

DOMINGO GARCÍA BELAUDE
DIRECTOR
LUIS ELGUERA
SECRETARIO (C)

AÑO 7, Nº 12
ENERO - JUNIO 2006

12 / 2006

Revista Peruana de

Derecho Público

ESTUDIOS

Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina

por JORGE CARPIZO

El derecho constitucional europeo común entre teoría constitucional y praxis

por SILVIO GAMBINO

Los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del Derecho: doctrina y jurisprudencia

por HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

Los datos de afiliación partidaria son datos sensibles y no deben ser puestos a disposición del público en general (a propósito de su inclusión en los padrones electorales y en bases de datos disponibles en Internet)

por OSCAR R. PUCCINELLI

Refundación del Tribunal Constitucional chileno

por FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA



REVISTA PERUANA DE
DERECHO PÚBLICO

E D I T O R A J U R Í D I C A G R I J L E Y

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 7, Número 12 • Enero-junio de 2006

Director

Domingo García Belaúnde

Comité de Redacción

**Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren
Praeli, César Landa Arroyo, César Ochoa Cardich y José F. Palomino Manchego**

Secretario de Redacción (e)

Luis Elguera

Comité Asesor Internacional

- Alemania** : Peter Häberle
Argentina : Germán J. Bidart Campos (†), Agustín Gordillo, Néstor P. Sagüés,
Alejandro Pérez Hualde
Brasil : Luiz Pinto Ferreira, José Afonso Da Silva, Paulo Bonavides
Chile : Humberto Nogueira Alcalá
Colombia : Carlos Restrepo Piedrahíta, Jaime Vidal Perdomo, Vladimiro
Naranjo Mesa (†), Eduardo Cifuentes Muñoz
Costa Rica : Rubén Hernández Valle
EE.UU. : Robert S. Barker
España : Pablo Lucas Verdú, Francisco Fernández Segado, Eduardo García de
Enterría, Luciano Parejo Alfonso
Francia : Louis Favoreu (†), Franck Moderne
Italia : Giuseppe de Vergottini, Lucio Pegoraro
México : Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés
Panamá : César Quintero (†)
Portugal : Jorge Miranda
Venezuela : Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao

Comité Consultivo Nacional

**Alberto Ruiz-Eldredge
Alfredo Quispe Correa
Gustavo Bacacorzo**



AGRADECIMIENTO



ASOCIACIÓN PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Carátula de Nicolás Gracey

Solicitamos canje cuando se solicita
Tauschverkehr erwünscht
Sollecitiamo scambio
We would like exchange
On prie de bien vouloir établir l'échange

Correspondencia editorial:
Av. José Gálvez 200 (Corpac)
Lima 27 - PERU
E-mail: lelguera@correo.dnet.com.pe

Suscripciones, avisaje y distribución:
Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012001-0883

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
Jr. Lampa 1221
Telf.: 427 3147 / Telefax: 427 6038
Web: www.grijley.com
E-mail: grijley@terra.com.pe
Jr. Azángaro 1077 - Lima 1, Perú
Telf.: 321-0258

SUMARIO

Editorial	9
-----------------	---

ESTUDIOS

- Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina por JORGE CARPIZO	13
- El derecho constitucional europeo común entre teoría constitucional y praxis por SILVIO GAMBINO	47
- Los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del Derecho: doctrina y jurisprudencia por HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ	67
- Los datos de afiliación partidaria son datos sensibles y no deben ser puestos a disposición del público en general (a propósito de su inclusión en los padrones electorales y en bases de datos disponibles en Internet) por OSCAR R.PUCCINELLI	105
- Refundación del Tribunal Constitucional chileno por FRANCISCO ZÚNIGA URBINA	151

NOTAS

- La independencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos por ROBERT S. BARKER	169
--	-----

– Paulo Bonavides: un pensador por ANTONIO CARLOS KLEIN	177
– Aspectos constitucionales de la descentralización en el Paraguay por JORGE SILVERO SALGUEIRO	185
– El no al bicameralismo, un golpe a la democracia por VÍCTOR J. ORTECHO VILLENA	193
– La participación de los administrados en las actividades administrativas en la Ley 27444 por CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ	197

CRÓNICA

– El Segundo Congreso Peruano de Derecho Administrativo y los avances de esta disciplina en nuestro país por ELOY ESPINOSA-SALDAÑA B. y DIEGO ZEGARRA VALDIVIA	207
--	-----

DOCUMENTO

– Discurso-memoria del Presidente del Tribunal Constitucional por JAVIER ALVA ORLANDINI	215
--	-----

NECROLÓGICA

– Ignacio Burgoa Orihuela (1918-2005) por ALFONSO HERRERA GARCÍA	231
– Marcos Kaplan: un científico social por MANUEL BECERRA RAMÍREZ	235

EDITORIAL

El suceso más importante de este primer semestre, es sin lugar a dudas la contienda electoral que se llevó a cabo en el mes de abril para la elección de presidente y vicepresidentes de la República, así como de miembros del Congreso. Pese a las diversas modificaciones introducidas en la legislación electoral, ésta no ha producido una mayoría definida al interior del Congreso de la República, sino más bien de diversas fuerzas, ninguna de las cuales tiene mayoría, con lo cual serán inevitables los acuerdos entre ellas, al igual como se ha hecho en el periodo anterior.

El Presidente Toledo ha terminado, curiosamente, con una alta popularidad, debida sobre todo a que dejó hacer y dejó trabajar, y porque tuvo un buen manejo económico, si bien le faltó liderazgo político.

Las elecciones presidenciales dieron resultados curiosos: una mayoría se inclinó a favor de un típico candidato *outsider* como es Ollanta Humala con un discurso hecho de frases contundente pero sin nada sólido atrás y siguiéndole los pasos un renovado candidato del APRA, Alan García y una cuajada lideresa política del PPC, Lourdes Flores.

En la segunda vuelta Alan García se impuso por escaso margen a Ollanta Humala. Si este último tiene pasta de líder, aprovechará el tiempo para madurar un mejor proyecto político para el futuro.

El periodo presidencial se abre esperanzador, pero no se sabe bien hasta cuando. Sin embargo, todo parece indicar que el APRA ha aprendido la lección y no repetirá los errores del pasado, si bien esto solo lo sabremos al final del mandato de Alan García.

Otro cuestionamiento que ha surgido pero sin mayores consecuencias es sobre la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Si bien el

proyecto parlamentario para recortar o afinar sus atribuciones no ha prosperado, es evidente que el Tribunal Constitucional tiene que hacer un esfuerzo de autocrítica y de autocontrol, que no se aprecia hasta ahora. Sentencias excesivamente largas y no siempre muy acertadas, son algo que debe ser repensado seriamente.

El tema que finalmente está en el tapete, es el de la suerte o destino de la Constitución de 1993. Es evidente, y nadie lo ha negado, que fue espuria en su origen y además seriamente cuestionada y violada por sus propios hacedores. Pero ha pasado mucho tiempo y nadie, al parecer, le interesa moverla, o por lo menos dejarla de lado. Parecería, pues, que la clase política se ha acostumbrado a la Constitución de 1993, pues le parece lo mejor que ha quedado del fujimorismo. Y esto es algo que en algún momento deberá analizarse con calma.

Aspecto importante dentro de la realidad judicial, es el inicio en Huaura –a partir del 1 de julio próximo– del sistema acusatorio en el proceso penal, acorde con los principios constitucionales, y que representa una innovación importante que mejorará nuestra realidad penal. Faltan sin embargo otros aspectos de la reforma judicial, que han quedado en el camino.

.....

Ya desde un plano interno, quiero dejar constancia de mi pesar por el alejamiento de la Secretaria de la «Revista», de mi dilecto colega y amigo José F. Palomino Manchego, debido a sus recargadas y cada vez más absorbentes ocupaciones. Palomino ha sido mi apoyo permanente durante estos años, y para seguir contando con él, es que lo hemos incorporado a nuestro Comité Asesor. Mientras tanto, Luis Elguera, abogado de larga trayectoria, nos ayudará en esta pesada tarea.

Lima, junio de 2006.

El Director.

ESTUDIOS

CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL SISTEMA PRESIDENCIAL E INFLUENCIAS PARA SU INSTAURACIÓN EN AMÉRICA LATINA

Jorge Carpizo*

SUMARIO: 1. Sistemas presidenciales y parlamentarios. 2. Características esenciales del sistema presidencial. 3. Principales influencias en los sistemas presidenciales originales de América Latina. 4. Algunos autores que influyeron en nuestros sistemas presidenciales. 5. Principales factores que alejaron a nuestros sistemas presidenciales del modelo norteamericano. 6. El caudillo.

1. SISTEMAS PRESIDENCIALES Y PARLAMENTARIOS

A. Hay que preguntarse cuáles son las características que distinguen al sistema presidencial del parlamentario y cómo funcionan el uno y el otro; en dónde reside realmente el *quid* de la diferencia entre ambos sistemas de gobierno.

(*) Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la cual fue Rector. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Agradezco las sugerencias de mis colegas Jorge Mario García Laguardia y Eugenia Lizalde, quienes leyeron el manuscrito. Cualquier error que el artículo pudiera contener, es responsabilidad exclusiva del autor.

Estas cuestiones han sido abordadas por infinidad de autores. Recuerdo a tres que expusieron su pensamiento en las décadas de los años cincuenta a setenta del siglo XX.

Maurice Duverger afirmó que el sistema presidencial se caracteriza por el principio de la separación de poderes, la elección del presidente a través del sufragio universal, el nombramiento y la remoción de los ministros por parte de aquél, y porque todos ellos no son responsables políticamente ante el parlamento ⁽¹⁾.

Joseph LaPalombara escribió que en el sistema presidencial: a) el presidente, quien es jefe de estado y de gobierno a la vez, es independiente del poder legislativo y, por tanto, no depende mayor ni continuamente de éste para su existencia o sobrevivencia; b) los poderes legislativo y ejecutivo son independientes: el primero no está obligado a aprobar los proyectos de ley que provienen del ejecutivo, pero éste puede vetar los proyectos de leyes del congreso; c) el presidente tiene la facultad de realizar nombramientos; d) el ejecutivo puede apelar directamente al pueblo a través de plebiscitos y referendos; e) el legislativo puede juzgar y remover al presidente; f) éste posee facultades para designar a los miembros del gabinete, para presentar iniciativas de ley y para preparar el presupuesto; g) el pueblo elige al presidente y espera que sea su líder ⁽²⁾.

Paul Marie Gaudemet caracteriza al sistema presidencial como aquel en el cual: a) el presidente concentra la integridad de las competencias ejecutivas y es, a la vez, jefe de Estado y jefe de gobierno, b) los jefes de los departamentos ministeriales dependen únicamente de la autoridad presidencial, por lo cual generalmente se les denomina secretarios y no ministros, c) el principio de la separación de poderes se encuentra rigurosamente aplicado, d) el presidente no es políticamente responsable ante el Congreso, pero tampoco puede disolverlo ⁽³⁾.

B. Considero que la manera más clara de captar las características que configuran el sistema presidencial es contrastando sus notas con las del sistema parlamentario; ésta es la forma en que he procedido en ensayos anteriores.

⁽¹⁾ Duverger, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Editorial Ariel. Barcelona 1962; p. 319.

⁽²⁾ LaPalombara, *Politics within nations*. Prentice-Hall. Nueva Jersey 1974; pp. 198-199.

⁽³⁾ Gaudemet, Paul Marie, *Le pouvoir exécutif dans les pays occidentaux*. Editions Montchrestien. París 1966; p. 16.

En principio, las características del sistema parlamentario son las siguientes:

- a) Los miembros del gabinete (poder ejecutivo) son también miembros del parlamento (poder legislativo).
- b) El gabinete está integrado por los dirigentes del partido mayoritario o por los jefes de los partidos que por coalición forman la mayoría parlamentaria.
- c) El poder ejecutivo es doble: existe un jefe de estado que tiene principalmente funciones de representación y protocolo, y un jefe de gobierno; este último conduce la administración y al gobierno mismo.
- d) En el gabinete existe una persona que tiene supremacía y a quien se suele denominar primer ministro.
- e) El gabinete subsistirá, siempre y cuando cuente con el apoyo de la mayoría parlamentaria.
- f) La administración pública está encomendada al gabinete, pero éste se encuentra sometido a la constante supervisión del parlamento.
- g) Existe entre parlamento y gobierno un control mutuo. El parlamento puede exigir responsabilidad política al gobierno, ya sea a uno de sus miembros o al gabinete como unidad. Además, el parlamento puede negar un voto de confianza u otorgar un voto de censura al gabinete, con lo cual éste se ve obligado a dimitir; pero el gobierno no se encuentra desarmado frente al parlamento, debido a que tiene la atribución de pedirle al jefe de estado, quien accederá –salvo situaciones extraordinarias–, que disuelva el parlamento. En las nuevas elecciones, el pueblo decide quién posea la razón: el parlamento o el gobierno ⁽⁴⁾.

En principio, las características del sistema presidencial son las siguientes:

- a) El poder ejecutivo es unitario. Está depositado en un presidente que es, al mismo tiempo, jefe de estado y jefe de gobierno.
- b) El presidente es electo por el pueblo y no por el poder legislativo, lo cual le da independencia frente a éste.

⁽⁴⁾ Esta enunciación está basada en la que realiza Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel. Barcelona 1965; pp. 105-107.

- c) El presidente generalmente nombra y remueve libremente a los secretarios de estado.
- d) Ni el presidente ni los secretarios de estado son políticamente responsables ante el congreso.
- e) Ni el presidente ni los secretarios de estado, como regla general, pueden ser miembros del congreso.
- f) El presidente puede estar afiliado a un partido político diferente al de la mayoría del congreso.
- g) El presidente no puede disolver el congreso, pero éste no puede darle un voto de censura ⁽⁵⁾.

Todas estas notas no se dan en la totalidad de los sistemas presidenciales, mucho menos en forma pura, pero establecer sus principios sirve para precisar si un sistema es presidencial o parlamentario, o si es predominantemente presidencial o viceversa. En un sistema presidencial, el equilibrio de poderes pretende ser más diáfano, ya que se trata de realizar un deslinde entre los poderes ejecutivo y legislativo, aunque entre ellos existen múltiples vínculos de colaboración, y que miembros de uno no sean al mismo tiempo miembros del otro, pero existen excepciones.

C. A finales de los años ochenta del siglo XX surge especial interés por el análisis de los sistemas de gobierno, por profundizar en el funcionamiento de los regímenes presidenciales y parlamentarios y en el problema de su estabilidad. A esos estudios se debe renovada inquietud por el conocimiento de aquéllos. El distinguido tratadista Juan Linz abrió brecha en este sentido.

También, al caracterizar al sistema presidencial en dicho análisis, se trató de señalar cuáles son los elementos esenciales del sistema, aquellos que realmente lo conforman y que lo diferencian del parlamentario.

Así, para Linz, las características representativas del presidencialismo son:

a) *La legitimidad democrática dual*, debido a que tanto el presidente como el congreso son electos por el pueblo; característica que no se desvirtúa incluso cuando el presidente es designado por un colegio electoral, el cual es electo por el pueblo con ese único propósito, y

⁽⁵⁾ Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*. Siglo veintiuno editores. México 2002; pp. 13-14.

b) *La rigidez del sistema*, en virtud de que ambos poderes son electos para un periodo fijo, y la permanencia del presidente en el cargo es independiente de la voluntad del legislativo, cuya existencia, a su vez, es independiente de la intención del presidente.

Las otras características y problemas que presenta el sistema presidencial, afirma, derivan de las dos mencionadas ⁽⁶⁾.

Arend Lijphart agrega a las características apuntadas por Linz una tercera: el presidente constituye el ejecutivo de una persona; en cambio, el primer ministro y el gabinete configuran un ejecutivo colegiado o colectivo.

Lijphart no debió agregar esta tercera característica como esencial, porque en la mayoría de los sistemas parlamentarios, si el partido del primer ministro cuenta con mayoría en el órgano legislativo, tiene predominancia real sobre éste y el gabinete. En cambio, en los sistemas presidenciales de coalición, cada día más frecuentes, el presidente, de acuerdo con las circunstancias, tendrá que tomar en cuenta a los dirigentes y a los ministros de los partidos coaligados.

En otras palabras, en la realidad, en este aspecto, los sistemas parlamentarios y presidenciales funcionan en forma cercana; lo definitorio es si el partido del jefe de gobierno cuenta con mayoría en el parlamento o congreso, y si su gabinete es de coalición o no.

Lijphart, que se inclina por el sistema parlamentario sobre el presidencial, no deja de reconocer que en este último la separación de poderes implica mayor independencia del legislativo, y un vínculo ejecutivo-legislativo más balanceado, debido a que en el sistema parlamentario, los legisladores votan sobre los proyectos legislativos del gobierno no sólo en relación con los méritos de los mismos, sino teniendo en cuenta la estabilidad del gabinete, lo cual le otorga a éste un fuerte peso en el proceso legislativo.

No obstante, este tratadista, siguiendo su esquema de democracias de mayoría y consensuales, afirma que el sistema presidencial implica la concentración del poder en una persona, configurando un régimen de mayoría, razón por la cual es muy difícil que el presidente comparta el poder, lo que es diferente a lo que acaece en los sistemas parlamentarios ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Linz, Juan J., *Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference* en «The failure of Presidential Democracy. Comparative Perspectives» (editores Juan J. Linz y Arturo Valenzuela). The Johns Hopkins University Press. Baltimore 1994; volumen 1, p. 6.

⁽⁷⁾ Lijphart, Arend, *Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations* en la obra citada en la nota anterior; pp. 92-93, 96.

La anterior afirmación no es correcta. En los sistemas presidenciales de América del Sur es frecuente que existan coaliciones de gobierno, y es esa coalición la que obtiene mayoría en el Congreso, con lo cual, de acuerdo con la terminología del propio Lijphart, se estaría frente a gobiernos consensuales ⁽⁸⁾ y, desde luego, entonces no existe concentración del poder en una persona.

Shugart y Carey exponen que el sistema presidencial posee cuatro características que lo conforman:

- a) la elección popular del ejecutivo,
- b) los periodos del ejecutivo y del legislativo son fijos, y la existencia de estos poderes es independiente de la voluntad política del otro,
- c) el ejecutivo nombra y dirige la integración del gobierno, y
- d) el presidente tiene constitucionalmente alguna intervención en el procedimiento legislativo, primordialmente con su facultad de veto, a través de la cual se trata de asegurar que el programa por el que fue electo, lo va a poder llevar a la práctica.

De acuerdo con estos dos autores, todos los sistemas presidenciales satisfacen dichos requisitos, salvo Venezuela que no lo hace con el cuarto ⁽⁹⁾.

Las observaciones de Mario Serrafiero sobre este específico punto, me parecen interesantes, cuando indica que en el sistema parlamentario, la función legislativa la realiza fundamentalmente el gobierno, el cual se convierte en algo así como un apéndice del parlamento y una especie de comisión legislativa, y que la identidad política entre la mayoría parlamen-

⁽⁸⁾ La bibliografía es amplia. Entre otros pueden citarse Gargarella, Roberto, *El presidencialismo como sistema contramayoritario* en «El presidencialismo puesto a prueba -Con especial referencia al sistema presidencialista latinoamericano-». Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1992; pp. 94-96. La obra *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, Jorge Lanzaro, compilador. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales y Agencia Sueca de Desarrollo Internacional. Buenos Aires 2001; 359 pp., especialmente los trabajos de Jorge Lanzaro, René Antonio Mayorga y Alonso Lujambio. La obra *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Dieter Nohlen y Mario Fernández B., editores. Nueva Sociedad. Caracas 1998; 390 pp., especialmente los trabajos de Bernhard Thibaut, Grace Ivana Deheza, Petra Bendel, Bolívar Lamounier, Jorge Lazarte, Mario Fernández B., y Carlos H. Filgueira y Fernando Filgueira.

⁽⁹⁾ Shugart, Matthew Soberg y Carey, John M., *Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge University Press. Nueva York 1992; pp. 19-20, 22.

taria y el gobierno dificulta las funciones de control del primero, viéndose las minorías con frecuencia reducidas a criticar, presentar quejas y exponer los defectos del gobierno. Este autor indica que, por el contrario, en el sistema presidencial, el congreso debe crear la ley como instrumento de gobierno, el presidente ejecutarla y el poder judicial controlar su constitucionalidad. Además, propio del sistema es la realización, por parte del congreso, del *control político-institucional al ejecutivo* ⁽¹⁰⁾.

D. Existe tendencia en los sistemas presidenciales, especialmente en los de América Latina, y desde su creación, a introducir matices o instrumentos parlamentarios; tendencia que se ha venido fortaleciendo, por ejemplo, actualmente, en varios países de la región, se aceptan diversas modalidades de censura o falta de confianza al gabinete o a los ministros individualmente; incluso en ciertas situaciones, en tres de nuestros países, el presidente puede disolver el congreso. Esta última institución, en la realidad, ha sido utilizada excepcionalmente, cuando menos hasta ahora. También se ha venido creando la figura de jefe de gabinete o premier. Al respecto el panorama es variado y disímulo ⁽¹¹⁾.

Lo anterior, ha llevado al conocido jurista argentino Pedro Sagüés a preguntarse ¿qué es lo que hace a un Estado parlamentario o presidencial? Su respuesta es, por demás, original.

Sagüés se contestó con dos indicadores: el primero, la bipartición del poder ejecutivo entre un jefe de Estado y un jefe de gobierno, sin importar el nombre que este último reciba. A cada uno de ellos, la Constitución debe atribuirle el 50% de las competencias del antiguo poder ejecutivo. Si el jefe de gobierno tiene menos de ese porcentaje, por ejemplo, únicamen-

⁽¹⁰⁾ Serrafiero, Mario, *Presidencialismo y parlamentarismo en América Latina: un debate abierto* en «Revista Mexicana de Sociología». UNAM. México, abril-junio, 1998; año LX, núm. 2, p. 179. Véase Alcántara Sáez, Manuel y Sánchez López, Francisco, *Veto, insistencia y control político en América Latina: una aproximación institucional* en «Perfiles Latinoamericanos». Revista de la sede académica de México de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. México 2001; año 9, núm. 19, pp. 159-161.

⁽¹¹⁾ Valadés, Diego, *El gobierno de gabinete*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2003. En esta obra se encuentran interesantes cuadros comparativos de las Constituciones latinoamericanas sobre diversos temas, tales como la composición del gabinete presidencial, la designación de los miembros de éste, sus funciones y su coordinación; la concurrencia de los ministros al congreso; la interpelación y censura al gabinete, así como el voto de confianza al propio gabinete, pp. 103-117.

te un 20%, entonces ese régimen es sustantivamente presidencial con vestigios de parlamentarismo. Al contrario, si el jefe de gobierno, por ejemplo, posee el 70% de las facultades y el presidente las restantes, ese régimen es sustancialmente parlamentario. ¿Qué será, entonces, un sistema que reparte las competencias ejecutivas en un 45 ó 55%?

El segundo indicador se refiere a la atribución del congreso de remover al jefe de gobierno y su gabinete mediante censura o negación de confianza. Si dicha competencia la posee el congreso en forma restringida, como sería que sólo la puede ejercer una vez al año y con mayorías calificadas, como las dos terceras partes de los votos, entonces, el régimen es esencialmente presidencial ⁽¹²⁾.

Esta idea de Sagüés muestra hasta dónde ha llegado la confusión entre sistemas presidenciales y parlamentarios en América Latina. Cabe preguntarse, desde el punto de vista de la gobernabilidad y del funcionamiento del sistema, si es factible la existencia de un ejecutivo bicéfalo, cada uno con la mitad de las competencias que corresponden al poder ejecutivo. Todo parece indicar que los sistemas híbridos son los más inestables ⁽¹³⁾. Además, ¿con qué parámetros se van a medir esos tantos por ciento?

Considero que en este aspecto existe entre los políticos y los académicos inmensa confusión. No está de más traer a colación la reflexión de Sartori de que respecto a las cuestiones institucionales la pregunta esencial es: ¿sabemos qué reformar y cómo lo vamos a hacer? Su preocupación consiste en dilucidar si conocemos qué es lo que debe cambiarse y *cómo cambiarlo*, a lo cual contestó que no, lo que ha acarreado como consecuencia que «las reformas realizadas llevan la huella de reformadores muy incompetentes» ⁽¹⁴⁾. Estoy de acuerdo con el distinguido tratadista.

2. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL SISTEMA PRESIDENCIAL

A. La forma más accesible para captar la esencia de un sistema presidencial o parlamentario es enumerando y contrastando sus característi-

⁽¹²⁾ Sagüés, Néstor Pedro, *Parlamentarismo y presidencialismo. Un ensayo sistémico para la gobernabilidad democrática: El «minipremier» en el Perú y en Argentina. Experiencias y perspectivas* en «Revista Peruana de Derecho Público». Editora Jurídica Grijley. Lima, julio-diciembre, 2003; año 4, núm. 7; pp. 44-45.

⁽¹³⁾ Shugart, Matthew, Soberg y Carey, John M., obra citada, pp. 161-165.

⁽¹⁴⁾ Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. Fondo de Cultura Económica. México 1994; p. 12.

cas, tal y como lo he realizado desde hace décadas, y he recordado en el inciso B del número anterior de este ensayo.

No obstante, posible es simplificar el esquema y hacer el esfuerzo de señalar las *características esenciales* de esos sistemas y, aun desde esta perspectiva, queda claro en dónde se encuentra el problema actual o la confusión que se está dando al tratar de diferenciarlos.

El sistema presidencial, en contraste, con el parlamentario, presenta tres características esenciales:

- a) La separación de poderes entre el legislativo y el ejecutivo es nítida sólo desde el punto de vista que cada uno de ellos es electo por el voto popular, origen de su legitimidad. Es decir, el Congreso, como regla general, no designa, directa o indirectamente, al presidente. Ni la original Constitución de Estados Unidos intentó una división tajante de poderes. Al respecto, existen múltiples ejemplos como la intervención del ejecutivo en el procedimiento de elaboración de la ley con su facultad de veto.
- b) Los periodos para los cuales son electos, tanto el ejecutivo como el legislativo, son fijos y, en principio, uno de ellos no puede modificar el periodo del otro.
- c) Existen entre esos dos poderes controles mutuos, los que son diversos de aquellos que se dan en un sistema parlamentario.

Ahora bien, esas características requieren de algunas precisiones:

- a) El significado de voto popular no cambia, aunque la elección la realice un colegio electo por el pueblo con el propósito de designar presidente. Sin embargo, los colegios electorales están afortunadamente desapareciendo. El voto directo es método superior. El colegio electoral aún subsiste en Estados Unidos. El gran inconveniente que dicho método presenta consiste en que puede ser electo presidente el candidato que no obtuvo la mayoría de los votos populares, tal y como ha sucedido en dicho país, lo cual es profundamente antidemocrático.
- b) Los controles mutuos en el sistema parlamentario consisten, como es sabido, en que el parlamento puede censurar o negarle un voto de confianza al gabinete o a un ministro; entonces aquel tendrá que renunciar. A su vez, el primer ministro puede solicitar al jefe de Estado, quien normalmente aceptará, la disolución del parlamento y la convocatoria a nuevas elecciones.

- c) En un sistema presidencial, en principio, esos controles no existen, en virtud de que el sistema estructura otros de naturaleza distinta. Si un presidente disuelve el congreso, como ha acontecido en la realidad, está efectuando un golpe de Estado, porque está rompiendo el orden constitucional al actuar anticonstitucionalmente, suprimiendo el principio de la separación de poderes. No desconozco que en América Latina existen tres países en los cuales esta situación se permite por la Constitución, como ya asenté.
- d) El congreso no puede censurar al presidente, porque éste no es responsable políticamente ante él y debido a que el presidente ha sido electo por el pueblo para un periodo fijo.
- e) El juicio político o *impeachment* es de carácter excepcional, difícil de llevarse a cabo; es instrumento para situaciones extremas y su contenido es de carácter penal o casi penal, no político, aunque ciertamente, al final de cuentas, el asunto se resuelve si se reúne o no el número de votos requeridos por la Constitución para ese fin.

- f) En el sistema presidencial existen controles propios. El control más importante en manos del presidente es la facultad de veto de las leyes, mismo que para ser realmente tal, el congreso sólo lo debe poder superar por mayoría calificada, que generalmente es de dos terceras partes de los votos de los legisladores presentes. Si el veto presidencial puede desecharse por simple mayoría, el veto no implica mecanismo alguno de control.

Desde luego, el veto presidencial tiene también otras finalidades, como el análisis de la constitucionalidad de un proyecto de ley aprobado por el congreso.

- g) El poder legislativo, generalmente, posee diversas facultades que asimismo realizan funciones de control; entre las más importantes se encuentran: la ratificación de nombramientos y actos realizados por el presidente; el poder de la bolsa, que incluye la ley de ingresos, el presupuesto de egresos y el límite de la deuda pública, las comisiones de investigación y el control extremo y extraordinario que es el *impeachment*. En esta concepción de control está implícita la de responsabilidad, que es esencial al sistema democrático.
- h) Cuando me refiero a sistemas parlamentarios y presidenciales, parto del supuesto que se trata de gobiernos democráticos, excluyendo cualquier degeneración, como son los *de facto*, dictaduras, tiranías, teocracias o gobiernos militares.

- i) En principio, en un sistema presidencial los controles operan mejor y con mayor eficacia que en uno parlamentario, porque en este último la mayoría legislativa cuida que el gabinete, que es parte de ella, subsista y no vaya a ser censurado, lo que traería consigo nuevas elecciones, en las que no se tiene asegurada la mayoría parlamentaria. Por esta razón, un primer ministro se convierte en el más importante legislador.
- j) Casi no existen sistemas puros. Los sistemas presidenciales y parlamentarios adoptan diversas modalidades de acuerdo con su evolución política y su realidad. No hay recetas, pero sí principios generales que definen al sistema.
- k) Los sistemas presidenciales y parlamentarios funcionan en forma diferente, de acuerdo con el número de partidos políticos que existe en ese Estado; es decir, si se configura un bipartidismo, tripartidismo, multipartidismo moderado o multipartidismo extremo.
- l) En cualquier sistema presidencial el funcionamiento de los *controles mutuos* es esencial. De este aspecto depende en mucho la calidad de la democracia y la gobernabilidad del país.
- ll) No funciona en un régimen presidencial hacer a un lado los controles propios del sistema e introducir los que son inherentes al parlamentario, o realizar un híbrido. La realidad ha demostrado que no se obtienen buenos resultados.
- m) Lo anterior no implica que no sea posible introducir matices parlamentarios en un sistema presidencial. Desde luego que sí, siempre y cuando no se confundan los mecanismos de control de uno y otro sistema. Existen diversos instrumentos para perfeccionar un sistema presidencial.
- n) Lo que muchos autores han confundido o relegado en sus análisis y propuestas sobre este tema es la cuestión de los controles, la que es esencial para evitar construir sistemas que no funcionan o mal funcionan.
- ñ) Si en un país, el sistema presidencial no marcha o no marcha bien, deben examinarse cuáles pueden ser las soluciones, incluso el paso al sistema parlamentario, siempre y cuando estén dadas las condiciones para ello, y se esté seguro que lo que se está construyendo es un sistema parlamentario, no un asambleísmo de por sí inestable y desestabilizador.

Si las condiciones se dan, es preferible dar los pasos hacia un sistema parlamentario o semi-presidencial que establecer sistemas híbridos, cuya

experiencia no es alentadora, o estar, peor aún, confundiendo los controles propios de un sistema con los del otro, y aderezando una ensalada que tiene los defectos de los dos sistemas, y ninguna de sus virtudes. Claro, cuando me refiero a sistemas híbridos pienso en los presidenciales-parlamentarios, no en los semi-presidenciales, cuya naturaleza es la alternancia entre los dos sistemas clásicos, dependiendo si el jefe de Estado cuenta o no con el apoyo de la mayoría parlamentaria.

- o) Para que un sistema presidencial opere bien, hay que ser cuidadoso de la ingeniería constitucional y evitar los excesos que han entorpecido el buen funcionamiento del mismo, como la abundancia de facultades legislativas atribuidas al poder ejecutivo; por ejemplo, los llamados decretos ley o leyes de emergencia, los cuales deben limitarse a los indispensables.
- p) No me canso de repetir: parte de la confusión actual que existe en la cuestión de los sistemas de gobierno se encuentra en el desarreglo respecto de los controles propios de cada sistema, lo que cada día se hace con mayor desparpajo.
- q) Si se quieren superar los problemas que presenta el sistema de gobierno de un país, es necesario, en primerísimo lugar, realizar un diagnóstico acertado, para no recetar correctivos que por ineficaces, lo único que logran es multiplicar y complicar los problemas.
- r) No se conciben médicos o ingenieros impreparados o que actúen por intuiciones o chispazos. En la ingeniería constitucional acontece lo mismo, a pesar del ruido constante y agudo de los charlatanes.

3. PRINCIPALES INFLUENCIAS EN LOS SISTEMAS PRESIDENCIALES ORIGINALES DE AMÉRICA LATINA

A. El constitucionalismo latinoamericano tuvo, en sus albores, primordialmente cuatro influencias en la configuración de las instituciones: la norteamericana; la española liberal proveniente de la Constitución de Cádiz; el pensamiento francés, en forma principal, las ideas de Rousseau, Montesquieu y Sièyes, y la de los códigos fundamentales de 1791, 1793 y 1795; e indirectamente la inglesa en las obras de Locke, Blackstone y otros; en algunos documentos de la época se afirma que los constituyentes tuvieron como guía a la constitución inglesa ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Torre Villar, Ernesto de la y García Laguardia, Jorge Mario, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México

En términos generales, puede afirmarse que la Constitución norteamericana influyó en América Latina en la parte orgánica, y la Constitución de Cádiz en la dogmática y algunos aspectos precisos como la noción de soberanía nacional, de origen francés; la incorporación de garantías; el sistema de reformas constitucionales; el régimen electoral indirecto de varios grados; el monopolio de la religión católica; el refrendo ministerial; algún grado de descentralización política proveniente de las diputaciones provinciales.

No puede desconocerse que, en las corrientes conservadoras latinoamericanas de entonces, está presente, con diversos matices, la influencia del absolutismo español, incluso en el pensamiento de Simón Bolívar, quien fue un gran libertador, un gran visionario, pero no un gran demócrata.

B. Los originales sistemas presidenciales de América Latina se inspiraron claramente en el de Estados Unidos; algunos estructuraron un presidente muy fuerte o fuerte a secas, pero controlado por el congreso; otros fortalecieron al poder legislativo como el centro del poder, aunque posteriormente la primera corriente haya prevalecido.

Resulta interesante conocer cuáles fueron los antecedentes y algunas fuentes de los constituyentes norteamericanos, debido a que, indirectamente, tuvieron presencia en América Latina, precisamente a través de la Ley Fundamental norteamericana:

- a) El derecho público inglés, ya que en parte trataron de imitar el sistema monárquico de Inglaterra, aunque deformándolo; en lugar de un jefe de Estado hereditario, querían uno de elección popular, con funciones limitadas en el tiempo.
- b) La Constitución de Nueva York de 1777 y, en menor medida, la de Massachussets de 1780, que configuraron ejecutivos independientes

1976; pp. 61, 63, 142; también vale la pena examinar las pp. 37-40, 45-46, 51, 59-63, 136-137. Hernández Ruigómez, Manuel, *Las raíces históricas del presidencialismo iberoamericano* en «Revista Parlamentaria Iberoamericana». Cortes Generales. Madrid 1998; núm. 7, pp. 246-248. Restrepo Piedrahita, Carlos, *El héroe del Barroco. Imagen del presidencialismo latinoamericano* en «Revista Parlamentaria Iberoamericana». Cortes Generales. Madrid 1986; núm. 2, p. 71. Hernández Valle, Rubén, *El sistema constitucional costarricense* en «Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos», D. García Belaunde, F. Fernández Segado, R. Hernández Valle (coordinadores). Dykinson. Madrid 1992; p. 214. García Laguardia, Jorge Mario, *El sistema constitucional guatemalteco* en la obra inmediatamente citada en esta nota, p. 535.

con los rasgos principales que después estructuraron la presidencia norteamericana. A su vez, descartaron los modelos de las Constituciones de Carolina del Norte y Rhode Island donde existían legislativos sin mayores frenos ⁽¹⁶⁾.

- c) Las obras de Locke, Montesquieu y Blackstone, en las cuales «el poder ejecutivo no está delineado en términos de suspicacia o aversión» ⁽¹⁷⁾.

Estos elementos fueron los que principalmente ayudaron a crear el sistema en cuestión, y todo parece indicar que Paolo Biscaretti di Ruffia puede tener razón, al afirmar que, de manera completamente casual, nació la nueva forma de gobierno presidencial ⁽¹⁸⁾, sin ignorarse que los constituyentes de Filadelfia deseaban alejarse, en parte, del sistema monárquico inglés; no obstante, que naturalmente los haya influido, porque lo conocían bien. Lo «casual» se encuentra en que los constituyentes norteamericanos buscaban crear un ejecutivo electo periódicamente por el pueblo.

C. La inspiración que las primeras Constituciones de los países recién independizados del Continente Americano recibieron de Estados Unidos y que se reflejó, entre otros aspectos, en la incorporación del sistema presidencial en sus regímenes políticos, puede considerarse lógica y natural por las siguientes razones:

- a) Antes de la aprobación de la Constitución norteamericana de 1787, se produjo un amplio debate en ese país, el cual parece ser que fue conocido por algunos constituyentes latinoamericanos ⁽¹⁹⁾.
- b) Estados Unidos fueron el primer país que alcanzó su independencia en el Continente, por lo cual se le admiraba y se le contemplaba como ejemplo, debido a que se consideraba que su Constitución aseguraba las libertades, al alejarse de gobiernos monárquicos de corte absolutista. Por ejemplo, la comisión redactora de la Constitución centroamericana de 1824 declaró: «Al trazar nuestro plan, nosotros hemos

⁽¹⁶⁾ Rossiter, Clinton, *The American Presidency*. Harvest Book. Nueva York 1960; p. 75.

⁽¹⁷⁾ Corwin, Edward S., *El poder ejecutivo. Función y poderes. 1787-1957*. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1959; p. 8. Duverger, Maurice, obra citada, p. 322. Servicio Español del Profesorado de Enseñanza Superior, *Regímenes políticos contemporáneos. Curso de formación política*. Editorial Bosch. Barcelona 1958; pp. 169-171.

⁽¹⁸⁾ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Fondo de Cultura Económica. México 1996; p. 170.

⁽¹⁹⁾ Hernández Ruigómez, Manuel, obra citada, p. 246.

adoptado en la mayor parte el de los Estados Unidos, ejemplo digno de los pueblos independientes...» (20).

Además, los diplomáticos norteamericanos hicieron política activa a favor de la adopción de principios constitucionales similares a los suyos, lo cual se reforzó a partir de la doctrina Monroe, manifiesta en 1823. Los ejemplos abundan; cito únicamente la labor de Joel R. Poinsett en Chile y México, en las dos primeras décadas del siglo XIX.

No me olvido que la corriente absolutista obtuvo triunfos al lograr concentrar el poder en una persona, como las grotescas monarquías de Dessalines y Christophe, en Haití, desde su independencia y hasta 1820; la corta experiencia del emperador Agustín de Iturbide en México de 1822 a 1823; de Francisco de Paula Santander en Colombia de 1819 a 1828, o de Gaspar Rodríguez de Francia en Paraguay de 1814 a 1840. En estos casos, y en otros, las fuerzas políticas provenientes de la Colonia obtuvieron el triunfo, entre las que sobresalían: la Iglesia Católica, los grandes hacendados que constituían la alta clase española y criolla, y el ejército, cuyos jefes principales pertenecían a dichas clases.

- c) La existencia de una gran corriente liberal que sufrió derrotas, pero que también obtuvo triunfos importantes, la cual no quería sustituir al monarca absoluto español con uno autóctono, sino que luchaba para que la autoridad ejecutiva fuera electa, basada en el principio de la soberanía popular, aunque en algunos casos fue designado por el poder legislativo, así como que este poder sirviera de contrapeso a las facultades del presidente, los conocidos *checks and balances*, y que se garantizaran los principios republicano y de separación de poderes (21).
- d) No obstante, tampoco se perseguía instaurar un ejecutivo débil, lo cual no correspondía a la concepción norteamericana, debido a que existía temor a que los congresos pudieran degenerar en asambleas demagógicas, como había acontecido en Francia, y pudiera instaurarse la dictadura de la mayoría.

(20) Véanse Torre Villar, Ernesto de la y García Laguardia, Jorge Mario, obra citada, p. 142. Gros Espiell, Héctor, *El predominio del poder ejecutivo en América Latina* en «El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica». UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1977; p. 10. Valencia Carmona, Salvador, *El Poder Ejecutivo latinoamericano*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1979; pp.34, 42-44.

(21) García Laguardia, Jorge Mario, *El sistema...*, obra citada, p. 535. Alcántara Sáez, Manuel y Sánchez López, Francisco, obra citada, p. 158.

e) En consecuencia, si se buscaba instaurar un sistema republicano y de elección del poder ejecutivo, no existían varios modelos para escoger. El sistema parlamentario, en las primeras décadas del siglo XIX, tal y como lo concebimos actualmente, no se conocía. Incluso en Gran Bretaña, el gabinete era responsable ante el rey, cuya autoridad era independiente del electorado. Esta situación cambió claramente hasta el reinado de Victoria durante los gobiernos de Disraeli y Gladstone. Walter Bagehot, en 1867, se percató de que los ministros habían adquirido un poder superior al del rey y al del parlamento. Aun si se considera que dicho sistema se había definido desde 1782, el rey conservaba múltiples e importantes facultades materiales.

El sistema parlamentario, como bien se ha dicho, no fue edificado, construido o diseñado, es producto conformado en la historia y lentamente; en los años alrededor de 1820 aún le faltaban algunas décadas para finalizar el proceso ⁽²²⁾ que iba limitando el poder del monarca a favor del parlamento, poder que posteriormente fue ejercido por el gabinete y el primer ministro.

Entonces, ¿En cuál sistema se iban a inspirar las constituciones latinoamericanas? ¿En el de la Convención francesa? ¿En el presidente vitalicio de Bolívar que poseía tufos monárquicos?

D. No debe pasarse por alto que la Constitución de Cádiz de 1812 tuvo alguna influencia en nuestros sistemas presidenciales.

Es probable que el aspecto más relevante, en este sentido, lo constituya el refrendo, institución por medio de la cual los actos del presidente deben ser firmados por el ministro del ramo para ser válidos. Esta institución nos proviene de dicha ley fundamental, aunque ella, a su vez, se inspiró en la francesa de 1791 y, en cuanto formalidad de cancillería, tiene su origen en las antiguas monarquías asiáticas, cuya finalidad era autentificar el sello del monarca, y que, de tal forma, la decisión no fuera expresión arbitraria de poder personal ⁽²³⁾.

⁽²²⁾ Duverger, Maurice, obra citada, p. 20. Gaudemet, Paul Marie, obra citada, pp. 7-8. Shugart, Matthew Soberg y Carey, John M., obra citada, pp. 4-6. Vergottini, Giuseppe de, *Derecho Constitucional Comparado*. UNAM y Segretariato Europeo per le pubblicazioni Scientifiche. México 2004; pp. 376-377. Burdeau, Georges, Hamon, Francis, Tropel, Michel, *Manuel de Droit Constitutionnel*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París 1997; pp. 118-119.

⁽²³⁾ Hauriou, Maurice, *Derecho público y constitucional*. Instituto Editorial Reus. Madrid s.f.; p. 448.

El refrendo, en las constituciones francesa y española mencionadas, no implicaba que los ministros eran copartícipes del poder, sino que funcionaban como «una salvaguardia de las leyes y una traba al poder ejecutivo al no poder éste expedir órdenes o decretos sin la firma del secretario respectivo» (24). No obstante, para valorar su exacto alcance, no debe olvidarse que los ministros o secretarios eran designados y removidos libremente por el rey o el presidente.

E. En la configuración de los sistemas presidenciales en América Latina hay tres aspectos que vale la pena comentar:

- a) El congreso norteamericano representaba, y representa, intereses locales; lo mismo pasó con esos órganos en América Latina. Este aspecto no era, no es, singular del sistema norteamericano, porque dicha situación acontecía igualmente en Gran Bretaña. Los intereses locales tuvieron, y tienen, peso en algunos países de nuestra región.
- b) Se ha sostenido que en los presidencialismos latinoamericanos influyó la herencia prehispánica, en virtud de que los emperadores azteca e inca concentraron el poder; aunque existían diferencias entre ellos, las similitudes fueron mayores, ya que fueron monarcas, jefes militares, sumos sacerdotes y ejercían funciones administrativas, legislativas y judiciales. El emperador azteca era electo por una oligarquía, el inca por derecho hereditario (25).

Sin embargo, difícilmente algo subsistió de aquella organización política absolutista, misma que se destruyó con la Conquista, y cualquier vestigio que hubiera quedado, desapareció en tres siglos de dominación colonial.

No existe testimonio que los constituyentes latinoamericanos hubieran aludido o recordado antecedente alguno de origen indígena en la configuración de sistemas presidenciales con ejecutivo fuerte o muy fuerte.

(24) Martínez Báez, Antonio, *El ejecutivo y su gabinete* en «Revista de la Facultad de Derecho de México». UNAM. México 1952; tomo II, núm. 6, pp. 59-62. Carpizo, Jorge, obra citada, pp. 33-36. Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional latinoamericano*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1991; p. 284.

(25) Valencia Carmona, Salvador, obra citada, pp. 15-21. Colomer Viadel, Antonio, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*. Ediciones de Cultura Hispánica. Madrid 1990; p. 119.

- c) Asimismo, se afirma que la tradición política y administrativa colonial-española inspiró el presidencialismo latinoamericano. No se puede dudar que durante los tres siglos de dominación, la política que imperó fue el absolutismo y el centralismo que puede existir en territorios tan extensos y mal comunicados. No obstante, el poder era piramidal y provenía del monarca hacia los virreyes, los capitanes generales y, posteriormente, los intendentes. Desde luego que existieron vestigios de algún equilibrio de poder en estos últimos tres cargos, y que la llegada de la Casa de Borbón al trono español implicó una centralización no conocida con anterioridad. Las relaciones de las colonias eran directas con Madrid, teniendo poco contacto entre ellas. Esta «tradición centralista se fue imponiendo llevando a concentrar en una sola persona, la del presidente de la República, la práctica totalidad del poder de decisión, incluido el territorial» (26).

La tesis anterior posee su lógica propia. Tres siglos de existencia de un sistema son muchos; además, en la realidad, múltiples presidentes latinoamericanos acabaron concentrando los poderes en su persona, con lo cual dicha tesis se comprobaría.

Empero, aunque las tendencias ideológicas al inicio de la existencia independiente de los Estados latinoamericanos incluyó la absolutista y monárquica, la misma no fue predominante; prevaleció la idea de establecer repúblicas, y el modelo norteamericano se tomó como un ideal democrático, que perseguía el equilibrio de los poderes, tal y como he asentado en este mismo artículo. Es más, varias constituciones estructuraron un sistema en el cual el centro del poder lo constituía el legislativo. Como ejemplos se pueden citar: la Constitución Federal de Centro América de 1824, la del Uruguay de 1830, la de México de 1857, y las de Costa Rica de 1825, 1844 y 1859 (27).

En todo caso, el antecedente del gobierno colonial de carácter absolutista no estuvo presente en los congresos constituyentes que construyeron las repúblicas, como sí aconteció respecto a la Constitución liberal de 1812.

(26) Hernández Ruigómez, Manuel, obra citada, pp. 248, 252-253.

(27) Vescovi, Enrique, *El predominio del poder ejecutivo en América Latina* en «El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica». UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1977; p. 439. Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*. Editorial Porrúa y UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2003; pp. 275-285. Torre Villar de la, Ernesto y García Laguardia, Jorge Mario, obra citada, pp. 203-206. García Laguardia, Jorge Mario, *El sistema...*, obra citada, p. 535. Gros Espiell, Héctor, obra citada, pp. 14-15.

Si el absolutismo del gobierno colonial influyó en la psicología colectiva o individual, y hasta dónde, no lo preciso. La ambición por el poder desborda sistemas y épocas; así lo confirma la historia.

4. ALGUNOS AUTORES QUE INFLUYERON EN NUESTROS SISTEMAS PRESIDENCIALES

A. Aludí ya a las principales influencias que se manifestaron en el constitucionalismo latinoamericano. Ahora, unos párrafos respecto a algunos autores que pudieron ser fuente de inspiración para los sistemas presidenciales de la región.

Hamilton, Madison y Jay publicaron, de octubre de 1787 a mayo de 1788, setenta y siete artículos en tres periódicos para explicar y defender la nueva Constitución norteamericana, mismos que, más otros ocho, de inmediato fueron editados en dos volúmenes con el nombre de «El Federalista».

Gustavo R. Velasco considera que dicha obra no tuvo mayor influencia en el constitucionalismo latinoamericano, debido a que fue traducida al portugués hasta 1840 y al español en 1868, aunque no descarta que se haya conocido a través de la traducción francesa de 1792, la cual en ese año fue reimpresa, y reeditada tres años después.

El autor mexicano escribió que únicamente encontró citas de «El Federalista» en Alberdi y Sarmiento, aunque aclaró que no investigó la importante folletería de las primeras décadas del siglo XIX, la prensa ni las discusiones en los congresos constituyentes. Respecto a México encontró citado a Hamilton en dos ocasiones, en documentos constitucionales alrededor de la segunda mitad del siglo XIX.

En relación con Sarmiento, Velasco apunta que su obra «Cartas de un Americano sobre las ventajas de los Gobiernos Federativos», publicada en Londres en 1826, en buena parte, está basada en «El Federalista», obra de la cual transcribe numerosos párrafos ⁽²⁸⁾.

Como el propio Velasco apunta, no puede descartarse que «El Federalista» haya sido conocido a través de la citada traducción francesa de 1792.

⁽²⁸⁾ Velasco, Gustavo R., *Prólogo y versión directa* de «El Federalista» de Hamilton, Madison y Jay. Fondo de Cultura Económica. México 1957; pp. XV-XVII.

Desde luego, en aquellos años, muchas obras fueron descubiertas en América Latina a través de París.

B. El pensamiento de Thomas Paine fue estudiado por la élite latinoamericana, varios de sus libros fueron traducidos y publicados en Venezuela, Perú y Filadelfia y distribuidos en otros países de la región.

García Laguardia y de la Torre Villar resaltan la traducción al español que realizó el venezolano Manuel García de Sena de «La Independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha. Extracto de sus obras», publicada en 1811, y en la cual se incluyeron diversos textos legales norteamericanos, tales como la Declaración de Independencia de 1776, los Artículos de la Confederación y Perpetua Unión de 1778, la Relación de la Constitución de Connecticut y las Constituciones de Nueva Jersey, Massachussets, Pennsylvania y Virginia.

C. También fue conocido el pensamiento de Jefferson. Locke y Montesquieu fueron estudiados y aceptados ampliamente.

El ayuntamiento de Guatemala elaboró unas Instrucciones constitucionales en 1810 para su diputado en las Cortes de Cádiz, en las que incluyeron una Declaración de Derechos del Hombre y un proyecto de Constitución. La influencia de Montesquieu es notoria, nada menos que la última parte de las Instrucciones contiene como epígrafe la oración de este pensador: «Todas las instituciones humanas tienen el sello del siglo en que se hicieron», y se aceptó su teoría de la división de poderes ⁽²⁹⁾.

Morelos, el gran dirigente de la independencia mexicana, en el proyecto de la Constitución de Apatzingán, incorporó con claridad meridiana la concepción del autor de «El Espíritu de las Leyes» en los artículos referentes a la división de poderes ⁽³⁰⁾; concepción modificada de la misma se incorporó en la Constitución federal de 1824.

Las ideas de Locke y Montesquieu se encuentran en otros de los primeros documentos constitucionales de América Latina. Al respecto, se pueden mencionar, sin ánimo exhaustivo:

⁽²⁹⁾ Torre Villar, Ernesto de la y García Laguardia, Jorge Mario, obra citada, pp. 50-61.

⁽³⁰⁾ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*. Editorial Porrúa y UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1997; pp. 188-189. Véase Madrid H., Miguel de la, *División de Poderes y forma de Gobierno en la Constitución de Apatzingán* en «El Decreto Constitucional de Apatzingán». UNAM. Coordinación de Humanidades. México 1964; p. 524.

- a) En Argentina, el Reglamento orgánico del 22 de octubre de 1811, que no llegó a estar vigente; la Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica de 1819; la Constitución de 1826.
- b) En Chile, la Constitución de 1823.
- c) En Perú, las Bases de la Constitución Política de la República Peruana de 1822; las Constituciones de 1823 y 1826.
- d) En Uruguay, las Instrucciones del año XIII de Artigas; la Constitución de 1830.
- e) En Bolivia, la Constitución federativa de 1826 o Constitución boliviana, en virtud de que fue obra de Simón Bolívar.
- f) En Venezuela, la Constitución de 1811.
- g) En la Constitución de Cúcuta de 1821, por medio de la cual se unieron Nueva Granada, Quito y Venezuela ⁽³¹⁾.

Sin duda alguna, Rousseau, en forma excepcionalmente importante, y el pensamiento español de Suárez, Mariana y Feijóo influyeron en otros aspectos, en los que no es el caso detenernos ahora, pero no en éste del sistema presidencial.

D. El tratadista irlandés William Burke, quien residió en Venezuela, publicó, en la «Gaceta de Caracas», múltiples artículos, los cuales fueron agrupados en su obra «Derechos de la América del Sur y México», una invitación a alcanzar la independencia y a seguir el ejemplo de la organización norteamericana «tan cerca como las circunstancias lo permitan», para lograr igualmente la libertad y la felicidad.

Para Burke resultaba esencial la división tripartita de los poderes, y que el ejecutivo estuviera limitado y controlado:

«el establecimiento de un poder ejecutivo fuerte y permanente, cualquiera que sea la denominación bajo la que está disfrazado, es el primer paso para que el ejercicio de la soberanía del pueblo sea usurpado; y terminará como todas las grandes monarquías

⁽³¹⁾ Stoetzer, O. Carlos, *Iberoamérica. Historia política y cultural, II. Periodo de la Independencia (1808-1826)*. Editorial Docencia y Fundación Universidad a Distancia «Hernandarias». Buenos Aires 1996; pp. 165-175. Véase Herrero, Vicente, *La Organización Constitucional en Iberoamérica*. El Colegio de México. México s/f; p. 45.

del día, o en un manifiesto y absoluto despotismo o, lo que es tan injurioso y más insultante, en una tiranía producida por corrupción y en nombre del derecho constitucional» (32).

E. Aunque Tocqueville fue muy conocido en América Latina, la primera parte de la «Democracia en América» se publicó en 1835, y la segunda en 1840. En 1836 apareció en París la traducción al español que realizó Sánchez de Bustamante. Este libro influyó en aspectos relacionados con lo que actualmente denominamos defensa de la Constitución. En consecuencia, con cuestiones cercanas a la efectividad de los derechos y al poder judicial, mismas que se relacionan con el funcionamiento del poder ejecutivo (33).

Jorge Mario García Laguardia ha encontrado evidencias en Guatemala que, en 1835, la obra de Tocqueville fue leída en su idioma original, antes de las respectivas traducciones.

(32) Torre Villar, Ernesto de la y García Laguardia, Jorge Mario, obra citada, pp. 38-39, 45-50.

(33) La columna vertebral del pensamiento de Tocqueville se encuentra en la idea de la igualdad en la libertad. Es un estupendo desarrollo de su apreciación de la realidad norteamericana y de las ideas de Jefferson, contenidas en la Declaración de Independencia de ese país.

Tocqueville temía más la tiranía de los legisladores que la del propio ejecutivo; en consecuencia, está a favor de un gobierno fuerte que respete los derechos y las libertades de los individuos. Tocqueville, Alexis de, *La Democracia en América*. Ediciones Guadarrama, S.A. Madrid 1969, pp. 171, 333, 338-339, 370-372. Asimismo, este autor encontró en Inglaterra, según su visión, entre otras características, la independencia del poder judicial y la preeminencia de los jueces sobre todas las autoridades, a las que obligaban con sus decisiones al imperio de la ley; pp. 354-355. Véase Mayer J. P., *Alexis de Tocqueville y su obra*, prólogo a esta edición de «La Democracia en América», p. 25.

Este libro desempeñó importante papel, aunque en forma paulatina, en la aceptación latinoamericana de la *revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes*, de acuerdo con el denominado «sistema americano» y sus características de difuso, de oficio o a petición de parte y sentencia con efectos relativos, a quien solicitó la protección. Véase Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio Preliminar* a la obra de Paolo Biscaretti di Ruffia, citada en la nota 18; p. 30.

En 1842, en París, se editó «La Democracia en América», traducida por Leopoldo Borda. En 1843, en Madrid, apareció la traducción de Roado Brandaris, y en 1855 se publicó en México la traducción de Sánchez de Bustamante; datos que he tomado de la edición del Fondo de Cultura Económica. México 1984; pp. 739-740. Véase la *Introducción* de Enrique González Pedrero, p. 17.

5. PRINCIPALES FACTORES QUE ALEJARON A NUESTROS SISTEMAS PRESIDENCIALES DEL MODELO NORTEAMERICANO

A. Se puede afirmar que una gran corriente liberal impulsó el sistema republicano frente al monárquico; al titular del poder ejecutivo electo frente al hereditario; al ejecutivo fuerte, pero no omnipotente, frente al despótico; el equilibrio de poderes frente a su concentración y menos en un solo gobernante; a la democracia frente a la oligarquía o al gobierno de un personaje con facultades incontroladas.

Entonces, ¿por qué los sistemas presidenciales latinoamericanos, unos más, otros menos, fueron acercándose o cayeron en sistemas, con algunas excepciones, en los cuales se concentraron la mayoría de las competencias en una persona hasta las dos últimas décadas del siglo XX?

Cada uno de los países de América Latina presentó sus peculiaridades. Las generalizaciones son casi siempre inexactas y se cometen errores graves. No obstante, en diversos grados, existen algunas coordenadas que son válidas para muchos de ellos. Con cautela, intento señalarlas únicamente como una aproximación al tema, y teniendo en cuenta que varios países, y algunos de ellos durante décadas, contaron con sistemas democráticos y un alto grado de equilibrio entre los poderes políticos:

- a) Consumada la independencia *los Estados-nación no existen*. Lo que encontramos son los intereses de los grupos oligárquicos, como la burguesía agrícola o la minera, el alto clero y el ejército. La sociedad, muy heterogénea, no se encontraba articulada, no se tenía idea ni proyecto de nación; urgía la estructuración y organización de las energías y los grupos para fortalecer al incipiente Estado sobre las facciones, que se disputaban el poder en beneficio de sus propios intereses.

Jacques Lambert, al respecto, escribió:

«... La transposición del régimen presidencial en la América Latina ha sido muy criticada: ciertamente, ha sido incapaz de impedir los golpes de Estado y las dictaduras, pero sería absurdo buscar la causa de estas dictaduras en los amplios poderes concedidos al presidente, por el contrario reside en el atraso de la estructura social, en la insuficiente integración de las poblaciones en la nación, en la inorganización de la vida política y en la frecuencia de los estados de urgencia que de ello se derivan...»⁽³⁴⁾.

(34) Lambert, Jacques, *América Latina*. Editorial Ariel. Barcelona 1964; p. 403.

- b) *Fuerte inestabilidad política* que se agravó debido a guerras externas entre los países, como en el caso de fronteras imprecisas; conflictos internos que fueron el resultado de luchas cruentas por el poder, que degeneraron, a menudo, en violencia y caos o intentos separatistas, e invasiones e intervenciones de potencias extranjeras.

Lo anterior constituyó factor trascendente para otorgar poder y preeminencia a la clase militar. Existía la necesidad de dominar efectivamente el territorio estatal ⁽³⁵⁾.

El presidente, en muchas ocasiones, parecía muy fuerte por el cúmulo de competencias que la Constitución le concedía; no obstante, su campo de acción estaba restringido por el de los grupos oligárquicos, los que si sentían que ya no los representaba, o temían por la preservación de sus intereses, conspiraban para derrocar al presidente, originándose múltiples asonadas, revoluciones de palacio, golpes de Estado, lo que, a su vez, reforzaba el poder militar, aparentemente garante del orden social, que ese mismo poder no respetó en múltiples ocasiones. En consecuencia, los presidentes fuertes o muy fuertes, no todos lo fueron en la realidad, la cual oscilaba, como un péndulo, de la dictadura al caos y de éste a la tiranía.

Los países se encontraban mal comunicados y sufrían la inseguridad que traía la existencia de gavillas y bandoleros, vestigios de las guerras de independencia, de la impunidad y de la incapacidad del Estado para exterminar a esta última, a menudo acompañada de corrupción.

Dillon Soares afirma que:

«La historia de Latinoamérica ha estado marcada, desde sus inicios, por la inestabilidad política y económica. El periodo inmediatamente posterior a la independencia fue particularmente inestable... Hubo guerras civiles y guerras entre las unidades nacionales recién creadas. Aunque la inestabilidad se dio en mayor o menor grado en toda América Latina fue particularmente intensa en el territorio hoy ocupado por Bolivia, Perú, Colombia, Ecua-

⁽³⁵⁾ Nohlen, Dieter y Fernández B. Mario, *El presidencialismo latinoamericano: evolución y perspectivas* en «El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio en América Latina». Dieter Nohlen y Mario Fernández B., editores. Nueva Sociedad. Caracas 1998; p. 117.

dor y Venezuela. En América del Sur hubo, hasta cierto punto, dos excepciones a la regla: Chile, donde la aristocracia rural aseguró su hegemonía y creó un estado fuerte por medio de la llamada República de Portales, y Brasil, con la institución del Imperio. En Chile los mandatos presidenciales tenían una duración de diez años y sólo en una ocasión hubo una interrupción completa de uno de ellos. En Brasil, desde 1822 hasta 1889, hubo sólo dos emperadores. Con todo es preciso relativizar la estabilidad política de esos dos países toda vez que se produjeron innumerables movimientos armados internos, rebeliones y guerras externas. Las guerras de independencia, las guerras entre los países, las rebeliones y las revoluciones internas son caras y muchos países latinoamericanos destinaron a gastos militares un porcentaje elevadísimo de su presupuesto (con frecuencia superior al 80 por 100). Aquél fue un periodo de gran endeudamiento internacional... En América Latina, históricamente, la regla ha sido la inestabilidad, no la estabilidad»⁽³⁶⁾.

Esa inestabilidad política se muestra durante los primeros 150 años de vida independiente en inestabilidad constitucional: las 19 naciones de América Latina contaron con 227 constituciones en ese periodo, aunque en ocasiones son casi la misma constitución, a la que se agrega el programa del partido, o son realmente reformas que persiguen principalmente la reelección del presidente o la ampliación temporal de ese cargo⁽³⁷⁾.

- c) *La inestabilidad económica* acompañó a la inestabilidad política. Las economías de los países de la región se centraban en unos cuantos productos importantes, generalmente agrícolas, lo que hacía a estas economías muy vulnerables a los vaivenes de los precios de exportación de los mismos, especialmente en aquellos países en los cuales uno, dos o tres productos constituían la base de sus exportaciones. Por ejemplo, Centroamérica: En Costa Rica, el café representaba el 52%,

⁽³⁶⁾ Dillon Soares, Gláucio Ary, *Las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo: los programas de estabilización en América Latina* en «Revista de Estudios Políticos». Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, octubre-diciembre, 1999; núm. 106, pp. 45-46.

⁽³⁷⁾ Hernández Ruigómez, Manuel, obra citada, p. 258. Torre Villar, Ernesto de la y García Laguardia, Jorge Mario, obra citada, pp. 234-235.

el plátano el 24% y el cacao el 7%. En El Salvador, el café, el 66% y el algodón el 11%. En Guatemala, el café el 66% y el plátano el 17%. En Honduras, el plátano el 45%, el café el 19%, y la madera el 13%. En Nicaragua, el café el 34% y el algodón el 26%.

En Brasil, de 1889 a 1930, el café representó aproximadamente el 75% de sus exportaciones ⁽³⁸⁾. Fácil es notar que eran economías competitivas entre ellas.

Entre 1929 y 1930, las exportaciones cubanas se redujeron en 70% y las chilenas y bolivianas en casi 80%.

El campo se trabajaba principalmente en grandes extensiones o latifundios, en manos de una minoría, mientras la mayoría los laboraba casi como esclavos, y en varios sistemas las deudas de los campesinos o jornaleros pasaban de padres a hijos.

La pobreza era y es agobiante. Masas enteras casi muertas de hambre. Aún hoy en día, aproximadamente la mitad de la población de la región se encuentra en niveles de pobreza o de pobreza extrema.

América Latina es socialmente la región más desigual del mundo. Los rezagos sociales son enormes en educación, protección de la salud, vivienda y trabajo.

La deuda externa es colosal y esteriliza los recursos que debían canalizarse al gasto social.

La hiperinflación llegó a cifras increíbles. Por ejemplo, en Argentina alcanzó el 4.923,3 por ciento en 1989; en Brasil el 2.489,1 por ciento en 1993, y en Perú el 7.649,6 por ciento en 1990 ⁽³⁹⁾.

- d) En términos generales, los poderes legislativos y judiciales, así como los partidos políticos, no lograron prestigio ni confianza sociales. En muchos casos se les identificó con corrupción y sufrieron un desgaste inmenso; no se les contemplaba como parte de la solución de los problemas, sino como pieza integrante de los mismos.

Muchos países latinoamericanos contaron con sistemas pluripartidistas moderados o extremos, muy ideologizados; todo lo contrario del

⁽³⁸⁾ Pinto Ferreira, Luiz, *El predominio del poder ejecutivo en América Latina* en «El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica». UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1977; pp. 52-53.

⁽³⁹⁾ Dillon Soares, Gláucio Ary, obra citada, pp. 53-54, 59.

bipartidismo norteamericano, en el cual las orientaciones políticas de esas organizaciones no son profundas y son fluctuantes; son realmente maquinarias electorales.

La desesperación social ante las inestabilidades políticas y económicas, ante la creciente pobreza y carencias sociales, abrió las puertas al «caudillo», que supuestamente iba a resolver todos los problemas. El «caudillo» en América Latina fue un fenómeno de todo el siglo XIX y buena parte del XX. Con elementos cambiantes y «modernos» llegó hasta las últimas décadas y años del siglo pasado, como lo demuestra el neocaudillismo de Menen en Argentina, Fujimori en Perú, o Chávez en Venezuela, para no referirme a Castro en Cuba.

- e) Los factores descritos con anterioridad propiciaron que a los presidentes se les concedieran amplias facultades legislativas, mismas que los ejecutivos norteamericanos no poseen, y extensas atribuciones para el establecimiento de estados de emergencia, de sitio o de necesidad, y para actuar en dichos procesos. En varios países, los casos de excepción se convirtieron en cotidianos ⁽⁴⁰⁾.

Dentro de este contexto, varios presidentes lograron, y hasta ahora la práctica continúa, la reforma constitucional para ampliar el periodo o para cambiar las reglas de la no-reelección presidencial.

- f) La fuerte injerencia externa en los asuntos políticos y económicos de la región, primero, especialmente de Gran Bretaña y Francia, y muy poco después de Estados Unidos. Las injerencias fueron de toda naturaleza, desde los favores de los embajadores a grupos políticos, el control de aspectos económicos hasta intervenciones armadas y apoyos a dictadores o caudillos afines con los intereses de la potencia o potencias. Sólo habría que recordar el imperio de Maximiliano en México, la separación de Panamá de Colombia, o la protección a tiranos como Trujillo en República Dominicana, Somoza en Nicaragua o Stroessner en Paraguay. O, por el contrario, para derrocar a presidentes no-afines como Jacobo Arbenz en Guatemala o Salvador Allende en Chile.

⁽⁴⁰⁾ Véanse Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1974; 213 pp. Bacelar Gouveia, Jorge, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional*. Almedina. Coimbra 1998; tomo I, pp. 530-541. En relación con la diferencia entre los sistemas de partidos políticos latinoamericanos y el norteamericano, véase Burdeau, Georges, Hamon, Francis, Troper, Michel, obra citada, pp. 245, 263-264.

- g) La necesidad de enfrentarse a nuevos y graves problemas como son por ejemplo: el crimen organizado, especialmente, el del narcotráfico; guerrillas que, en ocasiones, son financiadas por el propio narcotráfico, y las presiones inmensas de organismos financieros internacionales.
- h) Saiz Arnaiz, a los factores enunciados, recuerda otros, que han sido expuestos por diversos autores, y que realmente se encuentran incluidos en la enumeración realizada, tales como: el subdesarrollo técnico, el predominio agrario y la semicolonización por parte de Estados Unidos, el porcentaje de analfabetismo, la debilidad y personalismo de los partidos políticos, la actitud conservadora del clero, la garantía del orden social y público, y la ausencia de control institucional suficiente ⁽⁴¹⁾.

B. Es probable que únicamente uno o dos de los factores mencionados hubieran alterado profundamente el funcionamiento del sistema presidencial inspirado en Estados Unidos, y en muchos de los países de la región, se presentaron y presentan más de dos de esos factores. Entonces, nuestras realidades alteraron la estructura propia del sistema presidencial y casi, o sin el casi, nulificaron los controles mutuos que deben existir entre los poderes legislativo y ejecutivo, con el agravante de un poder judicial débil, y generalmente no independiente.

En el camino para reencontrar los cauces de la democracia, esos dos aspectos -equilibrio de poderes y controles mutuos- son esenciales para la ingeniería constitucional; hay que tenerlos muy claros, para no perdersnos en el bosque y continuar cometiendo errores, que nos alejen de la meta actual: la consolidación de los sistemas democráticos para evitar retrocesos.

C. Sobre esta cuestión, aún deseo hacer una última reflexión.

Una dictadura jamás, y por ningún motivo, podrá ser justificada, especialmente por los atropellos a los derechos humanos y a las libertades. Siempre hay que luchar por sistemas democráticos, en los cuales el poder se encuentre al servicio de la comunidad y de la dignidad humana.

Los fracasos de los sistemas presidenciales y de la democracia en América Latina son muy criticados y criticables y, desde luego, que así

(41) Saiz Arnáiz, Alejandro, *Forma de gobierno y estructura del poder ejecutivo: el presidencialismo argentino tras la revisión constitucional de 1994* en «Revista de Estudios Políticos». Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, julio-septiembre, 1997; pp. 197-199.

debe y tiene que ser. Sin embargo, no queda claro que las explicaciones y objeciones tradicionales al respecto sean omnicomprendivas.

Los países de la región se independizaron y enfrentaron los graves problemas a los que he aludido, y pareciera que los mismos se ignoran o minimizan para exigir que, en unas cuantas décadas, esos Estados hubieran alcanzado regímenes democráticos y sistemas de gobierno estables. ¡Ojalá así hubiera sido! Hubiera sido un milagro.

Si pensamos únicamente en Europa, ¿cuántos siglos, cuántos conflictos armados, cuántos sufrimientos y cuántas vidas humanas fueron necesarias para la creación del Estado-nación?

Y creado éste, ¿cuántas luchas, cuántos siglos, cuántos sacrificios para alcanzar un cierto nivel democrático? ¿Cuántos países europeos podían ser considerados democráticos a fines del siglo XIX? Tal vez, orientándose hacia la democracia se encontraban Gran Bretaña, Suiza, algunos países nórdicos y Francia por breves periodos. ¿Alguno más?

En la propia Europa, ¿cuántos países poseían un régimen democrático antes de la segunda guerra mundial? ¿Y los millones de seres humanos que fueron consciente y fríamente asesinados por Hitler –en la patria de Beethoven, Goethe y Schiller–, y por Stalin –en la nación de Dostoievski, Tolstoi y Gogol–?

En Estados Unidos, hasta después de la segunda mitad del siglo XIX, existió esclavitud; todavía en la década de los sesenta del XX se sufría espantosa discriminación racial –una especie de *apartheid*–, y su sistema electoral permite que sea electo presidente el candidato que obtuvo el menor número de votos, como ha acontecido en varias ocasiones y tan reciente como el año 2000. Es un país en el que actualmente la gran mayoría de la población acepta las *Patriot Acts*, que vulneran derechos humanos que se consideraban intocables en cualquier país civilizado.

Pero, a los países de América Latina se les fustiga en virtud de que, a pesar de sus gravísimos problemas de toda índole y el acoso de las potencias norteamericana y algunas europeas, no alcanzó a asegurar la democracia ni el buen funcionamiento de sus sistemas presidenciales con estabilidad y respeto a los derechos de las personas, durante décadas, y la justicia social es aún materia pendiente.

No obstante, algunos países de la región consiguieron estabilidad, régimen de libertades y democracia política por períodos de más de veinticinco años, como Costa Rica, Colombia, Chile, Uruguay y Venezuela. Méxi-

co durante siete décadas del siglo XX fue gobernado por un partido predominante; fue un sistema donde existió respeto, aunque deficitario y con problemas, de las libertades, y algunos avances sociales, con estabilidad política.

Hoy en día, al menos desde la óptica de la democracia electoral, los países de la región, excepto Cuba, califican satisfactoriamente, aunque con obstáculos. Pero, *la democracia no está asegurada*, debido a los graves problemas sociales y económicos que persisten, agravados por un contorno internacional muy injusto.

Es probable que las democracias actuales de América Latina la hayan logrado con menos costos humanos que las europeas. Cuando menos entre nosotros no han existido holocaustos o gulags, cuyas sombras aún están recientes en varias de las regiones que integraron la ex-Yugoslavia, aunque sí hemos sufrido dictaduras poco respetuosas de los derechos humanos, arbitrarias y sanguinarias.

Mi punto de vista es que no resulta acertado condenar sin más a América Latina ni reprocharle que no hubiera alcanzado en unos cuantos años o decenios, lo que Europa no logró sino después de siglos,⁽⁴²⁾ y que, en parte, a la región latina del Continente, todo se le dificultó y obstaculizó por las intervenciones militares, económicas y políticas de Estados Unidos y de las propias potencias europeas. Lo anterior me recuerda al ladrón que grita, a voz en cuello, que se agarre al ladrón; o quien sólo ve la paja en el ojo del vecino, pero no en el propio.

Respecto a este tema, también me pregunto, ¿si nuestros países hubieran optado por un sistema como el inglés de la segunda década del siglo XIX, la convención o el asambleísmo francés, o cualquier otro que no conozco cuál pudiera ser, hubiese sido mejor que el modelo presidencial norteamericano? Lo más probable es que no, porque el problema no fue el sistema de gobierno, sino los factores que apunté párrafos arriba. Por el contrario, tal vez, la inestabilidad política se hubiera profundizado, y los cambios de gobierno y los dictadores hubieran sido aún más frecuentes. Imposible saberlo.

⁽⁴²⁾ Véase García Belaunde, Domingo, *Perú: veinticinco años de evolución político-constitucional (1950- 1975)* en «Evolución de la organización político-constitucional en América Latina». UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1979; vol. II, p. 234. Del mismo autor *La Constitución en el péndulo*, Arequipa (Perú), 1996.

Lo que sí conozco es que el sistema presidencial forjó algunos regímenes con democracia y estabilidad en la región, y que la ola democratizadora de mediados de la década de los ochenta del siglo pasado, en muchos países del área, fue impulsada por las sociedades, pero también por los presidentes de la república dentro de los marcos de sistemas presidenciales. El gran problema consiste en que estos avances, cuando menos en varios países de la región, no son irreversibles, por la persistencia de muchos y complicados problemas, ya descritos en forma sucinta.

No es correcto que, en la valoración de los sistemas democráticos y de gobierno, se empleen parámetros diferentes, si la referencia es a países desarrollados, ricos y poderosos, a si los aludidos son Estados en vías de desarrollo, pobres y con débil presencia internacional. Un solo ejemplo de nuestros días: las leyes antiterroristas recientes en Estados Unidos y Gran Bretaña, que lesionan gravemente múltiples derechos humanos.

6. EL CAUDILLO

A. En el contexto social, político, económico y cultural que he bosquejado de América Latina, no resulta sorprendente que se buscara quien pudiese resolver dichos problemas y, desde luego, casi siempre existieron abundantes candidatos, a nivel nacional o regional, con frecuencia autoproclamados: el líder carismático que realiza promesas al por mayor, aunque conozca que es imposible cumplirlas.

La figura del caudillo es anterior a la instauración del sistema presidencial. Es probable que el primer caudillo latinoamericano haya sido Bolívar y su concepción de un poder ejecutivo vitalicio y concentrador de las competencias gubernativas que, a su vez, centralizara el poder para evitar los diversos caudillismos locales y la fragmentación de los territorios.

El caudillo latinoamericano representa la personalización del poder, en virtud de que en múltiples ocasiones el hombre goza de mayor prestigio que las instituciones, debido a que se considera que *es la persona que el país necesita, la que va a resolver los problemas, la que goza de la confianza nacional*, alrededor de la cual se forman los partidos políticos o se le subordinan, sin importar si la ideología de estas organizaciones es liberal o conservadora, de derecha o de izquierda. En una palabra, el caudillo es la representación y la simbiosis de las instituciones.

El caudillo carismático generalmente alcanzó la presidencia y ejerció el poder, ya fuera con despotismo, de manera paternalista o, en muchas ocasiones, demagógicamente, impregnada de populismo de derecha o de izquierda, según fueran sus inclinaciones ideológicas o las conveniencias políticas del momento. En muchas ocasiones, el caudillo fue jefe militar, a quien el ejército apoyó ⁽⁴³⁾.

El caudillo acumuló poder y subordinó a los poderes legislativo y judicial. No fue extraño que se aliara con los grupos oligárquicos internos y con fuerzas externas.

Varios de los factores que alejaron a los sistemas presidenciales latinoamericanos del modelo norteamericano contribuyeron a crear caudillos, con lo cual el sistema democrático se pulverizó, y en muchos casos dio lugar a dictaduras, gobiernos militares o una mezcla de éstos.

Bien sabido es que el poder corrompe y el poder total, corrompe totalmente. Esto les aconteció a la mayoría de los caudillos latinoamericanos, como ha sucedido con los dictadores de todas las latitudes.

En consecuencia, no existe una caracterización uniforme del caudillo; éste revistió múltiples modalidades. Más allá de los elementos que permiten definirlo, se encuentran diversos aspectos que hacen posible establecer una tipología del caudillo, tal y como se desprende de párrafos anteriores.

François Chevalier, con prudencia y preguntándose si tal tipología es posible, la ha construido al distinguir entre el caudillo terrateniente, el macho, el dictador positivista, el cómplice de intereses extranjeros o el protector de los nacionales, y las diversas clases de dirigentes de las muchedumbres rurales o urbanas ⁽⁴⁴⁾.

En la tipología de Chevalier se comprende al caudillo militar y al civil, al populista y al socialista.

El caudillo gobierna al margen, en contra o a pesar del orden constitucional, aunque éste se preserve formalmente.

⁽⁴³⁾ Serrafiero, Mario D., *Presidencialismo y reforma política en América Latina* en «Revista del Centro de Estudios Constitucionales». Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, enero-abril, 1991; p. 219. Hernández Ruigómez, Manuel, obra citada, pp. 254-256. Gros Espiell, Héctor, obra citada, p. 11.

⁽⁴⁴⁾ Chevalier, François, *L'Amérique Latine de l'Indépendance à nos jours*. Presses Universitaires de France. París 1993; pp. 322-326.

Los sistemas presidenciales sólo pueden darse en contextos democráticos; sus degeneraciones no son regímenes presidenciales, sino precisamente degeneraciones y aberraciones políticas, llámeseles como se quiera. Estas aberraciones no fueron consecuencia del establecimiento de los sistemas presidenciales, sino de la realidad social, política, económica y cultural de muchos de los países de América Latina, y de factores externos, tales como las intervenciones militares, políticas o económicas que la región ha sufrido y sufre.

B. El caudillo o «césar democrático» interesó, como es natural, a la historia, ciencia y sociología políticas.

Casi a mediados del siglo XIX comenzó a publicarse, por entregas, «Facundo» de Domingo Faustino Sarmiento, la historia de un célebre caudillo regional de Argentina. Sarmiento, a su vez, aprovechó la ocasión para desnudar a su enemigo el caudillo y dictador Juan Manuel de Rosas, figura polémica aun en nuestros días.

Desde los primeros años del siglo XX, existen obras interesantes sobre este tema, como «Les démocraties latines de l'Amérique» que el peruano Francisco García Calderón escribió en francés, o el «Cesarismo democrático» del venezolano Laureano Vallenilla Lanz.

Este fenómeno ha llamado la atención también a la literatura latinoamericana. Muchos de los mejores novelistas de la región han dejado obras de singular importancia, no sólo desde el punto de vista artístico, sino, asimismo, histórico y sociológico. Entre ellos se pueden citar a: el premio Nobel Miguel Angel Asturias con *El señor Presidente*; Alejo Carpentier con *El recurso del método*; Augusto Roa Bastos con *Yo, el Supremo*; Arturo Uslar Pietri con *Oficio de difuntos*; el premio Nobel Gabriel García Márquez con *El Otoño del Patriarca*; Mario Vargas Llosa con *La fiesta del chivo*; Carlos Fuentes con *La silla del águila*.

No debe olvidarse al respecto la obra que el literato español Ramón María del Valle-Inclán escribió en 1926 sobre el mismo tema, y que intituló «Tirano Banderas».

Madrid, agosto de 2005.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO COMÚN ENTRE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y PRAXIS (*)

Silvio Gambino (**)

SUMARIO: 1. Premisas. 2. El desarrollo actual del proceso de integración comunitaria. 3. Un proceso constituyente que (impropiamente) se autodefine Constitución. Un Tratado-Constitución que requeriría un procedimiento constituyente. 4. Algunas consideraciones conclusivas.

1. PREMISAS

Después de un largo *iter* caracterizado por profundas discusiones (políticas y jurídicas), el 29 de octubre del 2004, en Roma, se suscribió el «Tratado que adopta una Constitución para Europa». Dicho «Tratado-Constitución» tendrá plena vigencia a partir del primero de noviembre del 2006, si, para esa fecha, los Estados miembros de la Unión europea (25) lo habrán ratificado, según los procedimientos previstos por los respectivos ordenamientos. Considerando, sin embargo, que dos de los mismos (Francia y Holanda) ya se han expresado negativamente con referéndum.

En ese sentido, el análisis que llevaremos a cabo concierne la cuestión del posible empleo de las categorías constitucionales clásicas relativas a

(*) Comunicación para el Congreso Internacional «Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad» (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 14.18 de Junio del 2005).

(**) Universidad de Calabria (Italia).

los procedimientos de revisión constitucional en el marco del proceso de integración comunitaria que, como hemos dicho, recientemente se ha incluido en la previsión misma de la denominación del Tratado con el *nomen juris* de «Tratado que adopta una Constitución para Europa».

El tema merece nuestro interés científico. El proceso de integración comunitaria, de hecho, sobre todo tras la incorporación de la «Carta de derechos fundamentales» dentro del Tratado constitucional, podría considerarse como un proceso constitucional derogatorio de los procesos previstos en el derecho público europeo para asegurar la legitimización política de nuevos ordenamientos constitucionales.

Después de una breve introducción sobre las formas empleadas para tal proceso a partir del Tratado constitutivo de la CEE y de la EURATOM (Roma, 1957), en un primer enfoque del tema, nos preguntamos si el Tratado constitucional no dispone sino del simple *nomen juris*, presentándose por el resto material y formalmente como un común tratado internacional.

Añadimos, por consiguiente, que dicho enfoque doctrinario no impide que se tomen en consideración las consecuencias, que desde hace tiempo son operativas – como «primado» y «directa aplicabilidad» del derecho de la Unión europea sobre los estados miembros –, sobre la plena fuerza jurídica en el derecho de la Unión Europea de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales, ayer (en Niza, 2000) codificadas como meras declaraciones políticas y ahora en cambio (en Roma, 2004) completamente integradas en el cuerpo del Tratado-Constitución.

Concluimos, por último, interrogándonos cuáles son los procesos constituyentes y/o de revisión constitucional que se deben emplear para asegurar una transformación de la naturaleza de los actuales tratados en Constitución europea, preguntándonos si los procedimientos previstos por el TC para su revisión (art. IV-437/IV-447) pueden considerarse constituyentes o, por lo menos, si pueden compararse a los procedimientos de revisión previstos en el constitucionalismo contemporáneo.

En vísperas de dicha decisión política por parte de los pueblos europeos, por tanto, queda abierta toda una serie de cuestiones de enlace entre niveles de protección de derechos (a nivel comunitario, internacional y nacional). Actualmente, éstas últimas deberán ser solucionadas empleando los instrumentos predisuestos por el derecho comunitario, respetando la identidad nacional de los Estados miembros «implícita en su estructura fundamental, política y constitucional» (art. I-5 TC). Tales instrumen-

tos, en última instancia, se remiten al Tribunal de Justicia de la U.E., a las Cortes constitucionales nacionales, al Tribunal europeo de los derechos del hombre, además que a los jueces nacionales; a menos que para los «niveles de protección» de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales no se contemple una protección mayor (= maior) por parte de las constituciones de los Estados miembros, además que por el derecho internacional, por las Convenciones internacionales de las cuales la Unión Europea o todos los estados miembros forman parte (art. II-113 TC).

En ese sentido es previsible que, en un futuro próximo, tal prevalencia y dicha aplicabilidad del derecho comunitario, con relación a parámetros que ya se hayan constitucionalizados, ponga al juez en condiciones de que directamente haga prevalecer el derecho comunitario sobre el derecho interno para con la misma materia, que, en el ámbito nacional, prevea la competencia de un juez constitucional para invalidar las leyes que lesionen los principios y los derechos garantizados por la Constitución.

Es justamente ante esta delicada y compleja situación jurídica que se advierte la necesidad de un procedimiento constituyente capaz de asegurar la formal jerarquía/supremacía del derecho constitucional comunitario sobre el mismo derecho constitucional de los estados miembros.

Sin embargo, también es cierto que, bajo dichos aspectos, salvo en pocas excepciones (caso Kreil), el juez comunitario supo demostrar equilibrio y *self-restraint* en evitar de invadir el área de protección de los derechos constitucionales nacionales, lo cual no significa que el problema no exista. De hecho existe tanto como problema de legitimación política, que como problema teórico-dogmático y es, por este motivo, que en un Convenio Internacional sobre la cuestión de la revisión constitucional, no debe entenderse fuera de lugar la formulación del tema que tratamos a continuación, aunque sea solo sintéticamente.

2. EL DESARROLLO ACTUAL DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN COMUNITARIA

Tras la firma del Tratado que adopta una Constitución para Europa, según una doctrina mayoritaria, el proceso de integración comunitaria se ha ulteriormente desarrollado y asestado, tanto con una racionalización de las disposiciones de los tratados comunitarios firmados hasta el momento y acogidos por los ordenamientos nacionales, como, y sobre todo, a través de la incorporación – como *Bill of rights* – de la Carta de derechos y

la previsión de la cláusula que habilita la adhesión de la Unión europea a la Convención europea de los derechos del hombre (1950).

Dicho proceso de positivización de derechos se asocia a importantes interrogativos que conciernen tanto la cuestión del superamento o no de la debatida cuestión del *déficit* democrático de las instituciones mismas, como, y sobre todo, el relativo a la legitimación constitucional.

Sobre el tema la doctrina constitucional resulta todavía dividida.

Por parte de algunos, de hecho, se evidencia la naturaleza por así decir 'consuetudinaria' del proceso constituyente comunitario en acto, que habría *de facto* determinado una discontinuidad con el constitucionalismo europeo previgente, ya no más sanable desde el punto de vista de los ordenamientos constitucionales afectados. De esta manera se daría las premisas para un cumplido constitucionalismo comunitario, definitivamente autoreferencial y capaz de producir todas las consecuencias jurídico-institucionales que la supremacía y la directa aplicabilidad de sus disposiciones encuentren en sus derechos nacionales, incluyendo allí mismo la materia de los derechos fundamentales.

Esta orientación sigue una lectura de la discontinuidad ya cumplida en la que se evidencian las capacidades innovativas de una 'revelación' de un ordenamiento constitucional oculto, que se fundaría sobre la legitimación de los ciudadanos que actúan a través de los derechos, pudiendo hacerlo ahora para e incluso contra sus propios estados.

Pero hay una segunda lectura (a la cual me adhiero), por así decir más prudente.

Cuestionándonos sobre la naturaleza del TC y aceptando la persistente naturaleza de Tratado y no de Constitución, dicha orientación ofrece argumentaciones a favor de la tesis según la cual el TC constituye poco más que una reorganización normativa de los tratados previgentes. Aun evidenciando que la frontera de la integración comunitaria resulta desplazada significativamente hacia delante a través de los derechos, tal orientación, sin embargo, sigue indicando el persistente *déficit* constitucional.

Según este enfoque, en otras palabras, una Constitución, como acto fundacional de un ordenamiento jurídico primario y de éste último constituyendo una parte fundamental en su componente de *inner law*, no podría sino proceder que de la voluntad política y formalmente constituyente.

Que dicho acto sea expresión de una Asamblea constituyente o de un referéndum probablemente no tiene tanta importancia; lo que debe resultar de manera indiscutible es que la Constitución europea constituya el resultado de un proceso constituyente, con una legitimación, la de los titulares de la soberanía, que no den lugar a dudas, con una potente fuerza propia ya que se basa en la voluntad de lo *demoi* europeos.

Dicho de otra manera, no se puede pensar que un acercamiento progresivo a la Constitución europea pueda ofuscar, vaciándolas, a las principales categorías dogmáticas en las que se basan los procesos de legitimación constitucional. No nos movemos en el vacío, en una materia que, al contrario, dispone de una propia irreprimible y específica densidad de orden histórico ... que es exactamente ese particular tipo histórico de derecho público que, a partir de la *Déclaration des droits* del 1789 y del primer constitucionalismo revolucionario, se ha afirmado en Europa en los últimos dos siglos.

Si este planteamiento metodológico guía en la fase actual el debate teórico, la cuestión sobre la que se debe reflexionar sigue teniendo un propio autónomo y profundo interés, que tratamos de mencionar sintéticamente.

Antes que nada, la materia de derechos fundamentales comunitarios.

Ya desde los años '60-'70, a partir de las sentencias *Stauder*, *Internationale*, *Nold* (pero no sólo), el juez comunitario había individualizado la existencia de los derechos fundamentales dentro de la más general y amplia categoría de los 'principios fundamentales comunitarios' (de creación jurisprudencial).

El ordenamiento comunitario, sobre todo después de los recientes desarrollos (Maastricht, Ámsterdam, Niza), prevé ahora la positivización constitucional-comunitaria de los principios del Estado de derecho, de la protección de las libertades, de la dignidad humana, de la democracia, de la igualdad, en síntesis del respeto de los derechos humanos, que, nuevamente y orgánicamente acogidos por el TC, se convierten ahora en 'patrimonio constitucional' reconocido y compartido por los pueblos europeos, constituyendo, para ello, un verdadero *Bill of rights* al cual seguirá dirigiéndose la jurisprudencia comunitaria.

Se pueden citar, en ese sentido, las disposiciones sancionadas en el art. I-9 del TC, en el que se establece que la U.E.:

- (1) reconoce los derechos y las libertades sancionadas en la Carta de derechos fundamentales, que, incorporada en el TC, constituye la Parte II;
- (2) adhiere a la CEDU, sin que eso modifique la estructura comunitaria de las competencias:
- (3) sanciona, por último, que los derechos garantizados por la CEDU –cuyo alcance sigue siendo el mismo que sancionó en la última Carta– y resultantes de las ‘tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros’, forman parte del derecho de la U.E. *siendo principios generales*.

Recuérdese además que, en las disposiciones del Título VII del TC, relativas a la disciplina de la interpretación y de la aplicación de la ‘Carta de derechos fundamentales de la Unión’, se prevé también que dichas disposiciones sean aplicadas en las instituciones, en los órganos y en los organismos comunitarios, en el respeto del principio de subsidiariedad, además que en las disciplinas nacionales exclusivamente en sede de actuación del derecho comunitario.

Los sujetos y los organismos comunitarios, además, deben «respetar los derechos», «observar los principios» y «promover su aplicación». Dichas disposiciones, por último, cuando sancionan ‘principios’ pueden actuarse mediante actos legislativos/ejecutivos de la UE y de los Estados miembros en sede de actuación del ordenamiento comunitario. Ante un juez dichas disposiciones sólo se pueden invocar como parámetros para la interpretación y el control de legalidad de tales actos (art. II-111.1 TC).

El origen diferenciado de las disposiciones que contienen ‘principios’ y ‘derechos’ ha sido (y lo es aún) ampliamente debatida en doctrina, temida por algunos (y nosotros entre ellos) un riesgo de ‘fragilidad’ comunitaria contra una de las familias de derechos –los derechos sociales– que, junto a los de participación política, constituyen indudablemente una de las tradiciones constitucionales más avanzadas del constitucionalismo contemporáneo, un ‘patrimonio constitucional’ europeo compartido.

Sin embargo, frente a esta preocupación doctrinaria es verdad que la Corte de Justicia, por lo menos en relación con ciertos derechos sociales ya ha procedido, aunque con un prudente *self-restraint*, a asegurar la relativa tutela jurisdiccional.

Así, aun en presencia de una Carta (la de Niza) sólo políticamente proclamada pero sin vigencia jurídica, el Tribunal comunitario ha sabido apoyarse en un «bloque de normas comunitaria», que precedentemente

había elaborado para asegurar la tutela jurisdiccional a las instancias bajo su propia jurisdicción. Se puede hipotizar que la incorporación de la Carta en el TC, vigente inmediatamente después de las ratificaciones por parte de los Estados miembros, producirá una jurisprudencia fuerte y ulteriormente expansiva en la protección de los derechos fundamentales europeos, no limitada a las clásicas libertades económicas sino también abierta a las sociales.

Volviendo a un tema central –el de la jurisdicción y de la relativa efectividad de la tutela judicial– por tanto, puede observarse que las recientes evoluciones en el proceso de integración comunitaria parecen destinadas a una valorización ulterior del sistema jurisdiccional, en cuyo interior se podrá apreciar a un nuevo protagonismo tanto del juez comunitario como de los jueces nacionales.

Dicho protagonismo podrá expresarse tanto en la fase ascendente, de compulsación del juez comunitario por parte del juez nacional a través del instrumento del ‘recurso en vía prejudicial’, como, y sobre todo, en la fase descendente, o sea en la que concierne a la desaplicación del derecho interno por contraste con la normativa comunitaria, actualmente compuesta tanto por disposiciones de garantías de derechos, como por disposiciones que sancionan los principios.

En cuanto a la desaplicación del derecho interno por contraste con la disciplina comunitaria en tema de derechos, en realidad, no parece que haya dudas de ningún tipo; en este sentido, disponemos de una jurisprudencia ampliamente consolidada. De las sentencias *Costa/Enel* (1964) y *Van Gend and Loos*, en adelante, la prevalencia y la directa aplicabilidad del derecho comunitario sobre el derecho interno constituyen principios totalmente reconocidos y consolidados. Sin embargo, ahora, tales principios se basan sobre nuevos y mucho más densos parámetros de constitucionalidad comunitaria –los de los derechos (a respetar) y de los principios (a observar y promover)–; más significativo será, por consiguiente, el papel que debe desarrollar el juez nacional (tanto en la fase ascendente como en la descendente).

Sin embargo, nos preguntamos: *¿Quid iuris* con relación al ejercicio de las funciones jurisdiccionales del juez nacional ante los principios fundamentales comunitarios? La respuesta más plausible a esta pregunta, respecto al derecho vigente (art. II-112.5), lleva a la consideración tanto de que los principios puedan constituir materia oportuna de ‘recurso en vía prejudicial’, como de que puedan constituir un válido parámetro para la interpretación de los actos que se someten a su competencia.

Es exactamente en este ámbito que surgen significativas cuestiones a raíz de la intersección entre la disciplina comunitaria en tema de derechos y de principios fundamentales comunitarios (piénsese, por ejemplo, en la materia del bio-derecho) y la constitucional de cada país miembro de la UE.

Por una parte, así volvemos a encontrar la CGUE competente (art. I-29.1) en garantizar el derecho comunitario en la interpretación y aplicación de la Constitución (naturalmente la que como tal se autodefine en el TC), por el otro, los Estados miembros llamados a establecer los remedios para asegurar una tutela jurisdiccional efectiva en los sectores disciplinados por el derecho de la Unión Europea. En el ámbito de las 'cláusulas horizontales' del TC (art. II-111/II-114), se encuentra sancionado, de la misma manera, que el TC «tiene totalmente en cuenta las legislaciones y las praxis nacionales» (art. II-112.6).

La cuestión que consideramos ahora parece, por fin, solucionarse gracias a la disposición del TC relativa al «nivel de protección» de los derechos (art. II-113 TC), según el cual ninguna disposición del TC se puede interpretar como limitativa o lesiva de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales reconocidas, en el respectivo ámbito de aplicación, no solo por el derecho comunitario, sino también por el derecho internacional y por las constituciones nacionales (art. II-113 TC).

Nulla quaestio, por tanto, sobre la individualización del nivel de protección de los derechos fundamentales europeos. Éstos últimos se deben individualizar y proteger según el *estándar* más elevado y con preferencia de las garantías constitucionales aseguradas por cada país miembro de la Unión Europea.

La expansión de las tareas del juez ordinario, por tanto, parece encontrar un espacio especial en los intersticios de estos dos ordenamientos jurídicos. Cada vez que la norma a utilizar para la resolución de una controversia se debe evaluar con relación a la sospecha de su inconstitucionalidad, se procede con el recurso al Tribunal constitucional, el cual, en ese caso, debería entrar en mérito de la cuestión que se le presenta prescindiendo de la cuestión si la norma comunitaria tiene o no efecto directo.

Sin embargo, si la misma norma que se debe emplear como parámetro no recae expresamente en los parámetros constitucionales y en la jurisprudencia constitucional ya disponible, a este mismo juez es como si tuviera más de un medio para recurrir al juez comunitario, o mediante el recurso en vía prejudicial o a través de la resolución de la controversia con una interpretación conforme a las disposiciones del TC.

El horizonte que se abre, como se puede intuir, parece ser indudablemente nuevo; es el horizonte de un control difundido de la constitucionalidad comunitaria.

Ahora podemos hacer una primera consideración conclusiva de orden general y abstracto, citando además la más válida doctrina que hasta el momento se haya expresado en materia.

La cuestión principal que se debe resolver –ya mencionada con referencia al art. II-112 del TC– es la de la relación existente entre la tutela comunitaria de los derechos fundamentales, las demás disposiciones constitucionales europeas y las ‘tradiciones constitucionales comunes’ de los Estados miembros, y además aquella relacionada a la previsión de un control de constitucionalidad para los actos normativos ‘ordinarios’.

La respuesta debe ser afirmativa; y de ello se deduce que dicho control constituye un síntoma y una evidencia de un proceso de constitucionalización europeo que si bien aún no puede definirse cumplido, sin duda se allega hasta los «controlimiti», oponibles por los niveles constitucionales nacionales de protección de los derechos y de los principios fundamentales.

Por lo tanto, que se haya otorgado una competencia (de jurisdicción constitucional europea) que concierna el Tribunal de Justicia parece ser un problema que ya no se puede discutir. Que esta competencia confunda en una sola jurisdicción competencias de mérito (para resolver la causa) y competencias de legitimidad (de los actos comunitarios en relación con el TC) es de la misma manera indudable. Lo que, en este momento, constituye un problema abierto, más que la incierta individuación del contenido de cada derecho, es el tema que se repropone, y que aún queda sin solución, de la «relación entre las distintas enunciaciones de los mismos derechos y entre las distintas jurisdicciones sobre los derechos», y en particular de la relación entre juez comunitario, Cortes constitucionales nacionales y Tribunal europeo de los derechos del hombre.

Respecto a tales cuestiones, en la doctrina se señala el alto nivel de problemáticas de las soluciones de reforma acogidas por el TC con el objeto de garantizar la efectiva tutela de los derechos (incorporados en el Tratado mismo) en el ámbito del espacio jurídico europeo. El Tribunal de Luxemburgo (C.G.U.E.) tendría inevitablemente el deber de garantizar los contenidos normativos de la Carta de derechos; ni siquiera parece posible proponer (o auspiciar) la atribución de dicha incumbencia al Tribunal de

Estrasburgo (tribunal EDU), o sea, más aún, a una Tribunal específicamente constituido, una suerte de 'Tribunal europeo *bis*', como había sugerido el prof. Favoreu. Muchos elementos obstacularían el eficaz desarrollo de esta tarea a la que los nuevos artículos del tratado no agregarían ninguna garantía real de mejora.

Por otra parte, los jueces nacionales, que deben referirse a las disposiciones del TC en tema de derechos fundamentales comunitario en el ámbito de aplicación del derecho comunitario, no tendrían competencias para someter a control de tutela de los derechos los actos de la Unión según lo que ya se ha observado.

Justamente, muchos en doctrina se preguntaran si el nuevo ordenamiento comunitario de los derechos fundamentales no autoriza a los mismos jueces nacionales, en un control que se convertiría de esta manera en control difundido de constitucionalidad, a la desaplicación del derecho nacional en contraste con el comunitario en el ámbito de la misma materia de los derechos fundamentales.

En los ordenamientos europeos se abre, de esa manera, un inédito camino a formas de control difundido de la constitucionalidad comunitaria de las leyes, «que ciertamente tendrá un incremento, a medida que los fiscales y los abogados de varios Países alcancen una plena madurez cultural que los ayude a mejorar estas técnicas que hasta ahora, a mi juicio, son poco conocidas» (Pizzorusso).

Estas válidas orientaciones en el sentido de una apertura hacia el nuevo cuadro normativo europeo, por tanto, no pueden sino señalar, aunque sea de manera implícita, el persistente *déficit* de reglamentación en materia de verificación de los actos comunitarios y de insuficiencia de los recursos disponibles para hacer valer los derechos fundamentales. En este perfil el TC no dio grandes pasos hacia adelante.

Dichas consideraciones llevan, nuevamente, a la cuestión de la positivización de adecuadas tutelas jurisdiccionales de los derechos fundamentales comunitarios, cuya garantía no puede sino referirse al nivel de la Constitución.

Se recuerda, en conclusión, que hablar de derechos y de Constitución en el ámbito de la Unión europea significa preguntarse sobre la naturaleza misma de la integración europea, superando el enfoque funcionalista que la caracterizó desde un principio al redefinir las fuentes de legitimación y los valores en que se basa.

3. UN PROCESO CONSTITUYENTE QUE (IMPROPIAMENTE) SE AUTODEFINE CONSTITUCIÓN. UN TRATADO-CONSTITUCIÓN QUE REQUERIRÍA UN PROCEDIMIENTO CONSTITUYENTE

Como se puede observar del análisis precedentemente efectuado acerca del *déficit* constitucional aún existente, la cuestión nos lleva directamente a la necesidad o no de un poder constituyente. La misma nos lleva a preguntarnos si el 'Tratado constitucional' comunitario, al completar un (deseado, positivo y antiguo) proceso de construcción comunitaria, no debe individualizarse como expresión de una cumplida 'discontinuidad' constitucional, y en cuanto tal «insanable, desde el punto de vista del orden constitucional ya comprometido, por el simple hecho que se utilice este o aquel instrumento que de todas maneras es expresión de poder constituido (y claramente no constituyente)» (Ruggeri). En otras palabras, se vuelve a proponer el tema principal «si el nuevo Tratado constitucional se coloca, por naturaleza jurídica y por sus relativos efectos, junto a (o en lugar de) los viejos tratados o si puede agregarse a ellos ... lo que sería como afirmar que, también ello, puede colocarse bajo la 'cobertura' del art. 11 de la Constitución italiana, como continuidad, o bien si se desvía irreparablemente del cause trazado por la Carta de 1948, ciertamente como factor de discontinuidad» (Ruggeri).

A partir de la aparente naturaleza casi-constitucional (y de la autodefinición como tal) que el nuevo Tratado asume (sobre todo) para la incorporación de la 'Carta', dicho enfoque, pues, argumenta en el sentido de la cumplida discontinuidad respecto a la previgente formación del derecho comunitario a través de los 'tratados no constitucionales', evidenciando que la 'fuerza simbólica' de dicha opción sería tal que podría asegurar la total legitimación al «nacimiento por vía consuetudinaria de una nueva norma de reconocimiento de la Constitución europea».

Respecto a esa (aunque válida) orientación doctrinaria, sin embargo, se debe observar que, aún no se ha podido hallar la respuesta a las censuras que insisten sobre la precariedad (el *déficit* constitucional) de un semejante proceso constituyente, en ámbito constitucional europeo, caracterizado casi en todos los países por la rigidez de las constituciones y garantizado por sistemas de justicia constitucional.

El TC indudablemente ha desplazado hacia adelante la frontera de la integración comunitaria a través de los derechos y de ello, naturalmente, debe tener en cuenta la misma doctrina constitucional más reacia respecto a las formas empleadas hasta el momento. Sin embargo, subsiste «la debi-

lidad de una referencia a la concreta interacción política, en otras palabras, de los derechos políticos de los ciudadanos» (Dellavalle); por lo tanto, persiste aún la duda «que el objetivo no se haya alcanzado de manera satisfactoria y que por el contrario la retórica unitaria no es sino un escudo bajo el cual se ampara la falta de una real democratización de las instituciones» (Dellavalle).

Es resabido para una tendencia común de la doctrina que no se trata de una verdadera Constitución, también para esa parte de la misma doctrina que afirma que «el estadio evolutivo actual de la Unión no se puede comparar al de los Estados en la época de la fundación constitucional» (Pinelli). Parece también convenido que se trata de un proceso constituyente atípico «de carácter descriptivo» (para emplear la misma fórmula de G.U. Rescigno en el análisis de las transiciones constitucionales del segundo posguerra), incline a considerar una evolución de la integración comunitaria por lo menos desde el Tratado de Maastricht en adelante. No hay duda, de hecho que, a partir del nuevo TC, partes completas de la Constitución Italiana (y de los demás países miembros de la UE) registren significativas influencias y de ello se verán pruebas en la jurisprudencia comunitaria pero también en la expansión de las funciones jurisdiccionales de los mismos jueces nacionales (ordinarios y constitucionales) cuando la nueva normativa comunitaria se aplique en el derecho interno.

Las disposiciones de los artículos I-5, I-6, II-111 e II-113, en ese sentido consienten tres consideraciones principales.

En una primera lectura se afirma que el principio que debe guiar el intérprete de la investigación relativa a las relaciones entre TC y Constituciones nacionales es el de la «subdivisión de los respectivos ámbitos de operatividad basándose en un principio de competencia, permaneciendo cada ordenamiento fundado y orientado en una propia Carta constitucional» (Cartabia). En la hipótesis de enlace y superposición entre disciplinas de distinto ordenamiento el TC posee supremacía y prevalece sobre las constituciones nacionales; dicha supremacía, sin embargo, cuando entra en el ámbito de los principios y de los derechos fundamentales de cada ordenamiento constitucional nacional, deja la última palabra a las constituciones nacionales y, a través de ellas, a los relativos jueces constitucionales, en una especie de «primacía invertida» (Cartabia).

Permanece aún sin solución, en la fase actual, la cuestión relativa a las sucesivas fases, necesarias, para que se pueda cumplir y perfeccionar el proceso de integración comunitaria.

Hacia esa dirección se desplazan las argumentaciones a favor: a) del referéndum como «elemento adicional esencial para el perfeccionamiento del acto que se está realizando» (De Minico); b) de «una realineación de nuestra Constitución del 1948 a todo lo producido y a todo lo que todavía producirá en futuro el proceso de integración europeo, dejando el camino hasta aquí seguido en conformidad al art. 11 Const. Ital. (Caretti) ; c) por último, se deben señalar las orientaciones que sostienen la necesidad de ir más allá, optando «por ratificar y recibir el Tratado constitucional europeo con leyes constitucionales» (Cartabia).

Respecto a la naturaleza del presente Tratado, pues, se debe llegar a la conclusión que la reorganización de los tratados, perseguida a través de la abrogación de los anteriores y de sus reformulaciones en un único Tratado que asegure una mejor legibilidad, no constituyen por sí mismos argumentos a favor de una propia transformación en un texto (formalmente) constitucional.

En realidad, si se observa bien, discusiones a favor de dicha transformación ya existían tanto en la jurisprudencia de algunas cortes constitucionales europeas, en la alemana por ejemplo, como en la afirmación pretorial del juez comunitario que, conjuntamente con la afirmación del primado y de la directa aplicabilidad del derecho comunitario, decide cualificar el ordenamiento como «carta constitucional básica», o como «carta constitucional de una comunidad de derecho» (Dictamen 1/91 *Espace économique européen*, 14 de diciembre 1991).

Sin embargo, tales afirmaciones, basadas en la 'analogía' entre las disposiciones de los tratados y las de las constituciones nacionales, no se demuestran resolutivas para individuar los aspectos distintivos entre ambas tipologías de actos; de manera tal que, en síntesis, «solo la existencia de un aspecto formal de constitución –un orden jurídico autónomo dotado de un propio control jurisdiccional– impondría la cuestión de la constitucionalización del tratado» (Ch. Franck). Dicho aspecto formal no obtendría respuestas hasta que otro elemento formal de constitución no sea previsto, precisamente el del poder constituyente.

Bajo este punto de vista, no parecen resolutivas las argumentaciones de aquella orientación que se detiene a subrayar lo que, en realidad, nadie niega en doctrina –o sea la existencia del ordenamiento comunitario como ordenamiento autónomo– que produce efectos jurídicos sobre los ordenamientos internos de los Países miembros; dichos efectos son totalmente reconocidos en los ordenamientos nacionales y como tales se

consideran válidos. Pero ¿se puede afirmar, como también algunos sostienen, que de esta manera se pierde toda diferencia entre 'tratado' y 'constitución'?

Con el riesgo de inscribirse a una orientación doctrinaria (que parece conservadora (de antiguas categorías) es necesario, de esta manera, evidenciar que una Constitución –en cuanto acto jurídico que funda un ordenamiento jurídico primario y de este último parte integrante fundamental en su componente de *inner law*– no pueda sino proceder de una voluntad constituyente.

A lo largo de este proceso analítico, sin duda, se debe superar la rigidez de tipo procesal de las categorías dogmáticas, como por ejemplo las de asumir como fundacional de nuevos ordenamientos constitucionales sólo la decisión de tal voluntad mediante asambleas constituyentes. A eso inspira no tanto y no solo el reconocimiento de las peculiaridades históricas de las asambleas constituyentes de las fases de la posguerra como la consideración que aun antes de dicho periodo evolutivo del constitucionalismo contemporáneo, en el de origen, prevalecía una naturaleza 'flexible' de las rígidas constituciones modernas (Pace).

Subsiste de todas maneras el hecho que una decisión constituyente como base de un nuevo ordenamiento constitucional, que garantice al mismo tiempo también una nueva jerarquía entre los ordenamientos nacionales y el comunitario, resulta necesario para resolver todas las posibles antinomias que presentara el incumplimiento de legitimación de dicha jerarquía. Por otra parte, ¿cuáles disposiciones del TC reconocen al Parlamento europeo una fuerza propia, constituyente y/o de 'revisión constitucional', que se pueda imponer sobre las 'Altas Partes contrayentes' (es decir gobiernos nacionales, y solo indirectamente Parlamentos nacionales)?

También bajo este aspecto, por lo tanto, debe observarse que la mera elección con sufragio universal del Parlamento Europeo y la natural (pretendida) competencia constituyente del mismo no representa argumento resolutivo como garantía de ejecución de un poder constituyente. El Parlamento europeo, en la realidad concreta, sigue ejercitando solo los poderes que los 'señores de los tratados' le reconocen.

El argumento resolutivo desde este punto de vista vuelve a proponerse como necesidad de una legitimación constituyente por parte de los pueblos europeos, que se expresan tanto a través de los parlamentos nacionales, como a través de sus representantes en el Parlamento europeo,

así como a través de la acción directa de los ciudadanos de los países miembros.

Pero, como se ha evidenciado, la hipótesis de un referéndum europeo, lleno de evocaciones constituyentes, en esta fase, todavía no se ha considerado necesario (ni concretamente factible). Junto a la noción de ciudadanía europea, el referéndum está destinado a pasar por «premisa ideológica», destinada a sostener «una tensión creciente para seleccionar valores e ideas comunes de un pueblo de Europa en sentido estricto (que) se va acercando a la convicción de la identidad nacional» (De Minico).

Bajo este aspecto también, se debe destacar nuevamente que el horizonte constituyente se ha incumplido también en la sucesiva, actual e importante, fase de desarrollo de la integración comunitaria. Los problemas no faltaron ante la ausencia de una disciplina comunitaria en materia de referéndum y de sujetos legitimados a proponerlo en el ámbito comunitario. Resta, así, tan solo el horizonte nacional; sin embargo, la realización de referéndum nacionales claramente no podría subrogar el esperado efecto legitimador «de la función nominalmente constituyente ejercitada por el binomio Convención-Conferencia intergubernamental, (pudiendo solo intervenir) en el ámbito de los instrumentos empleados por cada Estado para integrar el derecho comunitario en su propio ordenamiento» (De Minico).

Volviendo a las tesis enunciadas anteriormente, la orientación que parece ser más argumentada es la que conduce a evidenciar que el trabajo de la Convención, antes, y el TC, después, habrían concretizado algo más que una reorganización normativa de los tratados de las Comunidades y de la Unión europea. «Eso no significa, de hecho, que siga tratándose de un texto al cual objetivamente no se puede llamar Constitución, porque una Constitución es tal no solo por el hecho de que posea este tipo de contenidos, sino también, y sobre todo, porque representa el resultado de un proceso que nace, del pueblo, con la intención de convertirse en un proceso constituyente, con una legitimación, la del titular de la soberanía, que no puede dar lugar a dudas, con una fuerza potentemente conformante, justamente porque se basa sobre la voluntad del *demos*. En otras palabras, para poder afirmar que un determinado texto normativo es una Constitución, y, en el caso específico, es la Constitución europea, es necesario que se elabore a través de una asamblea constituyente europea, electa con sufragio universal directo por el pueblo europeo que se debería caracterizar por un *idem sentire* que, hasta hoy día, no ha sido posible alcanzar» (Salmoni).

Siguiendo una orientación ya suficientemente argumentada por la mejor doctrina constitucional italiana y extranjera, se puede asimismo afirmar que el tema de las relaciones entre derecho y Constituciones en el nuevo ordenamiento comunitario –y con ello el tema de la ‘justiciabilidad’ de los derechos reconocidos en la Carta de Niza (y ahora en el Tratado constitucional)– no ha ofrecido todavía soluciones completamente satisfactorias.

Piénsese en ese sentido en las problemáticas constitucionales planteadas por los art. 51 y 52 de la Carta de Niza y aún no totalmente solucionadas por el nuevo Tratado constitucional, considerando asimismo las integraciones aportadas al art. 52. Ello ha llevado a una parte de la doctrina a interrogarse sobre la necesidad de dar vida a una especie de «súper-Corte europea para que discipline los problemas, una suerte de tribunal de conflictos constitucionales europeos con la tarea de armonizar los catálogos y las jurisprudencias de las distintas Cortes» .

Lo que en mayor medida resalta de dicha relación, con particular referencia a la garantía de las posiciones jurídicas subjetivas constitucionalmente garantizadas, solo reenviadas en el pasado con la conocida jurisprudencia sobre los ‘controlimiti’, parece centrarse en la necesidad de una «reforma constitucional tanto en el ámbito europeo como a escala nacional» (De Siervo). Por consiguiente, no es posible que se siga desarrollando un proceso de integración comunitaria, que se transforme en *itinere* (casi de facto) en un proceso de constitucionalización comunitaria plena, sin una legitimación democrática completamente representativa, como solo los procesos constituyentes pueden asegurar» (De Siervo).

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Con relación a los temas ilustrados en la introducción ahora se puede llegar a algunas conclusiones. Sobre la cuestión relativa a la naturaleza jurídica y al *nomen juris* del TC, es posible concluir que el mismo se puede adscribir a la tipología de los tratados y no a la de las constituciones. Aun siendo verdad que en el TC resulta disciplinada una materia ampliamente comparable a la de las constituciones, también es cierto que carece de una de las condiciones constitutivas esenciales para que pueda realmente llegar a definirse como Constitución, esto es la condición de constituir un concreto acto y resultado de un poder constituyente.

Ni tampoco se puede afirmar que dicha tarea y tal legitimación constituyente puedan reconocérsele a la Convención especialmente instituida

para su redacción. Por otra parte, las formas que se emplearon para su aprobación son justamente las de la suscripción de tratados, eso significa la adopción por parte de la Conferencia intergubernativa, firma y ratifica por parte de los estados miembros.

De la misma manera, se debe observar que, si bien no tiene la forma y la fuerza de una Constitución, el TC desarrolla muchas de las funciones de esta última, pudiendo por ello, justamente, denominarse Tratado Constitucional. Como correctamente se ha señalado (Pace), de hecho, la tesis a favor de la transformación del TC en la efectiva Constitución europea llevaría, con eso mismo, a la conclusión que «las constituciones de cada estado, y por ende de dicho acto, resulten deslegitimadas ... o de todas maneras fuertemente redimensionadas».

Por otra parte, tampoco se podría afirmar la idoneidad para una semejante transformación, por lo menos en Italia, de la frágil previsión del art. 11 de la Const. Dicho artículo prevé la cesión de cuotas de soberanía nacional (con el objeto de asegurar la paz y la justicia entre los pueblos) pero ciertamente no puede legitimar plenamente una nueva fuente de producción constitucional, que introduce un nuevo orden político.

La misma inidoneidad del art. 11 de la Const. se debe además afirmar para la aceptación del TC en el orden jurídico interno, considerando que no se trata de simples disposiciones que regulan la materia económica sino de un nuevo y orgánico texto que abraza la misma materia de derechos. ¿Es posible reconocer a la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno una total efectividad ante la aceptación de tal orgánico ordenamiento con la fuerza propia de una ley ordinaria? Esta preocupación doctrinaria, que habría sugerido una aceptación del TC mediante una ley constitucional no fue considerada digna de atención aunque las cuestiones derivadas no sean de escasa importancia para la composición de eventuales conflictos, en el futuro, entre los dos ordenamientos en materia de derechos. La cuestión de hecho invoca directamente la relación entre Tribunales constitucionales nacionales y Corte comunitaria: ¿a cuál de los dos tribunales le tocará la última palabra en la interpretación y en la garantía de los derechos?

De todo esto deriva lo que hemos afirmado sobre la necesidad de una reconstrucción de la fuente de legitimación política de la Constitución europea a través de idóneos procesos constituyentes, que no necesariamente deberían asumir la forma de asamblea constituyente. Pero aun ante esta hipótesis no hay duda de que los problemas de teoría constitucional se-

guirían interfiriendo en el ejercicio mismo del poder constituyente por parte de los pueblos europeos. Dichas cuestiones no se encuentran principalmente en las formas que se deben adoptar para el pronunciamiento constituyente sino en la cuestión central si es legítimo y con cuáles límites de convocación de un tal referéndum (o procedimientos semejantes) –naturalmente abierto al voto popular de cada Estado miembro– ante los límites (implícitos y explícitos) que nuestro texto constitucional ha previsto en los arts. 138 y 139 de la Const., y que la Corte constitucional ha confirmado en varias oportunidades.

Entonces tampoco bajo este aspecto puede quedarse sin respuesta la cuestión dogmática sobre la necesidad de un procedimiento constituyente tal como señalaba la doctrina clásica, según la cual solo un ‘hecho’ de discontinuidad puede considerarse como fundacional de un nuevo ordenamiento constitucional que deje atrás un ordenamiento ya formalmente superado.

La conclusión sobre este punto, por lo tanto, es una sola. Respecto a las dos alternativas posibles planteadas en la Conferencia intergubernativa –la de poner en marcha un proceso constituyente o, al contrario, la de predisponer cambios más amplios de los tratados comunitarios– la elección recae sobre la segunda, en cuanto más actuable desde el punto de vista de las relaciones de las fuerzas políticas entre los Estados miembros y, al mismo tiempo, capaces de asegurar una continuidad respecto al pasado.

Las mismas previsiones de la Parte IV del TC en materia de abrogación de los precedentes tratados, de sucesión y de continuidad jurídica, confirman la tesis sobre la naturaleza del proceso constituyente del cual se ha señalado su formal adscripción del TC a la naturaleza jurídica de los tratados. Realmente, es discutible la definición misma del proceso en acto como ‘proceso constituyente’ y eso por las mismas razones con las que se ha negado la naturaleza de Constitución al TC inmediatamente después de haber sido firmado.

En conclusión, la cuestión planteada, en la fase actual, se sigue considerando solo –como se ha tratado de hacer anteriormente– respecto a la interpretación de los contenidos de las disposiciones del TC (I-6) en materia de prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho de los Estados miembros. La cuestión por lo tanto actualmente debe profundizarse con relación al derecho de la UE respecto a las constituciones nacionales.

En este marco de relaciones, más de una señal, a partir del caso Kreil, indica que las constituciones nacionales no siempre pueden resistir a la supremacía de la Constitución europea y que fácilmente se puede hipotizar que, en el futuro, «la importancia de las constituciones nacionales se reducirá con el tiempo».

He aquí, pues, la cuestión. La solución se remite al futuro del concreto diálogo entre las cortes (CGUE, Corte EDU, Cortes constitucionales), por un lado, y a las decisiones de los pueblos europeos de profundizar la integración comunitaria para alcanzar una verdadera 'casa común', o sea, optando por constituirse como efectiva y totalmente legitimada comunidad política de derecho.

Para alcanzar dicho proceso de autodeterminación de los pueblos europeos –si algún día se logrará hacerlo– se deberá recurrir a la legitimación constituyente, propia de un ordenamiento social que se constituya como comunidad política organizada como Estado, superando de esta manera las originales fórmulas que hasta el momento han sido empleadas, es decir las de una entidad jurídica entre organización internacional y estatal.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y SU UBICACIÓN EN LAS FUENTES DEL DERECHO: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Humberto Nogueira Alcalá ⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El concepto de dignidad de la persona y de derechos esenciales o humanos. 3. Los derechos humanos o derechos esenciales en las Constituciones latinoamericanas. 4. Derechos y tratados. 5. El valor de derechos humanos contenidos en tratados en la jurisprudencia constitucional latinoamericana. 6. El bloque constitucional de derechos fundamentales o humanos. 7. Reglas básicas de interpretación en materia de derechos humanos. 8. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es analizar la posición de los derechos humanos o fundamentales en el ordenamiento jurídico y el sistema de fuentes en el ámbito latinoamericano, teniendo en consideración para ello el derecho constitucional positivo comparado de América Latina, los trata-

(1) El autor es Doctor en Derecho de la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica; Profesor Titular de Derecho Político y Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Talca y Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Chile (nogueira@utalca.cl).

dos que contienen derechos esenciales y sus garantías ratificados por los países de América Latina, la doctrina y la jurisprudencia comparada e internacional

2. EL CONCEPTO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA Y DE DERECHOS ESENCIALES O HUMANOS

La dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin. Tal dignidad se constituye en la fuente de todos los derechos humanos. Podemos sostener así que dada la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos, debe rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales.

En tal sentido, el status jurídico-constitucional de la persona es un status jurídico material de contenido concreto, no disponible por la propia persona, por los poderes públicos, por los organismos internacionales o por los organismos supranacionales.

No es posible seguir sosteniendo a inicios del siglo XXI lo que señalaban autores de la segunda mitad del siglo XIX, como Gerber ⁽²⁾ o Jellinek ⁽³⁾, para los cuales los derechos subjetivos públicos no representan más que una autolimitación impuesta y siempre revocable por el propio Estado.

La dignidad de la persona y sus derechos fundamentales establecen los valores esenciales en que se cimenta el consenso de la sociedad y legitiman el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la República Democrática y del Estado de Derecho.

Las Constituciones latinoamericanas utilizan los conceptos de «derechos», «derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana», como asimismo de «derechos humanos», «derechos constitucionales» o «derechos fundamentales».

Dichos conceptos pueden ser considerados análogos o considerar que constituyen conceptos jurídicos diversos.

(2) Gerber, F. *Klüber öffentliche Rechte* (1852).

(3) Jellinek, Georg. *Das system der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892).

La denominación utilizada de **derechos «esenciales», fundamentales o «humanos»**, consideramos que explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del status jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter fundamentador del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad de tales derechos, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico.

El *concepto de derechos humanos*, en el contexto contemporáneo, se reserva generalmente para denominar a los derechos de la persona, reconocidos y garantizados por el Derecho Internacional, sea éste Consuetudinario, Convencional o *Ius Cogens* (Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario). Muchas veces el concepto se extiende a los presupuestos éticos y los componentes jurídicos positivados en las Cartas Fundamentales de cada Estado, denominados también derechos constitucionales o derechos fundamentales ⁽⁴⁾.

El profesor *Antonio Truyol y Serra* escribe «*Decir que hay derechos humanos equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados*» ⁽⁵⁾.

El constitucionalista y filósofo del derecho argentino, prematuramente fallecido, *Carlos Santiago Nino*, sostenía que «*Siendo la propiedad de ser individuos humanos la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos (salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en distintos grados)*» ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Peces-Barba, Gregorio, *Curso...* Op. Cit., p. 37. Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I, pág. 221. El profesor Costaricense Hernández Valle los define como el «conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho Positivo».

⁽⁵⁾ Truyol y Serra, Antonio. En «Estudio Preliminar», a los derechos humanos. Declaraciones y Convenciones internacionales. Pag.11.

⁽⁶⁾ Nino, Carlos. *Introducción al análisis del Derecho*. Ed. Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1980, pág.417.

Castán Tobeñas define los derechos del hombre «como aquellos derechos fundamentales de la persona humana –consideradas tanto en su aspecto individual como comunitario– que corresponden a éste en razón de su propia naturaleza (de esencia a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común» (7).

Peter Häberle señalará que los derechos fundamentales constituyen «el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales»(8).

El profesor francés *Louis Favoreu* considera que por derechos fundamentales es necesario comprender «el conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas físicas como a las personas morales (de derecho privado o de derecho público) en virtud de la Constitución pero también de los textos internacionales y protegidos tanto contra el poder ejecutivo como contra el poder legislativo por el juez constitucional o el juez internacional»(9).

El profesor *Cea Egaña* señala que son aquellos «derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos»(10).

Los **derechos fundamentales o humanos** constituyen *el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídi-*

(7) Castán Tobeñas, José. *Los derechos del hombre*. Págs. 13 y 14.

(8) Häberle, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. En *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Ed. Universidad Carlos III, Madrid, España, pág. 94.

(9) Favoreu, Louis. *L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires*, RFDC N°4,1990, págs. 581 y siguientes. Traducción nuestra.

(10) Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional chileno*. Tomo I. Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002, página 221.

cos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos.

En este artículo utilizaremos los conceptos de derechos humanos o derechos fundamentales alternativamente como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional y que vinculan a las personas y a los Estados.

Los derechos esenciales, fundamentales o humanos, no sólo otorgan facultades a las personas y un status jurídico en un ámbito de la existencia; ellos tienen también una significación objetiva, son, como lo sostiene Schneider, la *conditio sine qua non* del Estado Constitucional democrático, ya que no pueden dejar de ser pensados sin que corra un riesgo inminente el Estado constitucional contemporáneo. Así, los derechos cumplen también funciones estructurales de gran importancia para los principios conformadores de la Constitución ⁽¹¹⁾.

De esta forma, en el Estado Constitucional democrático, los derechos operan como derechos de defensa frente al Estado y los individuos, salvaguardando la dignidad de la persona y, al mismo tiempo, se objetivizan operando como elementos del ordenamiento objetivo, incorporando un orden axiológico objetivo que, en su condición de decisiones constitucionales básicas, vale para todos los ámbitos del Derecho, proporcionando directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia» ⁽¹²⁾.

Los derechos fundamentales constituyen preceptos directamente vinculantes y aplicables que configuran y dan forma de modo esencial al Estado, siendo éste un Estado instrumental al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana y del bien común.

⁽¹¹⁾ Schneider, H.P., «Peculiaridad y función de los Derechos fundamentales de un Estado constitucional democrático», *Revista de Estudios Políticos*, N° 7 (Nueva época), Madrid, España, 1979, p. 23.

⁽¹²⁾ Citada por Stern, Klaus, «El sistema de los derechos fundamentales en la RFA», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 1, septiembre - diciembre, 1988, Madrid, España. El Tribunal Constitucional español, ha afirmado que el Tribunal Constitucional español, los derechos sin perder su naturaleza subjetiva, son «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado Social y Democrático de Derecho».

El interés general o el orden público no pueden invocarse como «medios para suprimir un derecho garantizado en la Constitución o en el derecho internacional de los derechos humanos ratificado y vigente, ya que dichos conceptos tienen como componentes esenciales el respeto a la dignidad y los derechos humanos, además de que deben interpretarse de acuerdo a las justas exigencias de una sociedad democrática, teniendo en consideración –como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos– «el equilibrio entre los distintos intereses en juego y las necesidades de preservar el objeto y fin de la Convención Americana de Derechos Humanos (C.I.D.H. O.C. 5-1986, párrafo 67).

3. LOS DERECHOS HUMANOS O DERECHOS ESENCIALES EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS

Como señala García de Enterría, la Constitución asegura una unidad del ordenamiento jurídico, esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas ⁽¹³⁾. Este orden de valores está cimentado en el valor central de la dignidad de los seres humanos y los derechos fundamentales que emanan de ella, así lo reconocen las constituciones latinoamericanas.

La Constitución de Bolivia, en su artículo 6º, señala: «I. «Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera; «II. La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.», agregando en el **artículo 7º**: «Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.»

La Constitución de Brasil de 1988, en su artículo 1º, **precisa**: «*La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: ...III. La dignidad de la persona humana;*», y el artículo 4º determina: *La República Federativa de Brasil se*

⁽¹³⁾ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, España, 1985, p. 97.

rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: ...II. Prevalencia de los derechos humanos»

La Constitución chilena en su artículo 1º, reformado en 1999, determina en su inciso 1º «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos», agregando en el inciso 4º, «El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común».

La Constitución de Colombia de 1991, en su artículo 1º, precisa: «*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*». Agregando en el **artículo 5º:** «*El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad*».

La Constitución del Ecuador de 1998, artículo 3, señala: «*Son deberes primordiales del Estado: 2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social*».

La Constitución salvadoreña de 1983 reformada en 2000, prescribe: «**artículo 1.-** *El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.*

Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.»

La Constitución de Guatemala de 1985 reformada en 1993, en su artículo 1º determina: «**Protección a la Persona.** *El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.*»

La Constitución de Panamá, en su Preámbulo señala: «*Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional, e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de Panamá.*»

La **Constitución de Paraguay de 1992**, en el Preámbulo prescribe: «El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, **reconociendo la dignidad humana** con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional, SANCIONA Y PROMULGA esta Constitución».

La **Constitución de Perú de 1993**, en su artículo 1º, **precisa**: «*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*»

La **Constitución de Venezuela de 1999**, artículo 2º, **prescribe**: «*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.*» Y el artículo 3º **complementa**: «*El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución.*»

A su vez el artículo 19 **ordena**: «*El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad, el ejercicio y goce irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos por la República y las leyes que los desarrollan.*»

Puede sostenerse que los derechos humanos o fundamentales no están en las normas (internas o internacionales), «no se constituyen» en la norma positiva sino que esta sólo los asegura, los garantiza y los promueve, los derechos emanan de la dignidad humana. Los derechos tampoco se realizan en las normas sino que ellos se concretan en la vigencia sociológica, la que demuestra la efectividad de los derechos. La norma positiva sólo significa vigencia normológica como señalaba Bidart Campos⁽¹⁴⁾.

(14) Bidart Campos, Germán. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna. En V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ed UNAM, México, 1998, página 98.

Las Constituciones Latinoamericanas explicitan un catálogo de derechos abierto, ya que el constituyente reconoce sus propias eventuales limitaciones culturales y de contexto histórico, estando conciente del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano.

Casi todas las constituciones americanas establecen un reconocimiento de derechos implícitos, entre ellas pueden mencionarse las siguientes:

La Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, la cual, en su *novena enmienda*, establece que *«la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será interpretada como negación o restricción de otros derechos conservados por el pueblo»*.

La Constitución argentina ya sostenía en su **artículo 33, introducido por la reforma de 1860**, que *«Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno»*.

Una norma similar contiene la **Constitución de Uruguay** en su **artículo 72**, *«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»*.

La Constitución de Ecuador de 1998, en su **artículo 19**, señala: *«Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se derivan de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material»*.

La Constitución de Perú de 1993, artículo 3º, prescribe: *«La enumeración de los derechos recogidos en el capítulo relativo a los derechos fundamentales 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 la soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno»*.

La Constitución de Venezuela de 1999, en su **artículo 22**, señala que *«La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos»*.

Otras constituciones de América Latina que consideran la existencia de derechos implícitos son; **Bolivia**, art. 35; **Brasil**, art. 4; **Colombia**, art. 94; **Costa Rica**, art. 74; **Guatemala**, art.4; y **Paraguay**, art. 80.

En la Constitución chilena no existe una clausula de derechos implícitos en forma expresa, pero tampoco existe hermetismo constitucional en materia de derechos esenciales o humanos por decisión del propio constituyente, el que estableció la limitación de la soberanía por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza de la persona humana, de lo que claramente quedó constancia en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, constituyendo este un antecedente que debe ser considerado. En la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en sesión 101ª de fecha 9 de enero de 1975, el Comisionado Jaime Guzman señalaba «...ese texto autoriza entablar incluso recursos de inaplicabilidad y a pedir la inconstitucionalidad de leyes que aunque no violenten algún texto expreso de la Constitución, violenten derechos fundamentales de la persona humana, porque al hacerlo están violentando el texto expreso de la Constitución: el que señala que la soberanía está limitada por los derechos fundamentales o naturales del hombre» (pág. 12). En la sesión 203 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se sostuvo: «la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana». Como también lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional.

Los derechos implícitos se desprenden también del **artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, literal c), la cual sostiene que «*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, y

d) Excluir o limitar el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza».

La disposición contenida en el artículo 29 de la Convención Americana en su literal c), permite comprender el *efecto vinculante de otros derechos que, aún cuando no fueron recogidos expresamente por los pactos internacionales o por la Constitución, quedan implícitamente garantizados en virtud de dicha disposición.*

El concepto de derechos implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitu-

ción formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental. Ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. El sistema de derechos humanos pleno tiene carencias normativas e implicitudes que es necesario extraer de los valores y principios, pudiendo faltar normas de reconocimiento. El constitucionalismo democrático americano así lo reconoce.

La jurisprudencia de las Cortes Constitucionales o Cortes Supremas de América, cuando han tenido voluntad efectiva de garantizar los derechos humanos, lo han podido hacer apelando al valor vinculante de éstos aún cuando no están expresamente señalados en el texto constitucional, como podemos verlo en los siguientes ejemplos:

El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia Rol N° 226 de 30 de Octubre de 1995, considerando 25°: «...la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.

«Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional».

Al efecto, una sentencia de la Corte Suprema de Venezuela de diciembre de 1990, aplica los Convenios de la OIT, especialmente el 103 y la Recomendación 93, como la Convención de Eliminación sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en ausencia a la época, de legislación laboral de protección de la maternidad de la mujer trabajadora, dicha sentencia sostuvo:

«Por lo expuesto, es concluyente la existencia y el reconocimiento del derecho a la protección de la maternidad, rechazándose, en consecuencia, cualquier interpretación tendiente a desconocerla por falta de legislación que desarrolle su contenido. De ahí que, para esta Sala, se trata de normas operativas que constituyen derechos subjetivos constitucionales, cuyo cumplimiento y protección es exigible por los ciudadanos y constituye un deber de los tribunales acordar su protección en caso de que sea evidente su vulneración (el subrayado es nuestro).

«...igualmente debe señalarse que el derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho de disfrutar del descanso pre y post-natal constituyen derechos inherentes a la persona humana los cuales se constitucionalizan de conformidad con el artículo 50 de nuestro Texto

Fundamental, según el cual 'la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella, la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaban el ejercicio de los mismos...'. ...De modo que toda esta normativa de carácter supranacional y en particular del mandato contenido en el artículo 74 de la Constitución, consagra la protección de la maternidad y de la mujer trabajadora, materializando tal protección a través de la consagración de la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y post-natal...» (el subrayado es nuestro).

La Corte Suprema de Venezuela, en fallo de 19 de enero de 1999, determina: «El referéndum previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución»⁽¹⁵⁾.

La Corte Constitucional de Colombia en sentencia 477/95, determina:

«De un lado, el artículo 29 inciso c) de la Convención Americana, nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aún cuando no fueron expresamente recogidos por los pactos internacionales ratificados por Colombia, quedaron implícitamente garantizados en virtud de tal disposición.

La disposición contenida en el literal c) del artículo 29, establece de un lado la expresa prohibición de excluir los derechos inherentes al ser humano y, por otra parte, otorga un amplio sentido de interpretación de los derechos inherentes a la persona, tal significación permite considerar el derecho a la identidad consagrado de manera implícita en todos los pactos o convenios de carácter internacional, y en consecuencia objeto de protección jurídica.»

4. DERECHOS Y TRATADOS

Una parte importante de las Cartas Fundamentales Latinoamericanas elevan los derechos fundamentales o humanos asegurados por tratados internacionales ratificados y vigentes a la categoría de constitución material, ya sea por ser tales derechos «límites a la soberanía», vale decir,

⁽¹⁵⁾ Ver *Ius et Praxis*, año 5 N° 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, 1999, páginas 579 y siguientes.

a la potestad del Estado, o por incorporarse los tratados directamente o indirectamente a la constitución material o formal, o a través de la categoría de derechos implícitos, formando parte del plexo de derechos materialmente constitucionales, independientemente de la posición que se tenga sobre el rango de los tratados internacionales en el orden jurídico interno.

Los sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales se completan así, con la integración del Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Humanitario Internacional, logrando la plenitud del sistema de derechos.

Es por ello que puede hablarse de *un bloque constitucional de derechos*, constituido por los derechos asegurados en el texto formal de la Constitución y los derechos materialmente constitucionales y reconocidos como tales, al incorporar el Estado explícitamente los contenidos normativos de derechos y garantías de ellos contenidos en los tratados ratificados y vigentes, generándose una retroalimentación en ambos sentidos por la duplicidad de fuentes del sistema (interna e internacional). Asimismo, la idea de bloque de constitucionalidad en nuestro ámbito latinoamericano implica considerar la necesaria armonización y convergencia de los principios de supremacía constitucional y primacía del derecho internacional y la consideración que los derechos constituyen el vértice superior del derecho interno y del derecho internacional.

De esta manera los derechos o la dimensión de los derechos no contenidos en el texto constitucional, que constituyen derechos inherentes a la persona, por ser considerados derechos implícitos o por ser reconocidos como tales por el Estado al ratificar convenciones o tratados internacionales en materia de derechos humanos o de derecho humanitario, forman parte del bloque constitucional de derechos en la medida que mejoren el contenido de los derechos o los garanticen en mejor forma, sin dañar o afectar el contenido de los ya explícitamente reconocidos en la Carta Fundamental. Consideramos que forman parte de este bloque también los derechos contenidos en el derecho consuetudinario internacional y en las normas imperativas de derecho internacional (*Ius cogens*).

Las Cartas Fundamentales se insertan en un contexto internacional y supranacional en materia de derechos humanos, la tutela de tales derechos se inscribe en el marco más amplio del Derecho Internacional informado por valores comunes, que trasciende la esfera estatal, por decisión del propio constituyente.

Las fuentes internas y las fuentes internacionales de derechos se retroalimentan, las interpretaciones reduccionistas van en contra del sen-

tido y finalidad del sistema de derechos esenciales fijado por el constituyente, que es lograr la optimización y plenitud del sistema, acogiendo el ámbito que más enriquece y garantiza el ejercicio de los derechos, éste es el deber ser existencial del Derecho como diría Cossio.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es fuente del Derecho Interno cuando contiene elementos que enriquecen al Derecho Interno, cuando agregan un «plus» al contenido normativo de los derechos delimitados y configurados en el derecho interno y viceversa, el sistema nacional de Derecho enriquece al Derecho Internacional de derechos humanos, buscando siempre la integralidad maximizadora del sistema de derechos esenciales o humanos, todo lo que está reconocido en el *artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

Esta visión interpretativa convergente de los derechos, los asegurados por la Constitución y los asegurados por el derecho internacional, tienen la fuerza para ser interpretado de la forma más adecuada a su optimización. El intérprete debe operar considerando que existe una retroalimentación recíproca entre fuente interna y fuente internacional recepcionada internamente en materia de derechos fundamentales. Así existe una retroalimentación y complementación del derecho constitucional formal y del derecho internacional de los derechos humanos, suplementando o fortaleciendo el sistema de derechos asegurado y garantizado constitucionalmente, optimizando el sistema de derechos.

Así cuando hay un derecho esencial contenido en un tratado ratificado y vigente y ese derecho esencial no está considerado en el texto formal de la Constitución, consideramos que los enunciados normativos sobre ese derecho esencial y sus garantías son Constitución en sentido material, constituyendo parte del bloque constitucional de derechos, en virtud de la consideración de los derechos implícitos o por ser derechos derivados de la dignidad humana como señalan los tratados.

Como señala *Peter Häberle*, el Estado constitucional «pierde su tradicional 'introversión' orientándose hacia fuera como *«Estado constitucional cooperativo»*, este es *«interioriza los derechos humanos universales que le son 'dados' de afuera, tanto de forma aparente como real»* ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ Häberle, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. En *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Ed de José María Sauca. Ed. Universidad Carlos III, Madrid, España, 1994, página 88.

Esta es una tendencia dominante y creciente en el derecho constitucional latinoamericano de fines del siglo XX:

La reforma constitucional argentina de 1994, incorpora a la Carta Fundamental, en su artículo 75, numeral 22, que establece las atribuciones del Congreso, *enumera los tratados con jerarquía constitucional: «la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículos alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ellos reconocidas. Sólo podrán ser denunciados, en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.»*

«Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional».

La Constitución de Brasil de 1988, artículo 4, determina que *«la República de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II.- Prevalencia de los Derechos Humanos».* A su vez, el artículo 5 numeral 1º, ordena que *las normas que definen «los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata»*, como asimismo, que los derechos y garantías expresadas en la Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios de ellas adoptados, o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte.

La Constitución de Colombia de 1991, artículo 93, establece que *«los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción, prevalecen en el orden interno; los derechos y deberes consagrados en esta carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia».*

La **Constitución de Costa Rica** de 1948 reformada en 1989, precisa en su artículo 48: «Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el Artículo 10.»

La **Constitución de Ecuador de 1998**, artículo 17, determina: «*El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos*».

El **artículo 18** agrega. «*Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.*

«*En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que mas favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o en la ley, para el ejercicio de estos derechos.*

«*Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales*».

La **Constitución de Guatemala de 1985**, en su artículo 46, establece el principio de que «*en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho Interno*».

La **Carta Fundamental de Nicaragua de 1987**, artículo 46, señala que se integran a la enumeración constitucional de derechos, aquellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales de Naciones; y en la Convención Americana de Derechos Humanos, con objeto de darles adecuada protección.

La **Constitución de Perú de 1993**, en su Cuarta disposición transitoria, precisa: «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.»

A su vez, el artículo 205 de la Carta Fundamental se señala que: «Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte».

La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 19 ordena: «El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad, el ejercicio y goce irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos por la República y las leyes que los desarrollan».

Por último, el artículo 23 precisa: «Los tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público».

5. EL VALOR DE DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN TRATADOS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

En el **caso de Argentina**, la Corte Suprema en el caso *Giroldi* de 7 de abril de 1995 (fallos 318-514), precisó que la reforma constitucional de 1994 había dado *jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales* (art. 75 inciso 22, párrafo 2º), entre ellos la Convención Americana en las «*condiciones de su vigencia*» y «*considerando su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación ... jurisprudencia que debe servir de guía para la interpretación de los preceptos constitucionales, en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH* (conf. arts. 75 inc. 22CN y 62 y 64 de la Convención y 2º de la ley 23.054)».

En el **caso Boliviano**, el Tribunal Constitucional considera los derechos humanos contenidos en tratados internacionales ratificados como complemento de los derechos asegurados constitucionalmente y los utili-

za en la medida que establezcan una protección mayor que la constitucional, además de practicar la doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así en el Expediente 2004-08469-17-RAC, la sentencia de fecha 6 de mayo de 2004, en que determina que solo la jurisdicción ordinaria puede juzgar delitos con la sólo excepción de los delitos de función de los militares que los juzgan los tribunales militares. Para ello el Tribunal Constitucional indica que *«el mandato constitucional impele a que se respete el derecho al juez natural, previsto en los artículos 14 y 16.IV de la Constitución, 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica»*, agregando, *«...de ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su sentencia de 31 de enero de 2002 (Caso del Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77), ha establecido que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial»*.

En el **caso chileno**, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

«...El Estado de Chile se impuso en los citados convenios internacionales la obligación de garantizar la seguridad de las personas (...), quedando vedado por este Convenio disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y, en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias lo ha reconocido.

«Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5º inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impiden sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2066, considerando 4º)» (El subrayado es nuestro)⁽¹⁷⁾.

(17) Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 469-98, de fecha 9 de septiembre de 1998, citado por Cea Egaña, José Luis. Derecho constitucional chileno. Tomo I, página 236.

En otro fallo alusivo a los tratados de derechos humanos ha establecido «Que se *comprometería la seguridad y honor del Estado de Chile* ante la comunidad internacional, como se destaca en la sentencia recurrida, *si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente*. Pues, *es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que, ciertamente, de producirse debilitaría el Estado de Derecho*»⁽¹⁸⁾.

En reciente sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Corte Suprema de Justicia, se ha determinado, en su considerando 45: «Que, en 1989, se agregó el siguiente inciso segundo al artículo 5° de la Constitución Política de la República: «El ejercicio de la soberanía reconoce, como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. *Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*».

«El artículo 5° le otorga así, rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto a los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana»⁽¹⁹⁾.

A su vez, en fallo de la Excma. Corte Suprema de fecha 17 de noviembre de 2004, esta determinó que el Estado de Chile al suscribir y ratificar los Convenios de Ginebra de 1949 se impuso «la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren participar en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. *Y en cuanto el pacto persigue garantizar derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto*

⁽¹⁸⁾ Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 26 de octubre de 1995, considerando 14°.

⁽¹⁹⁾ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 5 de enero de 2004, Rol N° 11.821-2003, en recurso de casación de forma interpuesto por procesados Laureani Maturana y Krasnoff Marchenko, confirmada por Corte Suprema de Justicia.

que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos»⁽²⁰⁾.

En la sentencia **del Tribunal Constitucional Rol N° 346 de 8 de abril de 2002**, sobre el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, el fallo de mayoría parece sostener una posición diferente, que los tratados de derechos humanos estarían comprendidos, desde el punto formal, en el nivel intermedio entre los preceptos legales y la Constitución, señalando que **«la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos humanos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental» (considerando 62).**

En todo caso, *el Tribunal se pronuncia sobre el valor jurídico de los tratados internacionales en materia de derechos humanos válidamente incorporados al derecho interno, no sobre los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados los cuales por mandato expreso de la Constitución son límites a la soberanía.*

En dicho fallo no hay argumentación que distinga entre el valor de los derechos esenciales que constituyen límites a la soberanía y los tratados como fuente formal que los contienen que tendrían un carácter de normas infraconstitucionales y supralegales. De manera que los derechos contenidos en los tratados tendrían un valor superior a las normas que los contienen, cosa que hasta ahora nadie ha podido explicar jurídica y racionalmente.

En el **caso Colombiano**, la Corte Constitucional en Sentencia C-004/03 de 20 de enero de 2003, considerando o fundamento 34, explicita: *«La Corte recuerda que el Estado colombiano, en desarrollo de tratados ratificados, ha aceptado formalmente la competencia de Organismos internacionales de control y supervisión en derechos humanos, como la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En tales condiciones, en virtud del principio de complementariedad en la sanción de las violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que Colombia ha reco-*

⁽²⁰⁾ Sentencia de la Excm. Corte Suprema de Justicia, Rol N° 517-2004, caso secuestro permanente Miguel Angel Sandoval Rodríguez, considerando trigésimo quinto.

nocido en múltiples oportunidades (CP art. 9º), y por la integración al bloque de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214)»⁽²¹⁾.

La Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia C-225/95, determinó:

«el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP 93 y 214, N° 2) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un 'bloque de constitucionalidad', cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (C.P. artículo 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C.P., artículo 93)» (Fundamento Jurídico N° 12).

En el caso de Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha sostenido que, a la luz del artículo 48 de la Constitución Política, *«todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos han sido elevados a rango constitucional, y por consiguiente, estos deben ser incorporados en la interpretación de la Constitución sobre todo en esta materia»⁽²²⁾.* A su vez, la **Sentencia 3435-95** del 19 de mayo de 1995, en su **considerando 6º**, precisó: *«Como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de derechos humanos, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas priman sobre la Constitución».*

En el caso ecuatoriano, el Tribunal Constitucional emplea los tratados internacionales de derechos humanos como complemento de la Constitución y como señala Marco Morales, su ex Presidente, que en caso de contradicción entre la Constitución y un tratado de derechos humanos, debe tenerse presente el art. 18 de la Constitución que determina estarse a la interpretación que mas favorezca la efectiva vigencia de los derechos,

(21) Sentencia de Corte Constitucional Colombiana C-004/03 de 20 de enero de 2003. Ver página Web (www.Cajpe.org.pe/rij/bases). Consultada el 17 de marzo de 2005).

(22) Sala Constitucional, Corte Suprema de Costa Rica, Voto 10963-02, de las 18,20 horas del 7 de noviembre de 2002. Citada por Armijo, Gilbert. 2003. La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica, en Revista Ius et Praxis, año 9 N° 1, página 61. Se puede ver formato electrónico en http://derecho.utralca.cl/iusetpraxis/ius_princ.html.

esté contenida esta en la Constitución, en un tratado o en una norma de inferior jerarquía ⁽²³⁾.

El Tribunal Constitucional ecuatoriano ha aplicado la Convención Americana de Derechos Humanos para interpretar el correcto sentido de disposiciones constitucionales y mantiene la doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como lo muestra el caso del conflicto de competencias entre la Corte Suprema y la Corte de Justicia Militar que dirimió el Tribunal Constitucional en resolución N° 002-2002-CC de 12 de febrero de 2003, donde estableció *«Que tanto el artículo 187 del texto constitucional como su vigésimo séptima disposición transitoria deben ser interpretados en concordancia con la consagración de las garantías judiciales del debido proceso que contiene la misma Constitución ecuatoriana, que se han señalado en este fallo, y con las reconocidas en los instrumentos internacionales vigentes en materia de derechos humanos, de obligatoria aplicación por el Ecuador y, por tanto, de todos los órganos del poder público, incluyéndose naturalmente, los que ejercen jurisdicción, tal como lo ordenan los artículos 17 y 18 de la Constitución;*

....

«Que, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 'la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias», agregando el Alto tribunal interamericano que 'Cuando la justicia militar asume competencias sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, afortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia', por lo que el Estado no debe crear 'tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios» (Corte I.D.H. Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52);

«Que, por lo expuesto, en virtud de los principios de imparcialidad e independencia que informan la administración de justicia, los delitos co-

⁽²³⁾ Morales Marco. 2003. «Derechos Humanos y tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia del Ecuador», en *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1, página 103.

munes, incluso los cometidos por miembros de la Fuerza pública, deben ser juzgados por la justicia ordinaria»⁽²⁴⁾.

La Corte Constitucional de Guatemala ha determinado que los tratados de derechos humanos ingresan al orden jurídico interno con carácter de norma constitucional pero sin potestad reformativa o derogatoria (sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente N° 280/90, considerando VIII)⁽²⁵⁾.

6. EL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES O HUMANOS

Podemos afirmar con suficiente fundamento, que en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que establece *un bloque constitucional derechos integrados por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los tratados 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 ⁽²⁶⁾.

Los **derechos fundamentales o humanos** son así en el contexto latinoamericano:

- a) Los que la Carta Fundamental explicita sin taxatividad en el artículo constitucional;
- b) Los que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens* ⁽²⁷⁾; los que asegura el derecho convencional internacional

⁽²⁴⁾ Morales, Marco. 2003. Ob. Cit, páginas 104-105.

⁽²⁵⁾ Ver Dulitzky, Ariel. Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano, en Buergenthal, Thomas y Cancado Trindade, Antonio, Estudios Especializados de derechos humanos. Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1996, página 158.

⁽²⁶⁾ Ver Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrolla el principio interpretativo de la aplicación de la fuente o norma que mejor protege a la persona humana.

⁽²⁷⁾ Ellos han sido incorporados al derecho interno mediante la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por Chile y vigente desde 1981, cuyo artículo 53 determina: *«una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter»*.

de derechos humanos y derecho humanitario ⁽²⁸⁾ y los que asegura el derecho internacional consuetudinario.

- c) Los derechos esenciales implícitos que puedan desarrollarse en el futuro, respecto de lo cuales no hay reconocimiento aún a través de las diversas fuentes del derecho interno o internacional.

Las convenciones internacionales referentes a derechos humanos califican a los derechos en ellas reconocidos y garantizados como derechos «*inherentes a la persona humana*» o «*atributos de la persona humana*», es decir, derivaciones directas de la dignidad de los seres humanos, tal es el caso por ejemplo del *Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos*, que los define como «atributos de la persona humana», del *Preámbulo Común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas*; del *Preámbulo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes*; como en la generalidad de las convenciones internacionales sobre la materia, *siendo todos ellos derechos, universales e inherentes a la persona humana*. De allí se deriva su obligatorio respeto, aseguramiento, garantía y promoción, por todos los órganos estatales de casa país.

Asimismo, los enunciados normativos de derechos contenidos en diversos tratados internacionales contribuyen a delimitar mejor y asegurar en mayor grado derechos esenciales que lo que realiza el constituyente en algunos casos, o en otros, los garantiza en mejor forma ⁽²⁹⁾.

El Estado, a través de sus órganos y agentes, tiene la obligación de «*respetar*» los derechos, vale decir, la obligación negativa del Estado y de sus órganos de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos. El ordenamiento jurídico completo debe ordenarse con

⁽²⁸⁾ La Convención de Viena establece en el artículo 26: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe», y en el artículo 27: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.»

⁽²⁹⁾ En la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en sesión 101ª de fecha 9 de enero de 1975, el Comisionado Jaime Guzmán señalaba «...ese texto autoriza entablar incluso recursos de inaplicabilidad y a pedir la inconstitucionalidad de leyes que aunque no violenten algún texto expreso de la Constitución, violenten derechos fundamentales de la persona humana, porque al hacerlo están violentando el texto expreso de la Constitución: el que señala que la soberanía está limitada por los derechos fundamentales o naturales del hombre» (pág. 12).

el objeto de asegurar el efectivo goce de los derechos humanos a las personas que se encuentran dentro de su territorio y jurisdicción, siendo ilegítima e ilícita las acciones u omisiones de sus agentes, que en el ejercicio de sus competencias y atribuciones (desviación de poder), o fuera de ellas (abuso de poder), violen tales derechos.

La obligación del Estado de «*garantizar*» los derechos le exige a éste asegurar la eficacia práctica de los derechos humanos con todos los medios a su alcance, estableciendo instituciones y procedimientos normativos y jurisdiccionales que permitan superar las amenazas, perturbaciones o privaciones al ejercicio de tales derechos por las personas, restableciendo el derecho, reparando los daños causados, investigando seriamente los hechos para establecer la verdad, determinar los responsables y aplicarle las sanciones pertinentes, civiles, penales y administrativas.

Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «*la segunda obligación de los Estados Partes en la C.A.D.H., es la de «garantizar» el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la convención a toda persona sujeta a su jurisdicción.*

Esta obligación implica el *deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*» (caso Godínez Cruz, Sentencia de fecha 20 de enero de 1989, Serie C, número 5, párrafo 166).

La obligación de «*promover*» los derechos establece el deber para los órganos del Estado y los poderes públicos de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que ellos representan, aún en el caso de que no exista una pretensión subjetiva.

El deber de promover los derechos también se concreta a través de una adecuada interpretación de ellos ya que los derechos no son las normas, por tanto, cuando faltan normas debe producirse la integración para suplir la falta de reconocimiento normonológico y no afirmar que porque no hay norma no hay derecho. El operador jurídico debe tener la flexibilidad de buscar una solución acorde con el espíritu del sistema de derechos, de acuerdo con su objeto y su finalidad, teniendo en consideración el

contexto y la razón histórica, como asimismo los valores que explicita el sistema jurídico. Ello implica negar la posición reduccionista y mezquina para la protección de la persona y de sus derechos esenciales.

El derecho constitucional exige a los agentes y órganos del Estado una *función promocional*, debiendo *promover condiciones más humanas de vida y removiendo obstáculos para hacer efectivas la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad, con miras a la plenitud del ejercicio de los derechos.*

Todas las normas sobre derechos esenciales o humanos contenidas en el ordenamiento jurídico deben ser interpretadas armónicamente con las respectivas fuentes normativas de derecho interno como las fuentes convencionales internacionales (que son, a la vez, derecho interno, ya que se han incorporado tales derechos al orden jurídico), con las claves hermenéuticas del Derecho de los Derechos Humanos y sus órganos de aplicación, en especial, en el ámbito regional americano, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional vinculante.

Así, tanto el vértice del sistema constitucional como del Derecho Internacional está dado por los derechos esenciales de la persona humana, constituyéndose en un sistema con valores y principios comunes, que se retroalimenta recíprocamente.

La supremacía de la Constitución no se limita fronteras adentro, se refuerza y fortalece con los derechos asegurados y garantizados por la fuente internacional, debiendo recepcionarlo sin reduccionismos, reconociendo los valores, principios, objeto y fin del sistema de derechos y el contexto valórico y de principios de los nuevos textos constitucionales.

Por otra parte, **la irreversibilidad** es una característica fundamental de los derechos humanos, que consiste en la *imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado los ha reconocido a través de un tratado internacional, ya que estos son inherentes a la persona y el texto constitucional, y el procedimiento señalado por éste sólo los asegura y garantiza: «el carácter de derecho inherente a la persona no es reversible en cuanto al derecho en sí, quedando implícitamente incluido de manera permanente como derecho constitucional, ya que ni el tratado ni la Constitución los crea. Es inconcebible para la dignidad humana, que «lo que hoy se reconoce como un atri-*

buto inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental» (30).

Los derechos fundamentales son parte de la Constitución, constituyendo reglas de derecho constitucional que obligan imperativamente a todos los órganos del Estado, grupos o personas.

El bloque de derechos constituye el parámetro básico que debe utilizar la jurisdicción constitucional en el control de constitucionalidad de las fuentes internas infraconstitucionales

En tal sentido, las leyes, los actos administrativos, las resoluciones judiciales, valen en la medida que respeten y garanticen los derechos humanos, lo que se deduce del principio de vinculatoriedad de los órganos del Estado a los derechos fundamentales, de acuerdo a una interpretación sistemática y finalista de los textos constitucionales y tratados internacionales.

7. REGLAS BÁSICAS DE INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

En el ámbito del derecho de los derechos humanos se ha desarrollado un conjunto de reglas de interpretación aplicables en derecho público, tanto en derecho constitucional como en derecho internacional (31).

La labor interpretativa constitucional requiere de una reconstrucción de todo el contenido que establece el complejo normativo de la Constitución, la lectura e interpretación de todo precepto de la Carta Fundamental debe ser hecho en su contexto, teniendo en consideración los valores, principios, fines y razón histórica del ordenamiento constitucional, lo que le da al Juez Constitucional, un espacio significativo de movilidad interpretativa e integradora que convierte al juez en el protagonista activo y creador, que realiza la mediación entre la Constitución y la situación específica.

(30) Niken, Pedro. 1989. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Caracas, Venezuela,

(31) Sagüés, Nestor Pedro. 2002, La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro homenaje a Germán Bidart Campos)*. Lima, Ediciones Jurídicas Grijley, páginas 33-52. Serna, Pedro y Toller, Fernando. 2000. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales, Buenos Aires, Ed. La Ley.

En materia de derechos humanos, habrá sólo interpretación cuando se señale que fuera de las normas no hay otros derechos, mientras que además de interpretación habrá integración, cuando consideremos que fuera de las normas sobre derechos, hay derechos que carecen de normas.

Recordando a Bidart Campos, es posible «proponer que cuando faltan normas sobre derechos y quien detecta esa ausencia o laguna normativa cree o valora que, pese al vacío normativo, hay derechos no formulados, la carencia se debe colmar a través de la integración, para cuya efectividad también es menester «interpretar» (encontrar el sentido) del sistema completo de derechos, en el que algunos constan en normas y otros carecen de ellas» (32).

La interpretación integradora de la Constitución implica que el juez presta atención a los derechos explícitos, a los valores, principios, fines y razones históricas del ordenamiento constitucional, completando y dando plenitud al sistema de derechos.

A su vez, el carácter esencialmente abierto de las normas que configuran abstractamente los derechos esenciales de la persona, llevan a desarrollar una interpretación de la Carta Fundamental y de todo el ordenamiento jurídico sobre el que ella actúa, en el sentido de que permita obtener para los derechos, el mayor grado de protección y efectividad, entendidos desde una perspectiva democrática.

La Constitución se elastiza a través de la labor de interpretación e integración dinámica que absorbe las necesidades de la sociedad en cada momento.

La confluencia e integración en el sistema jurídico de los derechos, reconocidos por vía de fuente interna y de fuente internacional, obliga a unificar el criterio de interpretación del sistema de derechos humanos, dando coherencia a dicho sistema, de manera de aplicar en cada caso la norma que mejor proteja a la persona y sus derechos esenciales.

A su vez, todo el sistema de derechos debe ser interpretado como mínimo de conformidad con el contenido de los derechos asegurado por los tratados de derechos humanos del cual el Estado es Parte, ello es una consecuencia básica del principio de buena fe y de cumplimiento de las obligaciones internacionales. Este principio interpretativo es seguido en gene-

(32) Bidart Campos, Germán. 1994. *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, p. 58.

ral por los órganos de jurisdicción constitucional a través de la doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales inter o supra nacionales en materia de derechos humanos, ya que el Estado Parte se obligó a cumplir los derechos de acuerdo a la interpretación realizada por el órgano jurisdiccional expresamente autorizado, que en el ámbito americano es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este principio incluso ha sido constitucionalizado en cartas fundamentales del último tercio del siglo XX, por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución de Portugal de 1976; el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978, el artículo 93 de la Constitución de Colombia de 1991 y en el artículo transitorio de la Constitución Peruana.

El Código Procesal Constitucional del Perú, en su artículo V del Título preliminar establece «El contenido y alcance 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 de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que Perú es parte».

Así la jurisprudencia de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos constituyen criterio auxiliar para fijar el contenido y fronteras de los derechos humanos o fundamentales que integran el bloque constitucional de derechos.

La Corte Colombiana lo explicita muy bien en sentencias recientes:

En sentencia de 19 de enero de 2000 determinó: «es indudable que *la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargada de interpretar estos tratados (sobre derechos humanos), constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales*»⁽³³⁾. A su vez, en sentencia de 11 de abril de 2002 sostuvo que «*La Corte Interamericana es el intérprete autorizado de la Convención Americana y cuya jurisprudencia es entonces relevante para determinar el alcance de los derechos constitucionales, tal y como esta Corte constitucional lo ha precisado en numerosas oportunidades*»⁽³⁴⁾.

(33) Sentencia de Corte Constitucional de 19 de enero de 2000 en demanda de inconstitucionalidad de ley 74 de 1966 que reglamenta transmisión de programas para los servicios de radiodifusión.

(34) Sentencia de Corte Constitucional Colombiana, de 11 de abril de 2002, demanda de inconstitucionalidad contra ley 684 de 2001.

Otra regla hermenéutica en la materia es el principio «pro cives», «pro homine»⁽³⁵⁾, que consideramos mejor denominar «pro persona», el que obliga a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos del ser humano, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada al Derecho Interno, concretando la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan.

El principio «pro o favor persona» exige al operador jurídico de realizar una interpretación armonizante que permita compatibilizar todos los derechos entre sí y con el bien común, este principio se encuentra positivado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 29, referente a normas de interpretación de los derechos, la cual es también norma de derecho positivo interna de cada Estado, la que obliga a los operadores jurídicos a aplicarla preferentemente sobre las demás normas de derecho interno en la interpretación sistemática y finalista del bloque de constitucionalidad de los derechos fundamentales.

La C.A.D.H. refuerza esta línea argumental al señalar que no puede interpretarse ninguna de sus disposiciones para «*Excluír otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrático representativa de gobierno*» (artículo 29, literal c) o para: «*Excluír o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*» (artículo 29 literal d).

El principio de progresividad⁽³⁶⁾, llamado también de «integralidad maximizadora del sistema», tal como lo denominaba Bidart Campos⁽³⁷⁾,

⁽³⁵⁾ Ver Pinto, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (Comps), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Ed. CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

⁽³⁶⁾ Ver Nikken, Pedro. 1987. *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, España, Asimismo, Piza, Rodolfo y Trejos, Gerardo. 1989, *Derecho Internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, San José, Costa Rica, páginas 107 y 110.

⁽³⁷⁾ Bidart Campos, Germán. 1994, «La Interpretación de los derechos humanos» en *Lecturas constitucionales andinas N° 3*, Edit. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, p. 34.

que determina que en materia de derechos humanos, estos se encuentran en una constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, desde ese momento los preceptos que se refieren a cada derecho han ido ampliándose en su contenido a través de los diversos tratados y convenciones que se han referido a ellos, desarrollando el ámbito del derecho y sus garantías, otorgándoles un «plus» sobre las normas anteriores, retroalimentándose reciprocamente.

En este sentido, diversos Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen normas que explicitan el principio de progresividad o integralidad maximizadora de los derechos. Así, la **Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 29 b**), señala que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de «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». El mismo principio está reconocido en el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 50**, en el Protocolo Adicional la **Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador, artículo 4º**; la **Convención sobre la Eliminación sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 23**; la **Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 41**; entre otras.

El principio de retroalimentación recíproca entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos que determina que el juez nacional debe interpretar y aplicar el derecho internacional de los derechos humanos cuando este fije un «plus» sobre el derecho nacional; a su vez, el juez internacional debe considerar el derecho nacional que mejora o complementa el derecho internacional. En síntesis, el principio plantea la aplicación de aquella norma, sea esta de fuente interna o de fuente internacional válidamente incorporada al orden jurídico interno, que mejor proteja los derechos humanos. De esta manera, el Derecho Internacional de los derechos humanos incorporado al Derecho Interno, cuando contiene algunos «plus» respecto de este último se aplica preferentemente por ser más favorable al sistema de derechos, o viceversa, el derecho interno prevalece frente al derecho internacional cuando el primero protege en mejor forma los derechos que el segundo.

El principio de indivisibilidad de los derechos precisa que los derechos forman parte de un sistema, donde todos ellos son interdependientes, los derechos civiles y políticos, los derechos econó-

micos, sociales y culturales, y los derechos solidarios, donde *todos ellos deben ser preservados armónicamente, sin perjuicio de su debida ponderación en los casos específicos.*

El **principio de eficacia directa o autoejecutividad de los derechos humanos** está dada por el hecho de que las normas sobre derechos tienen aplicación directa, salvo que sus enunciados normativos llamen a una intervención necesaria del legislador para otorgarles plena vigencia. Este principio busca impedir que se retarde o bloquee la aplicación de ellos mientras se dictan normas reglamentarias o secundarias. Dejar de cumplir los derechos constituye una forma de inconstitucionalidad por omisión, como asimismo dejar de cumplir los derechos asegurados en tratados constituye violar el tratado y la consiguiente responsabilidad estatal por los actos de sus agentes ⁽³⁸⁾.

El **principio de interpretación teleológica o finalista en materia de derechos esenciales**, el tribunal nacional o internacional debe interpretar las normas jurídicas internas y su interrelación con los tratados de derechos humanos, teniendo en cuenta su fin último que es la protección más efectiva posible de los derechos.

Las **normas jurídicas que limitan o restringen el ejercicio de los derechos deben interpretarse siempre en sentido restrictivo.** Ello implica que no pueden extenderse tales limitaciones mas allá de lo que se autoriza expresamente, ni pueden extenderse analógicamente a otros derechos.

Es necesario tener presente la **existencia del derecho a recurrir a la jurisdicción internacional cuando los derechos no son garantizados adecuadamente a nivel nacional.** Sólo cuando el derecho a la jurisdicción o a la tutela jurisdiccional (artículo 8º de la C.A.D.H., en armonía con las disposiciones constitucionales pertinentes) no existe o los procedimientos no son idóneos o efectivos, o ellos se hayan agotado, es posible recurrir a los mecanismos internacionales de protección. Así estos últimos son mecanismos subsidiarios y complementarios del Derecho Interno ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ En esta materia, ver para el caso chileno, la Sentencia de la Corte Interamericana sobre caso La última Tentación de Cristo. Revista *Ius et Praxis*, año 7 N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, 2001, Páginas 585- 648.

⁽³⁹⁾ Al repesto ver Buergethal, Thomas. 1994. *La protección de los derechos humanos en las Américas.* Ed. I.I.D., Ed. Civitas, Madrid, España. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editado por Cecilia Medina, Santiago, Chile, 1990. Medina, Cecilia (coord.) *El sistema interamericano de derechos humanos.* Escuela de Derecho, Universidad Diego

En todo caso, cuando intervienen los organismos internacionales verifican la conformidad de todas las normas estatales, todo el Derecho Interno (desde la Constitución, pasando por las leyes, actos administrativos hasta llegar a las sentencias de los tribunales internos), a fin de verificar su conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, especialmente en materia de derechos humanos.

En esta perspectiva, cualquier acción o resolución adoptada por un órgano o agente del Estado (reforma constitucional, ley, acto administrativo, sentencia de cualquier tribunal nacional) puede determinar la responsabilidad internacional y comprometer el honor del Estado, sin perjuicio de vulnerar el propio ordenamiento jurídico interno.

Ello se debe a que los tribunales nacionales ya no son los intérpretes finales de las obligaciones internacionales del Estado, en materia de derechos humanos, interpretación final que queda en manos de los órganos de supervisión o jurisdiccionales que crea y desarrolla el tratado o sus protocolos complementarios (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Los organismos y tribunales internacionales o supranacionales competentes, constituyen los intérpretes últimos en relación a las obligaciones internacionales de los Estados en materia de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone, respecto de los Estados Parte, de una función jurisdiccional vinculante (art 61 a 63 de la C.A.D.H.) *La sentencia o fallo de la Corte es definitivo e inapelable (artículo 67), constituyendo una obligación de resultado para el Estado parte.* En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo, como dispone el artículo 67. La parte del fallo que establezca una indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado, según dispone el artículo 68.2. Finalmente, el fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados Partes de la Convención (art. 69).

La obligación de resultados de la sentencia de la Corte Interamericana obliga a todos los órganos del Estado, debiendo anu-

Portales. Santiago, Chile, 1992. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ed. I.I.D.H. Costa Rica, 1985.

larse las normas y decisiones internas contrarias a las obligaciones emanadas de la Convención.

La Corte Interamericana en el caso «Barrios Altos», en sentencia del 14 de marzo del 2001⁽⁴⁰⁾, en el que fuerzas armadas del Estado peruano, creyendo que había una reunión subversiva en el sector Barrios Altos, concurrió y dio muerte a hombres, mujeres y niños que se encontraban celebrando una fiesta en el barrio, escapando luego del lugar. El gobierno de Fujimori dicta una ley de amnistía para evitar que se haga efectiva la responsabilidad penal de los autores de dichos crímenes, la que es aplicada por la jurisdicción interna. El caso llega a la Comisión Interamericana y luego de tramitarla, esta la eleva a la consideración de la Corte Interamericana, la que desarrolla el procedimiento y resuelve, entre otras cosas, lo siguiente: «4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

«5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.

«6. Disponer que las reparaciones serán fijadas de común acuerdo por el Estado demandado, la Comisión Interamericana y las víctimas, sus familiares o sus representantes legales debidamente acreditados, dentro de un plazo de tres meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

«7. Reservarse la facultad de revisar y aprobar el acuerdo señalado en el punto resolutivo precedente y, en caso de que no se llegue a él, continuar el procedimiento *de reparaciones*.»

La Corte Interamericana en su razonamiento precisó: «44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual

⁽⁴⁰⁾ La Sentencia se encuentra en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos, Serie «C» - N° 75.

o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.»

De esta manera determinó no la anulación sino la nulidad de las leyes de autoamnistía determinando que ellas nunca pudieron producir efectos.

Así, las sentencias de la Corte Interamericana pueden dejar sin efecto disposiciones del derecho interno con efectos generales o erga omnes al ser incompatibles con la protección mínima de derechos humanos exigida en la Convención Americana de derechos Humanos.

A su vez, la Corte Interamericana en el caso La Última Tentación de Cristo de Chile en que la Corte Suprema en sentencia confirmatoria de una sentencia anterior de la Corte de Apelaciones de Santiago mantiene la censura a la película La Última Tentación de Cristo, situación que paso a conocimiento de la Comisión Interamericana y luego a la Corte Interamericana, esta última en un ámbito de su sentencia : *«4. Decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película «La Última Tentación de Cristo», y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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». Además la resolución señala «6. Decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y sólo después dará por concluido el caso.»*

Así la Corte Interamericana obliga al Estado de Chile a modificar su derecho interno, en este caso, la propia Constitución Política para eliminar la censura cinematográfica para adultos.

Los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos, por la naturaleza misma de los tratados internacionales sobre derechos humanos, están obligados en virtud de los artículos 1º y 2º de la Convención Americana a adecuar su derecho interno, incluida la Constitución al mínimo de respeto y garantía de derechos que asegura la Convención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia ya mencionada, precisa: *«87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada*

Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.»

De esta forma, los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos se encuentran obligados a respetar como derecho supranacional común los derechos humanos en el mínimo de garantía prevista por el derecho internacional de los derechos humanos ratificado.

Haciendo referencia a la Jurisdicción Internacional, el Código Procesal Constitucional peruano establece en su artículo 115° lo siguiente: «*Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno, bastando que sean comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez las remite al tribunal en donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley N° 27775 que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.»*

Además de la función jurisdiccional analizada, la Corte tiene una función consultiva, que se encuentra regulada en el artículo 64 de la CADH⁽⁴¹⁾.

Así, se ofrece un método judicial de carácter consultivo, destinado a colaborar con los Estados Partes a cumplir y aplicar correctamente los tratados sobre derechos fundamentales.

(41) El artículo 64, en sus dos párrafos, dispone lo siguiente:

«1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.»

8. CONSIDERACIONES FINALES

En la medida que se afirma la existencia de un **bloque constitucional de derechos** constituido por los derechos contenidos en el texto constitucional, en las fuentes del derecho internacional y los derechos implícitos, este bloque constituye parámetro de control de constitucionalidad para toda otra norma que busque incorporarse al ordenamiento jurídico y sea de carácter infraconstitucional.

A su vez, los enunciados normativos que contienen derechos de dicho bloque, ya sea provenientes de fuente interna o internacional deben aplicarse de acuerdo al *principio favor persona y el principio de progresividad*, aplicándose la fuente que mejor protege los derechos, lo que **supera la concepción tradicional de jerarquía normativa de las fuentes**, en la medida que el respeto de la **dignidad de la persona y sus derechos constituye la base esencial de las constituciones vigentes y fuentes supremas del ordenamiento constitucional**, ya que una vez incorporadas no pueden desconocerse, **sin ser cláusulas pétreas porque pueden ser mejoradas o garantizadas mejor, pero nunca desmejoradas.**

Los ordenamientos nacionales al reconocer que los derechos constituyen atributos inherentes a la persona, ya sea porque ello está establecido explícitamente o se deduce implícitamente de su Carta Fundamental o en virtud de la doctrina de los actos propios al ratificar tratados que así los sostienen, *no podrían desmejorar el nivel actual de protección y garantía de los derechos, solo podrían perfeccionarlos, potenciarlos o garantizarlos mejor*, todo ello de acuerdo al *principio de progresividad* de los derechos y el reconocimiento de que el ordenamiento positivo solo asegura y garantiza los derechos, no los crea, lo que genera un límite incluso al poder constituyente derivado y a todo poder instituido en el Estado. Los derechos se convierten así en fuente suprema del derecho constitucional.

El bloque constitucional de derechos se constituye así en un límite para el ejercicio de las competencias de los órganos y autoridades estatales para la restricción o suspensión del ejercicio de derechos fundamentales, ya que estas no pueden afectar los derechos en situaciones de crisis interna o de conflicto interno o internacional más allá de lo que el derecho internacional de los derechos humanos (artículo 27 de la CADH y 4 del PIDCyP) o el derecho humanitario internacional (Convenios de Ginebra y protocolos complementarios).

Las jurisdicciones nacionales deben aplicar de buena fe en cumplimiento del acatamiento del derecho de los derechos humanos la inter-

pretación de los derechos conforme a la jurisprudencia emanada de las jurisdicciones supra o internacionales a las que se les haya reconocido jurisdicción vinculante obligatoria. Es la doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de dichas cortes, sin perjuicio de reconocer un margen de autonomía relativa de a los tribunales nacionales, que en materia de derechos es bastante restrictivo.

Ello **obliga a los Estados a establecer procedimientos de revisión de sus actos jurisdiccionales internos** y de sus normas de derecho interno, incluida la Constitución, cuando ellos hayan sido considerados violatorios de derechos humanos, dando cumplimiento a las sentencias de órganos jurisdiccionales internacionales o supranacionales en materia de derechos humanos.

En el fondo, los derechos fundamentales y sus fuentes internacionales ratificadas constituyen en la realidad parte de una **constitución supranacional común a los Estados latinoamericanos**, junto a sus órganos jurisdiccionales de aplicación.

LOS DATOS DE AFILIACIÓN PARTIDARIA SON DATOS SENSIBLES Y NO DEBEN SER PUESTOS A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO EN GENERAL (A propósito de su inclusión en padrones electorales y en bases de datos disponibles en la Internet)

Oscar R. Puccinelli

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Fundamentos en pro y en contra de la validez del régimen instaurado. 2.1. El argumento de la asunción de las consecuencias de la afiliación. 2.2. El argumento de la intervención de múltiples sujetos como excluyente del derecho a su mantenimiento en reserva. 2.3. El argumento del sometimiento voluntario a un régimen jurídico habilitante del tratamiento. 2.4. El argumento de la aplicación prioritaria del régimen de partidos políticos. 2.5. El argumento de la publicidad como medio de saneamiento institucional. 2.6. El argumento de la no sensibilidad del dato de afiliación en los términos de la ley de protección de datos personales. 2.7. El argumento de la comunicabilidad del dato pese a su eventual sensibilidad, por efecto del consentimiento del titular, prestado implícitamente al afiliarse. 2.8. El argumento de la comunicabilidad del dato pese a su eventual sensibilidad, por expresa habilitación legal a los partidos políticos. 2.9. El argumento de la comunicabilidad del dato pese a su eventual sensibilidad, cuando sea así sea dispuesto por una ley, por razones de interés general. 3. Conclusiones.

1. ANTECEDENTES

La reciente ley 25.611, modificatoria de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos, n° 23.298, introdujo el sistema de elecciones internas abiertas

para la preselección de los candidatos a ocupar cargos públicos electivos nacionales. Si bien su bautismo de fuego estaba previsto para las elecciones presidenciales y legislativas de 2003, y para tal evento fue reglamentado por el decreto n° 1397/02, convocándose a las elecciones internas mediante decreto n° 1578/02, ello finalmente no ocurrió, pues las elecciones resultaron finalmente suspendidas mediante la ley n° 25.684, por lo que se aplicará por primera vez en las elecciones legislativas de 2005.

Las principales características del nuevo sistema radican en que ahora las elecciones internas son: a) abiertas exclusivamente para quienes carezcan de afiliación partidaria, quienes podrán participar en la interna de un solo partido político o alianza electoral⁽¹⁾; b) obligatorias sólo para los partidos y alianzas que deban discernir las candidaturas definitivas entre varios precandidatos⁽²⁾, aunque voluntarias para los electores⁽³⁾, y c) simultáneas en todos los partidos y alianzas.

El nuevo sistema, reglamentado primigeniamente, como se dijo, mediante el decreto n° 1397/02, disponía, entre otras cosas, que el padrón provisorio a utilizar en las elecciones internas abiertas se publicaría «a través de la entrega de copias en soporte magnético a los partidos políticos reconocidos, a las agrupaciones en trámite de reconocimiento y a todos aquellos organismos que cada Juez Electoral determine, a los efectos de garantizar su difusión; y según el diseño que los magistrados electorales estimen conveniente, a fin de que los electores puedan hacer los reclamos que correspondan en los plazos fijados a ese efecto.»⁽⁴⁾

(1) En sentido diverso, la ley 12.367 de la provincia de Santa Fe dispone que todo elector, con independencia de su afiliación, puede votar en cualquiera de las internas, e incluso inmiscuirse en varias, siempre que no vote en más de una por categoría de cargos a cubrir.

(2) El sistema no se aplica a los casos en que en el partido o alianza se haya acordado o se presente una lista única de candidatos (ello a diferencia de lo que ocurre en algunas esferas provinciales, como, v.gr., Santa Fe).

(3) También aquí hay diferencias con la regulación de las internas en Santa Fe, donde el voto es obligatorio, salvo que se manifieste expresa y fehacientemente la voluntad de no participar en el comicio, hasta 48 horas antes del acto electoral.

(4) Art. 3.- El cuerpo electoral estará constituido de acuerdo a las normas contenidas en el Título I, Capítulo I del Código Electoral Nacional. Con relación al padrón electoral serán aplicables las disposiciones de los Capítulos III y IV de ese Título. El padrón provisorio a utilizar en las elecciones internas abiertas no será impreso y su publicidad se realizará a través de la entrega de copias en soporte magnético a los partidos políticos reconocidos, a las agrupaciones en trámite de reconocimiento y a todos aquellos organismos que cada Juez Electoral determine, a los efectos de garantizar su difusión; y según el diseño que los magis-

Con base en esta regla, la Cámara Nacional Electoral dictó, el 9/9/02, la Acordada n° 68/02, disponiendo la publicación de las listas provisionales de los padrones electorales, y ordenando la instalación de esas bases de datos en un sitio de la Internet de libre acceso, que además permitía al registrado actualizar los datos que considerara pertinentes⁽⁵⁾.

Lo dispuesto por el decreto y la acordada no pasó inadvertido, y por el contrario comenzó a levantar polvareda, provocando un interesante debate en el plano jurídico. Por aquél entonces, valga recordarlo, se produjo al menos un planteo judicial exitoso, intentado por una diputada en pos de invalidar el sistema con base en que la información que se ponía a disposición del público en general a través de la Internet era de carácter sensible y no podía difundirse de manera indiscriminada⁽⁶⁾.

La cuestión se trasladó inmediatamente a la doctrina, que se dividió entre quienes consideraron al nuevo sistema perfectamente legal⁽⁷⁾ y quienes sostuvieron su inconstitucionalidad⁽⁸⁾, pero el debate luego se diluyó debido a la aludida suspensión de las internas abiertas, entrando en un previsible letargo que recién se reeditó cuando, para la elección nacional de 2005, y mediante el decreto n° 292/05, se reglamentó nuevamente el sistema de elecciones internas abiertas, determinando, entre otras cuestiones, los criterios para la confección de padrones por parte de la Justicia Nacional Electoral y los términos de la colaboración que a tal efecto debe brindar el Ministerio del Interior.

trados electorales estimen conveniente, a fin de que los electores puedan hacer los reclamos que correspondan en los plazos fijados a ese efecto. Cumplida esta etapa, los Jueces Federales con competencia electoral entregarán, en soporte magnético, el padrón definitivo de electores del distrito a los partidos políticos o alianzas y a las agrupaciones en trámite de reconocimiento, imprimiéndose exclusivamente los padrones especiales necesarios para la autoridad judicial y para las mesas receptoras de votos.

(5) «L.L.», 2002-F-1437.

(6) «Pierini, Alicia B. s/amparo», Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed, n° 1, 12/9/02, «J.A.» 2002-IV-493.

(7) Entre otros, Germán J. Bidart Campos, *¿Ser afiliado a un partido político configura un dato sensible?*, «L.L.», 2003-A-1299; Osvaldo Alfredo Gozaini, *La afiliación partidaria como dato sensible que se puede difundir*, «L.L.», 2002-F-1437; Clara Julia Curtino, *El derecho a la privacidad de las personas frente a la acordada de la Cámara Nacional Electoral n° 68/2002*, «L.L.», 2002, p. 1241/4.

(8) Pablo A. Palazzi, *La protección de los datos sensibles y la publicación de la afiliación partidaria en Internet*, «J.A.» 2002-IV-496.

En concreto, su articulado establece –en lo que nos interesa a los fines de este trabajo– que los Juzgados Federales con competencia electoral en cada distrito: a) elaborarán los padrones electorales especiales provisorios y definitivos que se utilizarán en las elecciones internas abiertas y simultáneas, partiendo del padrón general previsto en el Código Electoral Nacional, «al que se incorporará una columna que indique la condición de afiliado y a qué partido político pertenece», y b) entregarán al Ministerio del Interior y a los partidos políticos y alianzas inscriptos, los padrones especiales provisorios y definitivos, en soporte magnético (arts. 2 y 3). Asimismo, impone al Ministerio del Interior habilitar un sitio en la Internet para que los ciudadanos puedan consultar los padrones especiales provisorios y definitivos y dispone la impresión de los padrones especiales necesarios para la autoridad judicial y las mesas receptoras de votos (art. 4).

Además de ello, y según noticias periodísticas, el gobierno envió un proyecto de ley tendiente a modificar la ley orgánica de los partidos políticos y el Código Electoral Nacional, creando un padrón único y depurado de electores («Padrón Único Nacional»), en el que se publicitará la afiliación partidaria de los ciudadanos para la realización de los comicios internos partidarios obligatorios, con el objetivo formal de asegurar la máxima transparencia en las elecciones, lo que –según sus mentores– se lograría, por un lado, al evitar la duplicidad de datos, y por el otro, al permitir el control popular de los padrones debido a su notoria accesibilidad («para que no exista más la duda de que se agregan o se sacan personas de los padrones, de que se dejaron muertos a propósito para hacerlos votar»). La norma también dispone la simplificación en el trámite para corregir datos incorrectos del listado, dar de baja a personas fallecidas y expresar su decisión de desafiliarse de un partido político. Adelantándose a los cuestionamientos, el Ministro del Interior advirtió que «en democracia, la afiliación partidaria no puede considerarse un dato sensible porque no hay persecución política en el país»⁽⁹⁾.

El principal argumento legal que se esgrime para justificar la publicación indiscriminada de los padrones partidarios radica en que el art. 27 de la Ley orgánica de los partidos políticos, n° 23.298 –vigente desde 1985, en los albores de la última reinstitucionalización democrática–, establece

⁽⁹⁾ Diario La Nación, <http://www.lanacion.com.ar/694596>.

taxativamente que «el padrón partidario (de afiliados) será público», y dado que recién ahora se comenzaron a publicar de un modo indiscriminado, el debate, en el plano jurídico, se centra alrededor de si es o no constitucional incluir los datos de afiliación (o no afiliación) partidaria en un padrón electoral que se utilizará en una elección general que se prevé difundir no sólo sin restricciones, sino además de un modo muy masivo como lo es por la vía de la Internet, con el objetivo de producir una depuración de éstos y brindar mayor transparencia al acto eleccionario y a la vida interna de los partidos.

En concreto, debe dilucidarse cuál es el actual sentido y alcance que debe asignársele al art. 27 de la ley 23.298, considerando, por un lado, el contexto en el que fue dictado, y, por el otro, que a la regla bajo análisis le sucedieron no poco relevantes novedades normativas, entre las cuales se destacan, cronológicamente ordenadas:

- a) la ley 23.592 («antidiscriminatoria»), que dispone que considera como factores de discriminación a los determinados por «motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos»;
- b) varias reglas constitucionales incorporadas con la reforma de 1994, de las cuales algunas apuntan genérica o específicamente a brindar protección integral contra la discriminación, en especial las disposiciones del art. 43, segundo párrafo (que regula el amparo colectivo) y tercer párrafo (que incorpora la figura del hábeas data), y los instrumentos constitucionales constitucionalizados en el art. 75, inc. 22;
- c) ley 25.326, de protección de datos personales –dictada en 2000, reglamentaria precisamente de la disposición contenida en el art. 43 constitucional, y por la cual se establecen las reglas esenciales del tratamiento de datos personales, a fin de proteger los derechos que pudieran ser vulnerados por dicha actividad–, y su decreto reglamentario n° 1558/01, y
- d) la Disposición n° 1/03 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, que categoriza como infracción muy grave a «recolectar y tratar los datos sensibles vulnerando los principios y garantías de la ley 25.326», haciendo al autor de esta conducta pasible de multa de entre \$ 50.000.– y \$100.000.–, en un listado que sigue casi al pie de la letra al art. 44, ap. 4, incs. a a i de la ley española de protección de datos personales, n° 15/99.

La cuestión ya tuvo un primer round judicial –que promete aún más, pues según noticias periodísticas habría otras presentaciones⁽¹⁰⁾– cuando la Cámara Nacional Electoral, en «Sánchez Morteo», ratificó el criterio que con anterioridad había sentado respecto del decreto 1397/02, al revocar la decisión del juez de primera instancia que había negado la posibilidad de conocer a qué agrupación política se habían incorporado los afiliados que habían sido dados de baja del partido político solicitante, con fundamento en que se trataba de datos sensibles que no debían ser proporcionados sin causa legal⁽¹¹⁾.

La decisión provocó nuevamente la reacción de la doctrina, que oscila nuevamente entre una posición convalidante del régimen⁽¹²⁾, y otra contraria a éste⁽¹³⁾, siendo predominante esta última, a la que –adelantamos– nos adscribimos.

2. FUNDAMENTOS EN PRO Y EN CONTRA DE LA VALIDEZ DEL RÉGIMEN INSTAURADO

La posición que sustenta la constitucionalidad del sistema implementado parte básicamente de una serie de argumentos, a los que

⁽¹⁰⁾ «La convocatoria de elecciones internas abiertas por parte del Gobierno dispara otro debate de fondo que tiene que ver con una eventual intimidación o persecución política: el decreto de la Casa Rosada exige que en la confección de los padrones se especifique la condición de los afiliados.

«Tanto Patricia Bullrich como la UCR plantearon acciones judiciales al respecto por entender que se está ante un acto de inconstitucionalidad. Es probable que los reclamos se reproduzcan.

«Los que plantean estas objeciones creen que la identificación de afiliados puede abrir paso a una caza de brujas, sobre todo en un país donde los datos personales no están correctamente resguardados por el Estado y la ley de hábeas data no se cumple en su plenitud.

«En forma contraria, en muchos países de Europa, por ejemplo, las leyes impiden a los partidos difundir las listas de sus afiliados.» (Martín Dinatale, *Publicación de la condición de afiliación de los ciudadanos*, publicada en el Diario «La Nación»).

⁽¹¹⁾ CNE, «Sánchez Morteo, Susana T. –Coopoderada del Partido Nacionalista Constitucional Cap. Fed. s/Queja», 14/4/05, «L.L.», 10/5/05, p. 3.

⁽¹²⁾ Marcela I. Basterra, *La «opinión política» o la «idea política» es un dato sensible. La «afiliación partidaria» no.* «L.L.», Columna de Opinión, 4/5/05; Osvaldo Alfredo Gozañi, *La afiliación partidaria no es un dato sensible* «L.L.», 10/5/05, p. 5.

⁽¹³⁾ Miguel M. Padilla, *¿Puede existir afiliación política sin simpatía política?*, «L.L.», Columna de opinión, 9/5/05; y los siguientes integrantes de la lista habeasdata@gruposyahoo.com.ar: Pablo A. Palazzi, Gustavo Tanús, Guillermo F. Peyrano, Marvin Carvajal, Norberto Giménez, Esteban Ruiz Martínez y Mario Masciotra.

podríamos dividir entre los que: a) justifican del sistema en abstracto; b) encuentran una habilitación suficiente y excluyente para el tratamiento de los datos de afiliación en la ley de partidos políticos; c) entienden que los datos de afiliación partidaria no son datos sensibles; d) sostienen que aún siendo datos sensibles, pueden ser tratados con el consentimiento del afiliado, y e) aún admitiendo la sensibilidad de los datos de afiliación, sostienen que es suficiente justificativo para su tratamiento la persecución de un fin público relevante.

A continuación analizaremos cada uno de ellos, separadamente.

2.1. El argumento de la asunción de las consecuencias de la afiliación

2.1.1. *Quien se afilia a un partido político decide voluntariamente participar en la vida política nacional y en el gobierno del partido y debe asumir las consecuencias de su decisión. Por tal motivo, el dato relativo a la afiliación refleja una exteriorización del pensamiento político que veda considerar a tal acto como íntimo y consecuentemente reviste el carácter de «público» a los fines de su tratamiento.*

Se ha sostenido que el hecho de que la ley 25.326 preserve a las «opiniones políticas» dentro del ámbito denominado de los datos sensibles no supone que esa protección deba extenderse a la «afiliación política», ello debido a que resulta consecuencia de la expresión pública de la voluntad del ciudadano. La caracterización de «sensible» de los datos respecto de opiniones sólo tiene por finalidad garantizar la privacidad del pensamiento político del individuo, evitando que éste sea registrado en bases de datos de cualquier índole, pero sin que ello impida la publicidad de los registros de afiliación partidaria⁽¹⁴⁾.

En esta inteligencia, Gozaíni ha expresado que el derecho a mantener en secreto la afiliación es un contrasentido, porque justamente se trata de incluir a la persona en las actividades públicas directas (designaciones eventuales a cargos públicos) o indirectas (militancia o acompañamiento sin actividad) del partido político, cuyo carácter público es evidente. El derecho a mantener en secreto la ideología es diferente cuando no se trata de afiliación expresa⁽¹⁵⁾.

(14) CNE, «Sánchez Morteo, Susana T. – Coapoderada del Partido Nacionalista Constitucional Cap. Fed. s/Queja», 14/4/05, «L.L.», 10/5/05, p. 3, Considerando 8°.

(15) Osvaldo Alfredo Gozaíni, *La afiliación partidaria no es un dato sensible* «L.L.», 10/5/05, p. 4, donde revierte su posición anterior, expresada en «LL», 2002–F– 1437.

En la misma línea de pensamiento, se ha sostenido: «Un ciudadano al afiliarse decide voluntariamente abandonar la intimidad de su opinión para hacerla pública. Es lógico que sea conocida su pertenencia partidaria y es coherente con su militancia. Además, ayudaría a que, de una vez por todas, nadie sea perseguido ni discriminado por su creencia. De lo contrario, estaríamos apostando al ocultamiento para asegurar un derecho, lo cual además de paradójico sería una sinrazón. El padrón único es un avance hacia la meta de mejorar la política»⁽¹⁶⁾. En definitiva, ello coincide con lo que con antelación expresara Bidart Campos: «Conviene, y mucho, que cultivemos y fomentemos una cultura política que, lejos de los ocultamientos, nos haga respetar las decisiones personales. Para el caso, el que se afilia a un partido ha de asumir públicamente la condición de afiliado y ha de hacer respetarla...»⁽¹⁷⁾.

2.1.2. Sin perjuicio de coincidir con Bidart Campos en los perniciosos efectos de la cultura del ocultamiento como medio de protección, y en que debe cultivarse una política madura, totalmente superadora de las encarnizadas rivalidades de antaño, nos parece que: quien se afilia a un partido político no siempre lo decide voluntariamente; tampoco resulta evidente que haya decidido participar en la vida política nacional y en el gobierno del partido, y decididamente puede que no haya querido ponerlo a disposición del público en general, por lo cual no puede considerarse «público» a los fines del tratamiento.

En primer lugar, cabe poner de resalto –aunque ello constituya una verdad de perogrullo insólitamente soslayada en los análisis jurídicos relativos a esta cuestión– que, históricamente, en casi toda América Latina pero especialmente en la Argentina y aún en períodos supuestamente democráticos, la afiliación partidaria fue exigida para acceder a ciertos bienes esenciales, como el derecho a trabajar, con lo cual la necesidad, con cara de hereje, obligó –y probablemente todavía obligue– a muchas personas a afiliarse a un partido político pese a no tener realmente esa intención. Puede que en las jurisdicciones de mayor producción jurídica (p.ej., Ciudad de Buenos Aires) el goce de ciertos niveles culturales y de mayores posibilidades defensivas individuales y colectivas frente a ciertos ata-

(16) Carta a La Nación de Alberto Asseff, de abril de 2005, quien recurrió la decisión dictada en primera instancia que fuera resuelta finalmente por la Cámara Nacional Electoral en su favor en el caso «Sánchez Morteo».

(17) Germán J. Bidart Campos, *¿Ser afiliado a un partido político configura un dato sensible?*, «L.L.», 2003-A-1299.

ques hagan que las persecuciones ocurran en una medida insignificante, pero ese microcosmos, por más extenso cuantitativamente que sea, no autoriza a tomarlo como regla y en consecuencia adoptar una decisión con carácter general si ella no se corresponde con lo que acontece en el resto del país (como botón de muestra, valga recordar algunas de las motivaciones de la reciente intervención a la provincia de Santiago del Estero y la cataratas de hábeas data que se desataron con relación a los intimidatorios registros que utilizaban los gobernantes depuestos).

En segundo término, no debe confundirse afiliación con militancia. pues tanto en situaciones como la descripta, como en otras muy diferentes, la afiliación se debe a razones completamente ajenas a la participación activa en la política nacional o en el gobierno de un partido, y simplemente se realiza por una simpatía coyuntural con una línea interna de un partido, como ocurrió reiteradamente también en nuestra Argentina cuando en ocasiones muchas personas se afiliaron con el solo fin de que determinado candidato pudiera superar los escollos derivados de las estructuras partidarias sin el auxilio de nuevos votantes (lo que ahora hace innecesario, en virtud de la instauración del sistema de internas abiertas).

En tercer lugar, resulta también harto evidente que un acto de afiliación, del mismo modo que ocurre con el de asociarse a una determinada fundación, sociedad o asociación, no puede presumirse realizado para que todo el mundo tome conocimiento de ello (piénsese, p. ej., en la gran cantidad de personas que se incorporan a fundaciones con fines benéficos que no desean que sus actos caritativos tengan trascendencia).

2.2. El argumento de la intervención de múltiples sujetos como excluyente del derecho a su mantenimiento en reserva

2.2.1. *El dato de afiliación política no puede considerarse reservado, ni puede ser incluido dentro de la categoría de dato sensible en los términos de la ley 25.326, toda vez que el hecho de la afiliación en sí implica un acto voluntario y complejo que se perfecciona con la admisión por parte de la agrupación política partidaria, y en el cual intervienen el afiliado, el partido y la justicia electoral. La opinión puede ser reservada, no así la afiliación, pues esta debe ser necesariamente comunicada a otros sujetos que la autorizarán e inscribirán⁽¹⁸⁾.*

⁽¹⁸⁾ CNE, «Sánchez Morteo, Susana T. – Coapoderada del Partido Nacionalista Constitucional Cap. Fed. s/Queja», 14/4/05, «L.L.», 10/5/05, p. 3, Considerando 7°.

2.2.2. Este razonamiento no tiene ninguna incidencia en la cuestión planteada, pues no puede sostenerse que, porque la materialización de una afiliación en sí misma se perfecciona a través de un acto complejo en el que intervienen otros sujetos (a la sazón, el partido y la justicia electoral), ello tenga aptitud para modificar la naturaleza del dato que la refleja.

De hecho, la incorporación a un sindicato o a una comunidad religiosa también reviste la misma complejidad y cierta transitoria publicidad, pero ello no muta la naturaleza sensible de esos datos. La opinión, como la creencia y la simpatía forman parte de las convicciones internas que motivan de la afiliación, agremiación o asociación a una comunidad religiosa y pueden excepcionalmente quedar expuestos al momento de su concreción, pero nunca de manera indiscriminada como aquí se pretende.

Es que, por otra parte, como lo indica Marvin Carvajal, con estos argumentos lisa y llanamente se pone fin a la confidencialidad del voto, que es quizás la regla más cara y apreciada del Derecho Electoral moderno. De hecho, ese siempre ha sido el gran peligro del voto electrónico, lo que no ha impedido procesos electrónicos muy exitosos, como el que mencionaban de Brasil. En cuanto al uso de los mecanismos de identificación para los procesos internos, toda convención «cerrada» implica una identificación del elector, incluso si se trata de elecciones «manuales». Claro, la cuestión está en asegurar que la información de sus afiliados no sea mal empleada por parte de los partidos políticos, porque si se da solo un uso interno, le serviría apenas para garantizar que se respetó la exclusión de terceros ajenos a la agrupación en su proceso interno⁽¹⁹⁾.

2.3. El argumento del sometimiento voluntario a un régimen jurídico habilitante del tratamiento

2.3.1. *Mediante el acto de la afiliación a un partido político, una persona se somete voluntariamente a una «batería» de normas mediante la suscripción de una ficha con ciertos recaudos (arts. 23 a 25 de la ley), lo que permite tener por cumplimentado el requisito del consentimiento para informado requerido por los arts. 5 y 6 de la ley 25.326 para el tratamiento de los datos de afiliación involucrados, ya que la forma legal exigida por*

⁽¹⁹⁾ Marvin Carvajal, su opinión en lista habeasdata@gruposyahoo.com.ar.

la ley 23.298 para el formulario de afiliación (firma o impresión digital, cuya autenticidad deberá ser certificada en forma fehaciente por el funcionario público competente) hace al consentimiento «libre, expreso, informado y escrito (o por otro medio equiparable a la forma escrita de acuerdo a las circunstancias)».

2.3.2. Este argumento tampoco nos parece válido, pues, por un lado, la suscripción de una ficha de afiliación, a tenor del 23 de la ley orgánica de los partidos políticos, requiere proporcionar una serie de datos «públicos» (nombre, domicilio, matrícula, clase, sexo, estado civil y profesión u oficio –todos mencionados con tal carácter por el art. 5 de la ley 25.326, excepto el sexo, que ordinariamente puede extraerse del nombre, y el estado civil, que se incorpora igualmente a los padrones–), y la certificación de la firma.

De la suscripción de ese formulario, por más intervención de persona autorizada a la certificación de la firma que exista, no podía presumirse la presencia de consentimiento alguno para su comunicación o transferencia –ni en los tiempos en que se dictó la ley, ni mucho menos ahora–, pues la forma que requieren los arts. 5, 6 y 11 de la ley 25.326 para autorizar las diversas operaciones de tratamiento de los datos (incluida su transferencia) requiere de varios elementos relativos a la forma en que se debe recabar el consentimiento, los cuales se encuentran absolutamente ausentes en los formularios en cuestión.

Por otra parte, la mera entrada en vigencia de la ley 25.326 invalidó automáticamente cualquier tratamiento que pretenda realizarse fuera de sus reglas, y aún cuando pudiera sostenerse que los tratamientos iniciados con anterioridad son válidos, esa admisión de ningún modo puede extenderse alegremente a todas las operaciones de tratamiento, y mucho menos respecto de la regla del consentimiento para la cesión (comunicación o transferencia) de los datos, y por ello el consentimiento informado para ella debería recabarse expresamente como recaudo esencial para su validez.

Por lo demás, cabe poner de resalto que mucho menos puede inferirse que por el solo hecho de firmar una ficha con una serie de datos personales identificatorios mínimos, su suscriptor ha prestado consentimiento expreso alguno para que se pueda someter a tratamiento un dato –el de la pertenencia al partido–, que no sólo está ausente en la ficha, sino que además es futuro, pues depende de la intervención posterior tanto de las autoridades del partido como de la justicia electoral.

2.4. El argumento de la aplicación prioritaria del régimen de partidos políticos, que dispone la publicidad de los padrones.

2.4.1. *En todo lo relativo a afiliaciones debe regir en forma prioritaria la ley orgánica de los partidos políticos, que dispone expresamente la publicidad de los padrones partidarios –lo que implica convertirlos en documentos públicos de acceso irrestricto–, toda vez que la ley orgánica de los partidos políticos norma que estos registros actualizados serán llevados por los partidos y por la Justicia Federal con competencia electoral (art. 26), debiendo ser confeccionados por aquellos (o a su solicitud por la Justicia Federal), que los deberán remitir al juez federal con competencia electoral antes de cada elección interna o cuando éste lo requiera, revistiendo el carácter de públicos (art. 27).*

2.4.2. Tampoco nos parece que esa sea la solución correcta, y ello por varios motivos.

En primer lugar, porque si bien la ley orgánica de los partidos políticos es una norma que se refiere expresamente a la publicidad de los padrones, entendemos que lo ha hecho en el sentido que podía presumirse a mediados de la década de los años ochenta, donde seguramente no se tuvo en cuenta el despliegue que tuvo la telemática y mucho menos la aparición y masificación de la Internet.

En segundo término, si se repara en lo prescripto por los arts. 26 y 27 de la ley orgánica de los partidos políticos, cuando alude a los padrones sólo menciona como sujetos autorizados a tratar dichos datos a los partidos políticos y a la Justicia Federal con competencia electoral, y sólo declara de manera genérica su carácter de públicos, lo que sólo hace suponer que no tienen el carácter de secretos, pero de ningún modo señala que no deban tener una publicidad restringida, limitada estrictamente al cumplimiento de los fines para los que se dispuso.

En esta línea argumental, explica Ruiz Martínez que cuando el legislador expresó que los padrones son «públicos», no necesariamente quiso prever su difusión ilimitada, y mucho menos que puedan estar a disposición en un medio tan masivo como lo es actualmente la Internet. Cuando un término de semejante amplitud (públicos) no está reglamentado o definido por el legislador, el criterio de interpretación ha de ser acorde con los demás derechos (en este caso, a la protección de datos) y por tanto, al revestir indiscutiblemente el carácter de datos sensibles, no podemos interpretar que la ley 23.298 permite difundirlos por la Internet. Cuando el legislador interpreta que una información debe ser pública (porque hay

un interés en ello), así lo declara, pero si no define el alcance de «público», no podemos darle a dicho concepto una interpretación contraria a una norma de orden público (Ley 25.326)⁽²⁰⁾.

Nos parece que la disposición que establece la publicidad de los padrones, debió entenderse del mismo modo en que rige el principio de publicidad vigente en materia registral, y que por consecuencia sólo pueden acceder al dato todos aquellos que estén legítimamente interesados en ello, lo que en este caso implicaría autorizar al Estado (Poder Ejecutivo, Justicia Electoral, Juntas electorales, etc.) y a los partidos políticos (y a los afiliados pero de manera individual) para acceder a los datos de afiliación y con la única finalidad de controlar la veracidad de ese dato y actuar en consecuencia, pero nunca puede entenderse que pueden ponerse a disposición del público en general los listados de afiliados indiscriminadamente, y mucho menos vía Internet o en padrones a los que se les agregue una columna adicional que indique la afiliación o no afiliación del elector a un partido político determinado.

Por último, y no por ello menos importante, porque no existe razón alguna para que la ley de partidos políticos se imponga a una norma posterior específica, que define y regula claramente los aspectos centrales del tratamiento de datos de carácter personal y que por su propia conformación resulta directa e incuestionablemente aplicable a las bases de datos que estamos analizando. En este sentido, vale recordar que, en la legislación europea, las leyes generales sobre protección de datos se aplican a todo el universo de datos personales, salvo que ellas mismas exceptúen expresa y puntualmente a determinados tratamientos o sistemas de información, al definir su ámbito de aplicación⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Esteban Ruiz Martínez, su opinión en lista habeasdata@gruposyahoo.com.ar.

⁽²¹⁾ La ley española 15/99, al definir en su art. 2 su ámbito de aplicación, expresa: «... 3. Se registrarán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos personales: a) Los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral. b) Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos, y estén amparados por la legislación estatal o autonómica sobre la función estadística pública. c) Los que tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del Régimen del personal de las Fuerzas Armadas. d) Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de penados y rebeldes. e) Los procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con la legislación sobre la materia.»

En este sentido, cabe tener presente que el fallo de la Cámara Electoral, que en definitiva prefiere la norma del art. 27 de la ley de partidos políticos y la aplica literalmente y en su máxima extensión, ha optado por la norma y por la interpretación de ésta que más afecta a los derechos de las personas, violando simultáneamente los principios de interpretación y aplicación de los derechos humanos, en especial –y entre otros– los que destaca Sagüés⁽²²⁾, en concreto:

- a) el principio *pro homine*, que aconseja interpretar la regla concerniente a un derecho humano del modo más favorable para la persona, es decir, para el destinatario de la protección⁽²³⁾, y que exhibe dos variantes: a) la primera es actuar como «directriz de preferencia» (escoger, en lo posible, dentro de las posibilidades interpretativas de una norma, la versión más protectora de la persona), y que como patrón interpretativo tiene algunas especificaciones, como el principio *pro libertatis*, que postula entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego⁽²⁴⁾, o el principio de protección a las víctimas,⁽²⁵⁾ con particular referencia a los casos de discriminación o de refugiados, principios que se dirigen contra el Estado, y en favor de los particulares⁽²⁶⁾, y b) la segunda es actuar como «directriz de preferencia de normas», lo que significa que ante un caso a debatir, el juez (sea de la jurisdicción nacional, sea de la jurisdicción supranacional), tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jurídico, lo que incluso puede implicar un serio golpe a la alegoría kelseniana de la pirámide jurídica.

(22) Néstor P. Sagüés, *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*, comunicación efectuada por el académico correspondiente doctor Néstor Pedro Sagüés, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de agosto de 1998, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de «Anales», Año XLII, segunda época, número 36.

(23) Cfr. Rodolfo E. Piza Rocafort y Gerardo Trejos, *Derecho internacional de los derechos humanos. la Convención Americana*, San José, 1989. ed. Juricentro, p. 67.

(24) Cfr. Rodolfo E. Piza Rocafort y Gerardo Trejos, *Derecho internacional de los derechos humanos. la Convención Americana*, San José, 1989. ed. Juricentro, p. 67.

(25) Cfr. Antonio Cancado Trindade, *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, en varios, «El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos», San José, 1993, p. 266.

(26) Causa «Viviana Gallardo et al.», en Rodolfo E. Piza Rocafort y Gerardo Trejos, *Derecho internacional de los derechos humanos. la Convención Americana*, San José, 1989. ed. Juricentro, p. 113.

- b) el «principio de interpretación expansiva o progresiva», el que, según Nikken, impone que, entre las varias exégesis posibles de una norma, debe preferirse la que restrinja en menor escala el derecho en juego, y
- c) el principio de promoción, que alerta al intérprete de los derechos humanos que debe adoptar, en cuanto a ellos, una posición de tutela y protección, y exige por parte del juez del caso una necesaria actitud de sensibilidad⁽²⁷⁾.

2.5. El argumento de la publicidad como medio de saneamiento institucional

2.5.1. *La ley orgánica de los partidos políticos reglamenta el derecho constitucional de asociación política y destaca la importancia de los partidos políticos y la relevancia de su rol institucional (arts. 37 y 38 de la Constitución nacional), lo que justifica la adopción de medidas como la presente –en función del principio de publicidad de los actos de gobierno y la necesidad de transparentar el funcionamiento institucional–, que por otra parte aparecen en el derecho extranjero.*

Así, se ha remarcado que, dado que la ley 23.298 garantiza a los ciudadanos el derecho de asociación política para agruparse en partidos políticos democráticos (art. 1) y declara que éstos son instrumentos necesarios para la formulación y realización de la política nacional, incumbiéndoles con exclusividad, la nominación de candidatos para cargos públicos electivos (art. 2), para cumplir esta premisa se hace necesario entonces, dotar al sistema del mayor grado de transparencia posible⁽²⁸⁾.

Por ello, el legislador argentino modificó sustancialmente el criterio anteriormente vigente que fuera establecido por las leyes de facto⁽²⁹⁾, tal como se destacó en el mensaje de elevación del proyecto, donde se expresó que se consagraba la publicidad y se suprimía la obligación, an-

⁽²⁷⁾ Rigoberto Espinal Irías, *Los jueces y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de Derecho*, en Varios, «El juez y la defensa de la democracia», p. 41 a 43.

⁽²⁸⁾ Marcela I. Basterra, *La «opinión política» o la «idea política» es un dato sensible. La «afiliación partidaria» no.* «L.L.», Columna de Opinión, 4/5/05.

⁽²⁹⁾ Decretos-leyes n° 19.102 (1971) y 22.627 (1982), que requerían, respectivamente, causa justificada para acceder a información mediante requerimiento judicial y sólo la publicidad del padrón para los afiliados del propio partido.

teriormente vigente, de su consulta sólo ante registros que obren en la justicia⁽³⁰⁾.

De similar modo al caso argentino, la Ley de Partidos Políticos del Perú, sancionada en 2003 y la Ley Electoral de Puerto Rico (1977) prevén tal publicidad (la primera incluso dispone la publicación en Internet de los padrones partidarios)⁽³¹⁾.

En este sentido, Ferreira Rubio entiende que si bien en abstracto la afiliación puede ser considerada un dato sensible, para organizar comicios internos es imprescindible conocerla⁽³²⁾, y a ello agrega Dubié –pese a compartir la opinión mayoritaria respecto de no tratar como conceptos distintos, a los fines de la protección de datos, los de «opinión política» y «afiliación partidaria», y de estar en desacuerdo con agregar al padrón electoral una columna adicional permanente en donde conste la afiliación partidaria–, que en su opinión es lícito crear una base de datos específica para una elección determinada, a los fines de evitar fraudes electorales, pues la confección de un padrón electoral al solo efecto de esa elección y su posterior destrucción, su inscripción previa a su utilización en el Registro de Bases de Datos de la autoridad de control de la ley 25.326 (Dirección Nacional de Protección de Datos Personales), más todas las garantías de confidencialidad y anonimato en el uso del padrón por parte de las autoridades electorales, permitiría lograr un proceso electoral más controlado. Hay que usar la imaginación y presumir que el Estado eliminará la base de datos cumpliendo con la ley de protección de datos. En definitiva, se trataría de un fichero que, previa inscripción, tendría una vida muy corta⁽³³⁾.

2.5.2. Tampoco este argumento nos conmueve. Si bien la ley orgánica de los partidos políticos reglamenta el derecho constitucional de asociación política y destaca la importancia de los partidos políticos y la relevancia de su rol institucional (arts. 37 y 38 de la Constitución nacional), ello de ningún modo justifica la adopción de medidas de publicidad como las

⁽³⁰⁾ Mensaje n° 1680, del 3/9/85.

⁽³¹⁾ CNE, «Sánchez Morteo, Susana T. – Coapoderada del Partido Nacionalista Constitucional Cap. Fed. s/Queja», 14/4/05, «L.L.», 10/5/05, p. 3, Considerando 10°.

⁽³²⁾ Delia Ferreira Rubio, su opinión recogida por el diario «La Nación», <http://www.lanacion.com.ar/694597>.

⁽³³⁾ Pedro Dubié, su opinión en lista habeasdata@gruposyadoo.com.ar.

adoptadas en el presente caso bajo la excusa de la necesidad de transparentar el funcionamiento institucional.

Bien apunta Masciotra que si bien es correcto afirmar que conforme el art. 27 de la ley 23.298 el padrón partidario es «público», también lo es que ese mismo dispositivo dispone que cuando el padrón partidario es confeccionado por los partidos políticos debe ser «actualizado y autenticado», y resulta indubitable que no existe en la Argentina agrupación política nacional, provincial o municipal que posea padrones partidarios actualizados y autenticados. Y si esa actualización corresponde a los dirigentes políticos, sin que se pueda invertir la carga, imponiéndoles a los ciudadanos que los controlen y vigilen⁽³⁴⁾.

Con relación al argumento –en realidad, secundario y más efectista que efectivo– respecto de la modificación del criterio vigente en épocas de facto, como ya se explicó *supra*, la publicidad a la que se alude no puede pensarse en el contexto actual, y resulta obvio que por aquellos tiempos se la entendió de modo diferente al que ahora se pretende.

Es que, por otra parte, medidas como la implementada brillan por su ausencia en países desarrollados, en especial en el derecho extranjero que es fuente de nuestro sistema legal de tratamiento de datos de carácter personal. En efecto, por un lado, y con relación a las normas mencionadas en la sentencia de la Cámara Nacional Electoral, ni el Perú ni Puerto Rico cuentan con una ley integral de protección de datos al estilo europeo, como sí ocurre, con diferentes matices, en la Argentina, Chile y Uruguay. Antes bien, los países mencionados en los fundamentos de la sentencia han dictado unas pocas disposiciones sectoriales que no conforman un sistema de protección adecuado en los términos de la Directiva Europea de 1995, mientras que la Argentina, en cambio, tiene prácticamente codificado este aspecto a partir de 2000 con la entrada en vigencia de la ley 25.326 y su decreto reglamentario 1558/01, y ha sido declarada en 2002 por la Unión Europea como el primer país latinoamericano con nivel adecuado de protección de datos personales a los fines de la libre transferencia internacional de éstos con la comunidad.

Al respecto, analiza Palazzi que entre las razones de interés general podríamos aceptar la necesidad de realizar elecciones internas abiertas y simultáneas donde sólo participen independientes y los afiliados a ese partido o la necesidad de depurar los padrones electorales de afiliaciones

(34) Mario Masciotra, su opinión en lista habeasdata@gruposyahoo.com.ar.

irregulares. Sin embargo, por principio general, los datos sensibles no pueden ser objeto de recolección o registro y hay que atender a una eventual violación al principio de finalidad (art. 4, ley 25.326) que podría surgir de la publicación de los datos sobre afiliaciones partidarias en la red, puesto que la recopilación y cesión del dato por parte de los partidos políticos – que son los principales responsables de estas bases de datos – no tuvo por finalidad su difusión en un medio global como es Internet. Cabe ponderar que una de las más hondas preocupaciones que motivaron a los constituyentes a incluir el hábeas data en la Constitución nacional fue la protección de los datos sensibles (Ver «Obra de la Convención Nacional Constituyente», t. IV, 1994, ps. 4051, 4054, 4074, 4110 y, especialmente, 4152 y ss.), y que en su voto en el caso «Ganora», el juez Fayt fue muy claro respecto de los datos de afiliación, al decir: «El hábeas data garantiza a toda persona que su filiación política, sus creencias religiosas, su militancia gremial, sus antecedentes laborales o académicos, no pueden ser divulgados ni utilizados en su perjuicio por órganos públicos o entes privados» (CSJN, 16/9/99, «Ganora, Mario F. y otra s/hábeas corpus», J.A. 2000-II-43).»⁽³⁵⁾

Coincidimos también con Masciotra cuando evalúa negativamente lo resuelto por la Cámara Nacional Electoral, y en especial cuando el tribunal argumenta que «vedar al público el conocimiento de los padrones partidarios» genera la pérdida de «una herramienta valiosa y necesaria para transparentar el funcionamiento interno de las fuerzas políticas y fortalecer –con ello– el sistema representativo de gobierno, en tanto de los partidos políticos depende en gran medida lo que ha de ser, en los hechos, la democracia de un país».

Al respecto, entiende el autor: «Es cierto que el criterio adoptado por el tribunal dealzada al facilitar el acceso de los ciudadanos permite una depuración de los padrones, pues es bien sabido que éstos están abultados y no se ajustan a la realidad; pero vulnerar la protección de los datos personales no es el método más idóneo para mejorar la vida interna de los partidos políticos –instituciones fundamentales del sistema democrático a tenor del art. 38 de la Constitución Nacional– y perfeccionar los presupuestos de la democracia.

«Estos objetivos se logran concientizando a los ciudadanos que la intervención en la vida democrática de un país no se limita a emitir el voto

⁽³⁵⁾ Pablo A. Palazzi, *La protección de los datos sensibles y la publicación de la afiliación partidaria en Internet*, «J.A.» 2002-IV-496/7.

obligatorio cada dos años, sino ejerciendo los derechos estatuidos en el ordenamiento jurídico e incentivando la participación real y efectiva de los ciudadanos en las agrupaciones políticas e implementando un sistema estricto de responsabilidades a los dirigentes y autoridades partidarias que llevan a cabo prácticas perimidas e ilegales, controlando a través de los instrumentos legales a las autoridades elegidas y no consintiendo por omisión o negligencia la inserción falsa de sus datos personales en un padrón partidario. Resulta liminar que previo a la difusión masiva de la afiliación política se produzca una maduración de las prácticas partidistas y de los usos sociales que desde adentro solidifiquen el sistema democrático.

«No es la prepotencia de los poderes estatales –llámese legislador, funcionario o magistrado– el que cambiará los hábitos y costumbres de los miembros de la sociedad, ello se logra a través de un proceso cultural generado mediante la educación que tenga por objetivo enseñar a las personas sean conscientes de cuáles son sus derechos y cual es la forma de hacerlos valer en cada circunstancia y en esta ardua tarea, la dirigencia en general, los operadores del derecho y los educadores debemos asumir un rol protagónico, no solo en el cumplimiento de los deberes y responsabilidades a nuestro cargo, sino por nuestra actitud ejemplificadora.

«Dado el nivel de la cultura cívica actual y los parámetros garantistas del patrimonio privado, como son los datos personales, lo cierto es que tan amplia publicidad en el presente permitiría la utilización de la información con fines distintos a los que persigue la norma, pudiendo generar discriminaciones con secuelas irreparables.

«Entiendo que estamos frente al conflicto de dos bienes que se pretende tutelar, por un lado, la transparencia en el funcionamiento interno de los partidos políticos y por otro, los derechos a la privacidad, a la intimidad y a la autodeterminación informativa.

«Principios liminares en materia de hermenéutica jurídica nos indican que frente al ejercicio de derechos cuyas esferas de actuación se superponen total o parcialmente, debemos encontrar un equilibrio entre los derechos enfrentados, es decir, la «armonización», éste es el criterio que surge de los pronunciamientos de la Corte Federal, situación que conlleva a mantener la vigencia de todos los derechos involucrados, tras una exégesis conciliatoria de las distintas. Este es el criterio que surge de los pronunciamientos de la Corte Federal.

«Pero cuando ello es imposible, lo correcto es confrontar los bienes jurídicos y los valores que se encuentran en juego y de resultas de ello realizar la interpretación que de manera más justa establezca un orden jerárquico entre los mismos. De este modo, se logrará dar prevalencia a uno de los derechos por encima de los restantes cuando resulte quimérico el pleno desarrollo de ambos.

«Y en esa inteligencia, considero que debe darse preferencia a la protección de los datos personales, por cuanto es el derecho agredido y, por ende, debe contar con mayor protección y asimismo en su tutela se halla involucrada la dignidad humana, valor supremo que garantiza nuestra Carta Magna.»⁽³⁶⁾

2.6. El argumento de la no sensibilidad del dato de afiliación en los términos de la ley de protección de datos personales

2.6.1. *La «afiliación política» no es dato que revele «opiniones políticas» en los términos del art. 2 de la ley 25.326, y consecuentemente no es dato sensible a los fines de su tratamiento.*

Se ha sostenido que el hecho de que la ley 25.326 preserve a las «opiniones políticas» dentro del ámbito denominado de los datos sensibles no supone que esa protección deba extenderse a la «afiliación política», por cuanto resulta consecuencia de la expresión pública de la voluntad del ciudadano. La caracterización de «sensible» de los datos respecto de opiniones sólo tiene por finalidad garantizar la privacidad del pensamiento político del individuo, evitando que éste sea registrado en bases de datos de cualquier índole, pero sin que ello impida la publicidad de los registros de afiliación partidaria⁽³⁷⁾.

En la misma inteligencia, Badeni entiende que «según la ley de habeas data, es sensible la información referente a la idea política de un ciudadano, pero no la inscripción en un partido político.

«Desde que una persona manifiesta que quiere participar de la vida pública de una república afiliándose a un partido político, no veo que éste deba ser un dato secreto que deba afectar la intimidad de una persona»⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Mario Masciotra, su opinión en lista habeasdata@gruposyahoo.com.ar.

⁽³⁷⁾ CNE, «Sánchez Morteo, Susana T. – Coopoderada del Partido Nacionalista Constitucional Cap. Fed. s/Queja», 14/4/05, «L.L.», 10/5/05, p. 3, Considerando 8°.

⁽³⁸⁾ Gregorio Badeni, su opinión recogida por el Diario «La Nación», <http://www.lanacion.com.ar/694597>.

Al justificar la idea de crear un «Padrón Único Nacional», Aníbal Fernández expresó: «en democracia, la afiliación partidaria no puede considerarse un dato sensible porque no hay persecución política en el país»⁽³⁹⁾.

2.6.2. Nos parece exactamente lo contrario. El dato de afiliación política es un dato sensible, pues:

- a) contrariamente a lo que entiende cierto sector de la doctrina⁽⁴⁰⁾, el carácter de «íntimo» de dato no constituye una *condictio sine qua non* para que encuadre en la categoría de «dato sensible», pues basta con su aptitud para generar discriminación (así lo ha entendido la doctrina mayoritaria, entre quienes se encuentran Pierini⁽⁴¹⁾, Molina Quiroga⁽⁴²⁾ y Peyrano⁽⁴³⁾, en consonancia con la clara previsión del art.

⁽³⁹⁾ Diario La Nación, <http://www.lanacion.com.ar/694596>.

⁽⁴⁰⁾ Entre quienes lo ligan a la intimidad, se encuentran Gozaíni (Osvaldo A. Gozaíni, *Hábeas Data-Protección de datos personales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 241 y Elías, quien ha definido a los datos sensibles como «...aquellos que por sí solos impulsan naturalmente a un individuo a las más íntima y absoluta reserva de dicha información» (Miguel S. Elías, *Estudio del impacto de las nuevas tecnologías en la privacidad y sus repercusiones jurídicas, económicas y sociales*, http://vlex.com.ar/cn/Derecho_Inform@tico/14).

⁽⁴¹⁾ Para Pierini, Lorences y Tornabene, la «información sensible» es aquella «cuyo contenido se refiere a cuestiones privadas y cuyo conocimiento general puede ser generador de perjuicio o discriminación» (Alicia Pierini, Valentín Lorences y María Inés Tornabene, *Hábeas data*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 25).

⁽⁴²⁾ En opinión de Molina Quiroga: «la preocupación esencial que rodea al tratamiento de estos datos, además de la tutela del derecho a la intimidad, o vida privada, es sin duda, la posibilidad de discriminación». (Eduardo Molina Quiroga, *Régimen Jurídico de los bancos de datos*, en Biblioteca Electrónica-Derecho Informático-Asociación de Abogados de Buenos Aires- <http://www.aaba.org.ar/bi13011.htm>.-).

⁽⁴³⁾ Expresa Peyrano: «El parámetro detonante entonces, de caracterización de los «datos personales» como «datos sensibles», finca en la posibilidad de generar, por la trascendencia de su contenido —esto es, por las connotaciones que implican en el medio social las realidades que representan o las informaciones que hacen conocer—, actitudes discriminatorias respecto de sus titulares, y no por esa supuesta voluntad de «reserva», que cierto es, por lo general los acompaña (aunque, como se ha visto, puede perfectamente encontrarse ausente)...

«En ese orden de ideas nos hemos pronunciado por extender el concepto de «datos sensibles» (y, por consecuencia, el especial régimen de protección que les es aplicable), «a todos aquellos datos personales que por sus connotaciones en el medio social, tengan, en el caso concreto, la aptitud de generar esas conductas o actitudes de carácter discriminatorio»

«Es por esta potencialidad de generar actitudes o conductas «discriminatorias» respecto de sus titulares que se propugna, una revisión del concepto de «dato sensible», en circunstancias determinadas, posibilitando la extensión de la tutela de los categorizados en la previsión del art. 2° de la ley 25.326, a todos aquellos datos personales que por sus connotaciones en el medio social, tengan, en el caso concreto, la aptitud de generar esas conductas o

- 43 constitucional), y en este sentido los datos de afiliación tienen una clara y ancestral aptitud para generarla;
- b) la pertenencia a determinado partido político es una información que sin lugar a duda alguna revela «directa o indirectamente» (art. 7, ap. 3) «opiniones políticas» (art. 2), y además coincide con la idea de prevención de persecuciones que históricamente dio origen a la protección de datos –el «1984» de Orwell, nos allana con meridiana claridad el camino interpretativo– y con la expresa finalidad del art. 43 constitucional respecto de la actuación del hábeas data ante supuestos de discriminación;
 - c) si según el art. 2 los datos sensibles son los que «revelan» «opiniones» políticas; «convicciones» religiosas, filosóficas y morales, y «afiliación» sindical, parece muy claro que tanto «convicciones», como «opiniones» y «afiliaciones» están cubiertas aunque el texto sólo aluda a la «afiliación sindical», pues están en el mismo nivel de protección; han sido utilizadas como una suerte de sinónimos y carecería de sentido autorizar después en el art. 7, ap. 3 a la Iglesia Católica, a las asociaciones religiosas y a las organizaciones políticas y sindicales a llevar un registro de sus miembros;
 - d) si en la ley de protección de datos se ha pergeñado una regla dedicada exclusivamente a la caracterización de los datos sensibles (art. 7) –que por un defecto de técnica legislativa no es la única, pues injustificadamente se tratan a continuación otros datos sensibles, como los datos relativos a la salud (art. 8)–, y en él se coloca un apartado que enuncia primeramente con carácter categórico y de manera general que está prohibida la formación de sistemas de información que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles (ap. 3), y en el mismo apartado y sin solución de continuidad se autoriza a determinados sujetos y sólo a ellos (a la Iglesia Católica, a las asociaciones religiosas y a las organizaciones políticas y sindicales) a llevar un registro de sus miembros, no cabe duda alguna que el registro de los miembros de los partidos políticos (la afiliación) es un

actitudes de carácter discriminatorio» (Guillermo F. Peyrano, *El acceso a la información pública y las restricciones emergentes del carácter de los datos archivados. Datos especialmente protegidos y datos sensibles. Bancos de documentos y bancos de datos. Los archivos «sensibles»*, «E.D.», 10/05/05, con cita de su obra *Régimen Legal de los Datos Personales y Hábeas Data*, LexisNexis–Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 38).

dato sensible –respecto de los cuales la única operación de tratamiento autorizada por esta ley autoriza es la de la registración⁽⁴⁴⁾–.

Entre los autores que se ocuparon de la problemática, Gil Lavedra expresa que a su criterio las opiniones políticas son datos sensibles, y como el habeas data protege el derecho a la intimidad, ello supone que los demás no conozcan información que uno no quiere que trascienda, con lo cual no debieran trascender los datos de afiliación (de todos modos, se pregunta si la afiliación a un partido supone o no un consentimiento para que esa información se divulgue)⁽⁴⁵⁾.

Gelli, con más contundencia, sostiene que, con la regla promovida por el gobierno «Se está afectando un dato sensible, así que el decreto es, al menos, de dudosa constitucionalidad. La afiliación merece protección y no debería ser difundida, pues si bien hay que elegir entre dos intereses igualmente valiosos, el de preservar la privacidad y el de cuidar que no se distorsione una elección partidaria con el desplazamiento de afiliados de un partido que vayan a votar en las internas de otro, debiera hacerse primar la preservación de la privacidad.»⁽⁴⁶⁾

Por su parte, Giménez afirma que los argumentos basados en aparentes distinciones entre las expresiones «opinión política» y «afiliación partidaria», son forzosos. Resulta más que claro que todo aquel que se afilia a

(44) Expresa al respecto Peyrano que estas entidades podrán llevar los registros relativos a sus miembros, pero no podrán ceder, ni transferir, ni proporcionar a terceros esos datos, en razón de que tales informaciones deberán considerarse sometidas en todo lo que exceda a su archivo, a las demás limitaciones establecidas en el art. 7º de la ley (en forma expresa se aclara en el art. 7.3 de la Ley Orgánica N° 15/99 de España, que la excepción de formar ficheros de datos sensibles, permitida a partidos políticos, sindicatos, iglesias, etc., se establece «...sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado»).

El derecho de acceso a la información pública –cuya jerarquía constitucional ya se ha señalado– encuentra, entonces, una importante restricción en la tutela legal que se ha establecido respecto de los datos sensibles, y el conocimiento de estas informaciones por el público, sólo podrá concretarse, en el supuesto de que por razones de interés general, una disposición legal así lo admita (Guillermo F. Peyrano, *El acceso a la información pública y las restricciones emergentes del carácter de los datos archivados. Datos especialmente protegidos y datos sensibles. Bancos de documentos y bancos de datos. Los archivos «sensibles»*, «E.D.», 10/05/05).

(45) Ricardo Gil Lavedra, su opinión recogida por el diario «La Nación», <http://www.lanacion.com.ar/694597>.

(46) María Angélica Gelli, su opinión recogida por el diario «La Nación», <http://www.lanacion.com.ar/694597>.

un partido político adhiere a su plataforma partidaria, por lo que si –como va de suyo– dicha plataforma partidaria es la que contiene la opinión política de la agrupación a la que adhiere el afiliado, es entonces obvio que al afiliarse, se formula adhesión a la opinión política que sustenta el partido, y que, a su vez, se presume es la opinión política a la que adhieren todos los otros afiliados a esa agrupación política.

«Por ello me parecen sumamente retorcidas las argumentaciones que tratan de demostrar lo –a mi modo de ver– indemostrable, es decir, la aparente diferencia entre «opinión» y «afiliación».⁽⁴⁷⁾

Del mismo modo, Padilla indica: «...es harto evidente que conociendo la afiliación a determinada agrupación política, simultáneamente podrá deducirse la «opinión política» de sus miembros, y si, por ejemplo, se manifiesta adherir al Partido Comunista sería absurdo negar un apoyo a la ideología izquierdista, como igualmente, en otro supuesto, sería tildar de conservador a un afiliado al Partido Laborista inglés.

«Ambos datos son inseparables y es ilusoria la pretensión de reputarlos como independientes o separados, afirmación incomprensible en la que se sustenta el fallo comentado.

«En otras palabras, la información acerca de las simpatías políticas de las personas no puede hacerse pública o divulgarse sin el consentimiento de las mismas: por consiguiente, cuando el antes citado precepto determina que al padrón de electores se agregará una columna con ese contenido, claramente infringe una disposición de superior jerarquía y es, por ello, inconstitucional.»⁽⁴⁸⁾

En la misma línea, Masciotra expresa que la sutil distinción formulada entre «afiliación partidaria» y «opiniones políticas», plasmada en el fallo de la Cámara Nacional Electoral, no tiene en cuenta que la protección de datos personales, a través del derecho–garantía consagrado en el tercer párrafo del art. 43 de la Carta Magna tiende a tutelar una pluralidad de bienes, tales como los derechos a la autodeterminación informativa, a la imagen, a la privacidad, a la intimidad, a los valores familiares, al honor, al patrimonio y esencialmente a la dignidad humana y que la Ley 25.326 «tiene por objeto la protección integral de los datos personales» (art. 1).

⁽⁴⁷⁾ Norberto Giménez, su opinión en lista habeasdata@gruposyahoo.com.ar.

⁽⁴⁸⁾ Miguel A. Padilla, *¿Puede existir afiliación política sin simpatía política?*, LL, 9/5/05, ps. 1/2.

Agrega que si bien los partidos políticos se hallan facultados para «llevar un registro de sus miembros» en los términos del art. 7 inc. 3 de dicha regulación legal y que este padrón partidario es público conforme al art. 27 de la Ley 23.298, de manera alguna aquella atribución y esta calidad del registro autorizan la difusión de la afiliación partidaria, ya que ésta, en nuestro contexto social tiene –nos guste o no– la aptitud suficiente de generar conductas o actitudes discriminatorias, y por ello no puede transmitirse a terceros, ni aun con el consentimiento del afiliado, es decir, del titular del dato personal, salvo que «medien razones de interés general autorizadas por ley», como lo contempla el inc. 2 del art. 7 de la Ley 25.326, no siendo admisible hacerlo mediante decreto del Poder Ejecutivo.

En su oportunidad, y dentro del expte. n° 632/02, la jueza Servini de Cubría afirmó enfáticamente: «Sin lugar a dudas, hacer pública la preferencia, idea o militancia política de los ciudadanos puede generar conductas discriminatorias que podrían culminar en un concreto perjuicio a los ciudadanos en su relación laboral, en sus expectativas de trabajo, en sus posibilidades de ascensos, etc...».⁽⁴⁹⁾

Este, en definitiva, es el criterio que se aplica en el ámbito europeo, donde sus autoridades de control han sido contundentes al reconocer tanto la sensibilidad del dato de afiliación como la necesidad de brindarle la máxima protección legal. Así, v.gr., el «Garante per la Protezione Dei Dati Personali», ha expresado: «L'iscrizione ad un partito politico costituisce di per sé un dato sensibile, con conseguente necessità, per il titolare del trattamento, di rendere un'ideonea informativa ai sensi dell'art. 10 della legge n. 675/1996 e, per l'interessato, di prestar espresso consenso scritto al trattamento dei dati personali»⁽⁵⁰⁾.

Y en el mismo sentido, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos –cuya opinión es doblemente relevante, pues nuestra ley de protección de datos abreva fundamentalmente en la ley orgánica española de la misma temática, de 1992–, en su Informe n° 361/03 (provocado por el pedido que realizara un candidato de un partido político para que le entregaran el listado de los afiliados a su partido, a fin de realizar su campaña), concluyó: 1) los datos referidos a la condición de afiliados han de ser considerados como datos especialmente protegidos, relacionados con

⁽⁴⁹⁾ Mario Masciotra, su opinión el lista habeasdata@gruposyahoo.com.ar.

⁽⁵⁰⁾ Garante per la Protezione Dei Dati Personali, 8 gennaio 1998, in *Bollettino* n° 3, p. 22.

la ideología de los mismos, siendo en consecuencia de aplicación lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, según el cual, «sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias».

2) La exigencia de consentimiento expreso y escrito es aplicable con independencia de que el tratamiento o cesión se realice en el entorno o fuera del ámbito del Partido Político correspondiente, por lo que únicamente cabe excepcionarla en el supuesto contemplado en el propio precepto, en el que se indica: «Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado».

3) La Ley habilita el tratamiento sin previo consentimiento de los datos relacionados con la ideología política de los afectados únicamente en caso de que el mismo sea directamente efectuado por el Partido político en cuestión, lo que en la interpretación más extensiva podría incluir a sus órganos de gobierno y representación.

4) Si el boletín de adhesión al Partido consultante, en condición de afiliado o simpatizante indica simplemente que el afectado, firmante a su vez del documento, autoriza al partido a que «proceda al tratamiento de mis datos personales y su comunicación a los diferentes órganos y entidades del partido, así como la cesión necesaria para la confección de carnets y otra documentación administrativa», no puede extenderse a otros casos, y por ende no puede procederse a la comunicación de los datos a otros afiliados del mismo partido, con independencia de que aquellos resulten ser o no candidatos en los procesos electorales a los órganos del Partido en cuestión.

5) Aún cuando pudiera pensarse que la aplicación estricta de las normas reguladoras de la protección de datos podrían contrariar al principio de estructura y funcionamiento democrático de los partidos políticos, consagrado por el artículo 6 de la Constitución... igualmente sería preciso que, por una parte, la falta de comunicación de los datos de los afiliados supusiera efectivamente una quiebra del equilibrio entre las distintas candidaturas o impidiera efectivamente dicho conocimiento y que, por otra, las normas reguladoras del funcionamiento de los partidos políticos, que son las que a la postre vienen a traducir el principio democrático consagrado

por el meritado artículo 6 de la Constitución, dieran efectivamente cobertura a una comunicación como la solicitada, lo que no ocurre en el caso⁽⁵¹⁾.

Y con anterioridad, respondiendo a otra consulta recibida en el año 2000 respecto de qué datos son relevantes para ser incluidos en los registros civiles y padrones municipales para la celebración de las elecciones, la Agencia española señaló que incluir los datos de afiliación política «es inconcebible en un registro público» hasta el punto de ser considerado inconstitucional en los Estados democráticos que consagran el derecho de los ciudadanos a no declarar sobre sus ideas políticas o creencias⁽⁵²⁾.

Pero, por si con esto no fuera bastante, detengámonos brevemente para analizar qué debe entenderse por «datos sensibles».

El ap. 3º del art. 2 de la ley 25.326 –no reglamentado por el dec. 1558/01 y con fuente en el art. 3º de la Lortad española de 1992– define claramente a los datos sensibles al expresar que son aquellos «que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual».

Lo hace de manera reprochable, por varios motivos, entre los cuales cuentan, en primer lugar una serie de fallas de técnica legislativa, como la aparente taxatividad de los supuestos enumerados –lo que *prima facie* aparece impropio, pues las normas antidiscriminatorias suelen mencionar primeramente una serie de supuestos similares a los expresados en el artículo bajo examen, y luego finalizan con una frase que aclara su carácter meramente enunciativo–, supuesta característica que la doctrina –acertadamente– ha ignorado.

El legislador argentino –recuerda Basterra– ha definido los datos sensibles en concordancia con amplísima legislación comparada, donde invariablemente se ha aludido a la ideología política. Tal el caso de España, ley 15/1999 (art. 7), «1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del art. 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 2. Sólo con el consentimiento expreso y por escri-

(51) <http://www.agpd.es/index.php?idSeccion=404>. Datos proporcionados por Gustavo Tanús y Daniel Monatersky, sus opiniones en la lista habeasdata@gruposyahoo.com.ar, quienes a su vez coinciden con el criterio expresado por la autoridad de control española.

(52) Datos proporcionados por Gustavo Tanús, su opinión en la lista habeasdata@gruposyahoo.com.ar.

to del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias...»; Chile, ley 19.628, (art. 2), se refiere a «ideologías y opiniones políticas»; Guatemala, (art. 31 Constitución) «filiación política»; México, Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (art. 3) «ideología y opiniones políticas»; Perú, ley 27.489, Regulación de las centrales privadas de información de riesgos y de protección al titular de la información (art. 2), «ideologías y opiniones políticas»; Uruguay, ley 17.838, (art. 2) «preferencias políticas»⁽⁵³⁾, y Portugal (art. 35 de la Constitución) «convicciones políticas»⁽⁵⁴⁾.

La discusión acerca de si la sensibilidad del dato deriva de la eventual vulneración de la intimidad de quien se predica la información o de la potencialidad discriminatoria que puede conllevar su trascendencia ha dividido a la doctrina, y tiene directa incidencia en la forma en que debe resolverse la cuestión planteada, por lo que corresponde aquí poner en claro algunos conceptos, que terminarán por demostrar que resulta artificial la diferenciación que se pretende realizar entre «ideología» y «afiliación» a los fines de la caracterización del dato de afiliación como sensible y su consecuentemente necesaria protección.

Quede desde aquí claro que los datos sensibles no siempre son datos íntimos, y que la formación de esa categoría en realidad está más dirigida hacia el objetivo de evitar discriminaciones, y por ello la enumeración legal no puede ser considerada un *numerus clausus*, pues como lo indica Quiroga Lavié: «Importa destacar que la enumeración de la definición legal es meramente enunciativa, no taxativa: no podrían quedar excluidos de la noción de sensibilidad los datos referidos al origen social, a la condición económica o a cualquier otra condición social, tal como está previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando regla la

(53) «Se exceptúan de esta ley, el tratamiento de datos que no sean de carácter comercial como por ejemplo: a) datos de carácter personal que se originen en el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, así como los relativos a encuestas, estudios de mercado o semejantes, los que se regularán por las leyes especiales que les conciernan y que al efecto se dicten; y b) datos sensibles sobre la privacidad de las personas, entendiéndose por éstos, aquellos datos referentes al origen racial y étnico de las personas, así como sus preferencias políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical o información referente a su salud física o a su sexualidad y toda otra zona reservada a la libertad individual.»

(54) Marcela I. Basterra, *La «opinión política» o la «idea política» es un dato sensible. La «afiliación partidaria» no*, «L.L.», Columna de Opinión, 4/5/05.

prohibición contra cualquier tipo de discriminación (art. 1)»⁽⁵⁵⁾. Por ello, determinadas legislaciones recogen otros parámetros de sensibilidad, como ocurre con las leyes chilena (características físicas o morales de las personas, hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales), portuguesa (situación patrimonial), danesa (problemas sociales vitales y abuso de estupefacientes y análogos), noruega (abuso de bebidas alcohólicas, asuntos familiares y régimen económico del matrimonio), etc.

Bien apunta al respecto Peyrano que algunos datos *prima facie* sensibles como la religión de una persona, no siempre resultan serlo en los hechos (v.gr., cuando se trata de la mayoritaria en un país determinado o simplemente en él exista amplia tolerancia religiosa), y que otros datos que pueden no estar catalogados como sensibles sin embargo en determinadas situaciones pueden generar discriminación. Por ejemplo, un dato tan anodino como el domicilio, para cuyo tratamiento es innecesario el consentimiento previo de la persona (art. 5.2.c, ley 25.326), puede en determinados casos generar discriminación (v.gr., laboral, hacia personas domiciliadas en barriadas «de emergencia»). He aquí una falencia de la ley 25.326, pues no hay «datos discriminatorios» sino «actitudes discriminatorias» que parten del conocimiento de cierta información y de su valoración en un contexto determinado, por lo que la norma, además de prever ciertas categorías de datos sensibles (art. 8) y prohibir la utilización exclusiva de «perfiles» (art. 20), debió establecer la facultad expresa de la persona de requerir la exclusión de determinados datos cuando éstos, por sus características en el caso concreto, al ser asociados a la persona titular de ellos, puedan tener aptitud para generar o producir actitudes o conductas discriminatorias, con lo cual se le otorgará el *status* de dato sensible a cualquier dato de carácter personal que encierre esa aptitud en circunstancias concretas⁽⁵⁶⁾.

Como lo hemos explicado con anterioridad⁽⁵⁷⁾, los datos sensibles son aquellos que están esencial pero no excluyentemente vinculados con la

(55) Humberto Quiroga Lavié, *Hábeas data*, Zavalía, Buenos Aires, 2001, p. 72.

(56) Oscar R. Puccinelli, *Protección de datos de carácter personal*, Astrea, Bs. As., 2004, p. 169/172, con cita de Francisco Zúñiga Urbina, su disertación en el «Seminario Iberoamericano sobre la Acción de Hábeas Data», Talca, Chile, 1997 y de Guillermo F. Peyrano, *Régimen legal de los datos personales y hábeas data*, Depalma-Lexis Nexis, 2002, p. 37/9.

(57) Oscar R. Puccinelli, *Protección de datos de carácter personal*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 169 y ss.

privacidad y, por lo tanto, poseen una mayor potencialidad discriminatoria, y por tal razón su respeto constituye uno de los principios rectores para la reglamentación de los ficheros computadorizados en datos personales, aprobados en 1990 por la Organización de las Naciones Unidas, cuando, entre los principios relativos a las garantías mínimas que deberían preverse en la legislación nacional, en el acápite A. 5 se establece: «Principio de no discriminación. A reserva de las excepciones previstas con criterio limitativo en el principio 6, no deberían registrarse datos que puedan originar una discriminación ilícita o arbitraria, en particular información sobre el origen racial o étnico, color, vida sexual, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o de otro tipo, o sobre la participación en una asociación o la afiliación a un sindicato»). Y nótese aquí que no solo se considera sensible a la opinión política sino a la participación en una asociación, y un partido político sin dudas que lo es.

En este sentido, Zúñiga Urbina enseña que no todos los datos sensibles tienen la misma importancia ni poseen idéntica potencialidad dañosa y por ello en Francia se hacen distinguos entre informaciones neutras, sensibles y muy sensibles, y en esta última categoría se incluye a las concernientes al origen social u opiniones políticas, filosóficas o religiosas y adscripciones sindicales; las que se sitúan en un plano de interdicción informática, con dos excepciones: los grupos religiosos, filosóficos, políticos o sindicales, que pueden tener ficheros de sus miembros, y las materias de interés público.

La ley española, en su versión original de 1992 –principal y casi excluyentemente fuente de la nuestra– no alude a «datos sensibles» sino a «datos especialmente protegidos» y establece, por un lado, que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias y que cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento para el tratamiento, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo; que sólo con consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento automatizado los datos de carácter personal que revelen la ideología, religión y creencias, y que se prohíbe la formación de registros con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁸⁾ La Lortad de 1992 dispuso en su art. 7 (Datos especialmente protegidos): 1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Luego de su reforma, en 1999, se agregó que se exceptúan de la prohibición a «los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado», y que pueden ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal especialmente protegidos cuando ello resulte necesario por cuestiones médicas o sanitarias cuando el profesional que realice el tratamiento de datos sea un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto, y en los casos en que el tratamiento de los datos sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento⁽⁵⁹⁾

Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

2. Sólo con consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento automatizado los datos de carácter personal que revelen la ideología, religión y creencias.

3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados automatizadamente y cedidos cuando por razones de interés general así lo disponga la Ley o el afectado consienta expresamente.

4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual.

5. Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros automatizados de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras.

⁽⁵⁹⁾ La ley 15/99 dispone, en su art. 7 (Datos especialmente protegidos): 1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.

Su exposición de motivos indica con meridiana claridad: «Por su parte, el principio de consentimiento, o de autodeterminación, otorga a la persona la posibilidad de determinar el nivel de protección de los datos a ella referentes. Su base está constituida por la exigencia del consentimiento consciente e informado del afectado para que la recogida de datos sea lícita; sus contornos, por otro lado, se refuerzan singularmente en los denominados «datos sensibles», como pueden ser, de una parte, la ideología o creencias religiosas –cuya privacidad está expresamente garantizada por la Constitución en su artículo 16.2– y, de otra parte, la raza, la salud y la vida sexual. La protección reforzada de estos datos viene determinada porque los primeros de entre los datos mencionados sólo serán disponibles con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, y los segundos sólo serán susceptibles de recopilación mediando dicho consentimiento o una habilitación legal expresa, habilitación que, según exigencia de la propia Ley Orgánica, ha de fundarse en razones de interés general; en todo caso, se establece la prohibición de los ficheros creados con la exclusiva finalidad de almacenar datos personales que expresen las mencionadas características. En este punto, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución, se atienden las exigencias y previsiones que para estos datos se contienen en el Convenio Europeo para la protección de las

3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente.

4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.

5. Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras.

6. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.

También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento.

personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 1981, ratificado por España.»

En definitiva, de acuerdo con la ley española, ningún dato ideológico puede ser tratado por motivo alguno de interés general, ni ello puede autorizarse por vía legal, y entre los datos ideológicos está sin duda alguna – en nuestra convicción y en la interpretación de la autoridad de control española – el dato de afiliación partidaria. Es cierto que los datos sensibles son «datos objetivamente no registrables» que sin embargo pueden en algunos casos excepcionales ser registrados por determinados sujetos expresamente habilitados para ello y por lo tanto caen en la categoría de «datos subjetivamente registrables» (v.gr., los registros de los partidos políticos respecto de sus afiliados), pero en este último supuesto, su registrabilidad limitada a determinados sujetos no implica que éstos puedan libremente realizar sobre ellos cualquier otra operación de tratamiento sin el consentimiento informado del titular de los datos.

2.7. El argumento de la comunicabilidad del dato pese a su eventual sensibilidad, por efecto del consentimiento del titular, prestado implícitamente al afiliarse

2.7.1. Aún cuando los datos de afiliación partidaria pudiesen ser entendidos como información que directa o indirectamente revela datos sensibles en los términos del art. 2 de la ley 25.326, éstos pueden igualmente ser tratados con el consentimiento expreso, libre e informado del titular, prestado por escrito o por otros medios equiparables, habilitación que se produjo con el acto de afiliación.

Para una parte de la doctrina legitimante del sistema, si bien el dato de afiliación política no es un dato sensible, cuando alguien resuelve afiliarse a un partido político, dicho sometimiento voluntario autoriza (consiente, en los términos del art. 5 de la ley 25.326) la utilización de los datos que aporte para los fines que tienen los archivos o registros de la entidad donde adhiere⁽⁶⁰⁾.

Para otro sector, también legitimante del sistema, el consentimiento prestado por escrito al afiliarse habilita el tratamiento del dato de afiliación partidaria, ya que la presencia de tal circunstancia permite equiparar

⁽⁶⁰⁾ Osvaldo Alfredo Gozañi, *La afiliación partidaria no es un dato sensible* «L.L.», 10/5/05, p. 4.

a estos datos –a los que considera sensibles– con los datos no sensibles. Sin embargo, se razona que quizás la ley para marcar una diferencia en el punto, debería haber previsto, expresamente, que para considerar cumplido el deber de información en ocasión de recabarse datos de afiliación partidaria, era necesario hacer saber al titular las implicancias de proporcionar este dato (es decir de afiliarse), en concreto, poniendo en su conocimiento que el mismo deja de ser un «dato sensible»⁽⁶¹⁾.

2.7.2. El argumento tampoco es convincente. En primer lugar, cabe reafirmar que nos encontramos en presencia de un dato sensible y recordar que, como lo entienden Gils Carbó⁽⁶²⁾ y Carranza Torres⁽⁶³⁾, la ley 25.326 prohíbe como principio general el tratamiento de esta categoría de datos, resultando las excepciones, en nuestro criterio, taxativas y de interpretación restrictiva.

Ello surge claramente de relacionar las disposiciones del art. 7⁽⁶⁴⁾ cuando primeramente prohíbe forzar a las personas a proporcionar datos sen-

⁽⁶¹⁾ Marcela I. Basterra, *La «opinión política» o la «idea política» es un dato sensible. La «afiliación partidaria» no*, «L.L.», Columna de Opinión, 4/5/05, con cita de la opinión de Guillermo F. Peyrano, *Régimen Legal de los Datos Personales y Hábeas Data*, Lexis Nexis, Depalma, 2002, p. 99/100, quien recientemente ha cambiado de parecer al respecto (ver Guillermo F. Peyrano, *El acceso a la información pública y las restricciones emergentes del carácter de los datos archivados. Datos especialmente protegidos y datos sensibles. Bancos de documentos y bancos de datos. Los archivos «sensibles»*, «E.D.», 10/05/05).

⁽⁶²⁾ Alejandra M. Gils Carbó, *La Ley*, Buenos Aires, 2001, p. 69.

⁽⁶³⁾ Luis R. Carranza Torres, *Hábeas data: la protección jurídica de los datos personales*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2001, p. 68, donde expresa: «Por principio general, los datos sensibles no pueden ser objeto de recolección o registro. Ello en virtud de revelar facetas sumamente personales acerca del modo de pensar de las personas, datos que históricamente, al hacerse públicos, han entrañado siempre, aun en los Estados democráticos, algún grado de posibilidad de discriminación, daño o represalia hacia su titular.»

⁽⁶⁴⁾ Art. 7° (Categoría de datos). 1. Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles.

2. Los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares.

3. Queda prohibida la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles. Sin perjuicio de ello, la Iglesia Católica, las asociaciones religiosas y las organizaciones políticas y sindicales podrán llevar un registro de sus miembros.

4. Los datos relativos a antecedentes penales o contravencionales sólo pueden ser objeto de tratamiento por parte de las autoridades públicas competentes, en el marco de las leyes y reglamentaciones respectivas.

sibles y luego limita los tratamientos de esta categoría de datos, tanto en cuanto a los supuestos en los que pueden ser tratados (razones de interés general autorizadas por ley, finalidades científicas o estadísticas con disociación de los titulares, datos relativos a religión, pertenencia partidaria o sindical y datos de antecedentes penales o contravencionales), como respecto de los sujetos habilitados para ello (la Iglesia Católica, las asociaciones religiosas, las organizaciones políticas y sindicales y las autoridades públicas competentes) y los tipos de operaciones a los que se habilita (en el caso de los datos referentes a religión, pertenencia partidaria o sindical, limitados a «llevar un registro» de los miembros).

Incluso, aparece sumamente atractiva la interpretación de Peyrano, para quien la restricción de los tratamientos debe entenderse en el sentido de que la regla está diciendo que el consentimiento de los titulares de los datos, prestado en las condiciones previstas en la ley, sólo tendrá virtualidad para legitimar la recolección y tratamiento de estos datos, cuando los mismos no se encuentren comprendidos en la enunciación del art. 2º de la ley 25.326 («origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual»), pues estos datos, cuya naturaleza y connotaciones objetivas en el medio social han merecido un reconocimiento legal expreso – en la indicada norma –, gozan de un estatus protectivo mayor, a punto tal que no habría posibilidades de disposición a su respecto por parte de sus titulares. El autor además aclara que en otra oportunidad entendió, que el consentimiento expreso, libre e informado del titular, prestado por escrito (o por otros medios que puedan equipararse, de acuerdo a lo expresado al analizarse el art. 5º de la ley), legitimaría la recolección y el tratamiento de los datos sensibles, no obstante la prohibición legal⁽⁶⁵⁾, pero que luego de un reexamen de los términos utilizados, llega ahora a esta conclusión⁽⁶⁶⁾.

2.8. El argumento de la comunicabilidad del dato pese a su eventual sensibilidad, por expresa habilitación legal a los partidos políticos

2.8.1. Aún cuando los datos de afiliación partidaria pudiesen ser entendidos como información que directa o indirectamente revelase datos

⁽⁶⁵⁾ Guillermo F. Peyrano, *Régimen Legal de los datos personales y hábeas data*, Lexis Nexis – Depalma, 2002, p. 99.

⁽⁶⁶⁾ Guillermo F. Peyrano, *El acceso a la información pública y las restricciones emergentes del carácter de los datos archivados. Datos especialmente protegidos y datos sensibles. Bancos de documentos y bancos de datos. Los archivos «sensibles»*, «E.D.», 10/05/05.

sensibles en los términos de los arts. 2 y 7 de la ley 25.326, éstos pueden igualmente ser tratados por las organizaciones políticas, pues ellas se encuentran expresamente autorizadas a llevar un registro de sus miembros.

2.8.2. No cabe duda que el art. 7, ap. 3 de la ley de protección de datos autoriza el tratamiento de los datos de afiliación, pero ese tratamiento, como fuera expresado *supra*, se encuentra limitado a las «organizaciones políticas», quienes a su vez sólo están habilitadas a realizar una sola fase del tratamiento: la recolección y registración.

Ello es tan así que esta autorización restringida impide las comunicaciones de esos datos:

- a) intra-partido, y en tal sentido, como también fuera explicado más arriba, la Agencia Española de Protección de Datos ha negado el derecho de un candidato a obtener el listado de afiliados de su propio partido a los fines de realizar su campaña electoral.
- b) extra-partido, lo que incluye tanto a los simples terceros como a las autoridades públicas, y en este sentido, con relación a las autoridades electorales, sería bastante con su intervención en los trámites de afiliaciones o desafiliaciones –en esa suerte de actos complejos a los que se aludiera *supra*–, quienes deben limitarse a registrarlas –nunca a comunicarlas–, todo exclusivamente con miras al cumplimiento de sus funciones específicas (v.gr., controlar la inexistencia de afiliaciones múltiples).

De otro lado, nos parece claro que la declaración que realiza el art. 27 de la ley de partidos políticos respecto de la publicidad de los padrones partidarios es insuficiente para habilitar la difusión indiscriminada de los datos de afiliación, por los motivos también ya analizados, en especial si se recalca en las condiciones requeridas por el art. 11 de la ley 25.326⁽⁶⁷⁾,

⁽⁶⁷⁾ Art. 11.– (Cesión). 1. Los datos personales objeto de tratamiento sólo pueden ser cedidos para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con el interés legítimo del cedente y del cesionario y con el previo consentimiento del titular de los datos, al que se le debe informar sobre la finalidad de la cesión e identificar al cesionario o los elementos que permitan hacerlo.

2. El consentimiento para la cesión es revocable.

3. El consentimiento no es exigido cuando: a) Así lo disponga una ley; b) En los supuestos previstos en el artículo 5º inciso 2; c) Se realice entre dependencias de los órganos del Estado en forma directa, en la medida del cumplimiento de sus respectivas competencias; d) Se trate de datos personales relativos a la salud, y sea necesario por razones de salud

cuando alude a los supuestos en los cuales está habilitada la cesión de datos, y que exime del consentimiento para esta operación del tratamiento cuando: a) así lo disponga una ley (ello debe ser de manera expresa y aquí no hay ley al respecto); b) en los supuestos previstos en el artículo 5º inciso 2⁽⁶⁸⁾ (de los cuales solo podría entenderse aplicable el caso en que se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal, pero ello sólo autorizaría la cesión a la justicia electoral y nunca a otras reparticiones ni a terceros de manera indiscriminada); c) se realice entre dependencias de los órganos del Estado en forma directa, en la medida del cumplimiento de sus respectivas competencias (se aplica el mismo razonamiento que para el caso anterior); d) se trate de datos personales relativos a la salud, y sea necesario por razones de salud pública, de emergencia o para la realización de estudios epidemiológicos, en tanto se preserve la identidad de los titulares de los datos mediante mecanismos de disociación adecuados (no tiene aplicación al caso); e) se hubiera aplicado un procedimiento de disociación de la información, de modo que los titulares de los datos sean inidentificables (tampoco tiene relación con el caso sub examen).

Esta es además la opinión de Monatersky, quien cita en su apoyo la opinión del Director de la Agencia Española de Protección de Datos –emitida en un esquema legal simétrico y fuente del nuestro y en el caso donde un candidato partidario solicitaba los datos de los afiliados a su partido para realizar su campaña electoral–, para quien es claro que en el supuesto planteado no podría operar la excepción a la que se refiere el artículo 7.2, toda vez que el mismo, en su inciso final establece tajantemente que en

pública, de emergencia o para la realización de estudios epidemiológicos, en tanto se preserve la identidad de los titulares de los datos mediante mecanismos de disociación adecuados; e) Se hubiera aplicado un procedimiento de disociación de la información, de modo que los titulares de los datos sean inidentificables.

4. El cesionario quedará sujeto a las mismas obligaciones legales y reglamentarias del cedente y éste responderá solidaria y conjuntamente por la observancia de las mismas ante el organismo de control y el titular de los datos de que se trate.

⁽⁶⁸⁾ Esto es: cuando los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto; se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal; se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio; deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento; o se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del artículo 39 de la Ley 21.526.

todo caso «la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado» que, como se indica en la Ley habrá de ser «expreso y por escrito», dada la especial naturaleza de los datos a los que se está haciendo referencia.

En el caso que nos ocupa, el boletín de adhesión al Partido consultante, en condición de afiliado o simpatizante indica simplemente que el afectado, firmante a su vez del documento, autoriza al partido a que «proceda al tratamiento de mis datos personales y su comunicación a los diferentes órganos y entidades del partido, así como la cesión necesaria para la confección de carnets y otra documentación administrativa».

En consecuencia, el consentimiento previsto en el mencionado boletín únicamente aparece referido al propio partido consultante, previendo simplemente, como cesión de datos propiamente dicha, la comunicación de los mismos a los órganos y entidades del partido, pero **sin prever en ningún supuesto la comunicación de los datos a otros afiliados del mismo, con independencia de que aquellos resulten ser o no candidatos en los procesos electorales a los órganos del Partido en cuestión**⁽⁶⁹⁾.

2.9. El argumento de la comunicabilidad del dato pese a su eventual sensibilidad, cuando sea así sea dispuesto por una ley, por razones de interés general

2.9.1. Aún cuando los datos de afiliación partidaria pudiesen ser entendidos como información que directa o indirectamente revela datos sensibles en los términos de los arts. 2 y 7 de la ley 25.326, éstos pueden igualmente ser tratados cuando existe un interés público suficiente, y ello ocurre en el caso de la necesidad de contar con los datos de las afiliaciones partidarias para realización de las internas abiertas.

Ello es así, en razón de que el art. 7, ap. 2, formula habilitación expresa para tratar datos sensibles «cuando medien razones de interés general autorizadas por ley», y ello acontece en la especie, pues así surge claramente del art. 27 de la ley de partidos políticos, las reformas introducidas a ésta mediante la ley 25.611; el decreto 292/05 y la Acordada de la Cámara Nacional Electoral.

⁽⁶⁹⁾ Daniel Monatersky, su opinión en la lista habeasdata@gruposyahoo.com.ar, coincidente con el criterio expresado por la autoridad de control española, en <http://www.agpd.es/index.php?idSeccion=404>.

Sobre el particular, expuso Bidart Campos al referirse al similar régimen establecido en 2002: «no nos convence alojar herméticamente en la categoría de dato sensible a la afiliación partidaria, ni que tal «sensibilidad» tenga siempre una especie de efecto *erga omnes*... nos parece que si hay elecciones internas en las que quienes son afiliados a un partido solamente pueden votar en ese partido, y quienes no poseen afiliación alguna pueden elegir en qué partido emitir su voto, hay a la vez y por tal razón un interés público –o social– más que suficiente para que los padrones de afiliados partidarios queden al acceso de todos. Es decir que, en tal situación, optamos por afirmar que la afiliación de cada persona no reviste el carácter de un dato sensible que haya que preservarse y reservarse...

«De todas maneras, no equiparamos ni confundimos lo que, como dato sensible, son las ideas políticas de una persona, y lo que significa la afiliación de una persona a un partido cuyo programa satisface a las ideas de quien a él se incorpora.»⁽⁷⁰⁾

2.9.2. Sin perjuicio de reconocer la utilidad práctica de la puesta a disposición general de estos datos, encontramos insuficiente la supuesta habilitación legal, pues:

- a) el art. 27 de la ley de partidos políticos resulta insuficiente para justificar la publicación indiscriminada y debe interpretarse del modo que propusimos *supra*;
- b) las reformas introducidas por la ley 25.611 no han establecido de manera expresa la habilitación para la difusión que se pretende; antes bien se ha limitado a incorporar el sistema de internas abiertas;
- c) la formulación por decreto o acordada es insuficiente, pues es necesario que se dicte una ley formal del Congreso que especifica y claramente de nacimiento al sistema –el que debe ser analizado bajo un test de «escrutinio estricto» respecto de sus motivaciones y consecuencias– y justifique la necesidad realizar de cada fase del tratamiento⁽⁷¹⁾.

⁽⁷⁰⁾ Germán J. Bidart Campos, *¿Ser afiliado a un partido político configura un dato sensible?*, «L.L.», 2003–A–1299.

⁽⁷¹⁾ Bien explica Peyrano que la enunciación de la existencia de las razones por las cuales se crea el sistema, como la disposición normativa que las toma de fundamento y admite la recolección de datos sensibles, deben ser efectuadas y concretadas a través de una ley sancionada por el Congreso, no resultando posible hacerlo por medio de regulaciones dictadas por el Poder Ejecutivo.

- d) dado que el nuevo padrón constituye una base de datos de carácter público, por aplicación de los arts. 3, 21 y 22 de la ley 25.326 es condición ineludible para su licitud la creación por vía de ley formal y la inscripción previa ante la autoridad de control⁽⁷²⁾.

Así, a modo de ejemplo, ante el incremento de delitos de gravedad de ciertas características, tales como aquellos que afectan la libertad personal, la libertad sexual, etc., o la verificación de un gran índice de reincidencia en la autoría de los mismos, el Estado, teniendo en cuenta razones de interés general, –tales como la tutela de la seguridad de la población–, podría disponer la formación de archivos de los datos de identidad, fisonomía, etc. de los imputados que se encuentren prófugos, o de los condenados que han recuperado la libertad, por la comisión de esos delitos, y ponerlos en conocimiento de la población en general, como se ha arbitrado en los Estados Unidos de Norteamérica en relación a las personas sospechadas de tener participación en actividades terroristas.

En nuestro sistema legal será imprescindible el dictado de una ley al efecto, que enuncie las razones de interés general que justificaren la formación de esos archivos, y que habilite el tratamiento y el conocimiento de los datos almacenados por el público, en ejercicio del aludido derecho. El art. 23 de la ley consagra limitaciones al tratamiento de datos personales –entre los que se encuentran comprendidos los «datos sensibles», cuando dichos datos sean tratados con fines de defensa nacional o seguridad pública.–. Así expresa que dicho tratamiento «...queda limitado a aquellos supuestos y categoría de datos que resulten necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas a aquéllos para la defensa nacional, la seguridad pública o para la represión de delitos...».

Las razones de interés general en cuestión, pueden obedecer a múltiples causas y circunstancias, tales como epidemias, conflictos bélicos, etc., en los que puedan verse comprometidas la seguridad y salubridad públicas, la defensa nacional, etc. (Guillermo F. Peyrano, *El acceso a la información pública y las restricciones emergentes del carácter de los datos archivados. Datos especialmente protegidos y datos sensibles. Bancos de documentos y bancos de datos. Los archivos «sensibles»*, «E.D.», 10/05/05).

⁽⁷²⁾ Art. 3.– (Archivos de datos – Licitud). La formación de archivos de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscriptos, observando en su operación los principios que establece la presente ley y las reglamentaciones que se dicten en su consecuencia.

Los archivos de datos no pueden tener finalidades contrarias a las leyes o a la moral pública.

Art. 21.– (Registro de archivos de datos. Inscripción). 1. Todo archivo, registro, base o banco de datos público, y privado destinado a proporcionar informes debe inscribirse en el Registro que al efecto habilite el organismo de control.

2. El registro de archivos de datos debe comprender como mínimo la siguiente información: a) Nombre y domicilio del responsable; b) Características y finalidad del archivo; c) Naturaleza de los datos personales contenidos en cada archivo; d) Forma de recolección y actualización de datos; e) Destino de los datos y personas físicas o de existencia ideal a las que pueden ser transmitidos; f) Modo de interrelacionar la información registrada; g) Medios utilizados para garantizar la seguridad de los datos, debiendo detallar la categoría de personas con acceso al tratamiento de la información; h) Tiempo de conservación de los datos; i) Forma y condiciones en que las personas pueden acceder a los datos referidos a ellas y los procedimientos a realizar para la rectificación o actualización de los datos.

Por otra parte, aún cuando pudiéramos obviar estos requisitos, cabe tener presente que, como lo indica Palazzi, el Estado no puede recoger en principio datos sensibles, y si lo hace, debe basarlo en un interés general – el que debe ser evaluado bajo el principio del *strict scrutiny*–, y cuidando que esos datos no sean divulgados de manera indiscriminada⁽⁷³⁾.

El autor refuerza la idea de recurrir a un escrutinio estricto de las razones que dan lugar al supuesto interés general, apoyándose en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas.

En este sentido, recuerda primeramente que la jurisprudencia de los Estados Unidos ha operado claramente en este sentido, en especial su Corte federal, cuando invalidó varias leyes estatales que obligaban a revelar el listado de miembros de grupos u organizaciones de derechos civiles porque podrían resultar lesivas al derecho a asociarse y a la facultad de sus miembros de realizar sus intereses privados y legales, con incidencia en la libertad de expresión, reconociendo el derecho a la «privacidad asociativa» («Gibson vs. Florida» –1963–, «Bates vs. Little Rock» –1960– y «NAACP vs. Alabama» –1958–).

Ya con respecto a la doctrina norteamericana, recuerda que Schwartz señaló que la salud de un sistema democrático requiere no sólo la protec-

3. Ningún usuario de datos podrá poseer datos personales de naturaleza distinta a los declarados en el registro. El incumplimiento de estos requisitos dará lugar a las sanciones administrativas previstas en el capítulo VI de la presente ley.

Art. 22.– (Archivos, registros o bancos de datos públicos). 1. Las normas sobre creación, modificación o supresión de archivos, registros o bancos de datos pertenecientes a organismos públicos deben hacerse por medio de disposición general publicada en el Boletín Oficial de la Nación o diario oficial.

2. Las disposiciones respectivas, deben indicar: a) Características y finalidad del archivo; b) Personas respecto de las cuales se pretenda obtener datos y el carácter facultativo u obligatorio de su suministro por parte de aquéllas; c) Procedimiento de obtención y actualización de los datos; d) Estructura básica del archivo, informatizado o no, y la descripción de la naturaleza de los datos personales que contendrán; e) Las cesiones, transferencias o interconexiones previstas; f) Órganos responsables del archivo, precisando dependencia jerárquica en su caso; g) Las oficinas ante las que se pudiesen efectuar las reclamaciones en ejercicio de los derechos de acceso, rectificación o supresión.

3. En las disposiciones que se dicten para la supresión de los registros informatizados se establecerá el destino de los mismos o las medidas que se adopten para su destrucción.

(73) Paul M. Schwartz, *Privacy and participation: Personal information and Public Sector Regulation in the United States*, Iowa Law Review, 1995, n° 80, p. 569, cit por Pablo A. Palazzi, *La protección de los datos sensibles y la publicación de la afiliación partidaria en Internet*, «J.A.» 2002–IV–498.

ción de la información relativa a la actividad de grupos políticos, sino también la atención judicial sobre el impacto que ciertas actividades de procesamiento de datos puedan tener en el proceso electoral. Este escrutinio es necesario porque ciertos usos dados a la información personal pueden impactar en la posibilidad de participar en el proceso político, y más exactamente en el derecho a votar. Por ello, se juzga que una norma que interfiere con este derecho debe ser sujeta a un «escrutinio estricto» por parte de los tribunales que es, en definitiva, el estándar norteamericano para proteger los derechos fundamentales⁽⁷⁴⁾.

Es que si nos ubicamos en que, en definitiva, los datos sensibles son datos cuyo conocimiento puede generar discriminación y la evidente analogía de los supuestos contemplados con los de las normas antidiscriminatorias, cabe aplicar las reglas de análisis respecto de la constitucionalidad de las leyes que aplican como criterio diferenciador alguno de los «criterios prohibidos» (v.gr., los de las leyes antidiscriminatorias, cuyo catálogo es casi universal y está compuesto por la raza, el sexo, la religión, el idioma, la ideología, la posición económica o social, los caracteres físicos y la opinión política o gremial).

La evolución de la jurisprudencia norteamericana en este aspecto es una de las más cautivantes, en especial cuando se recurre a la raza como criterio de selección («Dred Scott c/Stanford»⁽⁷⁵⁾, «Plessy vs. Ferguson»⁽⁷⁶⁾, «Cumming vs. County Board of Education»⁽⁷⁷⁾, «Gong Lum vs. Rice»⁽⁷⁸⁾, «Brown vs. Board of Education»⁽⁷⁹⁾, «Loving vs. Virginia»⁽⁸⁰⁾, «Reed Sally vs. Reed Cecil»⁽⁸¹⁾, «Regents of University of California vs. Bakke»⁽⁸²⁾, «Fulilove vs. Klutznick»⁽⁸³⁾, «Wygant v. Jackson Board of Education»⁽⁸⁴⁾,

⁽⁷⁴⁾ Pablo A. Palazzi, *La protección de los datos sensibles y la publicación de la afiliación partidaria en Internet*, «J.A.» 2002-IV-497.

⁽⁷⁵⁾ 19 Howard 393, 1857.

⁽⁷⁶⁾ 137 US 537.

⁽⁷⁷⁾ 175 US 528.

⁽⁷⁸⁾ 275 US 78.

⁽⁷⁹⁾ 347 US 483.

⁽⁸⁰⁾ 388 US 1.

⁽⁸¹⁾ 404 US 71.

⁽⁸²⁾ 438 US 265, 1978.

⁽⁸³⁾ 448 US 448.

⁽⁸⁴⁾ 476 US 267.

«Richmond vs. J. A. Crosson Co.»⁽⁸⁵⁾ y especialmente en «Adarand Constructors Inc. vs. Peña, Secretary of Transportation»⁽⁸⁶⁾, y «Romer Roy, Governor of Colorado vs. Evans Richard G.»⁽⁸⁷⁾, y parte, como lo recuerda Kiper, de la famosa nota a pie de página n° 4 del caso «Carolene Products» (304 U.S. 144, 152, n. 4), resuelto en 1938, donde a partir de la sugerencia del magistrado Stone se fijaron ciertos estándares de análisis cuando se recurre a la formación de «clases sospechosas» (*suspect classification*), o invaden un derecho «fundamental» deben pasar un test muy especial, denominado «escrutinio riguroso» (*strict scrutiny*) o la prueba de las «libertades preferidas», mientras que en las restantes leyes deben afrontar un test más simple, el de racionalidad⁽⁸⁸⁾.

La necesidad de recurrir a la pauta del escrutinio estricto se cristalizó especialmente a partir del caso «Regents of University of California vs. Bakke»⁽⁸⁹⁾ –donde se admitieron las *affirmative actions*, recurriendo a este test–, y luego especialmente en «Adarand Constructors Inc. vs. Peña, Secretary of Transportation»⁽⁹⁰⁾ –donde el Tribunal toma al criterio sustentado en «Bakke», «Fulilove» y «Wygant» ratificando que las clasificaciones legislativas establecidas sobre la base de parámetros raciales deben servir o responder a un *compelling government interest* deben ser toleradas únicamente en vista a ese interés, encontrándose sujetas al test de escrutinio estricto como estándar apropiado de revisión judicial de las legislaciones basadas en criterios raciales, por ser éste, a criterio de la Corte la mejor manera de asegurar que los demás Tribunales conscientemente den a las clasificaciones raciales el tipo de detallado examen que las mismas requieren– y en «Romer Roy, Governor of Colorado vs. Evans Richard G.»⁽⁹¹⁾, donde la Corte aplicó el test de escrutinio estricto al declarar inconstitucional una enmienda a la Constitución del Estado de Colorado que prohibía establecer normativas antidiscriminatorias a favor de minorías sexuales, evaluó el fundamento que argumentó el Estado demandado, un interés estatal urgente (*compelling interest*) en poner a los homo-

(85) 488 US 469.

(86) U.S.S.C., 12/6/95.

(87) U.S.S.C., 20/5/96.

(88) Claudio M. Kiper, *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, ps. 129/32.

(89) 438 US 265, 1978.

(90) U.S.S.C., 12/6/95.

(91) U.S.S.C., 20/5/96.

sexuales en un pie de igualdad ante la ley con el resto de los ciudadanos y proteger otras libertades como la de los propietarios y empleadores que tuvieren objeciones personales contra la homosexualidad.

Aplicando estos criterios al análisis de las reglas que disponen la incorporación del dato de afiliación partidaria en padrones a los que se les da la máxima publicidad, nos parece que no se sobrepasa ese test, en especial porque la medida no es la única posible para lograr el objetivo, y entre varias posibles, se ha optado por aquella que más afecta a los derechos de las personas, violando además los principios de interpretación y aplicación de los derechos humanos, como fuera explicado *supra*.

Es que, en definitiva, como lo expresan Pierini, Lorences y Tornabene: «El conocimiento de «información sensible», referida a la elección, afiliación, agremiación o simpatía política y gremial puede implicar un grado de perjuicio para la persona que no conlleva necesariamente su discriminación, pero que lo puede condicionar en el futuro en cuanto al marco de apreciación de sus ideas, control y seguimiento de su actividad, en forma específica y particularizada por su manera de pensar.

«Se crea así una situación especial del individuo que podría llegar a convertirlo en víctima por el uso de un derecho, cual es el de expresarse libremente. Si quien se expresa no lo hace en forma delictual ni irresponsable, y transmite en sus dichos, libros artículos periodísticos, etc., su iderario, sólo por ello no puede, ni debe, ser objeto del denominado «seguimiento ideológico».

«Esta registración podría tildarse de persecutoria si además se fundamentara en supuestos «fines superiores»...

«El acopio de tales datos puede tener por objeto o implicar la «rotulación» de la persona vigilada de diferentes formas, según se aluda a su actividad, como por ejemplo, «político de izquierda», «agitador estudiantil», «delegado gremial», etc., todo lo cual constituye una *registración ilegal*».⁽⁹²⁾

4. CONCLUSIONES

A tenor de lo expuesto precedentemente, nos parece claro que el dato de afiliación partidaria es un dato sensible, y que en consecuencia:

⁽⁹²⁾ Alicia Pierini, Valentín Lorences y María Inés Tornabene, *Hábeas data*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1999, p.164/5.

- 1) Su tratamiento, y por ende, su comunicación, en principio, está prohibido.
- 2) El consentimiento del afectado no tiene virtualidad para habilitar su tratamiento –al menos, para cierto sector de la doctrina–, porque en definitiva, al igual que la afiliación en sí misma, puede ser fruto de la coerción.
- 3) Sólo pueden ser tratados mediante expresa habilitación legal, y por ello:
 - 3.1) pueden tratarlos las «organizaciones políticas», encontrándose su tratamiento limitado a la fase de registración (art. 7, ap. 3).
 - 3.2) Los partidos políticos solo pueden ceder esos datos a las autoridades electorales en la medida que ello esté previsto por vía de una ley en sentido formal (podría aquí encontrarse una razón en el art. 27 de la ley de partidos políticos, pero para que tenga virtualidad, debe reformularse), pero en tal caso, tal transferencia debe hacerse con fundamento legal que encuadre dentro de los supuestos previstos en el art. 11 de la ley 25.326; en lo estrictamente limitado al control de las afiliaciones, y siempre que las autoridades electorales no hubieran podido obtener esos datos por vía de su participación en el trámite de afiliación o desafiliación.
- 4) Si bien al Estado le interesa contar esos datos con fines electorales (en el caso, la realización de las elecciones internas abiertas) y de control respecto de los requisitos formales de constitución de los partidos políticos, y por ende debe contar con esa información, las autoridades electorales no pueden comunicarlos indiscriminadamente, debiendo limitarse a su función a la registración y control. No es justificativo legal suficiente la realización de internas partidarias, y con tal excusa su publicación, porque ello puede obviarse sin dificultar en manera alguna su realización (v.gr., habilitando en la primera elección a votar a todos con independencia de su afiliación –como ocurre en Santa Fe–, y aprovechando ese primer acto electoral para permitir la ratificación de afiliaciones y las desafiliaciones y depurar los padrones para la próxima realización). En este sentido hay que preferir el mal menor.
- 5) No puede obligarse a nadie a concurrir a una mesa de votación donde deba manifestar a qué partido pertenece o en qué interna va a votar, y tampoco puede exhibirse públicamente su condición de afiliado –o no– tanto en las pizarras de los centros de votación, como en la Internet. Esto, en definitiva, tiene aptitud para fomentar las persecuciones que

la ley –y el propio texto del art. 43, aludiendo a discriminación– pretende tutelar. Que actualmente en la Argentina de hoy pudieran no existir persecuciones (al menos explícitas) no garantiza que no las haya mañana.

Vemos con preocupación ciertos recientes e ilegales avances del Poder Ejecutivo sobre los derechos de humanos por la vía de la reglamentación desviada de leyes, y bajo supuestos fines de satisfacción de intereses generales, que no difieren en sustancia de los que se invocaban en esa suerte de exorcismo literario que significó el 1984 de Orwell. De ello resultan claramente demostrativos, tanto el decreto 292/05 que venimos analizando, como el suspendido –pero no derogado hasta el momento de cierre de este trabajo– decreto 1563/04 (reglamentario de la ley 25.873, modificatoria de la ley 19.789, de telecomunicaciones, que fuera dictada especialmente para el régimen para la prestación de servicios de comunicaciones móviles, y con la finalidad expresa de «fortalecer la lucha contra el delito organizado, fundamentalmente en lo que se refiere a la logística para la capacitación de las líneas telefónicas en secuestros extorsivos»), el cual, debido a la amplitud del concepto de «telecomunicación», permitía, el espionaje de los sitios visitados en la Internet, del contenido de los correos electrónicos y de los diálogos electrónicos (chats) y obligaba a su conservación por un lapso de diez años. Ello generó múltiples reacciones por invasión a la privacidad, y provocó que fuera judicialmente declarado (junto con la ley que le dio origen) inconstitucional por la jueza en lo Contencioso Administrativo, Liliana Heiland, quien consideró a ambas normas «manifiestamente irrazonables e incongruentes con el sistema constitucional vigente», al instaurarse un sistema que desoye expresos mandatos constitucionales e instrumenta un sistema que desconoce y altera la esencia de las garantías y los derechos, sembrando el temor y desconfianza en los potenciales afectados, lo que en definitiva «vulnera, principios y límites que hacen a la esencia misma del Estado de Derecho y debe evitarse».

Tal vez alrededor de ambos decretos exista una serie de malentendidos, y tal vez no, pero por si acaso, es mejor restablecer el imperio de la ley y de la Constitución.

REFUNDACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO (*)

Francisco Zúñiga Urbina

SUMARIO: I. Introducción. II. Composición, Atribuciones y Funcionamiento del Tribunal Constitucional: antes y después de la reforma constitucional. III. Nueva Competencia del Tribunal Constitucional. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Con motivo del 35° aniversario de la fundación del Tribunal Constitucional y la reciente reforma constitucional que incide profundamente en nuestro control de constitucionalidad y en la configuración del Tribunal Constitucional nos exige de modo preliminar abordar sucintamente estos temas desarrollados en ubicuos libros colectivos publicados recientemente.⁽¹⁾

(*) Francisco Zúñiga Urbina, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Chile.

(1) «Reforma Constitucional», Coordinador Francisco Zúñiga Urbina, Prólogo de Ricardo Lagos Escobar e Introducción de José Luis Cea Egaña, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005. En especial artículos de los profesores Juan Colombo Campbell, Humberto Nogueira Alcalá, Lautaro Ríos Álvarez, Gastón Gómez Bernales y Arturo Fermandois Vöhringer. También «La Constitución Reformada de 2005», Coordinador Humberto Nogueira Alcalá, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, U. de Talca, Librotecnia, Santiago, 2005. En especial los artículos de los profesores Humberto Nogueira Alcalá, José Ignacio Martínez Estay y Francisco Zúñiga Urbina.

En rigor hablamos de «refundación» del Tribunal Constitucional o de «nuevo» Tribunal Constitucional (Lautaro Ríos) para designar la actual tercera etapa en la evolución que esta Judicatura experimenta.⁽²⁾

La primera etapa del Tribunal Constitucional corresponde a su creación por el Poder Constituyente derivado a través de la «gran reforma constitucional» de 1970, promulgada mediante la Ley N° 17.284. Esta primera etapa es breve y compleja, en que la doctrina y jurisprudencia de esta Judicatura (compuesta por cinco ministros) es muy escasa (17 casos) y fuente de más de alguna incompreensión frente a un cuadro de crisis institucional, en la que el Tribunal no es instancia idónea para resolver conflictos políticos muy profundos de época. Esta etapa queda clausurada el 11 de septiembre de 1973, en que el régimen autoritario o de facto surgido de la «revolución» (impropiamente denominado «golpe de Estado») puso fin a las instituciones republicanas y abrogó la Constitución Política de 1925.⁽³⁾

La segunda etapa del Tribunal Constitucional se produce a partir de la vigencia parcial de la Constitución de 1980 (11 de marzo de 1981, ya que existe un derecho constitucional de transición para el régimen autoritario contenido en parte en sus disposiciones transitorias) y con la dictación de la Ley N° 17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional (19 de mayo de 1981). Es un Tribunal compuesto de siete ministros (tres ministros de la Corte Suprema y cuatro ministros designados por órganos políticos, a saber: un ministro designado por la Junta de Gobierno (1981–1990) y el Senado (1990–2005) respectivamente, un ministro designado por el Presidente de la República y dos ministros designados por el Consejo de Seguridad Nacional (1981–2005); composición que imprime su sello a esta Judicatura como «enclave autoritario» durante un largo periodo de tiempo. Los ministros del Tribunal duran ocho años en sus cargos, se renovarán por parcialidades cada cuatro años, admitiendo la reelección, y son inamovibles, lo que redundará en la longevidad en sus cargos de algunos ministros. En cuanto a su competencia de control de constitucionalidad de la ley, destaca el control abstracto, preventivo y obligatorio. Este Tribunal operó en dos contextos: el del autoritarismo (1981–1990) y el de la democracia restaurada (1990–2005). Primero bajo un régimen autoritario (1981

(2) Ríos Álvarez, Lautaro: «El Nuevo Tribunal Constitucional» en libro colectivo «Reforma Constitucional» ob. cit, págs. 627-650.

(3) Silva Cimma, Enrique: «Tribunal Constitucional de Chile, 1971–1973», Edit. Jurídica de Venezuela, Caracas, 1977.

-1990), el Tribunal Constitucional cumplió un rol ambivalente (aunque en los temas importantes no fue monolítico), en primer lugar como dispositivo institucional del régimen (verbi gratia, un rol de «Justicia Política» en la persecución de la oposición política de la época al amparo del derogado en 1989 artículo 8° que imponía límites severos al pluralismo político e ideológico) y en segundo lugar con una interpretación sistémico-finalista de la Constitución relativa al sistema electoral y su Judicatura especial hace posible que el plebiscito 5 de octubre de 1988 (en que se jugaba la continuidad del régimen autoritario) y las elecciones de 1989 fueren a lo menos semi-competitivas; coadyuvando así a la transición a la democracia política. Segundo bajo el régimen democrático restaurado (1990-2005), con todos sus «enclaves autoritarios» e instituciones contramayoritarias, el Tribunal Constitucional fue en gran medida un «enclave autoritario» y no sólo una institución contramayoritaria, una suerte de «perro guardián» empleando una estupenda caracterización de época del Consejo Constitucional francés de la era De Gaulle, utilizada recurrentemente por la oposición para intentar detener la legislación y las decisiones del Gobierno.

Finalmente, la tercera etapa del Tribunal Constitucional, que nos permite hablar de un «nuevo» Tribunal o de una «refundación» de éste, surge de la reforma constitucional del 2005 que introduce importantes innovaciones en la generación, composición y estatuto de la Judicatura Constitucional, ampliación notable de su competencia y racionalización de sus decisiones y sentencias. Simplemente lo que aquí ocurre es que después de 16 reformas a la Constitución de 1980, la reforma constitucional de 2005 es la «reforma política» del periodo que viene a suprimir los «enclaves autoritarios» alojados en el entramado institucional heredado del régimen anterior, revistiendo a la Carta Política de una importante legitimidad democrática.

En efecto el Tribunal Constitucional pasa a ser generado equilibradamente por los poderes públicos tradicionales: cuatro ministros elegidos por las cámaras del Congreso Nacional, tres ministros designados por el Presidente de la República y tres ministros designados por la Corte Suprema cabeza del Poder Judicial; su composición letrada es especializada y se exige dedicación exclusiva al cargo, ampliando considerablemente su régimen de prohibiciones, y finalmente, se amplía la composición del Tribunal de siete miembros a diez miembros; pasando a funcionar como órgano plenario y en dos salas.

En cuanto a la competencia del Tribunal Constitucional ésta configura hoy una Jurisdicción Constitucional concentrada y completa al menos en

lo relativo al control de constitucionalidad de la ley y de los actos normativos. En efecto, entre las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional destacan, a saber: un control abstracto, preventivo y obligatorio de normas de tratados internacionales que «versen sobre materias propias» del dominio del legislador orgánico (art. 93 N° 1 de la Constitución Política de la República, en adelante C.P.R.); un control concreto, represivo y facultativo (vía acción de parte o motivado por el juez que conoce del asunto), consistente en la declaración de inaplicabilidad de la ley por la mayoría de sus miembros (art. 93 N° 6 C.P.R.); un control abstracto, represivo y facultativo (de oficio o vía acción pública) consistente en la declaración de inconstitucionalidad de la ley en sede de cuestión de inconstitucionalidad por la mayoría de los cuatro quintos de sus miembros, cuando el precepto legal impugnado hubiere sido declarado inaplicable (art. 93 N° 7 C.P.R.); heterocomposición de los conflictos de jurisdicción, impropriamente denominadas «contiendas de competencia», sean positivas o negativas, que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales inferiores de justicia que no sean competencia del Senado (art. 93 N° 12 y art. 53 N° 3 C.P.R.); un control «abstracto-concreto», represivo y facultativo (vía acción de órganos legitimados o de parte), a través de la resolución de las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados que fueren dictados por la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones (art. 93 N° 2 C.P.R.); y en el ámbito de su competencia miscelánea se pronuncia sobre la renuncia al cargo parlamentario (art. 93 N° 14 y art. 60 inciso final C.P.R.).

El Tribunal Constitucional funcionará, según la atribución específica de su competencia a que sea llamado, en pleno o en sala, correspondiendo a esta última la importante atribución de pronunciarse sobre la admisibilidad y la suspensión de procedimientos en sede de inaplicabilidad.

La «refundación» del Tribunal Constitucional quedará consolidada cuando se despache el proyecto de ley que modifica la Ley N° 17.997 orgánica constitucional de esta Judicatura, en actual segundo trámite en el Senado, que contempla adecuar la ley orgánica a la reforma constitucional 2005 en cuatro aspectos: orgánicos, procesales, regulación de su competencia y régimen de personal (Mensaje N° 432-353, ingresado a primer trámite a la Cámara de diputados con fecha 16 de diciembre de 2005).

La refundación del Tribunal Constitucional nos permite destacar al menos cuatro grandes temas:

- a) La acción de inaplicabilidad y la cuestión de inconstitucionalidad como controles de constitucionalidad represivo y facultativo, que transitan

del control concreto al control abstracto, configurando un monopolio del contencioso constitucional y del control de constitucionalidad de la ley y actos normativos en el Tribunal Constitucional, y fortalece a contrario el rol de la Corte Suprema como corte de casación. Al mismo tiempo este control de constitucionalidad permite un enjuiciamiento de la ley y actos normativos por vicios de fondo o materia, forma, y competencia, permitiendo no sólo la supremacía, valor normativo y eficacia normativa de las normas iusfundamentales de derecho objetivo sino también de las normas iusfundamentales de derechos subjetivos públicos.

- b) Emerge la figura iuris del «cuasi amparo constitucional». Sabido es que el Poder Constituyente derivado desestimó incorporar a la competencia del Tribunal Constitucional el «amparo constitucional extraordinario» de derechos fundamentales; conservando el amparo ordinario, que en virtud de un plexo de acciones (amparo, protección, amparo económico, entre otras) queda bajo la competencia de los tribunales de justicia que integran el Poder Judicial. Sin embargo, en la medida en que el control de constitucionalidad comprende los actos de la potestad reglamentaria de ejecución y autónoma (decretos y reglamentos) y se amplía a los autos acordados de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones, por cualquier tipo de vicio o infracción de la Constitución (art. 93 N° 16 C.P.R.) o por lesión de derechos fundamentales (art. 93 N° 2 e inciso 3° C.P.R.); deviene este control en un «cuasi amparo constitucional» de derechos fundamentales, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional va a determinar en su efectivo derrotero. En este sentido operan como controles mixtos: «abstracto-concreto» de constitucionalidad.
- c) El Poder Constituyente derivado incorpora en el artículo 94 C.P.R. una racionalización sistematizadora de la sentencia constitucional, autoridad de cosa juzgada, efectos personales y temporales.
- d) Por último, tratándose del control concreto de constitucionalidad vía acción de inaplicabilidad, la sentencia estimatoria e incluso la sentencia interpretativa, que por el contenido de la decisión conlleva la inaplicación del precepto legal impugnado, con efecto personal relativo y efecto temporal ex tunc, posee un formidable efecto o alcance en la decisión que el tribunal ordinario o especial está llamado a adoptar, ya que tratándose del precepto legal inaplicable de derecho material al caso específico, y si el asunto contare con sentencia definitiva, se produce un alcance revocatorio de la sentencia dictada en primera

instancia si el asunto se encontrare en sede de apelación y un alcance casatorio de la sentencia si el asunto se encontrare en sede de casación. Por ello decimos que el Tribunal Constitucional deviene en «tribunal de supercasación» y se sitúa en un plano funcional de supraordenación frente al Poder Judicial y a la Justicia Electoral. Prospectivamente este alcance revocatorio y casatorio de la sentencia de inaplicabilidad, es una fuente de potenciales conflictos de jurisdicción, y por ende, de conflictos de poder institucionales.

II. COMPOSICIÓN, ATRIBUCIONES Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, la competencia de Tribunal Constitucional estaba limitada, siguiendo más bien el modelo del Consejo Constitucional francés de control preventivo, por lo que su carga de trabajo consistía básicamente hasta 1990 (después de 1990 proliferan los conflictos de constitucionalidad llevados al Tribunal por la minoría parlamentaria) en el control preventivo de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales. De esta forma, si se considera que desde su instalación, en 1981, hasta la entrada en vigor de las recientes reformas, el Tribunal Constitucional dictó un total de 463 sentencias sobre igual número de asuntos, puede decirse que despachó de 19 a 20 causas al año.⁽⁴⁾

También hasta la reforma constitucional de 2005 el Tribunal estaba integrado sólo por siete ministros, a quienes no se exigía dedicación exclusiva. Tres de ellos eran, a la vez, ministros de la Corte Suprema («jueces burócratas»), en la que tenían su despacho y actividad principales, y los cuatro restantes eran prestigiosos abogados a quienes la Constitución no imponía prohibiciones ni limitaciones significativas y podían tener otra actividad remunerada o ejercer la profesión legal, lo que, por lo general, hacían activa y exitosamente, en sus propios bufetes o en la actividad empresarial o universitaria, que, por lo general, constituían, también, su actividad principal.

La situación descrita explica que este Tribunal Constitucional, que funcionaba únicamente como órgano plenario, pudiera siempre cumplir

(4) Gómez Bernales, Gastón: «Control de Constitucionalidad y Tribunal Constitucional», en «Estudios sobre Jurisdicción Constitucional», Edic. Universidad Diego Portales, serie Cuadernos N° 31, Santiago, 1996.

a cabalidad con sus responsabilidades celebrando sesiones ordinarias sólo una vez por semana; que lo hiciera con comodidad dentro de las limitaciones de su actual sede; que le bastara con el apoyo de unos pocos funcionarios.

Desde la entrada en vigor de la reforma constitucional (el 26 de febrero de 2006 en lo que se refiere al Capítulo VIII de la Constitución), la situación del Tribunal Constitucional ha cambiado sustancialmente. Hemos dicho que el Tribunal Constitucional deviene en «un tribunal de estrados y mesón», para designar no sólo la ampliación de su competencia sino también para designar la vía directa de impugnación que ofrece la acción de inaplicabilidad y la importancia que adquiere esta acción en el ejercicio cotidiano de los abogados del foro. En efecto, la competencia del Tribunal se amplió de forma considerable, incluyendo ahora la acción de inaplicabilidad de preceptos legales, los conflictos de constitucionalidad sobre auto acordados y «contendias de competencia», entre otras; sus integrantes se han elevado de siete a diez, y sus ministros deben tener dedicación exclusiva a la Judicatura, pues la Constitución les prohíbe ejercer la profesión de abogado y les impone, además, las mismas prohibiciones que a los parlamentarios y los jueces, todo lo cual les imposibilita tener otra actividad remunerada, excepto una limitada actividad docente.

El Tribunal Constitucional debe funcionar, ahora, tanto en pleno como en dos salas, lo que hace ordinaria y periódicamente cada semana y, a contar del pasado 1 de marzo a la fecha, ya han ingresado aproximadamente medio centenar de nuevas causas, de las cuales únicamente dos corresponden a materias que fueron tradicionalmente de su competencia (control obligatorio de constitucionalidad de leyes orgánicas constitucionales), siendo las restantes acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales. Ello significa que, en dos meses, el Tribunal supera la carga de trabajo que tenía en más de dos años en su etapa anterior a la reforma, a lo que cabe agregar que en el trámite de pleno de las causas deberá oír alegatos, lo que antes sólo hizo en forma excepcional en poquísimas oportunidades.

Todo ello explica, que junto con la nueva legislación orgánica del Tribunal Constitucional, adecuatoria a la reforma a la Carta Política, se requiera reforzar el funcionariado de apoyo a sus labores e incrementar sus recursos materiales y financieros para cumplir con eficiencia y decoro su rol institucional.

Para concluir, es menester puntualizar que el Tribunal Constitucional aún sin la modificación a su legislación orgánica de adecuación a la

reforma constitucional, ejerce en plenitud su nueva competencia a partir del 26 de febrero de 2006, en especial sustancia las acciones de inaplicabilidad, confiriendo «fuerza normativa» a las normas iusfundamentales del capítulo VIII (arts. 92 a 94 C.P.R.) y al principio de inexcusabilidad propio de la función jurisdiccional, aplicando en lo pertinente las normas de su ley orgánica vigente (en especial su capítulo II, título I y II), sin incurrir en desvaríos normativos vía autos acordados, más aún si se pondera que los procedimientos ante esta Judicatura han quedado sometidos al dominio del legislador orgánico (art. 92 inciso final C.P.R.).

III. NUEVA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Resulta necesario en esta presentación del «nuevo» Tribunal Constitucional hacer una sumaria referencia a la competencia ampliada de éste y que modifica nuestro sistema de Jurisdicción Constitucional, ya que éste es uno de los contenidos torales de la reforma constitucional.⁽⁵⁾

Es sabido que el Tribunal Constitucional es el guardián de la Constitución en un Estado de Derecho, por lo que su integración debe gozar de la mayor legitimidad democrática indirecta posible y sus miembros de la mayor cualificación profesional e idoneidad ético pública. Por ello la reforma recompone el Tribunal del modo siguiente: un total de diez miembros letrados, que durarán nueve años en sus cargos, designados del modo siguiente: tres designados por el Presidente de la República, cuatro elegidos por el Congreso Nacional, dos nombrados directamente por el Senado y dos propuestos por la Cámara de Diputados y ratificados por la Cámara alta; y tres elegidos por la Corte Suprema; todo sin perjuicio de las disposiciones transitorias (14^a) que le confieren continuidad temporal a la actual integración del Tribunal y una renovación escalonada en el tiempo (art. 92 nuevo). Los miembros del Tribunal conservan su estatuto perfeccionándose su régimen de prohibiciones, en razón del crecimiento notable de su competencia. Por ello es menester destacar que su actual composición, de un total de diez ministros, siete ministros son destacados profesores universitarios (de los cuales cuatro son constitucionalistas y uno de

(5) Consultar de Francisco Zúñiga Urbina: «Elementos de Jurisdicción Constitucional», 2 vol., Edit. Universidad Central, Santiago, 2002. También un trabajo comparatista de Humberto Nogueira Alcalá: «La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur. En la Alborada del siglo XXI» Lexis Nexis, Santiago, 2005.

ellos un eminente procesalista) y los tres restantes juristas de experiencia judicial, pública y privada.

En cuanto a la competencia del Tribunal, ésta es reforzada en el campo del control abstracto, preventivo, facultativo o preceptivo de normas (tratados internacionales, proyectos de ley, reglamentos de ejecución y autónomos) y ampliada al control de constitucionalidad «abstracto-concreto», represivo y facultativo de autos acordados de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones; heterocomposición de «contendidas de competencia» o conflictos de jurisdicción entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia que no correspondan al Senado y también a un formidable control concreto de constitucionalidad, represivo y facultativo incoado mediante la acción de inaplicabilidad y el control abstracto en sede de cuestión de inconstitucionalidad, más su tradicional competencia miscelánea (art. 93 nuevo).

Especial mención requiere el nuevo control concreto, represivo y facultativo de normas legales vía acción de inaplicabilidad, y el eventual control vía cuestión de inconstitucionalidad, de oficio o vía acción pública. En el primer caso la sentencia estimatoria tiene efecto personal inter partes, un efecto temporal *ex tunc* y su contenido es inconstitucionalidad-inaplicación, más el anotado alcance revocatorio y casatorio que posee y en el segundo tiene efecto personal *erga omnes*, un efecto temporal *ex nunc* y su contenido es inconstitucionalidad-anulación. Es decir, el control concreto es una formidable o prometedor herramienta de control de constitucionalidad y depuración de normas, que concentra y monopoliza el contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional, poniendo fin a la posibilidad de un sistema difuso de control de constitucionalidad o el empleo de la casación como herramienta. También la reforma resuelve el problema de legitimación procesal activa en inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad e impugnación de autos acordados. Además establece quórum y funcionamiento en sala y pleno, y la competencia atribuida en cada caso. Ello conlleva además el fortalecimiento de la Corte Suprema como tribunal de casación.

En cuanto a la sentencia constitucional la reforma le da un contenido consistente a la declaración de inconstitucionalidad en cuanto anulación, en razón de las competencia de control de normas, con la sola excepción del efecto temporal «aparentemente» *ex tunc* de la sentencia tratándose de la inconstitucionalidad de decretos supremos (Nº 16 del art. 93 y art. 94 nuevos). De esta suerte el Tribunal Constitucional como «legislador nega-

tivo» por usar un término del jurista vienés Hans Kelsen, al declarar la inconstitucionalidad de las leyes, puede graduar sus efectos, desde la inaplicación (Nº 6 del art. 93) a la anulación o invalidez (Nº 7 del art. 93), generando así un espacio a la deferencia razonada con el Congreso Nacional y el Presidente de la República como órganos de legislación.

Esta nueva competencia y reforma del Tribunal Constitucional, como antes se observó, contenida en el nuevo capítulo VIII de la Constitución quedó sometido a un plazo de vacancia de seis meses después de la publicación de la reforma (Disposición Transitoria 16ª).

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, cumpliéndose en esta fecha el 35 aniversario de la fundación del Tribunal Constitucional cabe señalar que asistimos con la reforma constitucional de 2005 y la puesta en vigor de ésta a partir del 26 de febrero del 2006 a una «refundación» del Tribunal Constitucional.

El porvenir del Tribunal Constitucional y por ende la visión crítica y prospectiva de nuestro sistema de Jurisdicción Constitucional en cuanto institución contramayoritaria, pero necesaria en nuestra democracia constitucional, estará determinada por su inserción institucional en el régimen político en cuanto órgano jurisdiccional de decisión de conflictos de poder, y por su jurisprudencia y doctrina relativa a la guarda de la Constitución en cuanto subsistema normativo básico y fuente de todo el ordenamiento jurídico, ya que ésta jurisprudencia y doctrina es el sostén último de su precaria legitimidad democrática.

Anexo 1.

El texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile fue fijado mediante el decreto Nº 100 de 17 de septiembre de 2005, publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre del mismo año.

CAPITULO VIII TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 92. Habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, designados de la siguiente forma:

- a) Tres designados por el Presidente de la República.
- b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputa-

dos para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda.

- c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto.

Los miembros del Tribunal durarán nueve años en sus cargos y se renovarán por parcialidades cada tres. Deberán tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, no podrán tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez, estarán sometidos a las normas de los artículos 58, 59 y 81 y no podrán ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura, ni cualquier acto de los establecidos en el inciso segundo y tercero del artículo 60.

Los miembros del Tribunal Constitucional serán inamovibles y no podrán ser reelegidos, salvo aquél que lo haya sido como reemplazante y haya ejercido el cargo por un período menor a cinco años. Cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad.

En caso que un miembro del Tribunal Constitucional cese en su cargo, se procederá a su reemplazo por quien corresponda, de acuerdo con el inciso primero de este artículo y por el tiempo que falte para completar el período del reemplazado.

El Tribunal funcionará en pleno o dividido en dos salas. En el primer caso, el quórum para sesionar será de, a lo menos, ocho miembros y en el segundo de, a lo menos, cuatro. El Tribunal adoptará sus acuerdos por simple mayoría, salvo los casos en que se exija un quórum diferente y fallará de acuerdo a derecho. El Tribunal en pleno resolverá en definitiva las atribuciones indicadas en los números 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 11º del artículo siguiente. Para el ejercicio de sus restantes atribuciones, podrá funcionar en pleno o en sala de acuerdo a lo que disponga la ley orgánica constitucional respectiva.

Una ley orgánica constitucional determinará su organización, funcionamiento, procedimientos y fijará la planta, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal.

Artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1º Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;

2º Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los auto acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones;

3º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

4º Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

5º Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

6º Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;

7º Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;

8º Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda;

9º Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99;

10º Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavo del N° 15º del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;

11º Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53 número 7) de esta Constitución;

12º Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado;

13º Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;

14º Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios;

15° Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo, y

16° Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

En el caso del número 1°, la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso.

En el caso del número 2°, el Tribunal podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de diez de sus miembros. Asimismo, podrá requerir al Tribunal toda persona que sea parte en juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo autoacordado

En el caso del número 3°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación.

El Tribunal deberá resolver dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados.

El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República.

En el caso del número 4°, la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República dentro del plazo de diez días cuando la Contraloría rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley. También podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne de inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley.

En el caso del número 5°, la cuestión podrá promoverse a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, dentro de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria.

El Tribunal establecerá en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando ésta fuera procedente.

Si al tiempo de dictarse la sentencia faltaran menos de treinta días para la realización del plebiscito, el Tribunal fijará en ella una nueva fecha comprendida entre los treinta y los sesenta días siguientes al fallo.

En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En el caso del número 7º, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6º de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio.

En los casos del número 8º, la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Si el Tribunal acogiera el reclamo, promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta.

En el caso del número 11º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Senado.

Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de las atribuciones que se le confieren por los números 10º y 13º de este artículo.

Sin embargo, si en el caso del número 10º la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, el requerimiento deberá formularse por la Cámara de Diputados o por la cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

En el caso del número 12º, el requerimiento deberá ser deducido por cualquiera de las autoridades o tribunales en conflicto.

En el caso del número 14º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República o de no menos de diez parlamentarios en ejercicio.

En el caso del número 16º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios

que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento.

El Tribunal Constitucional podrá apreciar en conciencia los hechos cuando conozca de las atribuciones indicadas en los números 10º, 11º y 13º, como, asimismo, cuando conozca de las causales de cesación en el cargo de parlamentario.

En los casos de los numerales 10º, 13º y en el caso del numeral 2º cuando sea requerido por una parte, corresponderá a una sala del Tribunal pronunciarse sin ulterior recurso, de su admisibilidad.

Artículo 94. Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.

Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.

En el caso del N° 16 del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o autoacordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación.

NOTAS

LA INDEPENDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Robert S. Barker ^(*)

En 1791, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos había estado funcionando menos de dos años, uno de sus magistrados, John Rutledge, dimitió para asumir el cargo de Juez Presidente del Poder Judicial de su propio Estado, Carolina del Sur. Cuatro años después, el primer Magistrado Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, John Jay, dimitió para asumir el cargo de Gobernador de su Estado, Nueva York. En 1800, cuando el Presidente John Adams le pidió a Jay que volviera a la Corte Suprema como Magistrado Presidente, Jay rehusó, observando que a la Corte Suprema le faltaron «energía, influencia, y dignidad.»⁽¹⁾ De hecho, durante la primera década del funcionamiento de la Corte Suprema, cinco de los doce primeros miembros de la Corte dimitieron, mientras tres más (incluso a Jay en 1800) rehusaron o nombramiento como Magistrado de la Corte o promoción al puesto de Magistrado Presidente. Mientras uno o dos de esos rechazos fueron motivados por razones o familiares o de salud, la mayoría reflejó el consenso de que, en las palabras de Jay, a la Corte le faltaron «energía, influencia, y dignidad.»⁽²⁾

(*) Profesor de Duquesne University (Pittsburgh).

(1) Carta de John Jay al Presidente John Adams, 2 de enero de 1801, en Henry Phelps Johnston (editor), *Correspondence and Public Papers of John Jay*, Tomo IV, pág. 285.

(2) Véase, por ej., Albert J. Beveridge, *The Life of John Marshall*, Tomo III, pág. 120-121, nota 2.

Esa opinión cambió dentro de poco. El fallo importantísimo del caso *Marbury v. Madison*,⁽³⁾ en 1803, que estableció la revisión judicial (es decir, la facultad de los jueces de resolver cuestiones de la constitucionalidad de las leyes, y de no aplicar leyes inconstitucionales), y el éxito del Poder Judicial al mantener su independencia frente a los demás poderes gubernamentales, dotaron a los tribunales de justicia, y en particular a la Corte Suprema, gran prestigio e importancia en el derecho y política de los Estados Unidos.

Hoy yo quisiera hablar de tres aspectos interrelacionados del Poder Judicial en los Estados Unidos, y en particular de la Corte Suprema: primero, las garantías constitucionales de su independencia; segundo, el *record* histórico de la independencia de la Corte Suprema frente a los demás poderes de gobierno; y tercero, el debate actual sobre el papel de la Corte y los demás tribunales de justicia.

La Constitución de los EE.UU. establece que los jueces de la Corte Suprema y los demás tribunales federales serán designados por el Presidente con el consejo y consentimiento del Senado,⁽⁴⁾ que ellos permanecerán en sus cargos mientras observen buena conducta (es decir, en forma vitalicia),⁽⁵⁾ y que sus salarios no pueden ser reducidos durante el desempeño de su cargo.⁽⁶⁾

Alexander Hamilton, un delegado de gran influencia en la Convención de Filadelfia que escribió la Constitución, explicó la sabiduría del proceso de designación de los jueces en las siguientes palabras:

«Con respecto a esta unión del Presidente y el Senado en el asunto de los nombramientos, se ha sugerido en algunas ocasiones que serviría para darle al Presidente una influencia indebida sobre el Senado y, en otras, que tendría la tendencia opuesta, lo cual demuestra que ni una ni otra sugerencia es correcta.»⁽⁷⁾

En 1805, el partido del Presidente Jefferson intentó subordinar al Poder Judicial (que a la sazón fue dominado por jueces de tendencia Federa-

(3) 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L.Ed. 60 (1803).

(4) Constitución, Artículo II, Sección 2, párrafo 2.

(5) Constitución, Artículo III, Sección 1.

(6) *Ibidem*.

(7) *El Federalista*, Número 77.

lista — es decir, del otro partido). Así, la mayoría jeffersonista de la Cámara de Representantes inició el proceso de juicio político en contra de un miembro de la Corte Suprema, el Magistrado, Samuel Chase. Pues, de acuerdo con la Constitución, el asunto pasó para juicio definitivo al Senado, donde el partido de Jefferson tuvo la mayoría de 25 a 9, mucho más de las dos terceras partes necesarias para destituir a un magistrado o juez federal. Pero seis senadores del partido de Jefferson votaron en favor del Magistrado Chase, y él fue absuelto y consecuentemente se quedó en su cargo.⁽⁸⁾ El caso de Chase significó el triunfo de la independencia judicial sobre la política partidista. Desde entonces, nunca ha habido juicio político en contra de un magistrado de la Corte Suprema.

Desde 1789, cuando el Presidente George Washington inauguró el proceso, los presidentes han hecho, en total, 151 nombramientos a la Corte Suprema, de los cuales 6 rehusaron el nombramiento, 12 fueron rechazados por el Senado, 10 fueron retirados por el Presidente (usualmente por oposición del Senado), y 5 se vencieron por falta de acción de parte del Senado.⁽⁹⁾ Así, aproximadamente 80% de los nombramientos han prosperado. Cada designación reflejó una combinación de factores jurídicos, políticos y personales.

En los últimos cincuenta años ha habido una tendencia de parte de los presidentes a nombrar a la Corte Suprema a jueces de tribunales federales inferiores o de altos tribunales estatales. Hoy, de los nueve magistrados de la Corte Suprema, ocho fueron jueces de Tribunales Federales de Apelaciones y una fue juez de un tribunal estatal en el momento de su designación.

A través de los últimos doscientos años, y a pesar de las circunstancias de la designación de sus jueces, la Corte Suprema ha demostrado su independencia con frecuencia. Dos casos, que surgieron en la segunda parte del Siglo Viente, son especialmente ilustrativos:

En 1952, durante la Guerra de Corea, el Sindicato de Trabajadores del Acero anunció su intención de iniciar una huelga en contra de los mayores fabricantes de acero de los Estados Unidos. Pocas horas antes del momento previsto para el inicio de la huelga, el Presidente Harry Truman

⁽⁸⁾ Véase, Albert J. Beveridge, *supra*, n. 2, Tomo III, pág. 157-222.

⁽⁹⁾ Véase, Kermit L. Hall (editor), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Apéndice 2, pp. 965-971.

expidió una orden dirigida al Secretario de Comercio para que tomara posesión de las acerías y las mantuviera funcionando. El Secretario así lo hizo y las acerías continuaron operando, ahora bajo control del gobierno. El Presidente informó inmediatamente al Congreso de su acción, pero el Congreso no tomó ninguna medida.

Las compañías de acero rápidamente demandaron al Secretario de Comercio, argumentando que la toma de las acerías era inconstitucional porque el Presidente había excedido sus poderes constitucionales. En respuesta, el Presidente dijo que sus poderes constitucionales de jefe del Poder Ejecutivo y de Comandante en Jefe de las fuerzas armadas le daban suficiente autoridad para actuar como lo había hecho.

La Corte Suprema, por voto de seis a tres, decidió que el Presidente había excedido sus poderes, y ordenó que las acerías fueran devueltas a sus dueños.⁽¹⁰⁾ El Presidente, por supuesto, obedeció la orden.

De los nueve magistrados de la Corte, cuatro habían sido designados por el mismo Presidente Truman, y de éstos cuatro, dos votaron en su contra.

Otro ejemplo importante de la independencia de la Corte Suprema es el caso *United States v. Nixon*,⁽¹¹⁾ decidido en 1974. En ese caso, una corte federal penal (que conocía el asunto de Watergate) ordenó que el Presidente Richard Nixon enviara a la corte varias cintas de conversaciones presidenciales. El Presidente rehusó entregarlos, diciendo que el puesto de presidente tiene un privilegio constitucional implícito de no divulgar comunicaciones presidenciales. La Corte Suprema decidió en contra del Presidente. De los cuatro jueces de la Corte Suprema que habían sido designados por el mismo Presidente Nixon, tres votaron en su contra, y el otro se recusó.

Hay muchos otros ejemplos de la independencia de los jueces. En 1902, el Presidente Theodore Roosevelt nombró a Oliver Wendell Holmes, Jr. a la Corte Suprema. Dos años después, Holmes votó en contra del Presidente en un caso antimonopolio de gran importancia.⁽¹²⁾ El Presidente respondió con palabras muy fuertes.⁽¹³⁾

(10) *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 72 S.Ct. 863, 96 L.Ed. 1153 (1952).

(11) 418 U.S. 683, 94 S.Ct. 3090, 41 L.Ed.2d 1039 (1974).

(12) El caso fue *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 24 S.Ct. 436, 48 L.Ed. 679 (1904).

(13) Véase, Jonathan Lurie, *Law and the Nation 1865-1912*, pág. 41.

En 1954, el Presidente Dwight Eisenhower designó a Earl Warren como Magistrado Presidente de la Corte Suprema. Warren entonces votó en contra de la política de Eisenhower tantas veces que Eisenhower, al retirarse de la presidencia, caracterizó su designación de Warren como «el maldicho-tonto error más grande de mi presidencia.»⁽¹⁴⁾

Entre 1933 y 1936, la Corte Suprema declaró inconstitucionales muchas leyes que fueron parte del programa del «New Deal» del Presidente Franklin Delano Roosevelt. En las elecciones de 1936, el pueblo manifestó su apoyo al Presidente y su programa. Roosevelt fue reelegido por una mayoría muy grande, y su partido ganó una mayoría muy amplia en ambas cámaras del Congreso. Poco después, el Presidente intentó eliminar el problema de la jurisprudencia desfavorable. El propuso un proyecto de ley que permitiera que el Presidente nombrara a seis miembros más a la Corte Suprema. Ni el pueblo ni el Congreso apoyó el proyecto presidencial. Aunque favorecían la política económica de Roosevelt y no la filosofía de la Corte Suprema, creyeron que, a largo plazo, la independencia del Poder Judicial era más importante que el conflicto del momento.⁽¹⁵⁾

Un factor que ha contribuido a la importancia e independencia de la Corte Suprema es el procedimiento de *certiorari*. Típicamente, unos siete mil casos llegan a la Corte Suprema cada año.⁽¹⁶⁾ Si la Corte tuviera que decidir a fondo cada uno de ellos, la Corte se convertiría en una fábrica o mercado en vez de un tribunal de justicia. Para conservar los recursos de la Corte Suprema para las controversias más importantes, el Congreso, por leyes promulgadas entre 1891 y 1928, estableció el procedimiento de *certiorari*.⁽¹⁷⁾ El proceso se pone en marcha con una petición de *certiorari* planteada ante la Corte Suprema por una parte en un caso ya decidido por un tribunal federal de apelaciones o un tribunal más alto de un Estado. La petición identifica las cuestiones de derecho federal que el peticionante quiere que la Corte Suprema revise, y las razones por las cuales la Corte debiera conocerlas. La Regla Número 10 de la Corte dice:

(14) *Time Magazine*, 20 de julio de 1981. Véase, <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171.954833-9.00.html>

(15) Véase, William E. Leuchtenberg, «Showdown on the Court», *Smithsonian*, mayo de 2005, pág. 106-113.

(16) Véase, Supreme Court of the United States, *Chief Justice Year-End Report 2004*.

(17) Los procedimientos del *certiorari* se explican con claridad en Charles Alan Wright, *Law of Federal Courts* §108, pág. 754-763 (4th ed. 1983).

«La revisión a través de certiorari no es un derecho, sino es asunto de la discreción judicial. Se concederá una petición de certiorari solamente cuando haya razones especiales e importantes para concederla ...»⁽¹⁸⁾

Normalmente la Corte Suprema concede menos del dos por ciento de las peticiones de certiorari.⁽¹⁹⁾ Como promedio, la Corte resuelve a fondo entre 70 y 75 casos por año, de los cuales solamente 3 o 4 son de competencia obligatoria.⁽²⁰⁾ Los demás son escogidos por la Corte por su importancia a través de certiorari. Así, la Corte ha podido mantener tanto su influencia jurídica como su independencia.

A fin de cuentas, la independencia del Poder Judicial no existe para el beneficio personal de los jueces, sino para asegurar el Estado de Derecho. La independencia judicial es una cara de la moneda — la otra es la fidelidad de los magistrados y jueces a la Constitución y las leyes.

De vez en cuando, a través de la historia del país, la Corte Suprema ha inventado nuevas normas (supuestamente constitucionales) como, por ejemplo, la decisión en 1857 en el caso *Dred Scott v. Sandford*⁽²¹⁾ en el cual la Corte proclamó que una persona de ascendencia africana no fue ni podría ser ciudadano, y la decisión en 1905 en *Lochner v. New York*⁽²²⁾ que la Constitución tiene una garantía implícita de «libertad de contrato» que prohíbe que las legislaturas adopten leyes que protejan a los trabajadores. (La decisión de *Dred Scott* fue anulado en 1868 por la Enmienda Catorce a la Constitución. La norma de «libertad de contrato» fue eliminado cuando la misma Corte cambió su jurisprudencia en 1937.)⁽²³⁾

En nuestros días, hay un debate intenso sobre algunas tendencias de la jurisprudencia de la Corte — en particular el llamado «derecho a la privacidad», creado en 1965⁽²⁴⁾ y ampliado en 1973 y 2003 para proteger el

⁽¹⁸⁾ *Rules of the Supreme Court of the United States*, Rule 10.

⁽¹⁹⁾ Supreme Court of the United States, *supra*, nota 16.

⁽²⁰⁾ Véase, United States Census Bureau, *Statistical Abstract of the United States 2004-2005*, pág. 201.

⁽²¹⁾ 60 U.S. (19 How.) 393, 15 L.Ed. 691 (1857).

⁽²²⁾ 198 U.S. 45, 25 S.Ct. 539, 49 L.Ed. 937 (1905).

⁽²³⁾ Véase, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379, 57 S.Ct. 578, 81 L.Ed. 703 (1937).

⁽²⁴⁾ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 85 S.Ct. 1678, 14 L.Ed.2d 510 (1965).

aborto y actos homosexuales respectivamente.⁽²⁵⁾ Las críticas de esta jurisprudencia son sintetizadas en las palabras del entonces Magistrado Byron White, quien declaró en una opinión escrita en 1985:

«La Corte Suprema es más vulnerable y se acerca más a la ilegitimidad cuando aplica un derecho constitucional hecho por los jueces, que carece o tiene pocas raíces en el texto o diseño de la Constitución ...»⁽²⁶⁾

El debate sobre la jurisprudencia de los tribunales es provechoso y hasta necesario al Estado del Derecho. Tal vez la garantía más importante, tanto de la independencia judicial como de la fidelidad judicial, es el compromiso del pueblo, tanto con la democracia como con el Estado de Derecho. Hace más de un siglo, James Bryce, jurista, historiador y diplomático británico, en su libro —ahora clásico— del gobierno de los Estados Unidos, *The American Commonwealth*, concluyó su análisis del Poder Judicial con las siguientes palabras:

«Tarde o temprano, llegamos al pueblo; de su sabiduría y sentido de auto-limitación depende la estabilidad de aquel sistema de gobierno más astutamente diseñado.»⁽²⁷⁾

⁽²⁵⁾ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147 (1973); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 123 S.Ct. 2472, 156 L.Ed.2d 508 (2003).

⁽²⁶⁾ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 106 S.Ct. 2841, 92 L.Ed.2d 140 (1986).

⁽²⁷⁾ James Bryce, *The American Commonwealth*, Tomo I, pág. 245 (Liberty Fund edición), 1995).

PAULO BONAVIDES: UN PENSADOR (*)

En mayo de 2005, el eminente constitucionalista brasileño Paulo Bonavides, cumplió 80 años. En su homenaje se llevó a cabo, en la ciudad de Natal, RN, el I Encontro de Direito Publico (21-23 de julio de 2005) en el cual se congregaron amigos y discípulos para rendirle el homenaje que su obra y su enseñanza merecían. Me cupo el honor de participar en tal evento y sumarme así a los festejos que se le daban por tan significativa fecha, a la que llegaba con una vitalidad y simpatía asombrosas. En lo personal, recuerdo a Bonavides desde la década de los ochenta como participante y ponente en algunos de los congresos que organizaba en el Brasil el gran jusfilósofo paulista Miguel Reale, y ahí es cuando empecé a familiarizarme con su obra, que hay que considerar no sólo como valiosa, sino fundamental de nuestro tiempo. Sin embargo, por razones algo largas de explicar, el maestro Bonavides estuvo más vinculado a Europa que a la América Latina, siendo más conocido allá que entre nosotros, lo cual ha enmendado recientemente, pues se ha volcado a la comunidad latinoamericana, como lo demuestran sus frecuentes viajes a nuestros países, su correspondencia con los principales cultores de nuestra disciplina, y sobre todo con la publicación, realmente notable, de la «Revista Latinoamericana de Estudos Constitucionais», en donde encuentra amplia acogida y difusión la producción iberoamericana. Bonavides es el caso ejemplar del jurista con formación humanista y filosófica, sin descuidar por ello la relación con las ciencias sociales y con una postura militante a favor de la democracia. Habiéndose publicado mucho sobre él con motivo de su octogésimo aniversario, es que hemos escogido, para sumarnos al homenaje que merece el eminente maestro, un valioso texto del prof. Klein, publicado originalmente en portugués y que aquí ofrecemos en traducción castellana (Domingo García Belaunde)

Antonio Carlos Klein (**)

(*) Publicado en *O Povo Fortaleza, Ce*, martes 26 de abril de 2005. Traducción del portugués de Domingo García Belaunde.

(**) Profesor universitario y Juez de Derecho.

LEYENDA VIVA. Paulo Bonavides es merecedor de tal calificativo no sólo por lo que escribió, sino también por vivir de acuerdo con los principios que cultiva, uniendo el discurso y la acción. Su estilo de vida ascética hace legítima su palabra. El reconocimiento de su grandeza trasciende las fronteras nacionales. En él recae la admiración de politólogos y constitucionalistas de todo el mundo. Son pocos los que se han dedicado tanto al estudio de los regímenes democráticos y son menos incluso quienes sustentan la necesidad de una introducción, permanente y creciente, de una mayor democracia en las instituciones políticas vigentes.

Así, no deja de ser curioso que uno de los más destacados defensores de la democracia haya venido al mundo en una época de gran desorden y arbitrariedad. El 10 de mayo de 1925, mientras Brasil estaba convulsionado por el estado de sitio casi permanente impuesto por Artur Bernardes, determinando el próximo fin de la vieja República, nacía en Patos, en el agreste paraibano, el décimotercero y penúltimo hijo de Fenelon y Hermínia Bonavides.

Los primeros estudios del pequeño Paulo fueron con el poeta Anésio Leão. En 1933, muere su padre. Su tío materno, Sebastião Fernandes, debido a la persecución política que sufría, es obligado a irse a Fortaleza. La viuda de Fenelon decide acompañar a su hermano y los Bonavides se van a radicar a la capital cearense.

En 1938, Bonavides postula a una vacante de periodista en un diario que circulaba en la plaza cearense desde hacía diez años: el O POVO. En el día del certamen, Paulo Sarasate, redactor en jefe del diario, al percatarse de aquel niño frágil esperando junto a una decena de jóvenes, lo encontró inapropiado y, sin premura pero con firmeza le dijo:

– Niño, ¡anda a tu casa! ¡Esto no es un jardín infantil!

Bonavides se estaba retirando de las dependencias, cuando Demócrito Rocha, fundador y director de la gaceta, que había observado todo desde una mesa ubicada al fondo de la sala, dijo:

– Paulo, deja que el muchacho haga la prueba.

Dos días después, cuando regresó al diario para saber el resultado, Sarasate, con un papel en la mano, leyó un extracto del texto y pidió que el autor se revelara. Bonavides levantó la mano. Sarasate, al verlo de soslayo, y en un acto de *mea culpa* por la injusticia que casi comete, prosiguió con una actitud contraria a la que había tenido antes del concurso. Se aproximó a la mesa de Demócrito y dijo casi gritando:

– Lea, ¡ lea esto !

El director del diario movió la cabeza en un gesto de aprobación. Sarasate llamó a Bonavides y lo presentó a Demócrito quien, sonriendo, hizo una objeción:

– ¡Pero, si es muy joven!

– No importa –respondió poniendo fin a la discusión.

Bonavides entró a trabajar bajo las órdenes de J. M. Othon Sidou, como redactor y secretario, escribiendo en las páginas policiales. La frustración que sintió al ver desaparecer párrafos enteros vetados por Othon Sidou, fue luego sustituida por el reconocimiento de que el amigo le estaba enseñando a redactar de forma precisa, como corresponde a un buen periodista.

En 1942, fue admitido en la Facultad de Derecho de Ceará. La *Nieman Foundation* invitó, en 1944, a la dirección del diario O POVO para que eligiera a un candidato para participar en el grupo de los *Nieman Fellows* de aquel año, para una estadía en una universidad norteamericana. Esta vez, el niño terrible de la redacción se dirigió a Harvard.

En el refectorio, edificios y patios de la más prestigiosa institución académica de los Estados Unidos, algunas de las mentes más brillantes de la época se codeaban: George Santayana, Clarence Haring, Heinrich Brunning, Carl J. Friedrich, entre otros. Paulo estudió con dos grandes: Pitirim (Peter) Sorokin y Roscoe Pound. En esa temporada escribió artículos para el diario O POVO, reproducidos en el paraibano «La Unión». Asimismo, entrevistó a Upton Sinclair, Pierre Van Paassen y James Conant.

Cuando regresó al Brasil, se trasladó a Río de Janeiro. Aprovechando los dos años cursados en Ceará, terminó en 1948 en la capital federal, sus estudios superiores. Entre sus maestros destacaron algunos de los «monstruos sagrados» como Joaquim Pimenta y Pedro Calmon. Desde 1946 hasta 1948, mientras concluía la carrera de Derecho, trabajó para la *Associated Press* redactando artículos, notas y entrevistas sobre la vida política, económica, cultural y social del Brasil, que eran publicados en periódicos extranjeros. Siguió de cerca los pasos de la Asamblea Constituyente de 1946, y entrevistó a George Marshall, quien concibió el plan de reconstrucción de Europa, Getúlio Vargas, Luís Carlos Prestes, Jorge Amado y José Linares, entre otros.

En 1948, la Academia Brasileira de Letras le confirió el Premio Carlos de Laet, inmediatamente después de su primer libro, *Universidades da*

América [Universidades de América], que fue publicado en 1946 con presentación de Gilberto Freyre. El prestigio le abrió muchas puertas: podría haberse ido a Nueva York como jefe de la sección latinoamericana de la *Associated Press* o haberse quedado en Río de Janeiro e ingresado en el estudio de abogados de Vítor do Espírito Santo (autor de la histórica columna *Nota Carioca*) y Calheiros Bonfim (quien llegó a presidir el IAB). No obstante, Bonavides optó por regresar a Fortaleza, respondiendo al pedido de su madre.

Vuelve a colaborar en el periódico de Demócrito Rocha y, a solicitud de Faustino de Albuquerque y Virgílio Távora, fue redactor en jefe del *Diario de Ceará*. Es así como se relaciona con Heribaldo Costa, convirtiéndose en su asistente en la cátedra de Introducción a la Ciencia del Derecho, en la Facultad de Derecho.

En 1951 ayudó a re-crear la Asociación de Periodistas Profesionales de Ceará, siendo elegido su primer presidente. En 1952, publicó un libro sobre ensayos y crónicas *O Tempo y os Homens* [El Tiempo y los Hombres], y fue a Alemania para enseñar en Heidelberg. Es ahí donde se reencontraría con Carl J. Friedrich y, en sus varios regresos a la tierra de Göethe, consolidaría amistades con grandes pensadores europeos de la antigua y nueva generación, tales como: Walter Jellinek, Konrad Hesse, Theodor Viehweg y Friedrich Mueller.

El constitucionalista y cientista político que se gestaba en Bonavides debe mucho a tales viajes. La mayoría de los juristas nacionales tan sólo consultaban autores franceses e italianos, ignorando la moderna doctrina alemana. Bonavides fue uno de los que insertaría el pensamiento alemán en el Brasil. Además del alemán, Paulo domina el inglés y el francés, y lee fluidamente textos en español, italiano, latín y griego.

En 1955 publicó la obra *Dos Fins do Estado* [Los Fines del Estado]. Además, en 1956, fue orador, en representación de la delegación brasileña, en la apertura del Encuentro Internacional de Periodistas llevado a cabo en Helsinki. En 1958, concursó para la Cátedra de Teoría General del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará (UFC), defendiendo la tesis titulada *Do Estado Liberal ao Estado Social* [Del Estado Liberal al Estado Social]. Consiguió así, al mismo tiempo, los títulos de Doctor en Derecho y Docente Libre por la UFC, con el puesto de profesor cafedrático. En el jurado evaluador se encontraban Miguel Reale, Orlando Carvalho, Orlando Bittar, Flávio Marcílio y Lauro Nogueira.

El libro titulado *Del Estado Liberal al Estado Social* se tornó en un clásico elogiado por juristas del calibre de Victor Nunes Leal, Cabral de Moncada, Oswaldo do Trigueiro y Pinto Ferreira.

En 1964, el país vuelve a caer en una dictadura. Paulo no llegó a estar preso, aunque estuvo vigilado de cerca. Sus clases eran grabadas. Sus alumnos y amigos que llegaban a ser detenidos, eran interrogados sobre sus actividades. Era rutinariamente seguido desde la Facultad de Derecho hasta su casa. Sin embargo, era comprensible la obstinación de los guardias, ya que además de tratarse de un demócrata de convicción, su hermano Aníbal era un destacado líder comunista.

En 1967, salieron a la luz dos de sus obras más importantes: *Ciência Política* [Ciencia Política], por la cual recibió el Premio Clóvis Beviláqua de la UFC, y *Teoria do Estado* [Teoría del Estado]. Dos años después, publicó *A Crise Política Brasileira* [La Crisis Política Brasileña]. En 1973, lanzó *Reflexões: Política e Direito* [Reflexiones: Política y Derecho] y, en colaboración con Roberto Amaral, *Textos Políticos da História do Brasil* [Textos Políticos de la Historia de Brasil], una obra monumental (más de 8000 páginas distribuidas en 10 volúmenes). Al año siguiente, murió su madre.

En 1977, recibió el título de Ciudadano Cearense. En 1978, entró en la Academia Cearense de Letras Jurídicas y se convirtió en profesor del recientemente creado Curso de Maestría de la Facultad de Derecho de la UFC. En el año 1979, los principales constitucionalistas brasileños, reunidos en San Bernardo del Campo, fundaron el Instituto Brasileño de Derecho Constitucional (IBDC). Bonavides, además de ser miembro fundador, fue elegido el primer presidente de dicha entidad. En 1980, lanzó su libro *Direito Constitucional* [Derecho Constitucional], obra que, a partir de la cuarta edición, pasó a llamarse *Curso de Direito Constitucional*.

En 1982 recibió la más alta condecoración del Estado de Ceará, la *Medalha da Abolição* [Medalla de la Abolición]. En 1984, publicó *Formas de Estado e de Governo* [Formas de Estado y de Gobierno], y tradujo, del alemán al portugués, *Normas Jurídicas e Análise Lógica* [Normas Jurídicas y Análisis Lógico] que contiene la correspondencia Kelsen-Klug. En 1985, terminó el régimen militar. Invitado para conformar la Comisión de Estudios Constitucionales, la «Comisión de los Notables», renunció poco después, expresando, en una carta al Presidente de la Comisión, Afonso Arinos, los motivos de su decisión: él pensaba que el papel de la Comisión debería restringirse a señalar las directrices para la elaboración de la nueva Constitución brasileña y servir como órgano de consulta, mas no, tal

como terminó siendo, elaborar un proyecto de Constitución que fuese la base de la nueva Carta Magna. Según su punto de vista, tal medida sería una usurpación de los poderes de la Asamblea Constituyente. Tal pretensión, mantenida por el grupo mayoritario, fue recompensada con un vejamen: ni bien concluido, el texto de la Comisión fue archivado.

Aún en 1985, lanzó *Política e Constituição* [Política y Constitución], y se convirtió en miembro del Consejo Editorial de O POVO, creado en aquel año, al lado de Rachel de Queiroz, Adísia Sá, Carlos D'Alge y otros más. Fue el redactor principal de la Carta de Principios creada para orientar al órgano más tradicional de la imprenta alencarina. En 1986, publicó *Constituinte e Constituição* [Constituyente y Constitución], y recibió la Medalla del Congreso Nacional.

A partir de la década de 1990, viajó con mayor frecuencia para cumplir con las innumerables invitaciones que le llegaban de diversas partes del Brasil, América Latina y Europa. En 1991, recibió el Trofeo Clóvis Beviláqua de la Organización de Abogados de Brasil (OAB); además, ese mismo año, reemplazó a Afonso Arinos en la cátedra que éste dictaba en la Academia Brasileña de Letras Jurídicas. En 1992, recibió el trofeo Sereia de Ouro y la Medalla Sobral Pinto. En 1993, escribió *A Constituição Aberta* [La Constitución Abierta] y, en 1994, se convirtió en Profesor Emérito por la Rectoría de la UFC. Ese mismo año, Ciro Ferreira Gomes, antiguo jefe de Bonavides, inauguró la sede de la Fundación Paulo Bonavides.

En 1997 fue nombrado miembro correspondiente de la Academia de Ciencia de Renania. Una prueba más de admiración y reconocimiento internacional se dio en 1998 al obtener el grado de Doctor «Honoris Causa» de la Universidad de Lisboa. Solamente 22 intelectuales en toda la historia ha obtenido dicho título, entre ellos se encuentran León Duguit, Miguel Reale, Gilberto Freyre, Robert Musgrave y Raymond Barre.

En el año 2001, Bonavides publicó *Teoria Constitucional da Democracia Participativa* [Teoría Constitucional de la Democracia Participativa]. Al año siguiente, escribió *Os Poderes Desarmados* [Los Poderes Desarmados], y fue también premiado con la Medalla Epiácio Pessoa, la más alta distinción de Paraíba. También, ese mismo año, muere su primogénito, Paulo Bonavides Junior, quien sufría de cáncer.

El relato aquí realizado apenas cubre superficialmente ocho décadas de una vida que continúa en plena producción, analizando las principales interrogantes del Derecho Constitucional y de la Ciencia Política: el poder constituyente; la reforma constitucional; los derechos fundamentales; el

control de constitucionalidad; la democracia y sus diversos matices; el federalismo; el Estado Social; los partidos políticos; la ciudadanía, etc.

Bonavides es el cientista político brasileño contemporáneo más conocido en Alemania. En toda Europa su nombre es respetado y venerado. Tiene innumerables artículos traducidos a varios idiomas. Sus libros son usados en las más importantes facultades de Derecho del Brasil. Varias de sus obras ya cuentan con más de una decena de ediciones.

En su casa, en Lagoa Redonda, Paulo Bonavides cultiva el arte de recibir cordialmente a todos con una jarra de agua de coco helado y entablar con sus visitantes una conversación siempre alegre y cordial.

ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN PARAGUAY

Jorge Silvero Salgueiro ^(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El principio constitucional de descentralización. III. Estado unitario vs. Estado descentralizado. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La descentralización, como principio jurídico de organización del Estado, fue incorporado al ordenamiento jurídico paraguayo en 1992 con la entrada en vigencia de la actual Constitución Nacional.

En efecto, por primera vez en la historia constitucional paraguaya, la nueva Constitución Nacional define a la República del Paraguay como un Estado unitario descentralizado (art. 1 C.N.). De esta forma, se modificó sustancialmente el carácter de Estado exclusivamente centralizado del Paraguay, de alta raigambre histórica desde su Declaración de Independencia en 1811.

(*) Estudios de Maestría en Derecho Administrativo (LL.M) y Doctorado en Derecho Constitucional en la Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica de Asunción. Profesor de Derecho Constitucional en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Asunción.

Ahora bien, este nuevo diseño del Estado Paraguayo plantea dos interrogantes fundamentales que serán tratados en este trabajo a través de una aproximación jurídico-analítica, aunque sin pretender agotar la discusión constitucional sobre los mismos. Ellos son: a) Cuál es el contenido normativo del principio constitucional de descentralización?, y b) Cómo se resuelve jurídicamente la contradicción emergente entre los conceptos de Estado unitario y Estado descentralizado?

La primera pregunta se aborda en el presente trabajo a partir de la conceptualización del fenómeno de la descentralización, poniendo de resalto su categorización como principio constitucional y delineando los alcances y efectos jurídicos del mismo.

La segunda pregunta incursiona en el ámbito de la organización misma de los Poderes del Estado y plantea una forma constitucional de concretizar sin mayores antagonismos las formas de Estado unitario y Estado descentralizado.

Desde esta doble perspectiva complementaria, se intentará explicar el fenómeno jurídico-constitucional de la descentralización en Paraguay y, de esta forma, identificar problemas y tareas pendientes asociados a la implementación gradual de procesos de descentralización en Paraguay.

II. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE DESCENTRALIZACIÓN

La descentralización fue consagrada como principio por la Constitución Nacional de 1992 y forma parte de los denominados principios de estructuración del Estado paraguayo, como lo demuestra su inclusión en el artículo 1 de la Constitución Nacional conjuntamente con los otros principios⁽¹⁾. De esta forma, la descentralización ostenta uno de los rangos más elevados dentro de las categorías constitucionales normativas.

El principio constitucional de descentralización organiza la estructura político-administrativa y territorial del Estado paraguayo. En este sentido, tiene incidencia en la organización misma de los Poderes del Estado,

(1) Ellos son: el principio de República, el de Estado de Derecho, Estado Social, Democracia, Estado Unitario, Descentralización, Dignidad Humana, División de Poderes. Al respecto, véase: *Silvero Salgueiro, Jorge*, «La Constitución de la República del Paraguay del 20 de junio de 1992», *Revista Jurídica Paraguaya La Ley*, Año 20, N° 2, Abril-Junio, Asunción, 1997, p. 24.

sobre todo del Poder Ejecutivo, y afecta la naturaleza jurídica de los gobiernos territoriales.

La categorización de la descentralización como principio implica que el mismo debe ser concretizado conceptualmente, y que su implementación requiere de un proceso de reforma del Estado donde se desarrollen los alcances y límites del mismo.

La noción constitucional de la descentralización se encuentra muy ligada a una noción jurídico-administrativa que expresa que la descentralización es una transferencia de competencias administrativas del Estado a un ente administrativo autónomo. Este concepto parte de la idea de que la descentralización es una relación organizada entre dos entes administrativos específicos que actúan como **sujetos** de la relación y que dicha relación tiene como **objeto** las competencias transferidas⁽²⁾.

Entonces, esta relación requiere de **dos sujetos de Derecho Público** que son, por un lado, el Estado como titular originario de las competencias administrativas y que por ende actúa como **remitente** de dichas competencias. Y, por el otro lado, el ente administrativo autónomo que funge de **destinatario** de las competencias administrativas del Estado.

Ahora bien, para ordenar la relación entre remitente y destinatario, así como para determinar el alcance de las competencias recibidas, se deben establecer ciertas **reglas** jurídicas. Las mismas derivan de la naturaleza jurídica del destinatario, así como de las condiciones jurídicas de la transferencia que posteriormente condicionan el actuar del ente descentralizado. Estas reglas hacen referencia principalmente al **control** que el remitente ejerce sobre el destinatario y a la **coordinación** que debe existir entre ambas instituciones.

Así, se concibe al principio de descentralización como una relación organizada entre varios sujetos, la cual se va concretizando dentro de un proceso de reforma institucional donde se producen determinados actos estatales (leyes, decretos, resoluciones, etc.) que fijan las propiedades jurídicas de los entes descentralizados, determinan el grado de las competencias transferidas y establecen el alcance de las reglas de control y coordinación.

(2) Al respecto, véase: *Silvero Salgueiro, Jorge*, *Dezentralisation in der Staatsverwaltung: Dargestellt am Beispiel des Kommunalrechts* (Descentralización en la administración estatal. Análisis con referencias al Derecho municipal). Tesis de Maestría en Derecho, Universidad de Heidelberg, Alemania, diciembre de 1994.

Desde esta perspectiva, la descentralización afecta estructuras y procesos en la Administración Pública, por lo que en su aplicación se deben considerar las otras normas constitucionales y legales de organización y administración institucional, con lo cual queda de manifiesto la polidimensionalidad de este concepto.

Dicho esto, cabe resaltar que en la dimensión constitucional de la descentralización, la misma contempla sobre todo la posibilidad que la organización administrativa del Estado pueda contener diversos sujetos públicos con personalidad jurídica propia encargados de diferentes tareas públicas con suficiente discrecionalidad. Con ello, el principio constitucional de la descentralización adquiere un cariz **rector y permisivo** para la organización del Estado. En tanto, todo proceso de reforma institucional que se encare podrá tener como directriz la posibilidad de desdoblar tareas estatales centralizadas y encarar su ejecución a otros entes públicos que con cierto grado de autonomía podrán decidir sobre la realización de dichas tareas.

Concretamente, esta visión del principio de descentralización constitucional permite que el Poder Legislativo pueda afectar la organización interna del Poder Ejecutivo, revisar su actual estructura institucional y transferir fuera de su ejido central tareas que por su propia naturaleza puedan ser mejor desempeñadas por otros sujetos estatales. De esta forma, la descentralización constitucional va ligada a un **proceso de racionalización del aparato estatal**.

En definitiva, la descentralización constitucional hace referencia a un modelo de organización del Estado paraguayo, el cual contempla una pluralidad de sujetos públicos, tanto funcionales como territoriales, que ejercen competencias administrativas que tradicionalmente fueron desempeñadas por el Estado central, sin que ello implique un mandato imperativo para este tipo de modelo de organización.

III. ESTADO UNITARIO VS. ESTADO DESCENTRALIZADO

Al inicio del trabajo se había señalado la contradicción que se plantea con la consagración de la descentralización como principio constitucional teniendo en cuenta que la actual Constitución Nacional caracteriza al Estado paraguayo como un Estado unitario y descentralizado a la vez (art. 1 C.N.).

Partiendo de la idea de que en todo orden constitucional debe existir uniformidad y coherencia entre las normas jurídicas que componen dicho orden resulta imperioso desarrollar una posición propositiva que resuelva

la contradicción señalada, y que la misma de otro modo pueda ser entendida como una contradicción más aparente que real.

En ese sentido, y como primera tarea analítico-explicativa, corresponde delimitar el área de influencia de los principios de Estado unitario y Estado descentralizado. Al respecto, es la propia Constitución Nacional quien delimita el accionar de ambos principios. En efecto, haciendo referencia al propio texto constitucional se puede expresar sin lugar a dudas que la unidad del Estado paraguayo se refleja en la unidad y centralización del ordenamiento jurídico paraguayo y en la unidad y centralización de la organización del Poder Judicial. En cambio, la descentralización del Estado paraguayo se observa sobre todo en la organización territorial del mismo, a través de gobiernos departamentales y municipales autónomos y en la organización funcional de la administración pública por medio de entes descentralizados del Poder Ejecutivo.

Vale decir, el principio de Estado unitario rige fundamentalmente para la organización del Poder Legislativo, en tanto que la Constitución Nacional no permite la formación de parlamentos regionales o departamentales y la producción legislativa se encuentra centralizada en un solo parlamento de carácter nacional. De esta manera, se asegura la unidad y uniformidad del orden legal en un Estado sin mayores diferencias culturales regionales. El hecho de que la Cámara de Diputados se integre con representación departamental, favoreciéndose en cierto modo una descentralización política, no afecta la unidad jurídica antes mencionada.

Asimismo, el juzgamiento de estas leyes se realiza de forma centralizada a través de un Poder Judicial de organización nacional que cuenta con una cúspide jurisdiccional capaz de rever por los conductos procesales adecuados cualquier decisión de un juez inferior. Además, la Constitución Nacional no contempla la posibilidad de formar Poderes Judiciales regionales o departamentales que escapen a la competencia de superintendencia de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, ello no implica que el Poder Judicial Nacional no pueda organizarse regional o departamentalmente, lo cual se viene dando en la práctica desde décadas y es producto más bien de una **desconcentración territorial** de los juzgados y tribunales nacionales antes que de una descentralización judicial real⁽³⁾. Es decir, a pesar de que existan jueces en Villarrica o Encarnación,

(3) Por ello, es erróneo la utilización de la expresión «descentralización judicial» en el art. 14 de la Constitución Nacional de 1967, la cual no consagró a la descentralización como un principio constitucional.

por ejemplo, los mismos forman parte de un Poder Nacional y no cuentan con una dependencia institucional de los poderes locales.

En cambio, de acuerdo al diseño territorial del Estado realizado por la propia Constitución Nacional el principio de descentralización rige en el ámbito de organización de los poderes locales como los departamentos y los municipios, los cuales gozan de autonomía política, económica y administrativa (art. 156 C.N.). Más aún, la descentralización política de estos entes territoriales se encuentra garantizada constitucionalmente al establecerse la elección por sufragio directo de las autoridades locales (art. 161 y 167 C.N.).

Cabe resaltar, sin embargo, que con respecto a los gobiernos departamentales la Constitución Nacional estableció una **naturaleza jurídica dual** de los mismos. Por un lado, les concedió por primera vez autonomía para la gestión de sus intereses (art. 156 C.N.). Pero, por el otro lado, dispuso que *«el Gobernador representa al Poder Ejecutivo en la ejecución de la política nacional»* (art. 161 C.N.).

De esta forma, los gobiernos departamentales, a diferencia de los gobiernos municipales, se convierten en **unidades administrativas relacionadas jerárquicamente con la Presidencia de la República** a objeto de cumplir las políticas públicas dirigidas por el Gobierno Central y con los recursos financieros asignados por éste. Esto significa, además, que el diseño de tareas departamentales debería ser como mínimo dual, con lo que la Gobernación tendría que ejecutar tareas encomendadas por el Presidente con instrucciones precisas de cómo ejecutar y con un correspondiente sistema de control más intenso que con respecto a las tareas autónomas decididas y realizadas a criterio de la Gobernación y sin participación del Poder Ejecutivo, es decir, en forma autónoma.

Por otro lado, el hecho que el principio de descentralización rija fundamentalmente en el ámbito de la administración pública no implica que la misma no pueda seguir organizándose con criterios de centralidad. De nuevo, conviene recordar que el modelo descentralizado de la Constitución Nacional es sólo un modelo indicativo y no imperativo, con lo cual la centralización histórica del Estado paraguayo no ha perdido en vigencia aunque ha cedido en grados.

Asimismo, en toda organización administrativa de tipo racional es común la aplicación de varios principios de organización, de acuerdo a las necesidades a satisfacer y según los criterios de conveniencia institucional y eficiencia normativa.

IV. CONCLUSIÓN

La descentralización adquiere en Paraguay una faceta constitucional al ser consagrada como un principio de estructuración del Estado paraguayo por la actual Constitución Nacional de 1992.

La descentralización, en su faceta estática, hace referencia a un concepto jurídico-normativo de (re-) asignación y coordinación de competencias administrativas entre diversos sujetos de Derecho Público. Lo que se pretende, en términos normativos, es que las tareas del ente centralizado disminuyan y las tareas del ente descentralizado aumenten. El grado de descentralización estará dado por el grado de control que ejerza el ente centralizado u otros órganos centralizados, como el Parlamento, sobre el ente descentralizado. Por su parte, en la faceta dinámica de la descentralización, se resalta que atendiendo la actual centralización del Estado paraguayo, en donde en determinados niveles de organización y funciones se observa un carácter excluyente inadmisibles de instituciones locales y de participación ciudadana, se debe encarar un proceso de racionalización administrativa en donde se privilegie la descentralización organizacional y la participación democrática.

Entonces, se plantean nuevos problemas conceptuales en el orden jurídico nacional y en el proceso de reforma de la organización estatal. En este sentido, la conceptualización constitucional de la descentralización no debería perder de vista su origen dentro de las formas de organización de la administración pública y también su estrecho relacionamiento y convivencia con otros principios de organización como el de la centralización. De forma tal, que la descentralización no necesariamente excluye o suplanta a la centralización sino que plantea un reacomodo eficiente de los entes centralizados, vale decir, el primer impacto de la descentralización debería ser una centralización renovada.

La descentralización debería ser aplicada normativamente por el Poder Legislativo y operativamente por el Poder Ejecutivo, correspondiendo al Poder Judicial velar por este modelo de aplicación del principio constitucional.

En definitiva, más que resaltar antagonismos estériles habría que buscar acercamientos productivos entre los principios de Estado unitario y de Estado descentralizado, como forma de recrear un modelo racional del aparato estatal.

En relación a los departamentos, en lugar de organizar los gobiernos departamentales descentralizados según el modelo municipal –como se

viene haciendo desde 1992 mediante la promulgación de leyes orgánicas departamentales similares a las municipales— deberían ser organizados como unidades administrativas capaces de recibir tareas encomendadas por el Estado central y con la suficiente capacidad jurídica de gerenciar eficientemente las mismas. En este sentido, su estructura interna debería reflejar en cierta medida la lógica institucional interna del propio Poder Ejecutivo, para así poder trabajar en forma más coordinada con el mismo.

Finalmente, cabe tener siempre presente que si bien la descentralización forma parte de un proceso político, la misma se encuentra en una primera instancia condicionada por el orden jurídico-constitucional, el cual le otorga posibilidades y límites que siempre deberán ser respetados.

EL NO AL BICAMERALISMO, UN GOLPE A LA DEMOCRACIA

Víctor Julio Ortecho Villena ^(*)

Seguramente la mayoría de ciudadanos, que no se ha detenido a analizar los verdaderos alcances de la forma democrática de gobierno, ha recibido con beneplácito, los resultados del debate parlamentario y que ha concluido con un no al restablecimiento del sistema bicameral. El argumento en contra de este sistema parlamentario siempre ha sido el superficial de que con dos cámaras, el proceso legislativo es más engorroso y demora mucho la producción de las leyes y sobre todo que el mayor número de parlamentarios implica mayores gastos al erario nacional.

A los anteriores argumentos, debemos responder, en el sentido que un Parlamento no es una fábrica de leyes, ni siempre es mejor parlamentario el que presenta mayor número de proyectos de ley, si es que las leyes y los proyectos respectivamente no son trascendentes y de verdadero interés para la Nación. Por otra parte, debemos afirmar que los Parlamentos actuales en el mundo, tiene otra función compartida con la de carácter legisferante, como es la de fiscalización. Un Parlamento eficiente debe realizar constante control constitucional político, sobre los otros órganos del poder, sobre los órganos descentralizados y sobre los denominados órganos constitucionales o autónomos. En el caso peruano, tiene las facultades

(*) Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego (Trujillo-Perú).

de investigación, de interpelación a los ministros y de juicio político para los altos funcionarios, cuando estos incurrir en delito en el ejercicio de sus cargos o incurrir en infracciones a la Constitución.

Y en cuanto al argumento del mayor gasto que significaría la vuelta al sistema bicameral, seguramente todos los ciudadanos que no pertenecen a la llamada clase política tienen que estar de acuerdo en una política de austeridad, pero esta se refiere al mal uso de los dineros del Estado o al uso en exceso sobre las funciones que se realizan. Sin embargo, el mayor gasto que representaría la vuelta a las dos cámaras, resulta pequeño al dispendio de la economía de la Nación, que se hace con las privatizaciones a precios subvaluados o la concesión de servicios, con exoneraciones y flexibilidad tributarias, que enriquecen escandalosamente a empresas privadas y en desmedro de los intereses sociales.

Luego cabe preguntarse, por qué la mayor parte de países de América y de Europa mantienen con éxito el sistema bicameral. Por qué en el Perú, la tradición ha sido bicameralista, a excepción de una experiencia corta en el siglo XIX y ahora en el marco de la Constitución vigente, se tiene el sistema unicameral. Respecto a Perú, la respuesta puede encontrarse en la experiencia parlamentaria de la época del fujimorismo y la actual. Un Congreso que además de registrar una pésima calidad –con la excepción de algunos dignos congresistas– se han convertido en un apéndice del Poder Ejecutivo.

Pues, basta que el gobierno tenga en el Parlamento una mayoría o cuando menos significativa bancada de su partido, para que no haya fiscalización y su actuación, se realice en función de los grupos de interés y de presión, cuando no de intereses extranjeros que nuestros presidentes serviles y entreguistas cuidan.

El sistema bicameral significa mayor representación de la ciudadanía y eso significa mayor democracia. Una cámara la de senadores que debe provenir de un distrito electoral nacional y la cámara de diputados que debe provenir de un distrito electoral múltiple, en el cual incluso deben tener representación no solamente los departamentos sino las provincias, y por cierto en función de su población electoral, justifican la representación democrática. Pero sobre todo en la labor legislativa, una hace de cámara originaria y la ley aprobada en esta, pasa a la otra cámara revisora, que con mayor reflexión y en una especie de segunda instancia, vuelve a analizar la ley en proceso. Lo que no sucede con una sola cámara, en la cual una ley puede ser aprobada «entre gallos y media noche».

Por otra parte, la existencia de dos cámaras, da la posibilidad de diversificación funcional de las mismas, aparte de sus funciones legislativas y de fiscalización, como sucede en otros países, en los cuales el Senado ratifica a los altos funcionarios, aprueba los ascensos de los militares de más alta graduación, mientras que diputados como cámara predominantemente política, se encarga de las acusaciones constitucionales.

Como es perfectamente sabido, que el fundamento de la soberanía de Nación, vale decir del pueblo radica en esa voluntad popular, y ya que esta no puede gobernar directamente, sus representantes deben traducir en la mejor forma posible esa delegación, tanto en calidad como cantidad, de tal manera que todas las circunscripciones tengan quién los represente, y no solamente las más activas en la vida política. El número de ellos no puede estar pues en función de las conveniencias de los políticos que han hecho profesión u oficio de esta actividad.

Es bueno recordar que a mayor participación mayor democracia. Por eso también resulta muy discutible la tesis del voto voluntario, ya que ello reducirá el cuerpo electoral, pues si el conjunto de electores bordea el cincuenta por ciento de la población si se deje el voto libre, los participantes serán menos, como lo era cuando no votaban los analfabetos o las mujeres. Tendríamos una democracia de mayorías muy relativas.

Por otra parte nuestra democracia representativa, deja mucho que desear. Aparte de sus órganos, Ejecutivo y Legislativo, independientemente de las manipulaciones pre-electorales y actitudes electoreras de parte de la llamada clase política, cuando los candidatos triunfantes llegan a los cargos, se olvidan de la mayor parte de los intereses colectivos de la Nación, y se escudan en llamado «mandato no imperativo» y que no están obligados a rendir cuentas, quedando como democrático únicamente su origen. Por eso resulta necesaria una mejor estructura de los poderes del Estado, independientemente de las formas de democracia semi-directa (referéndum, revocatoria de cargos, iniciativa popular en las leyes y rendición de cuentas), sean también democratizadas, y que se pueda aplicar también a los integrantes de los poderes u órganos centrales del Estado.

Volviendo al tema del epígrafe, resulta necesario que el asunto de la bicameralidad, se vuelva a tratar en otro momento con mayor serenidad, no precisamente por el actual Congreso en su atribución de reformas parciales de la Constitución, sino tal vez en una Asamblea Constituyente, si esta se diera, de constitucionalizar una reforma estructural de los órganos del Estado. Ya la *Comisión para la elaboración de Bases para la Reforma*

Constitucional, reunida durante el Gobierno Transitorio del Presidente Valentín Paniagua, (la cual estuvo integrada por constitucionalistas sin intereses políticos personales) recomendó volver al sistema bicameral.

Finalmente, resulta interesante recordar en términos más precisos la tradición bicameralista peruana. La Constitución de 1823, la primera, contemplaba un Congreso y un Senado. La Constitución de 1826, denominada vitalicia en homenaje a Bolívar pero que paradójicamente tuvo una corta duración, reconocía tres cámaras: de los tribunos, de los senadores y de los censores. La Constitución de 1828, que resultó ser la base de las demás constituciones, contemplaba dos cámaras: diputados y senadores. De igual manera la Constitución de 1839, denominada Constitución de Huancayo (cámara de diputados y de senadores). La Constitución de 1856: diputados y senadores. La de 1860: diputados y senadores. La Constitución de 1867, fue la única que contempló un Congreso de cámara única, sin embargo tuvo poca duración y se restableció la Constitución de 1860. Las tres constituciones del siglo XX (1920, 1933 y 1979) mantuvieron las dos cámaras, diputados y senadores. Y como lo hemos señalado en acápites anteriores, la Constitución actual, la de 1993, promulgada para dar visos de legitimidad al endo-golpe del ex presidente Fujimori, introdujo el sistema unicameral, que tan deficientemente ha venido funcionando.

Y en lo que concierne a América Latina, mantienen una tradición bicameralista y actualmente sus Parlamentos cuentan con dos cámaras, Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay, Colombia y México. Y los países que tienen un legislativo con una sola cámara, son Ecuador y los países centroamericanos de Costa Rica (Asamblea Legislativa), El Salvador (Asambleas Legislativas), Guatemala (Congreso), Honduras (Congreso) y Panamá (Asamblea Legislativa) situaciones estas últimas, que responden a otra realidad y particularmente a países de menor población que los anteriores.

LA PARTICIPACIÓN DE LOS ADMINISTRADOS EN LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS EN LA LEY 27444

Christian Guzmán Napurí (*)

En el derecho administrativo, la participación ciudadana permite la transparencia y publicidad de las decisiones que se toman en las entidades públicas. Ello permite la moralización de la administración pública vía el control y la supervisión social. Por otro lado, la participación de la ciudadanía hace factible la oportuna y ágil aplicación de las decisiones tomadas⁽¹⁾. Finalmente, dicha participación permite que la ciudadanía consienta las decisiones administrativas que afectan sus derechos e intereses, lo cual es enteramente consistente con los principios propios del sistema democrático.

La participación social o participación ciudadana en los asuntos económicos, administrativos y políticos debe crear una nueva cultura, que consiste en el compromiso directo de los ciudadanos con la administración del Estado y las políticas de interés colectivo implementadas por éste. En este sentido, la doctrina ha señalado que la participación social es una estra-

(*) Magíster en Derecho con Mención en Derecho Constitucional. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú en las áreas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Profesor de la Academia de la Magistratura.

(1) RESTREPO BOTERO, Darío, *Mecanismos de Democracia Participativa*. Ponencia presentada en el Taller de Expertos «Participación de la Sociedad Civil en Programas Sociales», auspiciado por CLAD y AECI. Caracas, del 24 al 26 de abril de 1995.

tegia política de reinstitucionalización y relegitimación del sistema político, que en buena cuenta permite que el mismo siga en funcionamiento.

En tal sentido, y de acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo General, y además de los medios de acceso a la participación en los asuntos públicos establecidos por otras normas a favor de los administrados –y por los principios y derechos contenidos en la propia Ley del Procedimiento Administrativo General, establecidos respecto a los particulares–, en la instrucción de los procedimientos administrativos las entidades deben emplear, cuando ello resulte pertinente, la audiencia a los administrados y el período de información pública⁽²⁾. En estos casos se habla particularmente de la llamada participación funcional, en la cual el administrado participa desde fuera de la organización administrativa, conservando su naturaleza de ente privado⁽³⁾.

El Principio de participación

El principio de participación establece que las autoridades administrativas deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que las mismas administren, sin expresión de causa, a excepción de aquellas que afectan la intimidad personal, de las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por la ley. Este acceso permite a los administrados fiscalizar el funcionamiento de las entidades administrativas, de conformidad con lo establecido en la Constitución⁽⁴⁾, refiriéndose directamente al acceso a la información pública como derecho fundamental.

(2) Artículo 181° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(3) DANOS ORDOÑEZ, Jorge, «La Participación ciudadana en el ejercicio de funciones administrativas en el Perú». En: *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*. México: UNAM, 2005, p. 144.

(4) Constitución Política del Perú:

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

(...)

Además, el principio de participación implica la extensión de las posibilidades de intervención de los administrados y de sus representantes en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión⁽⁵⁾. La amplia intervención del administrado en el procedimiento administrativo le permite influir de manera directa en el resultado del mismo, es decir, en la producción de actos administrativos⁽⁶⁾. En el caso de procedimientos administrativos en los cuales se involucren intereses difusos o colectivos la participación del administrado se amplía sustancialmente, permitiendo la actuación de aquellos administrados que lo consideren conveniente.

Finalmente, el principio de participación, tal como está enunciado, permite que sea posible una eficaz protección a los derechos de los administrados, dada su colaboración en los procedimientos, en especial los que implican interés directo. La regulación de la participación de los administrados, entonces, se convierte en un concepto fundamental del derecho del procedimiento administrativo⁽⁷⁾. La participación permite, en buena cuenta, la democratización de las decisiones públicas y la obtención de legitimidad de las mismas.

1. EFECTOS DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS ADMINISTRADOS

En tres grandes variables se puede resumir el conjunto de modificaciones en las relaciones entre el Estado y la sociedad a través de la participación social o participación de los administrados en la actividad de la Administración Pública⁽⁸⁾.

En primer lugar, *la socialización del Estado*. Refiere la misma a la apertura de la administración pública a la participación directa de ciudadanos, comunidades y representantes de organizaciones socio-comunitarias, provenientes de lo que se ha venido a llamar Sociedad Civil. Los mecanismos

(5) Artículo IV, inciso 1, literal 1.12 del Título Preliminar de la Ley

(6) OCHOA CARDICH, César, «Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo». En: *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. Ley Nro. 27444*. Lima: ARA, 2003, p 56.

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2000, 2 Tomos, p. 439.

(8) RESTREPO BOTERO, Darío, *op. cit.*

para ello son múltiples y varían de acuerdo al nivel de gobierno en el cual nos encontramos

La estatización de la sociedad. Refiere al traspaso de funciones antes de exclusiva potestad del Estado hacia la sociedad. Esta tendencia, no obstante lo errático de su definición –pues puede contener conceptos colectivistas–, evoca en realidad la privatización de las funciones antes de carácter estatal y ahora de dominio privado. También hace referencia a las múltiples iniciativas de financiación, gestión y/o administración conjunta de políticas de interés colectivo. La razón de ser de ello estriba en permitir que los administrados intervengan en los asuntos que directamente le atañen.

El control social del Estado, el autocontrol social y el control estatal sobre la sociedad. Más allá de la participación social dentro de las estructuras y programas estatales y del traspaso de funciones estatales al sector privado, se encuentra el control social. Refiere al creciente debilitamiento de la separación entre el Estado y la sociedad por la vía de la fiscalización de la sociedad a los funcionarios, así como a los presupuestos y planes públicos. A su vez, este mecanismo de influencia de la sociedad frente al Estado se transforma en un autocontrol social ante las demandas sobre el Estado, puesto que la sociedad tiende a ser subsumida dentro de la responsabilidad de las políticas públicas, convirtiéndose a la vez en sujeto y objeto de las mismas.

2. LA AUDIENCIA PÚBLICA

Las normas administrativas prevén, como un importante mecanismo de participación, la convocatoria a la denominada audiencia pública, como formalidad esencial para la participación efectiva de terceros, cuando el acto al que conduzca el procedimiento administrativo sea susceptible de afectar derechos o intereses cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas, tales como en materia medio ambiental –de especial importancia, en especial en el contexto de conflictos con la actividad minera–, ahorro público, valores culturales, históricos, derechos del consumidor, planeamiento urbano y zonificación; o cuando el pronunciamiento sobre autorizaciones, licencias o permisos que el acto habilite incida directamente sobre servicios públicos⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Artículo 182^o, inciso 182.1 de la Ley.

La audiencia pública tiene por finalidad permitir la participación del administrado en la toma de decisiones por parte de la administración, así como mejorar la calidad de los elementos de juicio a los que puede acceder la autoridad encargada de resolver. Evidentemente, la existencia de audiencias públicas permite además que se hagan efectivos mecanismos de transparencia de la función pública y que se le permita a los particulares en general conocer los mecanismos de toma de decisión respecto a los temas que les atañen.

Se señala que las audiencias públicas conforman un mecanismo participativo de suma relevancia, particularmente en Estados Unidos donde la mayoría de las *Public Utility Commissions* (PUCs), que son las agencias de regulación de los servicios, y que tienen regulaciones complejas respecto de la institución que venimos comentando. De hecho, en muchos países del mundo, siguiendo esta lógica, se emplean las audiencias públicas para regular servicios públicos, e incluso, para determinar la eficacia del comportamiento del organismo regulador⁽¹⁰⁾.

Regulación de la audiencia pública

En la audiencia pública cualquier tercero, sin necesidad de acreditar legitimación especial, está habilitado para presentar información verificada, para requerir el análisis de nuevas pruebas, así como expresar su opinión sobre las cuestiones que constituyan el objeto del procedimiento o sobre la evidencia actuada⁽¹¹⁾. Sin embargo, la norma señala que no procede formular interpelaciones a la autoridad en la audiencia, previsión que reduce sustancialmente su eficacia.

La omisión de realización de la audiencia pública, cuando esta tiene carácter obligatorio, acarrea la nulidad del acto administrativo final que se dicte⁽¹²⁾, ello por la omisión de un trámite esencial establecido por la Ley, que configura procedimiento regular como elemento esencial del acto.

Ahora bien, el vencimiento del plazo máximo de treinta días, previsto en la Ley, sin que se haya llevado a cabo la audiencia pública determina,

(10) LÓPEZ, Andrea, *Funcionamiento de los Mecanismos de Control Social sobre la gestión privada de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Instituto Nacional de la Administración Pública, 2000, p. 10.

(11) Artículo 182º, inciso 182.2 de la Ley.

(12) Artículo 182º, inciso 182.3 de la Ley.

como es evidente, la operatividad del silencio administrativo negativo, sin perjuicio de la responsabilidad de las autoridades obligadas a su convocatoria⁽¹³⁾; a fin de permitirle al administrado recurrir a la autoridad que corresponda.

2.1. Convocatoria a audiencia pública

La norma regula la convocatoria a audiencia pública señalando que la misma debe publicarse en el Diario Oficial o en uno de los medios de comunicación de mayor difusión local, según la naturaleza del asunto; con una anticipación no menor de tres (3) días a su realización, debiendo indicar: la autoridad convocante, su objeto, el día, lugar y hora de realización, los plazos para inscripción de participantes, el domicilio y teléfono de la entidad convocante, donde se puede realizar la inscripción, se puede acceder a mayor información del asunto, o presentar alegatos, impugnaciones y opiniones⁽¹⁴⁾.

2.2. Efectos que produce la audiencia pública

En primer lugar, la comparecencia a la audiencia no otorga, por sí misma, la condición de participante en el procedimiento⁽¹⁵⁾. Y es que, la participación en una audiencia pública implica más bien un mecanismo de colaboración con la administración pública antes que la actuación en un procedimiento administrativo. Por ello, por definición, no se requiere una legitimación particular para participar de la audiencia que se convoque⁽¹⁶⁾.

La falta de asistencia a la audiencia no impide a los legitimados en el procedimiento como interesados, a presentar alegatos, o recursos contra la resolución⁽¹⁷⁾, puesto que no nos encontramos ante una audiencia de conciliación o de actuación de pruebas. Por otro lado, las informaciones y opiniones manifestadas durante la audiencia pública, son registradas sin

(13) Artículo 182°, inciso 182.4 de la Ley.

(14) Artículo 183° de la Ley.

(15) Artículo 184°, inciso 184.1 de la Ley.

(16) MORÓN URBINA, Juan Carlos - *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2005, p. 476.

(17) Artículo 184°, inciso 184.2 de la Ley.

generar debate, y poseen carácter consultivo y no vinculante para la entidad⁽¹⁸⁾. Sin embargo, la autoridad instructora debe explicitar, en los fundamentos de su decisión, de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones para su desestimación⁽¹⁹⁾, lo cual podría implicar cierto grado de aplicación de dichas opiniones a la decisión final que se tome.

2.3. Críticas a la institución

Sin embargo, existen algunas discrepancias con la institución que venimos reseñando, derivadas de su naturaleza no vinculante y de las dificultades existentes para su implementación. Y es que, en primer término, se ha señalado que la audiencia pública evidencia las diferencias existentes entre los ciudadanos, a lo cual hay que agregar las dificultades existentes para las convocatorias, las mismas que no aseguran la participación de todos los ciudadanos que puedan estar interesados o a los que pueda afectar la decisión a tomarse⁽²⁰⁾.

Por otro lado, la audiencia pública es en efecto un mecanismo de relativamente poca efectividad real, puesto que en general no determina la decisión final a ser tomada por la autoridad administrativa. A su lado, existen formas de participación ciudadana mucho más eficientes, como puede ser los presupuestos participativos, los comités de coordinación, los pedidos de rendición de cuentas, e incluso, los procesos de revocatoria.

3. EL PERÍODO DE INFORMACIÓN PÚBLICA

Cuando sea materia de decisión de la autoridad, cualquier aspecto de interés general distinto a los previstos en el artículo anterior donde se aprecie objetivamente que la participación de terceros no determinados pueda coadyuvar a la comprobación de cualquier estado, información o de alguna exigencia legal no evidenciada en el expediente por la autoridad, el instructor abre un período no menor de tres ni mayor de cinco días hábiles para recibir –por los medios más amplios posibles– sus manifestaciones sobre el asunto, antes de resolver el procedimiento⁽²¹⁾.

(18) Artículo 184°, inciso 184.3 de la Ley.

(19) Artículo 184°, inciso 184.4 de la Ley.

(20) MORÓN URBINA, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 473.

(21) Artículo 185°, inciso 185.1 de la Ley.

Esta institución tiene por finalidad generar mayores elementos de juicio para el funcionario administrativo que resuelve el procedimiento, en términos del interés general a tutelar, permitiéndose la participación de administrados que no son parte del proceso y que no tienen mayor legitimación que la de formar parte de la ciudadanía⁽²²⁾.

El período de información pública corresponde ser convocado particularmente antes de aprobar normas administrativas que afecten derechos e intereses ciudadanos, o para resolver acerca del otorgamiento de licencias o autorizaciones para ejercer actividades de interés general, y para designar funcionarios en cargos principales de las entidades, o incluso tratándose de cualquier cargo cuando se exija como condición expresa poseer conducta intachable o cualquier circunstancia análoga⁽²³⁾.

La norma señala que la convocatoria, desarrollo y consecuencias del período de información pública se siguen, en lo no previsto en este Capítulo, en lo aplicable, por las normas de audiencia pública⁽²⁴⁾. Ello implica que tampoco posee carácter vinculante, con lo cual sufre de las mismas deficiencias que la institución antes descrita.

(22) MORÓN URBINA, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 476.

(23) Artículo 185°, inciso 185.2 de la Ley.

(24) Artículo 185°, inciso 185.3 de la Ley.

CRÓNICA

EL SEGUNDO CONGRESO PERUANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS AVANCES DE ESTA DISCIPLINA EN NUESTRO PAÍS

El Derecho Administrativo, visto hoy como instrumento para, a la vez, alcanzar los fines del Estado y asegurar verdadera calidad de vida tanto para el ciudadano como para la sociedad en su conjunto, viene logrando un amplio desarrollo en el ámbito normativo y doctrinario en el Perú estos últimos años. Sin embargo, todavía hay mucho por hacer al respecto, y por ello, es necesario seguir potenciando el debate y análisis en esta disciplina jurídica, aportando nuevas reflexiones sobre sus diferentes contenidos, instituciones y alcances.

Es en base a estas consideraciones, y buscando así darle continuidad al camino ya trazado por, entre otros acontecimientos, el Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo, realizado los días 22, 23 y 24 de abril de 2004, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Asociación Peruana de Derecho Administrativo organizaron el Segundo Congreso Nacional de Derecho Administrativo, actividad efectuada los días 27, 28 y 29 de abril del presente año en diferentes ambientes del campus de la ya mencionada Pontificia Universidad Católica del Perú.

El Segundo Congreso Nacional de Derecho Administrativo fue la conclusión de una labor que tomó meses de esfuerzo, coordinado por un grupo de profesores de la materia, al cual se le encargó hacer las veces de Comisión Organizadora. Este grupo de trabajo, presidido por Jorge Danós, notorio líder de quienes vienen impulsando esta para el Perú nueva comprensión de los alcances de nuestra disciplina jurídica, acordó instalar hasta siete comisiones o grupos de trabajo, dirigidos a abordar materias tan rele-

vantes para el Derecho Administrativo como las de Procedimiento Administrativo, Tutela de los derechos del administrado, Servicios Públicos y Regulación Económica, Reforma del Estado y de la Administración Pública, Contratación Administrativa, Descentralización y Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

Sobre todos estos temas se pidieron ponencias para, luego de su evaluación, habilitar su sustentación en el Congreso y posterior publicación en la página Web de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En un hecho sin precedentes en el Perú, casi setenta ponencias fueron presentadas luego de esta convocatoria. Y yendo ya a lo sucedido durante los días en que se efectuó el Segundo Congreso, éste implicó primero un trabajo de comisiones sobre cada uno de los temas programados y luego de un debate de los mismos en las diferentes plenarios. Cada comisión contó con un Presidente, un Vicepresidente y por lo menos uno de los profesores extranjeros como expositores; y un tiempo abierto para la presentación y debate de las diversas ponencias que oportunamente fueron presentadas, dentro de las siguientes pautas:

Comisión N° 1	Contratación Administrativa
Presidente:	Juan Carlos Morón Urbina (Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú)
Vicepresidente:	Ricardo Salazar Chávez (Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú)
Profesor extranjero invitado:	Jaime Orlando Santofimio (Profesor y Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad del Externado de Colombia)
Comisión N° 2	Procedimiento Administrativo
Presidente:	Antonio Abruña (Rector y Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Piura, Perú)
Vicepresidente:	Janeyri Boyer Carrera (Profesora de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú)

- Profesores extranjeros invitados: **Rolando Pantoja**
(Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile y Presidente del Instituto Chileno de Derecho Administrativo)
- Rafael Pizarro**
(Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba, España)
- Comisión N° 3
Servicios Públicos y Regulación Económica
- Presidente: **Diego Zagarra Valdivia**
(Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú)
- Vicepresidente: **Rolando Salvatierra Combina**
(Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú)
- Profesores extranjeros invitados: **Juan Carlos Cassagne**
(Profesor de Derecho Administrativo de las universidades Pontificia Católica Argentina y Nacional de Buenos Aires)
- José Luis Martínez López-Muñiz**
(Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid)
- Comisión N° 4
Tutela de los Derechos del Administrado:
Proceso Contencioso-Administrativo, Arbitraje
Administrativo y otros medios procesales.
- Presidente: **Eloy Espinosa-Saldaña Barrera**
(Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional de las universidades Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Nacional Mayor de San Marcos)
- Vicepresidente: **Ramón Huapaya Tapia**
(Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú)
- Profesores extranjeros invitados: **Alejandro Pérez Hualde**
(Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad de Mendoza, Argentina).

	Joseph Ochoa (Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante, España)
Comisión N° 5	Descentralización
Presidente:	Ángel Delgado Silva (Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú)
Vicepresidente:	César Ochoa Cardich (Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú)
Profesor extranjero invitado:	Allan Brewer Carías (Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela)
Comisión N° 6	Medio Ambiente y Ordenación del Territorio
Presidente:	Verónica Rojas Montes (Profesora de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú)
Vicepresidente:	Pedro Gamio Aíta (Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú)
Profesores extranjeros invitados:	Juan José Díez Sánchez (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante, España)
	Fernando López Ramón (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, España)
	Germán Valencia (Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante, España)
Comisión N° 7	Reforma del Estado y de la Administración Pública
Presidente:	Richard Martín Tirado (Profesor de Derecho Administrativo de las universidades Pontificia Católica del Perú y de Lima)

Vicepresidente:	Juan Francisco Rojas Leo (Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú)
Profesor extranjero invitado:	Jaime Rodríguez Arana (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante, España)

El Presidente de Comisión y el o los profesores extranjeros que participaron de la misma fueron quienes finalmente intervinieron a nombre de cada grupo de trabajo en las distintas plenarias. La inauguración de la actividad estuvo a cargo de Javier Neves Mujica, Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de Jorge Danós, Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Danós también tuvo a su cargo la clausura del presente Congreso.

Con sincero orgullo, podemos señalar que este Segundo Congreso Nacional de Derecho Administrativo fue todo un éxito, tanto a nivel de convocatoria (asistieron al Congreso cientos de personas venidas de todas partes del Perú, quienes participaron activamente en el trabajo de comisiones y el debate en el Pleno) como en el número y calidad de ponencias presentadas (ya habíamos anotado que fueron cerca de sesenta trabajos, a lo cual se hace necesario añadir que algunas de ellas cuentan con el mérito adicional de ser de primerísima calidad).

El Congreso ha servido también para seguir fortaleciendo una cada vez mayor integración entre quienes en diversos puntos de nuestro país se encuentran estudiando o analizando temas propios del Derecho Administrativo, así como para promover una vinculación de estos grupos de trabajo con quienes fuera del Perú vienen emprendiendo una labor similar.

Finalmente, ya habíamos señalado que las diferentes ponencias presentadas han sido puestas en conocimiento de la opinión pública a través de la página Web de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a lo cual añadiremos que en este momento se encuentra en plena elaboración un libro en donde se consignarán aquellos textos considerados como los mejores entre todos lo que oportunamente nos fuesen enviados.

A modo de conclusión, diremos entonces que estamos ante un avance cualitativo en el fortalecimiento del Derecho Administrativo en el Perú, fenómeno que viene siendo también seguido por importantes sectores académicos y profesionales, tal como lo demuestra la presencia en el Congreso de destacados iuspublicistas peruanos como Domingo García Belaunde, Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucio-

nal, así como funcionarios de la Alta Dirección de diversas reparticiones estatales, junto a un muy entusiasta público asistente. Enhorabuena pues por lo que se nos presenta como un hito más dentro de un proceso de consolidación de los avances conseguidos, proceso cuya relevancia hoy ya sería mezquino desconocer.

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

DIEGO ZEGARRA VALDIVIA

Profesores de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembros de la Comisión Organizadora del II Congreso Nacional de Derecho Administrativo.

DOCUMENTO

**DISCURSO MEMORIA DEL MAGISTRADO
JAVIER ALVA ORLANDINI DURANTE LA CEREMONIA
DEL VI ANIVERSARIO INSTITUCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

(12/12/05)

Al culminar tres años de gestión como Presidente del Tribunal Constitucional, debo exponer la memoria de la labor cumplida en ese lapso.

Sin ninguna duda, el Tribunal Constitucional tiene funciones trascendentes en la vida política de la República. Fue creado en la actual Constitución, se instaló en junio de 1996, fue mutilado en mayo del año siguiente y estuvo cautivo durante el período que culminó en noviembre del año 2000. Con su nueva composición, a partir de junio del año 2002, viene trabajando intensamente en este inapropiado local. Mientras que el año 2001 fueron dictadas 822 sentencias, en el período de enero a diciembre de este año van a ser dictadas más de 7000 sentencias, lo que significa que resolvemos nueve veces más de lo que aconteció aquel año. En los años 2003 y 2004 la producción del bienio llegó a cerca de nueve mil sentencias.

En junio y en julio de 2004 fallecieron los magistrados Guillermo Rey Terry y Manuel Aguirre Roca, y en junio de 2005 renunció a continuar en el Tribunal la magistrada Delia Revoredo Marsano. Todos ellos sufrieron la persecución de la dictadura, siendo separados arbitrariamente de sus funciones en mayo de 1997 y repuestos y reivindicados en noviembre de 2000.

El 27 de diciembre de 2004, elegidos por el Congreso, se incorporaron al Tribunal Constitucional los magistrados Juan Francisco Vergara Gotelli

y César Rodrigo Landa Arroyo. Sensiblemente, el Congreso tiene pendiente la elección del séptimo magistrado, hecho que resta fluidez al trabajo jurisdiccional y, además, pone en riesgo el quórum y la mayoría calificada para resolver sobre la admisibilidad de las demandas de inconstitucionalidad y la estimación de las sentencias respectivas.

Debo expresar, por lo tanto, mi gratitud a los señores magistrados que han puesto su esfuerzo para alcanzar estas metas, gratitud que es extensiva a los señores Asesores del Tribunal y a todo el personal jurisdiccional y administrativo. El producto del esfuerzo conjunto es el que ahora damos cuenta al país.

En este local hemos hecho Audiencias, recibiendo al público que acudió los días viernes de 8 a 10 de la mañana, para determinar y agilizar los casos en los cuales podía haber morosidad en el trámite de los procesos.

Hemos dispuesto, al asumir la Presidencia y con la aprobación del Pleno, la reducción del personal de seguridad de los magistrados, pues consideramos que esa seguridad debe ser compartida con la población.

El Tribunal Constitucional, de acuerdo a su Ley Orgánica, puede realizar audiencias no solamente en su sede legal, que es la ciudad de Arequipa, sino en cualquier otra ciudad de la República. En el curso del año 2005 el Tribunal ha celebrado 118 audiencias públicas en un total de 102 provincias. Hemos utilizado el transporte aéreo comercial, el transporte terrestre y también el transporte fluvial. Hemos llegado a todas las regiones del país, hemos visitado –una o más veces– los 25 departamentos, incluida la Provincia Constitucional del Callao.

Hemos hecho esta labor sin que el desplazamiento de los magistrados irroque ningún gasto al erario nacional. Creo adecuada esta ocasión para expresar mi agradecimiento a los alcaldes provinciales, a los rectores y decanos y presidentes de las Cortes Superiores que nos dieron hospicio en sus locales para realizar las audiencias.

En Lima, agradecemos la generosidad de los docentes de varias universidades nacionales y privadas nos ha permitido usar sus locales para realizar audiencias públicas especialmente trascendentes, por cuanto el nuestro –que fue en época de la Colonia una casa familiar fastuosa– es inadecuado para las audiencias del Tribunal que motivan la concurrencia de enorme cantidad de personas interesadas en los procesos que se debaten y se resuelven.

Esos procesos, sin duda, han permitido a la colectividad apreciar la importancia que tiene este Órgano Constitucional que, en palabras del ex

Presidente del Tribunal Constitucional de España, don Francisco Tomás y Valiente, «es el juez de normas y el juez entre los Poderes». Por lo tanto, debe actuar y actúa, como lo ha hecho en estos tres años, con total independencia y con plena autonomía.

Desde el 1 de diciembre de 2004, el Tribunal tiene una nueva Ley Orgánica y dispone del Código Procesal Constitucional, que sistematiza y moderniza la legislación anterior, contenida en varias leyes. Por otra parte, cuando el 10 de junio de 2002 asumimos funciones cuatro nuevos magistrados, el Tribunal no tenía Reglamento Normativo. Elaboramos y aprobamos el que correspondía y, hace un año, lo reemplazamos por otro Reglamento que armoniza con la nueva Ley Orgánica.

El Tribunal ha resuelto diversos asuntos, en sentencias que han motivado comentarios de los medios de comunicación. Entre tales sentencias está la referida a los 4 Decretos Leyes dictados –durante la dictadura del llamado «gobierno de emergencia y reconstrucción nacional»– en mayo de 1992, luego del golpe de Estado y mediante los cuales se tipificó, en forma ambigua, los delitos de terrorismo agravado, de traición a la patria y de apología del terrorismo, delitos que habían sido debidamente tipificados en el Código Penal de 1991, promulgado mediante el Decreto Legislativo 635. Esa sentencia, de 3 de enero de 2003, resolvió un problema crucial del Estado Peruano relacionado con los compromisos vinculados a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, un medio de comunicación local, con notoria ignorancia, o con mala fe, en su primera página del día de hoy, y con grandes caracteres, sostiene que han sido puestas en libertad, como consecuencia de sentencias de este Tribunal, más de 1700 personas procesadas por terrorismo.

Felizmente hay libertad de prensa en el Perú, pero debe ser ejercida con responsabilidad en un país que hace esfuerzos para preservar y consolidar el orden democrático y constitucional. La sentencia que el 3 de enero del año 2003 dictara el Tribunal Constitucional (para resolver un problema que no podía ser resuelto de otra manera sino a través de este Colegiado) permitió que se diera cumplimiento a la sentencia emanada de la Corte Interamericana de San José de Costa Rica, la cual impugnó la legalidad de los Decretos Leyes, por cuanto no tipificaban clara, indudablemente, los delitos cuyos agentes fueron sometidos a la jurisdicción privativa militar, que es incompetente para juzgar a los civiles, pues sólo puede conocer y resolver los procesos por delitos de función perpetrados por militares y por policías.

En esa sentencia del Tribunal se recurrió a la doctrina elaborada por el Derecho Constitucional. Se dio solución a un problema nacional que no podía ser resuelto por ley, en razón de que, en principio, toda ley rige para el futuro. El Tribunal utilizó, en una sola resolución, los tipos de las llamadas sentencias interpretativas, manipulativas, aditivas, reductivas y exhortativas. Se exhortó, en efecto, al Congreso para que dictara la ley correspondiente a fin de adecuar nuestra legislación penal a la Constitución.

Una norma de la Constitución establece, por ejemplo, que el fin de la pena privativa de la libertad es la rehabilitación y la resocialización del penado. No se puede conseguir ese objetivo de la pena mediante la cadena perpetua. En consecuencia, la sentencia estableció las pautas conforme a las cuales debía legislarse sobre la materia. En tanto se legislara sobre la adecuación de la ley a la Constitución, el Tribunal estableció que la evaluación del reo se hiciera luego de transcurrido el plazo de 35 años de iniciada la ejecución de la pena

Diligentemente, el Congreso dictó la correspondiente ley por la cual delegó facultadas legislativas en el Presidente de la República y éste, después de la intervención del Ministerio de Justicia y de especialistas en la materia, dictó los Decretos Legislativos N.ºs 922, 923, 924, 925 y 926 mediante los cuales se dispuso que quienes habían sido procesados y sentenciados en el fuero privativo militar pasaran a ser procesados y sentenciados en el Poder Judicial (que en un Estado democrático, donde hay separación de Poderes, es el único que puede impartir la justicia penal y naturalmente también la justicia civil).

La sentencia del Tribunal Constitucional fue cumplida por el fuero privativo militar y por el Poder Judicial.

Lamentablemente, aún hay muchos procesos sin ser sentenciados. Entre enero del año 2003 y diciembre del año 2005 han pasado virtualmente 3 años, tiempo suficiente para que puedan ser sentenciados los procesados en el Poder Judicial. La sociedad afronta el riesgo de que puedan obtener su libertad, por falta de sentencia, los autores de delitos de terrorismo, al vencer el plazo de la detención preventiva. El Estado debe dotar, por ende, al Poder Judicial y al Ministerio Público, de los recursos necesarios a fin de que tengan el indispensable número de magistrados para resolver los procesos en el tiempo más breve posible.

Respecto de los procesados, hay voces surgidas en algunos niveles del Poder Judicial (no de todos los magistrados) que sugieren que se modifi-

que la Ley Orgánica de Elecciones a fin de que sean inhabilitados para postular cargos electivos, incluyendo la Presidencia de la República. Obviamente esas sugerencias, muy respetables, no son compatibles con la Constitución Política del Perú –que establece que en tanto no se esté sentenciado se presume la inocencia–, ni con convenios internacionales a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

Otra sentencia que ha tenido trascendencia en la vida política del Perú –pues ha permitido que se establezca el régimen democrático– es la que se refiere a la vacancia del Presidente de la República por la causal de incapacidad moral o física permanente. Había mucho debate, mucha agitación, en diversos sectores políticos y sociales respecto a esta materia. El Tribunal, que participa en la dirección política del Estado, usó de la potestad de aplicar la Constitución y de sugerir al Congreso que se llenen los vacíos que la Carta Política y la legislación contienen, la modificación de la Constitución y del Reglamento del Congreso para que la vacancia presidencial por esa causal pueda ser declarada con la concurrencia del voto de no menos de dos tercios del número legal de Congresistas. Esa es la votación calificada que exige la Constitución en los casos del Defensor del Pueblo y de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura. Y, obviamente, el Presidente de la República no debe ser vacado con una votación inferior a la de esos altos dignatarios del Estado. Incluso los propios ministros de Estado sólo pueden ser censurados por el Congreso con no menos de la mayoría de votos, o sea 61 de los 120 Congresistas. Felizmente el Congreso acogió esa exhortación del Tribunal y modificó su Reglamento. La Constitución no ha sido aún reformada porque tiene un trámite más complicado.

La sentencia referida al Decreto Legislativo 745, dictado en noviembre de 1991 (cuando se estaba preparando el golpe de Estado), relativo a la situación de la Policía Nacional, dispuso que era indispensable adecuar el contenido de ese Decreto Legislativo a la Constitución. El Congreso ha expedido la ley correspondiente.

Igualmente se ha exhortado al Congreso de la República para que modifique el Código Penal a fin de sancionar a los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial que intencionalmente demoren el trámite de los procesos. Recalco la palabra «intencionalmente», pues es conocido el hecho de que esos órganos constitucionales tienen considerable sobrecarga de procesos que les impide cumplir con dictaminar o sentenciar en los plazos que la ley señala.

Se produjo un hecho insólito a fines de octubre del año pasado. El Poder Judicial planteó una demanda contra el Poder Ejecutivo, en razón de que el Poder Ejecutivo no había dado el trámite que correspondía a su proyecto de presupuesto correspondiente al año 2005, sino que lo había recortado para mantener el equilibrio del Presupuesto General de la República, en base al criterio del Ministro de Economía. La sentencia del Tribunal Constitucional ha resuelto ese conflicto entre dos Poderes del Estado. Está pendiente la ley que permita concordar los requerimientos del Poder Judicial con las posibilidades económicas del Estado

Respecto a la inhabilitación para ejercer toda función pública de don Alberto Fujimori Fujimori, que fue elegido en 1990 Presidente de la República en un proceso inobjettato, pero que fue autor principal del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, el Tribunal ha dictado 3 sentencias, en las cuales se establece que está vigente la Resolución Legislativa N° 018, del 23 de febrero de 2001, en virtud del cual se inhabilita durante 10 años para ejercer toda función pública al mencionado ciudadano Alberto Fujimori Fujimori, quien después de haber estado varios años en Japón, está desde hace algunas semanas en Chile, esperando el trámite del proceso de extradición que el gobierno peruano va a hacer llegar a su similar de esa República. La decisión, como es natural, debe ser adoptada por la Corte Suprema de Chile.

En cuanto a la tributación municipal, el Tribunal ha dictado sentencias que son trascendentes en cuanto a delimitar el monto de los arbitrios que los vecinos deben pagar por los servicios públicos que reciben y que tienen como referente el costo de tales servicios.

Tiene importancia para el desarrollo del país, la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional que se refiere a la Ley de Regalías Mineras, materia de la demanda de inconstitucionalidad planteada por más de 5 mil ciudadanos. El Tribunal analizó los aspectos cuestionados a efecto de determinar si la ley contradecía normas constitucionales.

Los recursos naturales en general son de la Nación y, por lo tanto, de la riqueza minera extraída deben ser partícipes todos los peruanos, especialmente los pueblos en los cuales están ubicados los yacimientos. El Tribunal estableció, en su sentencia, que no existía afectación de la estabilidad jurídica en la medida de que no se trata de un tributo sino de una contraprestación.

En dos procesos el Tribunal ha dictado sentencias sobre los intereses usurarios. Uno estuvo referido a las tarjetas de crédito. El otro al de un

miembro del personal subalterno de la Fuerza Aérea, separado del servicio por no haber cumplido con devolver, a otro suboficial, el capital y los intereses. La usura no solamente está considerada como delito en el Código Penal sino también está proscrita en tratados internacionales.

No obstante que el Tribunal Constitucional había determinado en una sentencia que no podía homologarse el arresto domiciliario con la detención carcelaria, una ley que el Presidente de la República no observó, ni promulgó, estableció lo contrario. Los medios de comunicación se pronunciaron en contra de la ley. El Congreso la derogó pocos días después. Más de treinta Congresistas demandaron se declarara la inconstitucionalidad de la ley de homologación. El proceso fue breve. El Tribunal no sólo declaró inconstitucional la ley derogada, sino nulos sus efectos.

Ha sido materia de debate público la sentencia del Tribunal dictada en la demanda planteada por el Poder Ejecutivo contra las Ordenanzas de los Gobiernos Regionales de Cusco y de Huánuco relacionadas con el cultivo de la coca. Los Gobiernos Regionales tienen naturalmente competencia para diversas materias que están específicamente establecidas en la Constitución y en las leyes de desarrollo constitucional, pero no pueden ir más allá y asumir competencias que no solamente corresponden al Gobierno Nacional sino que también derivan de tratados internacionales que proscriben el tráfico ilícito de drogas.

Frente a este local del Tribunal, parece que hay un pequeño grupo de personas de la tercera edad que se manifiestan en favor de la mejora de sus pensiones. En varias sentencias, el Tribunal ha establecido criterios respecto a su competencia en materia pensionaria. Cuando se trata de reajustes, los procesos deben ser tramitados conforme al artículo 38° del Código Procesal Constitucional, en la vía contencioso-administrativa. Los manifestantes se han equivocado de local. Pero, ciertamente, hay un fondo de justicia.

Las personas que afuera se manifiestan no son beneficiarios del régimen cerrado que estableció el Decreto Ley N° 20530, sino a otros con pensiones más modestas. La reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993, que aprobara el Congreso de la República, fue materia de varias demandas de inconstitucionalidad, que el Tribunal dispuso fueran acumuladas en un solo proceso, y la sentencia respectiva declaró que, por la forma y el fondo, la reforma era inatacable.

Examinamos el caso de una persona que aportó al sistema del Decreto Ley 20530 trece mil dólares y había percibido ya, como pensionista, más de 700 mil dólares. Y de acuerdo con sus proyecciones de vida podría llegar quizá a percibir 1 millón y medio de dólares. Repito: con solamente el aporte de 13 mil dólares. Ese no es el caso de las personas que están en la parte exterior del local que buscan que mejoren sus pensiones de cuantía muy modesta, problema que se puede resolver mediante una sentencia o con varias sentencias del Tribunal. Es un problema que corresponde ser atendido por otros estamentos del Estado.

No puedo soslayar referirme a un tema que –al margen de toda consideración de carácter personal, pues mantenemos los miembros del Tribunal Constitucional el más alto aprecio con el Presidente y con los miembros del Jurado Nacional de Elecciones– ha sido materia de comentarios públicos y de debates y decisiones en la Comisión de Constitución y Reglamento, primero, y del Pleno del Congreso, finalmente.

Es el Tribunal el comisionado del Poder Constituyente y, por lo tanto, le corresponde interpretar la Constitución y dar a ésta la interpretación que tiene. Entre otros constitucionalistas, Charles Evans Hughes expresa: «La Constitución es lo que los jueces dicen que es.» Y los jueces del Tribunal Constitucional han dicho que la Constitución prima, como es obvio, sobre la ley, y que la defensa de los Derechos Humanos es una atribución inabdicable, irrenunciable, inmutable, que le corresponde al Tribunal Constitucional. Consecuentemente, en la sentencia del 8 de noviembre de este año, ya se estableció el parámetro dentro del cual tienen valor las leyes. Las leyes tienen que estar encuadradas dentro de la Constitución. La Constitución, nos guste o no nos guste, prima sobre la ley. A mí, personalmente, no me gusta esta Constitución. Habría deseado que durante el Régimen Transitorio se hiciera un esfuerzo para sustituir la actual Constitución por la anterior, con las modificaciones que naturalmente aquella Carta requiere.

Sostienen algunos juristas que el Tribunal Constitucional se excede en el ejercicio de sus atribuciones y que solamente puede expulsar las leyes que violan la Constitución. ¡Está congelados! Esa teoría la expuso el tratadista Hans Kelsen hace 100 años. Pero el Derecho evoluciona y por eso es que hay diversos tipos de sentencias a los cuales ha recurrido el Tribunal en este período de 3 años, con la observancia de sus fallos por todos los Poderes del Estado, por todos los Órganos Constitucionales y por el pueblo que siente que hay un Tribunal que defiende el pleno imperio de los Derechos Humanos.

Los Derechos Fundamentales no pueden ser mutilados. El tema materia del debate y de una ley que reforma el Código Procesal Constitucional no es referente a si se puede o no revisar las decisiones autónomas que emanan del Jurado Nacional de Elecciones. ¡No! No son revisables. Tampoco se puede revisar los resultados del escrutinio en las mesas de sufragio, conforme lo dispuso el Decreto Ley N° 14250 y lo mantiene la actual Ley Orgánica de Elecciones. El pueblo ha luchado para que haya en el Perú elecciones auténticas y genuinas a fin de que los gobiernos solamente puedan emanar de la voluntad del pueblo peruano expresada en las ánforas.

Pero con el pretexto de la irrevisibilidad de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones no se puede ir al extremo de prohibir que el Tribunal Constitucional ejerza sus atribuciones esenciales de ser el custodio de los derechos fundamentales.

Kelsen inspiró las Constituciones de Austria y de Checoslovaquia en 1920, que crearon sendos tribunales constitucionales. La de la República de España en 1931 estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales. Después de la Segunda Guerra Mundial hay Tribunales Constitucionales en casi todos los países de Europa y en muchos países de América Latina. Otros países tienen Salas Constitucionales en sus Cortes Supremas como Argentina, Brasil, Colombia y Costa Rica. Y en México es la Sala Plena de su Corte Suprema la competente para resolver este tipo de acciones.

Me han criticado en algún medio de comunicación, hace alrededor de 6 meses, porque escribí que había necesidad, en caso de que el Tribunal Constitucional actuara conforme al criterio de un partido político, que esta función la ejerciera el Poder Judicial. Pero no se trata de negarle atribución al Tribunal sino de que cumpla con imparcialidad, al margen de toda consideración de carácter subalterno, dejando de lado toda vinculación de carácter partidario, con las atribuciones que le señala la Constitución y su Ley Orgánica. Se trata de garantizar al país que tenga un Estado de Derecho; y que los derechos fundamentales de la persona humana, sea a través del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, puedan ser defendidos.

El Tribunal es una suerte de árbitro entre los Poderes del Estado y, por lo tanto, no puede ser mutilado en sus atribuciones. No hay conflicto de competencia con el Tribunal Constitucional. Sin embargo, se ha revertido esta figura haciendo un artificial conflicto de competencia entre un Órgano Constitucional y el Tribunal y se ha recurrido al Congreso de la República para resolverlo.

Nosotros no sabemos –pues no avizoramos el futuro– si habrá alguna demanda que impugne la constitucionalidad de las leyes recientemente promulgadas por el Presidente de la República. Si eso ocurre, tenemos que actuar naturalmente con la más absoluta imparcialidad resolviendo el asunto de acuerdo a la Constitución.

Nadie está al margen del control de constitucionalidad. En 1215, Juan Sin tierra en Inglaterra fue obligado a reinar con sujeción a la ley y a partir de entonces se han hecho muchos progresos, muchos avances y prácticamente no hay monarquía en el mundo que no esté sujeta a la Constitución. ¡Primero es la ley, después es el rey! Por lo tanto, en el Perú no pueden haber reyes.

La historia constitucional es elocuente; de 12 Constituciones que en el Perú se han dado durante su vida republicana, 9 han sido promulgadas por militares. La de 1823 por el Mariscal Torre Tagle; la de 1826 por el Mariscal Santa Cruz; la 1828 por el Mariscal La Mar; la de 1834 por el Mariscal Orbegoso; la de 1839 por el Mariscal Gamarra; las de 1856 y 1860 por el Mariscal Castilla; la de 1867 –que igual que la de 1826 fue tan precaria– por el Coronel Prado. Y de las otras 3 Constituciones restantes 2 fueron promulgadas por Presidentes autoritarios, la del año 1920 por Leguía, la del año 1993 por Fujimori, cuya firma ha sido retirada, pero cuyo recuerdo permanece; y la de 1979 por un civil, pero coexistiendo la Asamblea Constituyente con un gobierno militar. De manera que, cuando se denosta de la clase política, realmente se ignora la historia y imputa a los civiles responsabilidades que corresponden a militares que usurparon el poder del Estado.

En el Perú la «clase política» ha ejercido funciones secundarias. La verdadera «clase política» ha sido integrada por militares, ha sido dirigida por militares, ha sido manipulada por militares. Ahora que los militares y los policías tienen derecho a elegir y ser elegidos, pueden y deben participar en la vida del país respetando naturalmente el Estado Social y Democrático de Derecho y, especialmente, los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

Por otra parte, es pertinente recordar que a principios de la República, durante las primeras 5 Constituciones, la elección de los Poderes Legislativo y Ejecutivo fue mediante el voto indirecto a través de Colegios Electorales de parroquia y de provincia. Por supuesto, no hubo ningún control respecto a los resultados y no sabemos si quienes participaron en el gobierno del Perú durante los primeros años de nuestra vida republicana tenían el consenso de la población.

Además, los analfabetos estuvieron excluidos del sufragio. Y también las mujeres. Los analfabetos tuvieron derecho a votar a partir de la Constitución de 1860. Modificada en 1895, para excluirlos nuevamente. Fueron incorporados a la vida cívica mediante la Constitución de 1979. Las mujeres tienen derecho a votar desde hace 50 años y lo ejercieron por primera vez en 1956.

El voto secreto se introduce en 1931. Antes era público. Ese año también se crea el Jurado Nacional de Elecciones que ha tenido una vida azarosa, como la ha tenido este propio Tribunal Constitucional que tiene menos años de vigencia.

Se requiere hacer reformas en la Constitución. Naturalmente; muchas reformas. Una de ellas es la que se refiere, por ejemplo, a determinar si el Congreso de la República debe ser unicameral o bicameral y si las atribuciones de ambas Cámaras deben ser iguales o deben ser distintas. Se debe determinar, igualmente, si el Presidente de la República debe tener las atribuciones que ahora tiene o si debe compartir con el Congreso la responsabilidad de los ascensos en los últimos peldaños de la carrera militar y policial y de la representación diplomática del Perú en el exterior.

Hay que determinar, asimismo, cuál es la forma de elaborar el presupuesto de los Órganos Constitucionales. Sobre esta materia hay una confusión tremenda. El artículo 80, por ejemplo dice que además de los ministros, sustentan los pliegos respectivos ante el Pleno del Congreso el Presidente del Poder Judicial, la Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones. Empero, el artículo 178° hace referencia al presupuesto del Sistema Electoral y no sólo al del Jurado.

Los artículos 160° y 162° indican que también sustentan sus pliegos el Fiscal de la Nación, repitiendo lo anterior, y el Defensor del Pueblo.

No hay precepto constitucional para que el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura y el Presidente del Tribunal Constitucional sustenten sus pliegos.

Más incongruencias. No ha venido, lamentablemente, por razones de fuerza mayor, el Presidente Constitucional de la República. No hay reelección presidencial inmediata. Pero el Presidente de la República no tiene impedimento para ser candidato al Congreso.

En la Constitución no existe norma que impida que los señores integrantes del Tribunal postulen a la Presidencia de la República, sin renunciar al cargo. En la misma situación están los magistrados de la Corte Su-

prema, la Defensora del Pueblo, la Fiscal de la Nación y el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, además de otros funcionarios. ¿Por qué? Porque el artículo 91º enumera los funcionarios que están impedidos a postular al Congreso, pero no existe norma semejante respecto a quienes no pueden postular a la Presidencia de la República. De manera que nuestra Constitución, cuyo cumplimiento se nos ha encargado, tiene esas y otras anomalías, que deben ser eliminadas.

Quiero dar conclusión a mi discurso memoria con una reflexión. En la Constitución de 1933 se incorporó una norma, el artículo 53º, en virtud de la cual se suprimió el derecho de elegir y de ser elegidos a quienes integran los llamados partidos de organización internacional y, como consecuencia, se proscribió de la vida cívica a un importante sector de la población. Aplicando perversamente esa norma, se anuló el proceso electoral de 1936, con el argumento improbadado que habían votado en favor del candidato presidencial Luis Antonio Eguiguren ciudadanos que supuestamente pertenecían a determinado partido político. Con la misma Constitución y leyes de exclusión electoral, discurrió la vida política del Perú varias décadas.

Hay fraudes clásicos. En 1948 el general Odría depone al Presidente Bustamante. Dicta el decreto ley N° 11049, denominado «Ley de Seguridad Interior de la República», que hace tabla rasa con todos los derechos humanos fundamentales. Organiza un proceso electoral ad hoc en 1950. Pone en prisión a su eventual contendor. Es, por ende, candidato único, con listas parlamentarias sin competidores, salvo dos departamentos. No hay control alguno en las mesas de sufragio. Tiene Jurados Electorales absolutamente sumisos. Obtiene el 98% de los votos. Generosamente, permite que haya, entre nulos y en blanco, un 2%.

Otro fraude descarado es el que ocurrió el 2000. Las circunstancias y las consecuencias están en la memoria de todos. Fue más ostensible que los perpetrados en 1992 y 1995 para crear mayorías ficticias en el Congreso.

A mí se me aplicó el decreto ley 11049 en 1950, como recordé, cuando asumí el cargo hace tres años. Y estuve algún tiempo en El Frontón. Era esa, naturalmente, la culminación de muchos otros episodios de persecución y prisión, durante mi vida universitaria. Y no fue el último acto de fuerza. Porque durante la dictadura militar, en 1974, hace 31 años, fui deportado.

Quiero, en consecuencia, decir que nadie debe ser perseguido por razón de sus ideas. Las sentencias del Tribunal Constitucional, respecto de

Alberto Fujimori Fujimori declaran que está vigente la Resolución Legislativa N° 018, que lo inhabilita durante 10 años para ejercer toda función pública. No se requiere de ninguna sentencia judicial para tal inhabilitación, como algunos sostienen. Las sentencias judiciales son para otros supuestos. La sentencia del juez civil inhabilita a una persona en los casos a que se refiere el artículo 43° del Código Civil. La sentencia penal de inhabilitación como pena principal y la sentencia penal con privación de libertad y con inhabilitación como pena accesoria están precisadas en el artículo 37 del Código Penal. A los casos previstos en las disposiciones legales mencionadas, alude el artículo 33° de la Constitución.

La participación en la vida política del país es un derecho que emana de dos normas que contiene la Constitución: el artículo 2°, inciso 17, y el artículo 3°; normas concordantes con convenios internacionales de los que el Perú es signatario: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados más.

Consecuentemente, no se puede llevar más allá de lo que dispone la Resolución Legislativa N° 018 la inhabilitación impuesta al prófugo ex gobernante, por los agravios que hizo al Perú y a los peruanos.

Con la venia del Presidente entrante, me voy a permitir leer un párrafo de lo que ha escrito José Fernández Rodríguez hace 2 años:

«Recomendaciones al Legislador:»

«...bajo este rótulo es posible englobar un conjunto de sentencias que contienen formulaciones o directrices que buscan la actuación del Poder Legislativo en cierto sentido, por lo que suelen estar estrechamente ligadas a una obligación de actuar del legislador que encuentra su origen en encargos constitucionales que exigen un concreto desarrollo legislativo ulterior. Estas exhortaciones, que aparecen como óbiter dictum, señalan los principios que han de seguirse en la elaboración de la nueva ley y admiten varias formas de enunciarse, que van desde el simple consejo hasta fórmulas más coactivas».

Cita casos de sentencias de los tribunales de España, de Italia y de Alemania. Es por eso que el Tribunal ha exhortado en varias sentencias al Congreso de la República para que dicte algunas leyes que resuelvan vacíos que contiene nuestro ordenamiento jurídico. Pero como esas sentencias exhortativas parece que han causado algún escozor –y no es nuestro propósito irritar a nadie– vamos a remozar el Derecho Constitucional ya no con sentencias exhortativas sino con sentencias propositivas. En las sen-

tencias usaremos la iniciativa legislativa, proponiendo las normas que sean necesarias para mejorar el sistema constitucional.

Auguro al nuevo Presidente del Tribunal Constitucional, Doctor Víctor García Toma, éxito en la gestión que le corresponde cumplir, especialmente en el primer semestre del próximo año 2006, difícil en la medida en que estamos ya inmersos en un proceso electoral. Hace 3 días han sido convocadas las elecciones políticas generales para el día 9 de abril y, si no hay mayoría absoluta para la elección del Presidente de la República, para el 7 de mayo.

El Tribunal Constitucional no es un órgano político, los jueces no somos políticos militantes, pero somos aristotélicamente políticos y por eso afirmo que hemos tratado de cumplir al máximo con las atribuciones y las expectativas que el país ha puesto en este Tribunal, diferente del que fue mutilado por la dictadura y que fue sumiso durante varios años al régimen autoritario. Este es un Tribunal totalmente autónomo, plenamente independiente y absolutamente responsable de sus actos.

NECROLÓGICA

IGNACIO BURGOA ORIHUELA (1918-2005)

Alfonso Herrera García (*)

El 6 de noviembre de 2005, a la edad de 87 años, falleció Ignacio Burgoa Orihuela, y con él se iba la figura física de uno de los más influyentes y emblemáticos constitucionalistas de México durante la segunda mitad del siglo XX.

Nacido el 13 de marzo de 1918 en la Ciudad de México, habría de permanecer ahí toda su luenga y fructífera vida. No podrían entenderse las grandes líneas que guiarían su pensamiento a lo largo de su carrera académica y profesional, sin conocer la profunda influencia que sobre él ejerció su ascendencia familiar; su formación educativa infantil, juvenil y universitaria; y su devoción profunda por la cultura y por las artes.

Entre los años de 1923 y 1932 cursó la educación primaria y secundaria en el Colegio Alemán Alexander von Humboldt, y en 1933 y 1934, el bachillerato en Ciencias Filosóficas, Jurídicas y Sociales en el Colegio Francés «Morelos» de los Hermanos Maristas, en donde se formó bajo la égida de la filosofía aristotélico-tomista, que le impactaría a lo largo de toda su trayectoria intelectual.

(*) Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctorando en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid.

Herederero de una prosapia de abogados —lo fueron su padre y su abuelo—, de 1935 a 1939 realizó los estudios de Derecho en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) a la cual, a la postre, entregaría prácticamente todo su esfuerzo y quehacer académicos. Cumplidos los 22 años, el 14 de marzo de 1940, obtuvo el título de Licenciado en Derecho con la tesis intitulada *La supremacía jurídica del Poder Judicial de la Federación en México*, y con ella revelaba, formalmente, una de sus más emblemáticas pasiones: el estudio del Poder Judicial federal mexicano y el objeto principal de ese poder, es decir, el juicio de amparo (dicha tesis fue republicada hace un año, en noviembre de 2004: México, Ediciones Jurídicas Alma).

Obtenido el título profesional, ingresó de inmediato a las filas docentes. Ese mismo año 1940 y hasta 1944, se dedicaría a impartir clases como profesor de civismo y de historia de México a nivel de estudios secundarios. En 1946 ingresaría como profesor universitario a cargo del segundo curso de Derecho Constitucional en la Escuela Libre de Derecho. Ocuparía Burgoa Orihuela esa posición hasta el año de 1955.

Fue el 1º de junio de 1947 cuando inició su carrera como profesor de la asignatura *Garantías y Amparo* en la Facultad de Derecho de la UNAM. Poco más tarde adquiriría la titularidad de la misma, el 31 de enero de 1952, por disposición del Consejo Técnico de la propia Facultad, si bien con el paso de los años la asignatura ha ido cambiando de denominación y se ha bifurcado, de acuerdo con el nuevo plan de estudios, en las actuales *Garantías constitucionales* y *Amparo*. Esa titularidad la ejerció hasta el último día hábil anterior a su muerte, el viernes 4 de noviembre de 2005, cuando habló por última vez ante sus alumnos sobre el tema de la suspensión de los actos de autoridad reclamados en el proceso de amparo.

Con una carrera académica ya muy consolidada, en mayo de 1974 obtuvo el grado de Doctor en Derecho por la misma UNAM, habiendo recibido los máximos honores: la distinción *Magna cum laude* y la medalla «Gabino Barreda».

Durante muchos años, vivió Burgoa Orihuela con el título de «Profesor emérito» de la Facultad de Derecho de la UNAM, que le había concedido el Consejo Universitario el 8 de abril de 1987. Más allá de que siempre se autoproclamó contento por su posición de «modesto profesor universitario», acaso se trate esta distinción de la que mayor satisfacción haya dado al Maestro y que tuvo oportunidad de disfrutar durante casi dos décadas. Fue durante esta última gran etapa de su vida, especial-

mente, cuando se le rindieron múltiples homenajes a lo largo y ancho del país, y que fue condecorado con numerosos premios, reconocimientos y distinciones.

Sobre su obra escrita pueden realizarse irrefutables afirmaciones. Son tres los libros —a los que él siempre llamó «hijos intelectuales»—, que pueden considerarse verdaderos clásicos del Derecho Público mexicano: *Juicio de amparo*, con primera edición en el año de 1943, que el autor empezó a escribir en 1941 a los 23 años, y del que en la actualidad pueden contarse 41ª ediciones (la última de 2005); *Garantías individuales*, con primera edición en 1944 y que en actualidad ha alcanzado la 35 (la última, igualmente de 2005) y *Derecho constitucional mexicano*, con primera edición en 1973, aparecido en vísperas de la obtención de su título de Doctor en Derecho, y que cuenta al día de hoy la 16ª edición (también de 2005); todos estos tratados acogidos por la afamada Editorial Porrúa.

Burgoa Orihuela escribió además otros libros. De entre ellos destacan el *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*, cuya primera edición data de 1984, que bien sirve de síntesis conceptual de la trilogía de los clásicos citados; y *El jurista y el simulador del Derecho*, con primera edición en 1988; ambos trabajos también publicados por Porrúa, y con edición última en el 2005. Publicó asimismo numerosos ensayos y artículos en periódicos de circulación nacional, sobre todo en su etapa de temprana adultez. Algunos de los más relevantes escritos periodísticos, junto con otros estudios, se recogen en su libro *Antología de su pensamiento 1934-1986* (México, edición del autor, 1987), cuya compilación y presentación corrió a cargo de su hijo, el también abogado, Maestro Ignacio Burgoa Llano. Escribió también una obra sobre su propia vida: *Memorias. Epítome autobiográfico* (México, Porrúa, 1996), por cierto de título paradójico, pues se trata de un libro que cuenta con más de 700 páginas.

Acaso la singularidad del pensamiento de Ignacio Burgoa, tendente a la conservación y la resistencia a influjos institucionales externos, haya sido la causa de que no desarrollara, fuera de las fronteras nacionales, la actividad jurídica acorde con el alto perfil de su intelectualidad. En esa línea, como resultado de lo que para él siempre significó el juicio de amparo, por ejemplo, no simpatizó nunca con la idea de emprender el diseño de otros instrumentos procesal-constitucionales para realizar la defensa jurídica de la Constitución mexicana.

En suma, con Ignacio Burgoa Orihuela se ha ido un intelectual del Derecho, pero también un hombre ejemplar, defensor de los ideales de la

justicia y de la democracia. En lo académico y jurídico, su obra perdurará con el devenir de los años y permanecerá como un imprescindible referente para entender el Derecho público mexicano de fines de la pasada centuria.

MARCOS KAPLAN, UN CIENTÍFICO SOCIAL

Manuel Becerra Ramírez ^(*)

SUMARIO: I. Su formación. II. Su etapa chilena. III. Su etapa mexicana. IV. Sus ideas. V. La persona.

El 11 de febrero de 2004 falleció el científico social Marcos Teodoro Kaplan Efron. A Marcos, como lo conocían sus colegas y amigos, se le puede considerar como uno de los grandes científicos sociales latinoamericanos de finales del siglo XX, además de que en México alcanzó los más altos honores académicos. Su obra es de tal envergadura que puede considerarse como una escuela del pensamiento sociojurídico contemporáneo de nuestra región. En diferentes facultades e institutos de la UNAM (estudios latinoamericanos, ciencias políticas, por ejemplo) su obra es objeto de estudio y análisis por los estudiantes y profesores.

Marcos nació en Buenos Aires, Argentina, en el año de 1926, dentro de una familia de clase media ilustrada. Su padre era bioquímico y su madre cantante de cámara, de ahí quizás su gran afición por la música.

(*) Agradezco a la señora Martha Scheingart por su colaboración en la preparación de este ensayo.

I. SU FORMACIÓN

Desde niño Marcos era un ávido lector, gracias a su excelente memoria podía citar obras de la literatura clásica; se cuenta que en visita a sus parientes que vivían fuera de la ciudad, tenía como gran placer subirse a los árboles en donde pasaba mucho tiempo leyendo. Sus lecturas eran los clásicos de la literatura universal, que recordaba muy bien en su época adulta y que utilizaba frecuentemente en sus obras para apoyar alguna idea. Además era un apasionado por la obra del escritor William Shakespeare, la que releía cotidianamente; el lector atento de Kaplan, puede encontrar en su obra citas al gran dramaturgo inglés.

Parte de su formación básica la hizo en el Colegio Nacional de Buenos Aires, sin duda la mejor escuela secundaria del país. También desde pequeño estudió los idiomas francés e inglés, lo cual le permitió más tarde, unido a su gran memoria y facilidad para las lenguas, dictar cursos y conferencias en Francia y Estados Unidos.

En la preparación del joven científico influyeron varios factores. En principio, su gusto por el trabajo intelectual que se manifestó muy temprano estimulado asimismo por su pasión por la literatura, la sociología y la historia. Dueño de una gran sensibilidad, el joven Marcos estaba inserto en un ambiente externo dominado por las secuelas de las guerras: de dos guerras mundiales, la Guerra Fría y la Guerra Civil Española; y en su país de origen, Argentina, por la inestabilidad, discontinuidad política y frustración. Marcos, refiriéndose a su juventud dijo:

Para los jóvenes intelectuales argentinos todo se vive bajo la sombra de la inseguridad y los pequeños y grandes desastres recurrentes. (Esto, si por una parte tiene altos costos –psicológicos, materiales, políticos, profesionales– por la otra contribuye a desarrollar una capacidad de resistencia, obstinación y supervivencia en la adversidad). Cabe agregar como efecto y causa mi temprana politización y mi participación durante muchos años en diversas actividades políticas.⁽¹⁾

(1) Zamitiz, Héctor, «Ciencia política e interdisciplina: una perspectiva teórica del Estado latinoamericano. Entrevista con Marcos Kaplan», *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, México, núm. 176, 1999, p. 184.

A la edad de 16 años empieza a estudiar ciencia política y filosofía bajo la dirección del que fue su maestro, el abogado y filósofo argentino Silvio Frondizi.⁽²⁾ La relación con Frondizi fue muy importante en la formación del joven Marcos, pues actuó como su mentor y su compañero de activismo político, formando parte del denominado Movimiento Praxis que dirigía S. Frondizi y que tenía una publicación en la que Marcos hacía sus pininos. Quizás en esta época se formó su gran capacidad de polemista que mostró más tarde en múltiples foros académicos. También compartió con Frondizi un despacho de abogados que se dedicaba principalmente a defender y asesorar a sindicatos de trabajadores. Es curioso que, por aquel tiempo, Marcos tuvo su primer contacto con México, ya que Silvio Frondizi lo puso en contacto con un mexicano, cuya tesis de maestría dirigía en la Universidad de La Plata, y que después jugaría un papel muy importante en el desarrollo político del país: se trataba nada menos que de Jesús Reyes Heróles.

Su orientación filosófica se la dio principalmente el estudio de los clásicos, tales como Marx, Maquiavelo, Tocqueville, Manheim, Simmel y otros, pero siempre rechazó rotundamente las modas, el dogmatismo y las lecturas acrílicas. Él recomendaba a sus alumnos: «para leer a los clásicos hay que tener una buena dosis de falta de respeto en el buen sentido; no verlos como prototipo o como un pensamiento acabado y encapsulado».⁽³⁾ El marxismo le dio una formación y una posición política, aunque desde muy temprano rechazó las posiciones dogmáticas del marxismo-leninismo y del autoritarismo estalinista. Así, solía mencionar después de la caída del bloque socialista que a pesar de la casi desaparición del «socialismo real», muchos aspectos del marxismo tenían vigencia y él los utilizaba en sus investigaciones de la realidad social actual.

Con esas herramientas teóricas y una sólida formación en varias disciplinas de las ciencias sociales, empezó Marcos a realizar sus trabajos más tempranos de su larga carrera de investigador. Un primer tema de análisis que desarrolló versó sobre la cuestión del petróleo argentino, con su artículo «Petróleo, clases y partidos en la Argentina: el primer ciclo oligárquico», trabajo que fue prolegómeno de una obra mayor, su libro

(2) Silvio Frondizi fue uno de los fundadores de la Universidad de Tucumán, además de uno de los pioneros en Argentina de la ciencia política, autor de *El Estado moderno*, Buenos Aires, Losada, 1943.

(3) Zamitiz, op. cit., nota 1, p.191.

Economía y política del petróleo argentino (1907-1956). Se puede decir que Marcos fue, en gran medida, un autodidacta, ya que en la década de los años cincuenta no existían en Argentina estudios formales de ciencia política y los que se inclinaban hacia temas vinculados a ese campo debían estudiar leyes.

Marcos estudió Derecho en la Universidad de La Plata, Argentina, donde se diplomó en 1956. La escuela de leyes no era un lugar propicio, por su profundo conservadurismo político, para los estudios que a Kaplan le interesaban. De esta manera, su formación como jurista, politólogo y científico social en un sentido más amplio, se llevó a cabo con un gran esfuerzo personal y enorme interés por abordar la problemática social de su país y del continente latinoamericano en general. De todas maneras, su preparación formal de abogado y sus conocimientos de ciencia política, economía y relaciones internacionales, le hacen reivindicar y proponer una investigación de carácter inter y transdisciplinario.

Después de recibirse de abogado, Marcos Kaplan se dedicó durante un tiempo al ejercicio de la profesión, al mismo tiempo que continuó con su formación y escribiendo artículos y ensayos. Es importante señalar que como intelectual le tocó formarse en una mezcla de práctica política y profesional aunada a un esfuerzo personal, de autodidacta, pero sin el cobijo de una institución pública o universitaria.

Fue recién en 1962 cuando, a la edad de 36 años, ingresó a dar clases de Instituciones de Derecho Público en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Más tarde, en 1965, también en la misma Facultad, fue profesor de Historia Económica y Social y profesor adjunto de Sociología.

Durante la primera mitad de la década de los sesenta, Marcos dictó conferencias y escribió artículos sobre temas diversos, dentro de los que destacan la integración latinoamericana, la organización del Estado y la planificación, simientes de sus obras posteriores. En el año de 1966 ingresó como investigador al Centro de Investigación Aplicada, perteneciente al Rectorado de la Universidad de Buenos Aires, para desarrollar un trabajo sobre «Aspectos institucionales y jurídicos de la Planificación en la Argentina» y en ese mismo año dictó una serie de conferencias sobre América Latina, «Integración económica, desarrollo económico y organización internacional», en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, Université de Grenoble y École Pratique de Hautes Études, París.

II. SU ETAPA CHILENA

Kaplan tuvo que emigrar a otros países debido al clima político represivo de las dictaduras argentinas. En el año de 1966 el general Oganía tomó el poder en Argentina y todos aquellos opositores al gobierno eran mal vistos; en 1967 tuvo entonces que emigrar a Chile, donde fue nombrado profesor de Política Económica y jefe de investigaciones en Economía en la Facultad de Derecho del Instituto de Estudios Internacionales y a la Escuela Latinoamericana de Ciencias Políticas (FLACSO) Universidad de Chile, en Valparaíso. En aquel tiempo, el país andino era un lugar propicio para el desarrollo de las ciencias sociales.

En 1967 obtuvo además el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con una tesis sobre «Servicios públicos en Argentina. Aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos». Los temas en que Marcos centró su objeto de investigación fueron la integración latinoamericana, la empresa pública, y los problemas del Estado. En el año de 1969 publicó su libro *Formación del Estado nacional en América Latina*⁽⁴⁾, una de sus obras más importantes y difundidas en distintos países de la región y de otros continentes.

La «etapa chilena» de Kaplan duró hasta 1970, y durante la misma realizó una gran actividad internacional, pues aparte de estar vinculado a la Universidad de Chile y a la Escuela Latinoamericana de Ciencias Políticas (FLACSO), en el año de 1969 fue profesor visitante en el Department of Sociology and Anthropology de la Universidad de Tulane en New Orleans, Estados Unidos, bajo los auspicios del Latin American Studies Program. Ahí dictó dos seminarios sobre la ciencia social en América Latina y la estratificación y movilidad social en América Latina, dictando además conferencias en Alemania, en la Universidad Central de Venezuela, así como en el Banco Interamericano de Desarrollo de Washington. Para esas fechas Marcos fue considerado un experto en América Latina sobre la integración en la región.

En el año de 1971, después de regresar a Argentina, obtuvo la prestigiosa Beca Guggenheim que otorga la John Guggenheim Memorial Foundation para realizar una investigación sobre «política de desarrollo

(4) *Formación del Estado nacional en América Latina*, Santiago de Chile, Universitaria, 1969.

científico y tecnológico en América Latina» y de esa época partió su línea de investigación sobre la ciencia y tecnología, que desarrolló a través de numerosos textos publicados.

Uno de los últimos trabajos en su tierra natal, antes de emigrar definitivamente a México, fue en la Fundación Bariloche. En el año de 1972 fue nombrado investigador y director del Programa de Estudios de Áreas Marginales. Argentina: el caso de la Patagonía, Departamento de Sociología.

III. SU ETAPA MEXICANA

El clima político en Argentina era insoportable para todo científico social crítico. Marcos, atento a los acontecimientos políticos de su país, podía prever que en Argentina se venían tiempos muy difíciles por la represión contra cualquier signo de oposición. En alguna ocasión Marcos, refiriéndose a los excelentes científicos sociales argentinos que se habían huido de su país por motivos políticos, por persecución de las dictaduras, mencionó: «Argentina ha sido un país con capacidad para crear intelectuales y científicos sociales y una capacidad, aún mayor, para frustrarla».

En el año de 1974 su antiguo mentor y amigo, Silvio Frondizi, fue brutalmente asesinado (junto con su yerno que trató de defenderlo) por los sicarios peronistas durante la presidencia de Isabel Perón. Estaba ya en camino una de las más sangrientas dictaduras de los militares argentinos.

Precisamente en el año de 1975, Kaplan nuevamente tuvo que emigrar a otro país, llegó a México precisamente un 14 de febrero de ese mismo año. En Chile ya se había dado el golpe de Estado de la Junta Militar comandada por Pinochet, por lo que Marcos decidió dirigirse a México donde tenía varios amigos y ofertas de trabajo, en un momento, además, de apertura del gobierno del presidente Echeverría hacia los perseguidos del Cono Sur. Sin embargo, este Presidente practicaba un doble discurso; por un lado sostenía una «guerra sucia» encubierta en contra de un movimiento guerrillero producto de la represión gubernamental de las luchas sociales de finales de los años cincuenta y sesenta y, por otra, mostraba una política de apertura y de atracción de la izquierda latinoamericana.

En México, Kaplan fue contratado por el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE) y nombrado jefe del proyecto de investigación «El sistema de empresas públicas en México», cargo que ocupó entre 1975 y 1976. En 1977 pasó a la Universidad Nacional Autónoma de Méxi-

co, donde fue nombrado investigador de la Coordinación de Humanidades de la UNAM, al mismo tiempo que dio clases en la licenciatura de Ciencias Políticas de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Más tarde fue contratado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la misma universidad, lugar en el que se mantuvo hasta su muerte. Fue precisamente en el IIJ donde adquirió una estabilidad laboral que le permitió elaborar una parte de sus obras más importantes, entre ellas sus trabajos sobre la Universidad, el narcotráfico, los flujos financieros internacionales y la globalización.

Durante toda esta época fue un académico muy activo; dictando conferencias en el CIDE, el Colegio de México, la Universidad de Guadalajara, el Centro de Estudios Económicos y Sociales del Tercer Mundo, la Universidad Autónoma de Nuevo León, la UAM y, por supuesto, la UNAM, que se convirtió en su centro de trabajo. Sin embargo su actividad central fue como investigador, y como resultado de los múltiples temas desarrollados publicó numerosos libros y artículos en revistas y libros colectivos de diferentes países de América y Europa.

En el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Marcos dirigió varios proyectos de investigación, entre ellos, Revolución tecnológica; Estado y Derecho; Crisis y futuro de la empresa pública y Regulación de flujos financieros, que derivaron en libros importantes y en donde participaron especialistas en varias disciplinas. Precisamente una de las virtudes de Marcos era prohijar la investigación en donde hubiera el diálogo y el intercambio de ideas de especialistas de varias disciplinas, en eso ponía mucho el acento. La estancia en el IIJ, durante las últimas décadas de su vida, le dio una gran estabilidad que le permitió desplegar ampliamente su capacidad creativa.

Por su trabajo de investigación en la UNAM se le concedieron los más altos honores, entre ellos el Premio Universidad Nacional (1994); en el Sistema Nacional de Investigadores se le otorgó asimismo el nombramiento de Investigador Emérito y el de Investigador Nacional de Excelencia para el periodo 1° de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2012, distinción que sólo recibieron 35 investigadores en el país, y muy pocos de las ciencias sociales.

A comienzos de los años noventa, Marcos Kaplan se nacionalizó mexicano. Todavía le tocó vivir la huelga de la UNAM en el año de 1999 en donde fue un defensor de la Universidad y con gran lucidez visualizó los peligros al que ella fue sometida por una huelga que nada tenía de cons-

tructivo y donde la ineficiencia de (la administración chocaba contra la intransigencia) los huelguistas que por nueve meses la secuestraron.

IV. SUS IDEAS

El pensamiento de Marcos era fundamentalmente latinoamericanista y, como se mencionó anteriormente, no admitía etiquetas y no se ceñía a las modas intelectuales; prefiriendo la libertad de pensamiento y el espíritu crítico.

Su obra es muy amplia y de una gran densidad y profundidad que exige un estudio constante, con temas como el petróleo, el Estado en América Latina, la universidad, la ciencia y tecnología, las revoluciones tecnológicas, el narcotráfico, el derecho, la integración latinoamericana y la globalización. Fundamentalmente, sin desdeñar sus excelentes trabajos sobre la ciencia y tecnología o su trabajo sobre la universidad, me atrevería a afirmar que la obra principal de Marcos se encuentra en el análisis del Estado latinoamericano. Aunque algunos críticos de su obra mencionaban que Kaplan se repetía y era muy recurrente en el tema del Estado, él hacía frente a los mismos alegando que si bien era cierto que el objeto de su trabajo intelectual fue por años el Estado, en cada una de sus obras descubría nuevos aspectos y enriquecía sus puntos de vista. Y así es, Kaplan tuvo la visión y el empeño de profundizar por muchos años en el importante y complejo tema del Estado latinoamericano, dejando una obra sólida que puede ser objeto de análisis para las generaciones de científicos sociales del porvenir. En suma, Marcos es indiscutiblemente uno de los precursores de la Ciencia Política latinoamericana y uno de los grandes estudiosos del Estado latinoamericano, desde un enfoque interdisciplinario o transdisciplinario.

V. LA PERSONA

Como persona, Marcos tenía con sus amigos charlas inteligentes y practicaba un amplio sentido del humor (era un excelente contador de chistes, a lo que le ayudaba su memoria prodigiosa); le gustaba además hablar de música, cine y literatura y solía cultivar la amistad, siendo al mismo tiempo celoso de su tiempo y su privacidad. Su esposa y sus dos hijas eran el núcleo más valioso para él. Solía, en conciliábulos en el pasillo o en su cubículo, comentar el acontecer político nacional e internacional o la política universitaria y era generoso para dar orientaciones a los jóvenes sobre la labor de la investigación. Era todo un placer escuchar como, con

algún colega, ya sea Álvaro Bunster u Horacio Labastida por ejemplo, se comentaba ingeniosamente las noticias o los sucesos de la academia o de la vida en los pasillos. Marcos se veía fino y gracioso, replicando, citando a los clásicos, cuando le llegaba algún reto o broma.

En el trabajo era serio y riguroso con la metodología y la investigación. Marcos, ya sea como colega o como amigo en conversaciones informales, manifestaba lo que era su divisa como científico: rigor nacional, crítica e imaginación. Su rutina de trabajo se desarrollaba en las mañanas, en su cubículo del IIIJ, cuando no estaba en clases o en conferencias. En las tardes, en su casa leyendo y escribiendo, acompañado por música clásica.

Hasta los últimos días de su vida, mantuvo una gran lucidez intelectual, aunque algo acosado por los fantasmas de la persecución a que había sido sujeto durante su fructífera existencia. Marcos se negaba a morir, no solía comentar las dolencias y enfermedades que le aquejaron en los tiempos postreros y seguía con proyectos de trabajo y de investigación que se quedaron en su agenda.

Quizás por su capacidad por visualizar el porvenir, era en algunos casos poco optimista, por ejemplo, cuando los Estados Unidos con su aliado la Gran Bretaña desataron esa ilegal guerra contra Irak, Marcos afirmó: «una guerra se sabe cuando empieza, pero no cuando termina». En efecto, eso no lo sabían el presidente Bush y el primer ministro de la Gran Bretaña, Tony Blair, cuando se declararon vencedores de la «rápida» Guerra de Irak en el año de 2003.

En los últimos días de su existencia, cuando ya estaba vencido por la enfermedad, Marcos mencionó «¡tanto trabajar, y qué va a quedar de todo lo que he hecho!» En eso, como en otras cosas, no estamos de acuerdo con Marcos: la vida de un investigador, de un científico, de un maestro no termina con su desaparición física: se mantiene en sus alumnos, en sus libros, en sus ideas en general y, en ese sentido, Kaplan tiene aún mucho que decirnos.

NORMAS PARA LOS COLABORADORES DE LA «REVISTA PERUANA DE DERECHO PUBLICO»

- 1) Sólo se publicarán trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerán artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
- 2) Se recibirán artículos doctrinarios (aspectos generales, comparados o nacionales) así como notas breves o comentarios jurisprudenciales o de libros.
- 3) La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible, los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
- 4) La Revista sólo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idiomas extranjeros, podrán ser traducidos por la redacción de la Revista.
- 5) Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio.
- 6) Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posibles, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre de autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.)
- 7) Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un ejemplar en bond, y de ser posible, un diskette word for windows, versiones 5, 6 ó 7.
- 8) La Dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
- 9) A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y 12 separatas.
- 10) El autor cuya colaboración haya sido publicada, se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino tres meses después de aparecida en su versión original.



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)