradoja de la Globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial*. Traducción de M.<sup>a</sup> Dolores Crispín, Bosch, 2012.
- ROJO SALGADO, A., "Globalización, Integración mundial y federalismo", *REP*, núm. 109, 2000.
- SAINT-OUEN, F. (2005). "Suiza: un ejemplo federalista de descentralización territorial", Fundación Manuel Giménez Abad.
- SCHEIDER, H. P, *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991
- SEIJAS VILLADANGOS, E, "Diseño constitucional e implementación: de la federación canadiense: de Macdonald a Harper", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, 2009.
- STIGLITZ, J. E., "Acertar con la desglobalización", <https://elpais.com/economia/negocios/2022-06-05/acertar-con-la-desglobalizacion.html>
- SZMULEWICZ RAMIREZ, E., "Descentralización en tiempos de pandemia: una visión desde Chile", en NADER, E., FUCHS, M.C. (eds), *Covid-19 y Estados en acción: un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales*, Tirant lo Blanch.
- TAJADURA TEJADA, J. y DE MIGUEL, J., *Federalismos del siglo XXI*, CEPC, Madrid, 2014.
- TRUJILLO G., "El federalismo español, *Cuadernos para el diálogo*, Madrid, 1967.
- TUDELA ARANDA, J., "Reflexiones territoriales (federales) alrededor de la crisis Covid-19", *Agenda Pública*, 23 de mayo de 2020.
- WATTS, RONALD, L., *Sistema federales comparados*, Marcial Pons, 2006.

Organizado por:



Auspiciadores Académicos:



Patrocinadores:



ISBN: 978-612-5031-36-5



[www.ucsm.edu.pe/lberoamericanoConstitucional](http://www.ucsm.edu.pe/lberoamericanoConstitucional)  
[xvcidc@ucsm.edu.pe](mailto:xvcidc@ucsm.edu.pe)