

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
DIRECTOR

LUIS ELGUERA
SECRETARIO

AÑO 8, Nº 15
JULIO - DICIEMBRE 2007

15 / 2007

Revista Peruana de

Derecho Público

ESTUDIOS

La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario
por **ALLAN R. BREWER-CARÍAS**

La reforma constitucional en República Dominicana: un proceso en marcha
por **EDUARDO JORGE PRATS**

Utilización del Derecho Constitucional Comparado en la interpretación constitucional. Nuevos retos a la teoría constitucional
por **LUIZ MAGNO PINTO BASTOS Jr.**

GRILEY

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 8, Número 15 • Julio-Diciembre de 2007

Director

Domingo García Belaunde

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

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

GRILEY

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

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: lcelguera@hotmail.com

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

La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario ALLAN R. BREWER-CARÍAS	13
---	----

La reforma constitucional en República Dominicana: un proceso en marcha EDUARDO JORGE PRATS	55
--	----

Utilización del Derecho Constitucional Comparado en la interpretación constitucional. Nuevos retos a la teoría constitucional. LUIZ MAGNO PINTO BASTOS Jr.	79
--	----

NOTAS

Constitucionalismo y democracia: una perspectiva interamericana ROBERT S. BARKER	111
---	-----

La independencia de la Justicia y los procesos constituyentes en la región andina CARLOS AYALA CORAO	117
---	-----

1992 - 2007: Quince años de Estado constitucional democrático en Paraguay JORGE SILVERO SALGUEIRO	135
--	-----

CRÓNICA

II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional - "Héctor Fix-Zamudio"	
MIGUEL PEDRO VILCAPOMA IGNACIO	149

NECROLÓGICA

Enrique Chirinos Soto (1930-2007)	
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE	161

TEXTOS CLÁSICOS

Compendio del Derecho Administrativo (2da. y última parte)	
MANUEL ATANASIO FUENTES	165

EDITORIAL

En el presente número se termina de publicar el importante texto de Manuel A. Fuentes sobre Derecho Administrativo, publicado en París en 1865. Se trata del primer manual que sobre la disciplina aparece en el Perú, si bien por diversas circunstancias la obra se editó en París —como era habitual en esos días—. Sin embargo, la segunda y ampliada edición se publicó en Lima, como se anota en el lugar respectivo, pero jamás se volvió a editar. Y por eso ha tenido una favorable acogida entre los estudiosos, tanto de aquí como del extranjero.

Entre los sucesos que hay que destacar en este semestre, es que el Congreso de la República completó la designación de los cuatro nuevos miembros del Tribunal Constitucional que correspondía hacer este año, luego de que en julio solo se hubiera cubierto una plaza, con la designación del doctor Ricardo Beaumont Callirgos. La elección recayó esta vez en los doctores Gerardo Eto Cruz, Ernesto Álvarez Miranda y Fernando Calle Hayen. Es importante anotar que esta vez la elección tampoco estuvo libre de controversia, ya que no todos los congresistas estuvieron de acuerdo con el método empleado de elección por ternas, habiéndose retirado algunos del hemiciclo reclamando que la elección sea individual, lo que debe tenerse presente para eventuales cambios legislativos que se hagan en el futuro. De esta manera, reconstituido el Tribunal Constitucional en su mayoría, es de esperar que emprenda una política pausada y prudente y que en parte enmiende los notorios excesos que se vieron en algunas sentencias de los últimos meses, sobre las cuales se ha desatado una preocupante polémica (en especial por el desconocimiento que ha hecho el Tribunal Constitucional de los procesos terminados y con cosa juzgada).

De otro lado, en diciembre el Congreso aprobó la nueva Ley del Poder Ejecutivo, promulgada con el núm. 29158. Esta es una promesa que se cumple al cabo de largo tiempo. La anterior ley –que quedó derogada– había sido aprobada por el Gobierno mediante un decreto legislativo por delegación del Congreso, y databa de fecha anterior a la instauración de la Constitución de 1993. En un próximo número dedicaremos algunas líneas a comentar este importante dispositivo legal.

En este semestre se produjo el deceso del eminente constitucionalista italiano Antonio La Pergola, antiguo presidente de la Corte Constitucional, y muy ligado al mundo hispano y también latinoamericano. A él dedicaremos una nota recordatoria en el próximo número.

Lima, diciembre de 2007

El Director

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA DE 2007 Y SU RECHAZO POR EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Allan R. Brewer-Carías *

SUMARIO: I. La propuesta de reforma constitucional de 2007 concebida y sancionada en fraude a la constitución. II. Los rechazados cambios constitucionales que buscaban crear de un estado socialista centralizado. 1. El rechazo a la propuesta de establecer una «doctrina bolivariana» como doctrina del estado socialista. 2. El rechazo a la propuesta de sustituir el estado democrático y social de derecho y de justicia por el estado socialista. 3. El rechazo a la propuesta de eliminar la descentralización como política de estado. 4. El rechazo a la propuesta de eliminar la democracia representativa a nivel local. III. Los rechazados cambios constitucionales que buscaban restringir el derecho ciudadano a la participación política. 1. El rechazo a la propuesta de reducir el derecho a la participación política sólo para la ejecución de la ideología socialista. 2. El rechazo a la propuesta de eliminar la participación de los representantes de la sociedad civil en la postulación de altos funcionarios del estado. 3. El rechazo a la propuesta de limitar al derecho a la participación política mediante referendos. 4. El rechazo a la propuesta de limitar el derecho a la participación política en materia de revisión de la constitución. IV. Los rechazados cambios constitucionales que buscaban dismantelar la federación y centralizar totalmente al estado. 1. El rechazo a la propuesta de establecer una supuesta «nueva geometría del poder». 2. El rechazo a la propuesta de restablecer el distrito federal sin autonomía política

(*) Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Profesor adjunto de Derecho en la Columbia Law School (2006-2007).

ni gobierno democrático local. 3. El rechazo a la propuesta de establecer un «poder popular» en la distribución vertical del poder público. 4. El rechazo a la propuesta de «nacionalización» de las competencias en el poder público. 5. El rechazo a la propuesta de limitar la autonomía municipal y de eliminar las parroquias como entidades locales. V. Los rechazados cambios constitucionales en la organización y funcionamiento del poder nacional. 1. El rechazo a la propuesta de reforma para acentuar el presidencialismo. 2. El rechazo a la propuesta de reforma para acentuar la concentración del poder. 3. El rechazo a la propuesta de reforma para acentuar el militarismo. VI. Los rechazados cambios constitucionales en la constitución económica. 1. El rechazo a la propuesta de reforma para eliminar la libertad económica. 2. El rechazo a la propuesta de reforma para eliminar la propiedad privada. 3. El rechazo a la propuesta de reforma para eliminar la autonomía del banco central de Venezuela y concentrar en el presidente de la república el manejo del régimen fiscal y económico del estado. VII. Los rechazados cambios constitucionales referivos al régimen de los derechos constitucionales. VIII. Los efectos del referendo de rechazo de la reforma constitucional de diciembre de 2007 como expresión del poder constituyente originario

El 2 de diciembre de 2007, conforme a lo dispuesto en el artículo 344 de la Constitución, se realizó en el país un referendo para pronunciarse sobre el proyecto de reforma constitucional que había sido presentado ante la Asamblea Nacional, el 15 de agosto de 2007, a iniciativa del Presidente de la República, y que había sido sancionado por dicha Asamblea, el 2 de noviembre de 2007⁽¹⁾. Hasta el día de dicho referendo, lo importante del proyecto de reforma constitucional, sin duda, era su contenido y alcance que conforme a la propuesta que los poderes constituidos del Estado (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Electoral) habían adelantado, incluso en fraude a la Constitución. Sin embargo, después de realizado el referendo en el cual el pueblo se pronunció rechazando el proyecto de reforma⁽²⁾, lo importante comenzó a ser dicha manifestación de la voluntad popular, es decir, la manifestación del poder constituyente originario de rechazo a una reforma constitucional que pretendía transformar radicalmente al Estado y a la sociedad venezolanas.

(1) Véase sobre la propuesta de reforma constitucional de 2007: Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista, Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, 157 pp; y *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, 224 pp.

(2) Tomando en cuenta los resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral en día 2 de diciembre en la noche, de un universo de más de 16.109.664 de electores inscritos,

Como manifestación del poder constituyente originario ello significó que la reforma constitucional elaborada bajo la iniciativa del Presidente de la República no se puede presentar de nuevo ante la Asamblea nacional en el mismo período constitucional, que en cuanto al Presidente de la República, después de su reelección en 2006, que vence en 2013. El rechazo popular a la reforma, por tanto, tiene un efecto definitivo sobre la misma, de manera que siendo la manifestación de voluntad del poder constituyente originario, tiene que ser respetada por todos los poderes constituidos. No pueden pretender estos, por tanto, en forma alguna, adelantar una reforma mediante otros mecanismos, similar a la que fue rechazada por el pueblo, por prohibirlo la Constitución. Por lo demás, siendo una manifestación ya efectuada de la voluntad popular, es decir, del poder constituyente originario, no puede ser ignorada, desconocida y mucho menos anulada por algún poder constituido del Estado como podría ser la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como inconstitucionalmente lo sugirió en algunas de las sentencias que declararon «improponible» las demandas de nulidad contra los actos del procedimiento de reforma constitucional⁽³⁾.

Bajo este ángulo, en todo caso, es importante analizar qué fue lo que el poder constituyente originario rechazó y que, por tanto, al menos durante el resto del período constitucional hasta 2013 no puede ser presentado de nuevo como reforma constitucional.

I. LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2007 CONCEBIDA Y SANCIONADA EN FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN

En efecto, el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, en enero de 2007, al tomar posesión de su segundo mandato presidencial

sólo acudieron a votar 9.002.439 votantes, lo que significó un 44,11 % de abstención; y de los electores que votaron, **votaron por rechazar la reforma** (voto NO) por el Bloque de artículos marcado A, 4.504.354 de votantes, con 50,70% y por el Bloque de artículos marcado B, 4.522.332 de votantes, con 51,05%. Es decir, sólo votaron **por aprobar** la reforma (voto SI), por el bloque A 4.379.392 de votantes, con 49,29%; y por el bloque B 4.335.136 de votantes con 48,94%. Ello equivale que sólo al 28 % del universo de los electores inscritos en el Registro Electoral votaron por aprobar la reforma constitucional. En dicho referendo, por tanto, en realidad, **no fue que «triunfó» el voto NO** por poco margen como lo aludió el Presidente de la República, sino que lo que ocurrió fue que su propuesta de reforma **fue rechazada por el 72% de los electores inscritos**, quienes o votaron por el NO (50,70%) o simplemente **no acudieron a votar para pronunciarse por la reforma**.

(3) Véase el estudio de dichas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *El juez constitucional vs. la supremacía constitucional. O de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la «reforma*

(2007-2013), anunció al país que propondría una serie de reformas a la Constitución de 1999, para cuya elaboración designó un Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución⁽⁴⁾. Este estuvo presidido por la Presidenta de la Asamblea Nacional e integrado por altos funcionarios del Estado como fueron el Segundo Vicepresidente de la Asamblea Nacional y otros cuatro diputados; la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia; el Defensor del Pueblo; el Ministro del Trabajo; la Procuradora General de la República y el Fiscal General de la República. En esta forma, el Presidente de la República comprometió de antemano en su proyecto a los titulares de materialmente todos los Poderes Públicos, indicando en forma expresa en el Decreto que el trabajo de dicho Consejo se debía realizar «*de conformidad con los lineamientos del Jefe de Estado en estricta confidencialidad*» (art. 2)⁽⁵⁾. Es decir, el Consejo no tenía libertad alguna de pensamiento, y su trabajo debía desarrollarse en estricta confidencialidad, lo que de por sí es contrario a los principios que deben guiar cualquier reforma constitucional en un país democrático.

Las pautas para la reforma constitucional que en diversos discursos y alocuciones fue dando el Presidente de la República, apuntaron, por una parte, a la conformación de un Estado del Poder Popular o del Poder Comunal, o Estado Comunal, estructurado desde los Consejos Comunales que ya habían sido creados al margen de la Constitución en 2006⁽⁶⁾, como unidades u organizaciones sociales no electas mediante sufragio universal, directo y secreto y sin autonomía territorial, supuestamente dispuestos para canalizar la participación ciudadana, pero conforme a un sistema de conducción centralizado desde la cúspide del Poder Ejecutivo Nacional; y por la otra, a la estructuración de un Estado socialista, con una doctrina socialista y «bolivariana» como doctrina oficial, sustituyendo al sistema plural de libertad de pensamiento y acción que siempre ha existido en el país y, en particular, sustituyendo la libertad económica y el Estado de economía mixta que siempre ha existido, por un sistema de economía estatista y colectivista,

constitucional» sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007, New York, 4 de diciembre de 2007, en www.allanbrewercarias.com, Parte I,2 (Documentos, 2007).

(4) Véase Decreto N° 5138 de 17-01-2007, *Gaceta Oficial* N° 38.607 de 18-01-2007.

(5) Ello también lo declaró públicamente, además, la Presidenta de la Asamblea Nacional al instalarse el Consejo. Véase en *El Universal*, 20-02-2007.

(6) Ley de Consejos Comunales *Gaceta Oficial*, N° 5.806 Extraordinario, 10-04-2006.

de capitalismo de Estado, sometido a una planificación centralizada, minimizando el rol del individuo y eliminando todo vestigio de libertad económica y de propiedad privada.

Es decir, el objetivo definido por el Presidente era transformar radicalmente al Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, lo que no podía realizarse mediante el mecanismo de «reforma constitucional» que regula la Constitución, sino que exigía, conforme a su artículo 347, que se convocara y eligiera una Asamblea Nacional Constituyente, lo que, por supuesto, hubiera podido implicar que la reforma se le escapara de su control férreo.

En todo caso, el 2 de noviembre de 2007, la Asamblea Nacional, luego de haberle dado tres discusiones en algo más de un mes al Anteproyecto de reforma que el Presidente de la República le había presentado el 15 de agosto de 2007⁽⁷⁾, sancionó el proyecto de reforma a la Constitución de 1999, el cual fue sometido a referendo que se fijó para el 2 de diciembre de 2007, en el cual, como se ha dicho, el poder constituyente originario se pronunció por rechazarlo por la mayoría de votos.

La rechazada reforma, en todo caso, era una propuesta de modificación constitucional que buscaba transformar aspectos esenciales y fundamentales del Estado, por lo que sin duda, de haber sido aprobada, hubiera sido una de las más sustanciales de toda la historia constitucional de Venezuela. Con ella, en efecto, se buscaba cambiar radicalmente el modelo de Estado descentralizado, democrático, pluralista y social de derecho que con todos sus problemas está regulado en la Constitución de 1999, por el de un Estado Socialista, centralizado, policial y militarista, con una doctrina oficial «bolivariana», que se identificaba como «el Socialismo del Siglo XXI»⁽⁸⁾ y un sistema económico de capitalismo de Estado. Esa reforma se sancionó, como se ha dicho, conforme a la propuesta que durante 2007 formuló el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, burlando el procedimiento que la Constitución requería para un cambio tan fundamental. Se trataba,

(7) Véase el *Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del Presidente Hugo Chávez Agosto 2007*. El texto completo fue publicado como *Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela*, Editorial Atenea, Caracas 01 de julio de 2007.

(8) Véase el *Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007*, p. 19.

por tanto, de una reforma fraudulenta o realizada en fraude a la Constitución, pues se ha utilizado para ello un procedimiento previsto para otros fines, engañando al pueblo⁽⁹⁾.

La consecuencia de esta propuesta de reforma a la Constitución en relación con los ciudadanos, era que con la misma, de haber sido aprobada, se hubiera establecido en Venezuela, formalmente, una ideología y doctrina de Estado, de corte socialista y supuestamente «bolivariana», la cual en consecuencia, a pesar de su imprecisión –y he allí lo más peligroso–, se pretendía que fuera una doctrina «oficial», y por tanto, no hubiera admitido disidencia alguna. No se olvide que todos los ciudadanos tienen un deber constitucional esencial y es cumplir y hacer cumplir la Constitución (art. 131), por lo que de haberse aprobado la reforma, todos los ciudadanos hubieran tenido el deber de contribuir activamente en la implementación de la doctrina oficial del Estado. En ello no hubiera podido admitirse ni siquiera la neutralidad. Por tanto, todo pensamiento, toda expresión del pensamiento, toda acción o toda omisión que pudiera haber sido considerada como contraria a la doctrina oficial socialista y «bolivariana», o que simplemente la «autoridad» no considerase que contribuía a la construcción y siembra del socialismo, hubiera constituido una violación a un deber constitucional y hubiera podido, por tanto, ser criminalizada, es decir, hubiera podido haber dado lugar a sanciones incluso penales. Se trataba de crear un pensamiento único, que constitucionalmente no hubiera admitido disidencia.

En todo caso, lo que planteó el Presidente como «reforma constitucional», lo que propuso su Consejo Presidencial y lo que sancionó la Asamblea Nacional en noviembre de 2007, como se ha dicho, evidentemente

⁽⁹⁾ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 74 de 25-01-2006 señaló que un *fraude a la Constitución* ocurre cuando se destruyen las teorías democráticas «mediante el procedimiento de cambio en las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales», o cuando se utiliza «del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido, como ocurrió con el *uso fraudulento de los poderes* conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de *Weimar*, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado»; y que un *falseamiento de la Constitución* ocurre cuando se otorga «a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es en realidad una modificación no formal de la Constitución misma», concluyendo con la afirmación de que «*Una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional*». Véase en *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 105, Caracas 2006, pp. 76 ss.

que no constituía «una revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional», que es lo que conforme al artículo 342 puede realizarse mediante el procedimiento de la «reforma constitucional», que se desarrolla mediante la sola discusión y sanción del proyecto por la Asamblea Nacional y posterior sometimiento a referendo aprobatorio. Lo que se sancionó como proyecto de reforma constitucional por la Asamblea Nacional, en realidad, requería la convocatoria de una Asamblea Constituyente, y al no hacerlo, lo que el Presidente de la República y la Asamblea Nacional cometieron fue un fraude a la Constitución, como lo advirtieron reiteradamente las instituciones más representativas del país. Incluso, sobre el tema se refirió en términos precisos el Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, en su Voto salvado a la sentencia N° 2042 de la Sala Constitucional de 2 de noviembre de 2007:

En criterio de quien disiente, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, como lo es básicamente el socialista, en sus distintas concepciones, cual es el propuesto en el Proyecto de Reforma, chocaría con lo que quien suscribe, y la propia Sala, era considerado Estado Social, y ello –en criterio del disidente– puede afectar toda la estructura y los principios fundamentales del Texto Constitucional, hasta el punto que un nuevo ordenamiento jurídico tendría que ser creado para desarrollar la construcción del socialismo.

No es que Venezuela no puede convertirse en un Estado Socialista. Si ello lo decide el pueblo, es posible; pero a juicio del voto salvante, tal logro sería distinto al que la Sala ha sostenido en el fallo de 24 de enero de 2002 (Caso: Créditos Indexados) y ello conduciría no a una reforma de la Constitución sino a una nueva Constitución, la cual debería ser votada por el Poder Constituyente Originario. Al menos, en nuestro criterio esto es la consecuencia del fallo N° 85 de 24 de enero de 2002».

Y es que, en efecto, la reforma constitucional sancionada el 2 de noviembre de 2007 era de tal trascendencia, que así, incluso, lo reconocieron, quizás sin darse cuenta, los propios diputados de la Asamblea Nacional cuando dispusieron que con la misma se sustituyera completamente la Constitución de 1999, ordenando a tal efecto en la Disposición Final que la Constitución –de haber sido aprobada por el pueblo– se imprimiera «íntegramente en un solo texto... con la reforma aquí sancionada y en el correspondiente texto único corrijanse los artículos aplicando la nueva terminología señalada en esta Reforma Constitucional, en cuanto sea aplicable

suprimiéndose y sustituyéndose de acuerdo al contenido de esta Reforma así como las firmas, fechas y demás datos de sanción y promulgación». Es decir, de haberse aprobado la reforma por referendo, la Constitución hubiera tenido que conocerse como la «Constitución de 2007», es decir, una Constitución diferente, como efectivamente resultaba de su contenido. Por lo demás, con esa Disposición final se le pretendía dar carta blanca, no se sabe a quien, para que cambiase otras normas constitucionales sin procedimiento constitucional alguno, como ya ocurrió con la «reimpresión» de la Constitución de 1999 en marzo de 2000⁽¹⁰⁾.

En efecto, con la reforma a la Constitución, utilizado fraudulentamente sus propias previsiones, se pretendía transformar radical al Estado, es decir, trastocar el Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia de orden civil y convertirlo en un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista, donde desaparecía la democracia representativa, la alternabilidad republicana y toda idea de descentralización del poder, se retrocedía en materia de protección de los derechos humanos, y se concentraba todo el poder en la Jefatura del Estado, desapareciendo la libertad económica y el derecho de propiedad. Todo este fraude constitucional que cometió la Asamblea Nacional al sancionar la reforma propuesta por el Presidente de la República, fraude que también cometió el propio Presidente al proponerla y el Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional al avalarla, y que fue abortado por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007, comenzó a evidenciarse no sólo del contenido de los discursos y anuncios oficiales, sino de las propuestas formuladas por el mencionado Consejo (integrado, como se dijo, por los titulares de los demás Poderes Públicos) de cambios radicales respecto de una serie de artículos de la Constitución, y cuya divulgación, a pesar del «pacto de confidencialidad» que había ordenado el Presidente, se efectuó mediante documento en junio de 2007⁽¹¹⁾.

Si bien las propuestas del Consejo, en algunos casos, no fueron acogidas por el Presidente de la República en el «Anteproyecto para la primera reforma constitucional» presentado el 15 de agosto de 2007 ante la Asam-

⁽¹⁰⁾ *Gaceta Oficial* N° 5453 Extraordinaria de 24-03-2000.

⁽¹¹⁾ El documento circuló en junio de 2007 con el título Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, «Modificaciones propuestas». El texto completo fue publicado como *Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela*, Editorial Atenea, Caracas 01 de julio de 2007, 146 pp.

blea Nacional⁽¹²⁾, con las mismas ya se mostraba cual era el pensamiento y la intención de los más altos funcionarios del gobierno y el Estado que formaron dicho Consejo, razón por la cual, en definitiva, en su casi totalidad fueron luego consideradas y sancionadas por la Asamblea Nacional en el proyecto de reforma.

En todo caso, con el proyecto de reforma constitucional sancionado por la Asamblea Nacional en Noviembre de 2007, en Venezuela se pretendía efectuar una radical transformación del Estado y se buscaba sentar las bases para la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, para:

Primero, transformar el Estado en un Estado Socialista, con una doctrina política oficial de carácter socialista, que se denominaba además como «doctrina bolivariana», con lo cual se eliminaba toda posibilidad de pensamiento distinto al oficial y, por tanto, toda disidencia, pues la doctrina política oficial se quería incorporar en la Constitución, como política y doctrina del Estado y la Sociedad, hubiera constituido un deber constitucional de todos los ciudadanos cumplir y hacerla cumplir. Con ello, se buscaba sentar las bases para la criminalización de la disidencia.

Segundo, transformar el Estado en un Estado Centralizado, de poder concentrado bajo la ilusión del Poder Popular, lo que implicaba la eliminación definitiva de la forma federal del Estado, imposibilitando la participación política y degradando la democracia representativa; todo ello, mediante la supuesta organización de la población para la participación en los Consejos del Poder Popular, como los Comunales, que son instituciones sin autonomía política alguna, cuyos miembros se pretendía declarar en la propia Constitución, que no fueran electos. Dichos Consejos, creados por Ley en 2006, están controlados desde la Jefatura del gobierno y para cuyo funcionamiento, el instrumento preciso es el partido único que el Estado ha tratado de crear durante 2007.

Tercero, transformar el Estado en un Estado de economía estatista, socialista y centralizada, propia de un capitalismo de Estado, con lo que se buscaba eliminar la libertad económica y la iniciativa privada, y desaparecería la propiedad privada, que con la reforma dejaban de ser derechos constitucionales, buscándose darle al Estado la propiedad de los medios de producción, la planificación centralizada y la posibilidad de confiscar bienes de las personas materialmente sin límites, configurándolo como un

(12) Véase *Proyecto de Reforma Constitucional. Elaborado por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías* Editorial Atenea, Caracas agosto 2007, 58 pp.

Estado del cual todo dependía, y a cuya burocracia quedaba sujeta la totalidad de la población. Ello choca, sin embargo, con las ideas de libertad y solidaridad social que se proclaman en la propia Constitución, y lo que se buscaba era sentar las bases para que el Estado sustituyera a la propia sociedad y a las iniciativas particulares, minimizándoselas.

Cuarto, transformar el Estado en un Estado Policial (represivo), con la tarea fundamental de someter a toda la población a la doctrina oficial socialista y «bolivariana» que se pretendía constitucionalizar, y velar por que la misma se cumpliera en todos los órdenes, lo que se buscaba asegurar mediante la regulación, con acentuado carácter regresivo y represivo, del ejercicio de los derechos civiles en situaciones de excepción, para lo cual se preveían amplios márgenes de restricción y suspensión.

Quinto, transformar el Estado en un Estado Militarista, dado el rol que se le pretendía dar a la «Fuerza Armada Bolivariana» en su configuración y funcionamiento, toda sometida al Jefe de Estado, y con la propuesta de creación en la Constitución de la Milicia Popular Bolivariana como nuevo componente.

En esta forma, siete años después de la sanción de la Constitución de 1999, el mismo Presidente de la República que en aquél momento había motorizado la concepción y sanción de aquella, a través de sus seguidores, quienes controlaban totalmente la Asamblea Constituyente; en 2007 condujo el fraudulento proceso de cambiar de nuevo la Constitución, esta vez por una Asamblea Nacional también totalmente controlada por sus seguidores, pero con el objeto, en esta ocasión sí, de transformar radicalmente el sistema político constitucional venezolano, buscando establecer un Estado Centralizado del Poder Popular, como Estado Socialista, de economía estatal y centralizada, y como Estado Militarista y Policial de ideología única oficial, lo que se apartaba radicalmente de la concepción del Estado descentralizado, civil, social, democrático y pluralista de derecho y de justicia, y de economía mixta que regula la Constitución de 1999.

Con las reformas que fueron sancionadas por la Asamblea Nacional, y que el pueblo rechazó en el referendo, además, materialmente desaparecía la democracia representativa y las autonomías político territoriales, que se buscaba sustituir por un esquema estatal centralizado supuestamente montado sobre una democracia «participativa y protagónica» que estaba controlada total y centralizadamente desde arriba, por el Jefe de Estado, en la cual quedaba proscrita toda forma de descentralización política y autonomía territorial, y que a la vez, restringía los mecanismos de participación política que están directamente regulados en la Constitución, como

son los referendos y la participación de la sociedad civil en los Comité de Postulaciones de altos funcionarios.

Como se ha dicho, las reformas sancionadas y rechazadas tuvieron su origen directo en el «*Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional, Propuesta del Presidente Hugo Chávez*», que presentó ante la Asamblea Nacional el 15 de agosto de 2007, y en las «Propuestas de Reforma Constitucional» formuladas en junio de 2007 por el Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional, de cuyo contenido se evidenciaba la magnitud del fraude constitucional que se comenzaba a cometer, utilizándose, para engañar al pueblo, un procedimiento inadecuado para hacer unas reformas sustanciales que afectaban casi todo el texto constitucional. Por la trascendencia de los cambios que se proponían, como se ha dicho, se debió haber recurrido al procedimiento de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y no al procedimiento de «reforma constitucional». Al hacerlo, tanto el Presidente como su Consejo Presidencial –integrado, entre otros por la propia Presidenta del Tribunal Supremo y por el propio Defensor del Pueblo– comenzaron el proceso de reforma violando la Constitución⁽¹³⁾, en fraude a la misma, tarea que completó la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, y que el pueblo trunco al rechazar la reforma en el referendo del 2 de diciembre de 2007.

A pesar de este rechazo popular, a los efectos de este estudio sobre las vicisitudes constitucionales ocurridas durante la vigencia de la Constitución de 2007, es importante analizar como testimonio histórico, las propuestas de la rechazada reforma constitucional que más afectaban la estructura y fundamentos del Estado.

II. LOS RECHAZADOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES QUE BUSCABAN CREAR DE UN ESTADO SOCIALISTA CENTRALIZADO

El Presidente de la República, durante todo el año 2007, y en particular en su «Discurso de Presentación del Anteproyecto de reforma a la Constitución ante la Asamblea Nacional» en agosto de 2007⁽¹⁴⁾, señaló con toda

⁽¹³⁾ Ello incluso fue advertido de inmediato por el Rector del Consejo Nacional Electoral, Sr. Vicente Díaz, quien el día 16-08-2007 indicó «que la propuesta presidencial para reformar el texto constitucional modifica las disposiciones fundamentales y por ello sería necesario convocar una Asamblea Constituyente para su aprobación». Véase en Unión Radio, 16 de agosto de 2007, <http://www.unionradio.com.ve/Noticias/Noticia.aspx?noticiaid=212503>.

⁽¹⁴⁾ Véase *Discurso de Orden pronunciado por el ciudadano Comandante Hugo Chávez Frías, Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela en la conmemoración del Ducentésimo Segundo Aniversario del Juramento del Libertador Simón Bolívar*

claridad que el objetivo central de la reforma que estaba proponiendo era «la construcción de la Venezuela bolivariana y socialista»⁽¹⁵⁾; es decir, como lo expresó, se trataba de una propuesta para sembrar «el socialismo en lo político y económico»⁽¹⁶⁾, lo que –dijo– no se había hecho en la Constitución de 1999. Cuando ésta se sancionó –dijo el Jefe de Estado– «no proyectábamos el socialismo como camino», agregando, que «así como el candidato Hugo Chávez repitió un millón de veces en 1998, «Vamos a Constituyente», el candidato Presidente Hugo Chávez dijo: «Vamos al Socialismo», y todo el que votó por el candidato Chávez, votó por ir al socialismo»⁽¹⁷⁾. Por ello, el Anteproyecto de Constitución que presentó ante la Asamblea Nacional, era para «la construcción del Socialismo Bolivariano, el Socialismo venezolano, nuestro Socialismo, nuestro modelo socialista»⁽¹⁸⁾, cuyo «núcleo básico e indivisible» era «la comunidad», «donde los ciudadanos y las ciudadanas comunes, tendrán el poder de construir su propia geografía y su propia historia»⁽¹⁹⁾. Y todo ello bajo la premisa de que «sólo en el socialismo será posible la verdadera democracia»⁽²⁰⁾, pero por supuesto, una «democracia» sin representación que, como lo propuso el Presidente y fue sancionado por la Asamblea Nacional en la rechazada reforma del artículo 136 de la Constitución, que decía que «no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población». Es decir, se buscaba establecer una «democracia» que no era democracia, pues en el mundo moderno no hay ni ha habido democracia sin elección de representantes.

Todas estas propuestas que fueron rechazadas por el pueblo en diciembre de 2007, las resumió el Presidente en su Discurso del 15 agosto de 2007, así:

en el Monte Sacro y el Tercer Aniversario del Referendo Aprobatorio de su mandato constitucional, Sesión especial del día Miércoles 15 de agosto de 2007, Asamblea Nacional, División de Servicio y Atención legislativa, Sección de Edición, Caracas 2007.

⁽¹⁵⁾ *Idem*, p. 4.

⁽¹⁶⁾ *Idem*, p. 33.

⁽¹⁷⁾ *Idem*, p. 4. Es decir, se pretende imponer al 56% de los votantes que no votaron por la reelección presidencial, la voluntad expresada por sólo el 46% de los votantes inscritos en el Registro Electoral que votaron por la reelección del Presidente. Según las cifras oficiales del CNE, en las elecciones de 2006, de un universo de 15.784.777 votantes inscritos en el Registro Electoral, sólo 7.309.080 votaron por el Presidente.

⁽¹⁸⁾ Véase *Discurso...* p. 34.

⁽¹⁹⁾ *Idem*, p. 32.

⁽²⁰⁾ *Idem*, p. 35. Estos conceptos se recogen igualmente en la *Exposición de Motivos* para la Reforma Constitucional, Agosto 2007, donde se expresa la necesidad de

«en el terreno político, profundizar la democracia popular bolivariana; en el terreno económico, preparar las mejores condiciones y sembrarlas para la construcción de un modelo económico productivo socialista, nuestro modelo, lo mismo en lo político la democracia socialista; en lo económico, el modelo productivo socialista; en el campo de la Administración Pública incorporar novedosas figuras para aligerar la carga, para dejar atrás el burocratismo, la corrupción, la ineficiencia administrativa, cargas pesadas del pasado, que todavía tenemos encima como rémoras, como fardos en lo político, en lo económico, en lo social»⁽²¹⁾.

Y todas estas propuestas de construcción del socialismo, además, el Presidente las vinculó al proyecto que Simón Bolívar había elaborado en plena guerra de independencia en 1819, el cual –dijo– «es perfectamente aplicable a un proyecto socialista: perfectamente se puede tomar la ideología bolivariana originaria, como elemento básico de un proyecto socialista»⁽²²⁾. Sin embargo, basta leer el «Discurso de Angostura» del Libertador Simón Bolívar, al presentar el proyecto de Constitución de 1819 en Congreso reunido en aquella ciudad (Angostura), para captar que nada de lo que allí expresó tiene que ver con proyecto socialista alguno⁽²³⁾.

En todo caso, la reforma constitucional sancionada y rechazada popularmente, tocaba las bases fundamentales del Estado, en particular, en relación con la ampliación constitucional de la llamada «doctrina bolivariana»; con la sustitución del Estado democrático y social de derecho por el Estado Socialista; con la eliminación de la descentralización como política de Estado supuestamente en aras de la participación política, la cual por otra parte se limitaba.

«ruptura del modelo capitalista burgués» (p. 1), de desmontar la superestructura que le da soporte a la producción capitalista» (p. 2); de «dejar atrás la democracia representativa para consolidar la democracia participativa y protagónica» (p. 2); de «crear un enfoque socialista nuevo» (p. 2) y «construir la vía venezolana al socialismo» (p. 3); de producir «el reordenamiento socialista de la geopolítica de la Nación» (p. 8); de la «construcción de un modelo de sociedad colectivista» y «el Estado sometido al poder popular» (p. 11); de «extender la revolución para que Venezuela sea una República socialista, bolivariana», y para «construir la vía venezolana al socialismo; construir el socialismo venezolano como único camino a la redención de nuestro pueblo» (p. 19).

(21) Idem, p. 74.

(22) Idem, p. 42.

(23) Véase Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales*, Caracas, 1982. Véase también, Pedro Grases (Ed.), *El Libertador y la Constitución de Angostura de 1819*, Caracas, 1969; y José Rodríguez Iturbe (Ed.), *Actas del Congreso de Angostura*, Caracas, 1969.

1. El rechazo a la propuesta de establecer una «doctrina bolivariana» como doctrina del Estado socialista

Una de las innovaciones de la Constitución de 1999, fue sin duda el cambio de la denominación de la República de Venezuela por el de «República Bolivariana de Venezuela» (art. 1), que nada tenía que ver con Simón Bolívar y su pensamiento, y ni siquiera con la idea de construcción del socialismo –pues incluso, como lo dijo el Presidente en su discurso del 15 de agosto de 2007, en ese momento no estaba planteado–⁽²⁴⁾, habiendo obedecido en su momento a una motivación político partidaria, partisanista o partidista⁽²⁵⁾, vinculada al partido «bolivariano» que no se podía utilizar.⁽²⁶⁾

En 2007, todo ello cambió, de manera que al formular su propuesta de reforma constitucional, el Presidente de la República buscó identificar la doctrina bolivariana con otra cosa distinta al pensamiento del Libertador, como fue el modelo socialista de sociedad y Estado, y el «bolivarianismo» como su ideología política. Por ello se propuso denominar a todos los componentes de la Fuerza Armada como «bolivariana» (art. 156,8; 236,6; 328 y 329), a la cual se le asignaba el cumplimiento de su misión de defensa que debía realizar «mediante el estudio, planificación y ejecución de la doctrina militar bolivariana».

Además, en la reforma al artículo 103 de la Constitución, se buscaba completar el concepto de vinculación de lo bolivariano con el socialismo, al disponerse que la inversión prioritaria que debe realizar el Estado en materia educativa, debía ser «de acuerdo a los principios humanísticos del socialismo bolivariano, y tomando en cuenta las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas».

2. El rechazo a la propuesta de sustituir el Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia por el Estado Socialista

El artículo 2 de la Constitución de 1999 define a Venezuela como un Estado democrático y social de derecho y de justicia, precisamente para

(24) Véase *Discurso...*, citado *supra*, nota 16, p. 4.

(25) Véase lo que expusimos en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 1999, pp. 44 ss.

(26) De acuerdo con la Ley de Partidos Políticos, *Gaceta Oficial* N° 27.725, de 30-04-1965, los partidos políticos no pueden usar los nombres de los próceres ni los símbolos de la patria. La organización política que el Presidente había formado antes de la campaña presidencial de 1998, se llamó el Movimiento Bolivariano 2000, nombre que no podía ser usado. Por ello, el partido político que fundó se denominó Movimiento V República.

diseñar un Estado no socialista, es decir, contrario al Estado Socialista que se pretendió crear con la rechazada reforma constitucional.

Ello resultaba de la propuesta de reforma que se pretendía respecto del artículo 16, donde se buscaba crear las comunas y comunidades como «el núcleo territorial básico e indivisible del Estado Socialista Venezolano»; del artículo 70, donde al definirse los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio directo de su soberanía mediante todo tipo de consejos, se pretendía indicar que era «para la construcción del socialismo», haciéndose mención a las diversas asociaciones «constituidas para desarrollar los valores de la mutua cooperación y la solidaridad socialista»; del artículo 112 donde se proponía indicar, en relación con el modelo económico del Estado, que era para crear «las mejores condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una economía socialista»; del artículo 113 en el cual se buscaba indicar la necesidad de la constitución de «empresas mixtas o unidades de producción socialistas»; del artículo 158, del que se buscaba eliminar toda mención a la descentralización como política nacional, y definir como política nacional, «la participación protagónica del pueblo, restituyéndole el poder y creando las mejores condiciones para la construcción de una democracia socialista»; del artículo 168 relativo al Municipio, en el que se buscaba precisar la necesidad de incorporar «la participación ciudadana a través de los Consejos del Poder Popular y de los medios de producción socialista»; del artículo 184 en el que se buscaba orientar la descentralización de Estados y Municipios para permitir «la construcción de la economía socialista»; del artículo 299, relativo al régimen socioeconómico de la República, en el que se pretendía indicar que se debía fundamentar «en los principios socialistas»; del artículo 300 relativo a la creación de empresas públicas, que se pretendía orientar sólo «para la promoción y realización de los fines de la economía socialista»; del artículo 318, sobre el sistema monetario nacional en el cual se pretendía indicar que debía «propender al logro de los fines esenciales del Estado Socialista», todo de acuerdo con el Plan de Desarrollo Integral de la Nación cuyo objetivo, se pretendía indicar que era «para alcanzar los objetivos superiores del Estado Socialista»; y del artículo 321 sobre el régimen de las reservas internacionales, respecto de las cuales los fondos que se pretendía regular, se buscaba declarar que fueran sólo para «el desarrollo integral, endógeno, humanista y socialista de la Nación».

3. El rechazo a la propuesta de eliminar la descentralización como política de Estado

La Constitución de 1999 en su artículo 4 no sólo precisó que «La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución»; sino que definió a la des-

centralización como política de Estado (arts. 16, 84, 166, 184, 185, 269, 272, 285, 300) para «profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales» (art. 158).

Todo esto se buscaba eliminar en la rechazada reforma constitucional de 2007, en la cual siguiendo la orientación de la práctica política centralista de los últimos años, definitivamente se buscaba centralizar completamente el Estado, eliminándose todo vestigio de descentralización como organización y política pública, de autonomía territorial y de democracia representativa a nivel local, es decir, de la unidad política primaria en el territorio, lo que tocaba otro aspecto fundamental y medular del Estado venezolano, que es la forma federal. Con la rechazada reforma constitucional, en efecto, se buscaba formular una supuesta «nueva geometría del poder» donde no había ni podía haber autonomías, con la propuesta de creación de nuevas instancias territoriales, todas sometidas al poder central, mediante las cuales el Poder Popular supuestamente iba a desarrollar «formas de agregación comunitaria política territorial» que constituirían formas de autogobierno, pero sin democracia representativa alguna, sino sólo como «expresión de democracia directa» (art. 16). Con ello se buscaba, como lo dijo el Presidente de la república, «el desarrollo de lo que nosotros entendemos por descentralización, porque el concepto cuartorepublicano de descentralización es muy distinto al concepto que nosotros debemos manejar. Por eso, incluimos aquí la participación protagónica, la transferencia del poder y crear las mejores condiciones para la construcción de la democracia socialista»⁽²⁷⁾.

4. El rechazo a la propuesta de eliminar la democracia representativa a nivel local

De acuerdo con el artículo 5º de la Constitución de 1999, se definió a la democracia conforme a la representatividad política, es decir, la democracia indirecta (democracia representativa) conforme a la cual todos los órganos del Poder Público tienen que tener su origen en elección popular, la cual se complementó con la posibilidad de su ejercicio directo. La democracia, por tanto, para ser tal, tiene que ser representativa, mediante la elección de cargos públicos (art. 70), a través de votaciones libres, universales, directas y secretas (art. 63). Por ello, en la Constitución no existe ni

⁽²⁷⁾ Véase *Discurso...*, citado *supra*, nota 16.

puede existir democracia que no sea representativa, siendo de la esencia del régimen político democrático la idea de que el pueblo, titular de la soberanía, no la ejerce directamente, sino a través de representantes.

Esa democracia representativa, por supuesto, no se opone a democracia participativa; pero en forma laguna esta puede pretender sustituir a aquella. La democracia, para que sea participativa, además de esencialmente representativa, lo que tiene es que permitir al ciudadano participar en los asuntos públicos, teniendo acceso al poder lo que puede ocurrir sólo cuando lo tiene cerca. Ello implica necesariamente un bien arraigado y desarrollado sistema de gobierno local, en cada lugar, asentamiento urbano o rural, que goce de autonomía política, lo que sólo puede estar basado en la descentralización política, es decir, en la creación de entidades políticas autónomas que permitan el autogobierno local. En ese sentido, participar es sólo posible cuando mediante la descentralización, se crean autoridades locales en los niveles territoriales más pequeños, lo que implica desparramar el poder.

Este sistema democrático es contrario a la concentración del Poder y al centralismo que es lo que se buscaba encubrir con el rechazado proyecto de reforma constitucional, que estaba destinado a la construcción del socialismo, de una sociedad colectivista y de supuesta «participación protagónica»⁽²⁸⁾, eliminando de la Constitución toda referencia a la descentralización política, y por tanto, de efectiva posibilidad de participación, y además, la sustitución de la democracia representativa por una supuesta «democracia participativa». Para ello, lo que se buscaba era acabar con la propia democracia como régimen político, tratando de sustituirla por un régimen autoritario, centralizador y concentrador del Poder que hubiera impedido la real participación política, al no existir entidades locales autónomas, y depender los consejos comunales de la cúspide del poder ejecutivo nacional. Ello se pretendía lograr con la eliminación de los

⁽²⁸⁾ En la *Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma Constitucional* presentado por el Presidente de la República en agosto 2007, se lee que el Poder Popular «es la más alta expresión del pueblo para la toma de decisiones en todos sus ámbitos (político, económico, social, ambiental, organizativo, internacional y otros) para el ejercicio pleno de su soberanía. Es el poder constituyente en movimiento y acción permanente en la construcción de un modelo de sociedad colectivista de equidad y de justicia. Es el poder del pueblo organizado, en las más diversas y disímiles formas de participación, al cual está sometido el poder constituido. No se trata del poder del Estado, es el Estado sometido al poder popular. Es el pueblo organizado y organizando las instancias de poder que decide las pautas del orden y metabolismo social y no el pueblo sometido a los partidos políticos, a los grupos de intereses económicos o a una particularidad determinada», *cit*, p 11.

entes territoriales descentralizados políticamente, sin las cuales no puede haber efectivamente democracia participativa, y la creación en su lugar de consejos del poder popular que no pasan de ser una simple manifestación de movilización controlada desde el Poder Central. Ello es lo que ha ocurrido, precisamente, con los Consejos Comunales creados por Ley en 2006⁽²⁹⁾, cuyos miembros no son electos mediante sufragio sino designados por Asambleas de ciudadanos controladas por el propio Poder Ejecutivo Nacional. Ello era lo que con la rechazada reforma constitucional, se pretendía consolidar en el texto fundamental, al proponerse una «nueva geometría del poder» en la cual se sustituía a los Municipios, por las comunidades, como el «núcleo territorial básico e indivisible del Estado Socialista Venezolano», que debían agrupar a las comunas (socialistas)⁽³⁰⁾ como «células sociales del territorio», las cuales se debían agrupar en ciudades que eran las que se pretendía concebir como «la unidad política primaria de la organización territorial nacional». En la rechazada reforma constitucional se buscaba establecer en forma expresa que los integrantes de los diversos Consejos del Poder Popular no nacían «del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población».

Con ello, en definitiva, en nombre de una «democracia participativa y protagónica», lo que se buscaba era poner fin en Venezuela a la democracia representativa a nivel local, y con ello, de todo vestigio de autonomía política territorial que es la esencia de la descentralización.

III. LOS RECHAZADOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES QUE BUSCABAN RESTRINGIR EL DERECHO CIUDADANO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

1. El rechazo a la propuesta de reducir el derecho a la participación política sólo para la ejecución de la ideología socialista

Conforme al artículo 62 de la Constitución de 1999 todos tienen el derecho «de *participar libremente* en los asuntos públicos, directamente o

⁽²⁹⁾ Véase los comentarios sobre ello en Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 75 y ss.

⁽³⁰⁾ En la *Exposición de Motivos* del Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Presidente de la República en agosto 2007, a las comunas se las califica como «comunas socialistas», y se la define como «Es un conglomerado social de varias comunidades que

por medio de sus representantes elegidos o elegidas», refiriéndose a «la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública» como «el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo», a través de los mecanismos de participación enumerados en el artículo 70.

Con la rechazada reforma constitucional, dichos medios de participación política, entre los cuales se proponía incluir a los Consejos del Poder Popular, perdían su carácter libre y se buscaba que quedaran reducidos al único propósito de «la construcción del socialismo», de manera que quien no quisiera construir socialismo alguno, hubiera quedado excluido del derecho a la participación política, que sólo estaba destinado a desarrollar los valores de «la solidaridad socialista» y no era libre como indica el artículo 62.

Por otra parte, en sustitución del concepto amplio de participación ciudadana que establece el artículo 168 de la Constitución y que deben desarrollar los Municipios, con la rechazada reforma constitucional se pretendía establecer la obligación de los Municipios de «incorporar, dentro del ámbito de sus competencias, la participación ciudadana a través de los Consejos del Poder Popular y de los medios de producción socialista», eliminándose toda posibilidad de otras formas de participación, la cual dejaba de ser libre.

2. El rechazo a la propuesta de eliminar la participación de los representantes de la sociedad civil en la postulación de altos funcionarios del Estado

El proyecto de reforma constitucional de 2007, por otra parte, buscaba eliminar las formas de participación política de la sociedad civil en los asuntos públicos que directamente establece la Constitución de 1999, para la postulación de los candidatos a los cargos de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, de Miembros del Consejo Nacional Electoral, del Defensor del Pueblo, del Contralor General de la República y del Fiscal General de la República. Esa postulación debe hacerse ante la Asamblea Nacional por sendos Comités de Postulaciones que necesariamente debían estar integrados por «representantes de los diferentes sectores de la sociedad» (arts. 264, 279, 295).

poseen una memoria histórica compartida, usos, costumbres y rasgos culturales que los identifican, con intereses comunes, agrupadas entre sí con fines político-administrativos, que persiguen un modelo de sociedad colectiva de equidad y de justicia», cit., p. 12.

Estas previsiones de la Constitución de 1999 han sido distorsionadas por la práctica política y legislativa desarrollada desde que se sancionó la propia Constitución, tanto por parte de la entonces Asamblea Nacional Constituyente (1999) como luego por la Asamblea Nacional (2000), que fueron convirtiendo dichos Comités de Postulaciones en violación de la Constitución, en simples Comisiones parlamentarias ampliadas (2002-2007), limitando el derecho a la participación política de la sociedad civil⁽³¹⁾. Esa tendencia es la que se buscaba constitucionalizar con el rechazado proyecto de reforma constitucional, al buscarse regular los Comités de Postulaciones para la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y de los titulares de los órganos del Poder Electoral y del Poder Ciudadano, en los cuales se pretendía eliminar su integración exclusiva por representantes de los diversos sectores de la sociedad, y pasando a estar integrados mayoritariamente por diputados, representantes del Poder Popular, en fin, por funcionarios del Estado (arts. 264, 295, 279).

3. El rechazo a la propuesta de limitar al derecho a la participación política mediante referendos

Con la rechazada propuesta constitucional, por otra parte, se buscaba restringir los mecanismos de democracia directa establecidos en la Constitución, particularmente en relación con los referendos consultivo, el referendo revocatorio, el referendo aprobatorio, y el referendo abrogatorio (art. 71 a 74). Respecto de todos ellos, en efecto, la rechazada propuesta de reforma constitucional pretendía elevar el porcentaje de firmas necesarias para que pudieran ser iniciados por iniciativa popular, es decir, hacer más dificultosa dicha iniciativa; y además, buscaba aumentar el porcentaje de votos necesarios para que los referendos pudieran tener efectos. En particular, respecto del referendo revocatorio, con el rechazado proyecto de reforma constitucional se buscaba hacerlo menos participativo y más dificultoso, al buscarse establecer, en primer lugar, en vez de que la solicitud de convocatoria del mismo correspondiera directamente, como un derecho popular, a un número no menor del 20 % de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción, que lo que hubiera podido hacerse era «solicitar al Consejo Nacional Electoral la activación del mecanismo para que los electores y electoras inscritos e inscritas en la correspondiente circunscripción del Registro Electoral, en un número no menor del treinta por ciento, soliciten la convocatoria de un referendo para revo-

(31) Véase Allan R. Brewer-Carías, «La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas», en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, N° 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95.

car su mandato», distorsionado la iniciativa popular; en segundo lugar, en lugar de exigirse que sólo concurren al referendo un número de electores igual o superior al 25% de los electores inscritos para que se considere válido el referendo, con la rechazada reforma constitucional se buscaba que concurren al referendo el 40% de los electores inscritos; y en tercer lugar, adicionalmente a la exigencia de que se considerase revocado el mandato cuando voten a favor de la revocatoria «igual o mayor número de electores que eligieron al funcionario», con la reforma constitucional que ha sido rechazada popularmente, se buscaba exigir que «sea mayor el total de votos a favor que el total de votos en contra», así hubieran votado por la revocatoria más electores que los que eligieron al funcionario, con lo cual se perseguía distorsionar el referendo revocatorio y transformarlo en un «referendo ratificatorio».

4. El rechazo a la propuesta de limitar el derecho a la participación política en materia de revisión de la Constitución

En la Constitución de 1999 se establecen tres mecanismos institucionales para la revisión constitucional que se distinguen según la intensidad de las transformaciones que se proponen, y que son las Enmiendas constitucionales, las Reformas Constitucionales y la Asamblea Nacional Constituyente. En todos los casos, la Constitución ha previsto la iniciativa popular de las propuestas de cambios constitucionales, mediante la fijación de un porcentaje de ciudadanos que oscila entre el 15 y el 30% de los inscritos en el registro Electoral.

En la rechazada reforma constitucional, se hacía más difícil la iniciativa popular al proponerse en todos los casos, aumentar el porcentaje de ciudadanos que podían presentarla, y además, se buscaba hacer más dificultoso el proceso de modificación constitucional, al buscarse también aumentar el porcentaje de electores que debían concurrir a los referendos y de votos que se necesitan para aprobar los proyectos en los referendos (arts. 341 y ss).

IV. LOS RECHAZADOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES QUE BUSCABAN DESMANTELAR LA FEDERACIÓN Y CENTRALIZAR TOTALMENTE AL ESTADO

1. El rechazo a la propuesta de establecer una supuesta «nueva geometría del poder»

La forma del Estado venezolano ha sido siempre formalmente la de una Federación, en la cual el Poder Público está distribuido en el territorio entre entidades políticas territoriales autónomas en tres niveles: el nivel

nacional (República), el nivel estatal (Estados) y el nivel municipal (Municipios), cuyas respectivas autonomías garantiza la propia Constitución. Con la rechazada reforma constitucional de 2007, si bien no se eliminaba expresamente la palabra «federación», o la forma «federal» del Estado, la misma se vaciaba totalmente de contenido.

En particular, en cuanto a los Estados y Municipios sobre cuya concepción se monta el sistema federal, con la reforma que se pretendía hacer al artículo 16, desaparecía la garantía constitucional de la autonomía municipal y el principio de la descentralización político administrativa que establece la Constitución de 1999 como condición esencial de la división territorial.

En particular, en relación con los Municipios, con la rechazada reforma constitucional se buscaba quitarles el carácter de unidad política primaria que el artículo 168 de la Constitución de 1999 les garantiza, y en su lugar se proponía establecer a «la ciudad» como la unidad política primaria de la organización territorial nacional, entendida como «todo asentamiento poblacional dentro del municipio, e integrada por áreas o extensiones geográficas denominadas comunas». Además, se buscaba definir a estas comunas, como las células sociales del territorio conformadas por las «comunidades», cada una de las cuales se proponía que constituyera «el núcleo territorial básico e indivisible del Estado Socialista Venezolano, donde los ciudadanos y las ciudadanas tendrán el poder para construir su propia geografía y su propia historia». En la rechazada propuesta de reforma constitucional, también se proponía crear la figura de la Ciudad Comunal que debía constituirse cuando en la totalidad de su perímetro, se hubieran establecido las comunidades organizadas, las comunas y el autogobierno comunal, pero asignándose su creación al Presidente de la República en Consejo de Ministros.

A partir de este esquema inicial, en el artículo 16 del proyecto de la rechazado de reforma constitucional, se buscaba cambiar radicalmente la división política del territorio nacional en «entidades políticas» (Estados, Distrito Capital, dependencias federales, territorios federales y Municipios y otras entidades locales) que conforme a la Constitución gozan esencialmente de autonomía política territorial, y deben tener un gobierno «electivo» (art. 6); por una «conformación» del territorio nacional a los fines político-territoriales y de acuerdo con una «nueva geometría del poder», por un Distrito Federal, por los estados, las regiones marítimas, los territorios federales, los municipios federales y los distritos insulares». En ese esquema, se proponía eliminar la exigencia constitucional de que todo el

territorio se nacional se debe organizar en municipios, por la previsión de que sólo «los Estados se organizan en municipios» (art. 16), los que por tanto se buscaba que desaparecieran, si una parte del territorio se convertía en alguna de las «nuevas» entidades. Por ello es que precisamente, se buscaba que el Municipio desapareciera como unidad política primaria en la organización nacional.

Lo más notorio de la rechazada reforma constitucional es que mediante la misma, se buscaba autorizar al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, para que «previo acuerdo aprobado por la mayoría simple de los diputados y diputadas de la Asamblea Nacional», pudiera «decretar regiones marítimas, territorios federales, municipios federales, distritos insulares, provincias federales, ciudades federales y distritos funcionales, así como cualquier otra entidad que establezca esta Constitución y la Ley», con lo que materialmente, la totalidad de la división político territorial de la República se pretendía que dejara de ser una materia de rango constitucional y pasara a ser una materia ni siquiera de regulación legislativa, sino solamente ejecutiva. En fin, lo que se pretendía con la rechazada reforma constitucional era la total centralización del poder, lo que se confirma mediante la asignación que se pretendía hacer al Presidente de la República para designar y remover «las autoridades respectivas» de dichas entidades que hubieran quedado sujetas completamente al Poder Central.

2. El rechazo a la propuesta de restablecer el Distrito Federal sin autonomía política ni gobierno democrático local

En cuanto al régimen político de la ciudad capital, Caracas, La Constitución de 1999 aseguró definitivamente un régimen de gobierno local descentralizado y democrático, en el cual se debe garantizar la autonomía municipal y la participación política de las diversas entidades que componen la ciudad. De allí el esfuerzo por establecer un gobierno metropolitano a dos niveles, para asegurar por una parte, el gobierno global (metropolitano) de la ciudad y por la otra, asegurar el gobierno local. En esta forma en 1999 se eliminó la figura territorial del «Distrito Federal» que había quedado como vestigio decimonónico del esquema tradicional de las federaciones, en el cual la ciudad capital carece de autogobierno.

Con la rechazada reforma constitucional de 2007, lo que se pretendía era volver al mismo esquema del siglo XIX, ya superado en todas las capitales de todas las Federaciones del mundo, de restablecer un Distrito Federal sin garantía alguna de la autonomía municipal o territorial, ni del carácter democrático y participativo de su gobierno, cuyas autoridades se

pretendía que quedaran totalmente sujetas y controladas por el Poder Nacional, y en particular, por el Presidente de la república a quien se buscaba atribuir la designación y remoción de sus autoridades.

Además, en la propuesta de reforma constitucional rechazada por el pueblo, se pretendía «nacionalizar» totalmente las competencias públicas respecto de todos los asuntos que concernieran a la ciudad capital, mediante la propuesta de asignar al «Poder Nacional por intermedio del Poder Ejecutivo» (con la colaboración y participación de todos los entes del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal, así como del Poder Popular) disponer «todo lo necesario para el reordenamiento urbano, reestructuración vial, recuperación ambiental, logros de niveles óptimos de seguridad personal y pública, fortalecimiento integral de la infraestructura del hábitat de las comunidades, sistemas de salud, educación, cultura, deporte y recreación, recuperación total de su casco y sitios históricos, construcción de un sistema de pequeñas y medianas ciudades a lo largo de sus ejes territoriales de expansión». Es decir, todo lo que es propio de los gobiernos locales, se pretendía asignar al Ejecutivo Nacional.

3. El rechazo a la propuesta de establecer un «Poder Popular» en la distribución vertical del Poder Público

Con la rechazada propuesta de reforma constitucional, se buscaba agregar a la distribución vertical del Poder Público entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional (art. 136), a un denominado Poder Popular, que se pretendía concebir como el medio para que supuestamente «el pueblo» como el depositario de la soberanía, la ejerciera «directamente», pero con la advertencia expresa de que dicho Poder Popular «no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población», sino mediante la constitución de comunidades, comunas y el autogobierno de las ciudades, a través de toda suerte de consejos comunales y de otra índole.

Se pretendía, así, agregar como un Poder Público más en el territorio, al Poder Popular, cuyos voceros, por ejemplo, con la rechazada reforma constitucional se pretendía que también formaran parte de los Comités de Postulaciones y Evaluaciones para la escogencia de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, los titulares del Poder Ciudadano y los miembros del Consejo Nacional Electoral (arts. 264, 279 y 295).

4. El rechazo a la propuesta de «nacionalización» de las competencias en el Poder Público

Con la rechazada reforma constitucional, además, se buscaba trastocar la distribución de competencias públicas prevista en la Constitución entre los tres niveles territoriales de gobierno (nacional, estatal y municipal), de manera de centralizar materialmente todas las competencias del Poder Público en el nivel nacional (arts. 156, 164), vaciándose de competencias a los Estados y obligándose a los Municipios a transferir sus competencias a los Consejos Comunales, con lo que en definitiva hubieran quedado como entequiras vacías.

Pero entre las materias que con el rechazado proyecto de reforma constitucional se pretendía asignar al Poder Nacional, estaba la que se pretendía incorporar al artículo 156,10, para «la ordenación y gestión del territorio y el régimen territorial del Distrito Federal, los Estados, los Municipios, las Dependencias Federales y demás entidades regionales»; y en el Artículo 156,11, para «la creación, supresión, ordenación y gestión de provincias federales, regiones estratégicas de defensa, territorios federales, municipios federales, ciudades federales y comunales, distritos funcionales, regiones marítimas y distritos insulares». En esta forma, se pretendía con la reforma rechazada que los Estados y Municipios dejaran de ser «entidades políticas» perdiendo efectiva autonomía, y pasaran a depender totalmente del Poder Nacional, como órganos sin autonomía alguna, es decir, como administraciones periféricas del Poder Central sometidas a la ordenación y gestión que establezca el Poder Nacional. Por ello también se buscaba reformar el artículo 164,2 de la Constitución, para establecer que los Estados tuvieran competencia para ejercer «la coordinación de sus municipios y demás entidades locales», lo que también hubiera implicado la eliminación de la autonomía municipal.

La centralización de todas las competencias del Poder Público en el nivel nacional llegaba a tal extremo en la rechazada reforma constitucional que con la misma se pretendía eliminar formalmente la tradicional competencia residual de los Estados (art. 164,11) —que existe en todas las federaciones del mundo—, respecto de toda otra competencia no asignada expresamente a los otros niveles de gobierno (nacional y municipal), y en cambio, establecer dicha competencia residual a favor del Poder nacional (art. 156,36), dejando a los Estados, sólo y exclusivamente, competencia en «todo lo que le atribuya esta Constitución o ley nacional» (art. 164,10).

5. El rechazo a la propuesta de limitar la autonomía municipal y de eliminar las parroquias como entidades locales

De acuerdo con el artículo 168 de la Constitución de 1999, la autonomía municipal respecto de los otros niveles de gobierno (nacional y estatal), está garantizada al disponer que sus actos «no pueden ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y la ley»; lo que implica que pueden ser revisados, en forma alguna, por los órganos del Poder Nacional ni de los Estados. Con el rechazada proyecto de reforma constitucional de 2007, se buscaba eliminar de este artículo no sólo la característica del Municipio de ser la unidad política primaria de la organización nacional, lo que se pretendía atribuir a la ciudad (art. 16), sino la mencionada autonomía jurídica e institucional de los Municipios, lo que hubiera permitido que sus actos hubieran podido ser impugnados y revisados por los otros órganos administrativos de los Estados, o del poder ejecutivo u otro ente.

El rechazado proyecto de reforma constitucional, además, pretendía eliminar del artículo 173 de la Constitución toda referencia a la existencia de las «parroquias» como entidades locales.

V. LOS RECHAZADOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES EN LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL PODER NACIONAL

1. El rechazo a la propuesta de reforma para acentuar el presidencialismo

Con la rechazada reforma constitucional se pretendía acentuar el presidencialismo y la concentración del poder, por una parte, mediante el establecimiento de la posibilidad de reelección indefinida del Presidente de la República y el aumento del período constitucional del Presidente de 6 a 7 años (art. 230); y por la otra, mediante la ampliación de las competencias asignadas al Presidente de la República (art. 236).

En este último aspecto, lo que ha sido rechazado en el referéndum del 2 de diciembre de 2007 por voluntad del poder constituyente originario, fueron las propuestas de atribuir al Presidente de la República diversas nuevas competencias, entre las cuales destacan:

1. Para resolver en materia de «la ordenación y gestión del territorio», y el «régimen territorial del Distrito Federal, los estados, los municipios, dependencias federales y demás entidades regionales, de acuerdo con la ley nacional» (art. 236,3), con lo que hubiera desaparecido

todo vestigio de autonomía y división territorial, ya que dicha materia ni siquiera hubiera sido competencia del legislador, sino del Poder Ejecutivo.

2. Para «crear o suprimir las provincias federales, territorios federales, ciudades federales, distritos funcionales, municipios federales, regiones marítimas y distritos insulares, según lo establecido en esta Constitución, designar y remover sus autoridades, conforme a la ley, asimismo podrá crear ciudades comunales de acuerdo con esta Constitución»(art. 236,4), con lo cual se buscaba dejar en todo lo que concernía al territorio y su división en manos del Jefe de Estado.
3. Para «formular el Plan Nacional de Desarrollo y dirigir su ejecución» (art. 236,20), eliminándose la necesaria aprobación por parte de la Asamblea Nacional en relación con la formulación y ejecución del Plan Nacional de desarrollo que dispone la Constitución (art. 236, 18).
4. Para «decretar la suspensión o restricción de garantías» en casos de que declare estados de excepción (art. 236,9), cuando en el artículo 236,7 de la Constitución sólo se autoriza al Presidente a «restringir» garantías, perno nunca a «suspenderlas». Esta atribución se buscaba ratificar, además, en la reforma propuesta y rechazada respecto del artículo 337 de la Constitución, con la que se buscaba ampliar los poderes presidenciales en los estados de excepción (art. 338 y 339).
5. Para administrar «las reservas internacionales, así como el establecimiento y regulación de la política monetaria, en coordinación con el Banco Central de Venezuela» (236,13).
6. Para «decretar Regiones Estratégicas de Defensa a fin de garantizar la soberanía, la seguridad y defensa en cualquier parte del territorio y espacios geográficos de la República»; para «decretar autoridades especiales en situaciones de contingencia, desastres o cualquier otra que requiera la intervención inmediata y estratégica del Estado» (art. 11); para crear por decreto las ciudades comunales (art. 16); para «decretar regiones marítimas, territorios federales, municipios federales, distritos insulares, provincias federales, ciudades federales y distritos funcionales, así como cualquier otra entidad que establezca esta Constitución y la ley»(art. 16); y para designar y remover las autoridades respectivas de las regiones marítimas, territorios federales, Distrito Federal, municipios federales, distritos insulares, provincias federales, ciudades federales y distritos funcionales, así como cualquier otra entidad que establezca esta Constitución y la ley»(art. 16).

2. El rechazo a la propuesta de reforma para acentuar la concentración del poder

Con la rechazada reforma constitucional de 2007, además de haberse pretendido acentuar el centralismo y el presidencialismo, también se pretendía acentuar la concentración del poder, particularmente en la Asamblea Nacional, y mediante el dominio que sobre la misma ejerce el Presidente de la República, en definitiva en manos de este.

En tal sentido en la rechazada propuesta de reforma constitucional se pretendía reformar el sistema tanto para la selección de los titulares de los Poderes Judicial, Ciudadano y Electoral como para su remoción por la Asamblea Nacional.

A tal efecto, como se destacó anteriormente, con la rechazada reforma constitucional se pretendía cambiar radicalmente la conformación de los Comité de Postulaciones Judiciales (arts. 264, 279, 292), para convertirlos materialmente en Comisiones parlamentarias eliminando la exigencia de la Constitución de que deben estar integrados solamente por representantes de los diversos sectores de la sociedad, precisamente para neutralizar las componendas políticas de la Asamblea en dichas designaciones; y se buscaba además, eliminar el principio de la mayoría calificada de dos terceras partes para la designación de dichos altos funcionarios (art. 279).

Pero además, con la rechazada reforma constitucional se pretendía establecer en general, la posibilidad de que los titulares de los Poderes Judicial (Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia), Ciudadano (Contralor General de la República, Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo) y Electoral (rectores del Consejo Nacional Electoral) pudieran ser removidos de sus cargos por la Asamblea Nacional mediante la mayoría de votos de los diputados, eliminándose la mayoría calificada de las dos terceras partes que establece la Constitución (art. 265, 279, 292).

3. El rechazo a la propuesta de reforma para acentuar el militarismo

En la rechazada reforma constitucional, se buscaba cambiar la denominación de la Fuerza Armada y de sus componentes para calificarlas de «bolivarianas» (art. 156,8; 236,6; 328 y 329) y, además, se buscaba eliminar la previsión constitucional de que la Fuerza Armada es una «institución esencialmente profesional, sin militancia política», y en su lugar se pretendía establecer que la misma constituía «un cuerpo esencialmente patriótico, popular y antiimperialista». Con ello, hubiera desaparecido la institución militar como institución profesional y la prohibición de que la misma

no tuviera militancia política, buscándosela definir en cambio como «patriótico popular y antiimperialista», lo que hubiera abierto el camino constitucional para la integración de la Fuerza Armada Bolivariana en el partido político de su Comandante en Jefe, quien ejerce la Suprema Autoridad Jerárquica en todos sus Cuerpos, Componentes y Unidades, tal como se buscaba disponer en la reforma del artículo 236,6 de la Constitución.

Por otra parte, con la reforma constitucional que ha sido rechazada popularmente, en lugar de establecerse que los objetivos de las Fuerzas Armadas deben lograrse «mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional», se pretendía establecer que se debían lograr «mediante el estudio, planificación y ejecución de la doctrina militar bolivariana, la aplicación de los principios de la defensa integral y la guerra popular de resistencia, la cooperación en tareas de mantenimiento de la seguridad ciudadana y del orden interno, así como la participación activa en planes para el desarrollo económico, social, científico y tecnológico de la Nación». Se buscaba así incorporar, la «doctrina militar bolivariana», como elemento esencial de la actuación de la Fuerza Armada, que era lo mismo que doctrina militar socialista, dada la vinculación que la rechazada reforma constitucional hacía entre «socialismo» y «bolivarianismo»; y se buscaba incorporar en la Constitución elementos de guerrilla como «la guerra popular de resistencia», convirtiéndose a la Fuerza Armada en una organización de policía nacional, al buscar atribuirle competencia en materia de mantenimiento de la seguridad ciudadana y del orden interno.

Adicionalmente, con la rechazada reforma constitucional, en lugar de establecerse como lo prevé la Constitución, que en el cumplimiento de sus funciones, la Fuerza Armada «está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna», esta previsión se buscaba sustituirla por otra donde se pretendía indicar que en «el cumplimiento de su función, estará siempre al servicio del pueblo venezolano en defensa de sus sagrados intereses y en ningún caso al de oligarquía alguna o poder imperial extranjero», eliminándose la prohibición de que la Fuerza Armada pueda estar al servicio de persona o parcialidad política alguna. Con ello se buscaba abrir el camino constitucional para la integración de la Fuerza Armada en el partido político de su Comandante en Jefe, quien ejerce la Suprema Autoridad Jerárquica en todos sus Cuerpos, Componentes y Unidades (art. 236,6), quien la podía poner a su servicio o al servicio del partido del gobierno.

Con estas rechazadas reformas, se buscaba acentuar el carácter político de la Fuerza Armada y el militarismo del Estado, que la propia Constitución de 1999 ya había iniciado, al desaparecer del texto constitucional

«el carácter apolítico y no deliberante» de la Fuerza Armada que establecía el artículo 132 de la Constitución de 1961; la obligación esencial que tenía la Fuerza Armada Nacional conforme a ese mismo artículo, de asegurar «la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y las leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación»; la tradicional prohibición de que la autoridad militar y la civil no podían ejercerse simultáneamente que establecía el artículo 131 de la Constitución de 1961; y el control por parte de la Asamblea Nacional respecto de los ascensos de los militares de alta graduación (art. 331, C. 1961).

VI. LOS RECHAZADOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Uno de los componentes normativos esenciales de toda Constitución contemporánea, es la llamada *Constitución Económica* que deriva de los principios constitucionales que guían el régimen de las relaciones económicas y el papel que, en las mismas, corresponde a la iniciativa privada y al propio Estado, y que conforme al constitucionalismo desarrollado desde mitades del siglo pasado, está montada sobre un modelo económico de economía mixta, basado en el principio de la libertad como opuesto al de economía dirigida, similar al que existe en todos los países occidentales. Este sistema económico, por tanto, se fundamenta en la libertad económica, la iniciativa privada y la libre competencia, pero con la participación del Estado como promotor del desarrollo económico, regulador de la actividad económica, y planificador con la participación de la sociedad civil.

Conforme a esa orientación, la Constitución de 1999 establece un sistema económico de economía mixta, es decir, de economía social de mercado que se fundamenta en la libertad económica, pero que debe desenvolverse conforme a principios de justicia social, que requiere de la intervención del Estado. Ese régimen socioeconómico, conforme al artículo 299 de la Constitución de 1999, se fundamenta en los siguientes principios: justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. Por ello, el mismo artículo constitucional dispone expresamente que el Estado, «conjuntamente con la iniciativa privada», debe promover «el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la

seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia, equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta».

Como lo precisó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 117 de 6 de febrero de 2001, se trata de «un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en el que el Estado funge como simple programador de la economía, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como el «empresario mayor»)», conforme al cual, el texto constitucional promueve «expresamente la actividad económica conjunta del Estado y de la iniciativa privada en la persecución y concreción de los valores supremos consagrados en la Constitución»; persiguiendo «el equilibrio de todas las fuerzas del mercado y la actividad conjunta del Estado e iniciativa privada». Conforme a este sistema, dijo además la Sala Constitucional en esa sentencia, la Constitución: «propugna una serie de valores normativos superiores del régimen económico, consagrando como tales la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y fundamentalmente el del Estado Social de Derecho (*Welfare State*, Estado de Bienestar o Estado Socialdemócrata), esto es un Estado social opuesto al autoritarismo»⁽³²⁾.

La aplicación práctica de ese modelo constitucional, en todo caso, ha provocado el desarrollo de una economía basada en la libertad económica y la iniciativa privada, pero con una intervención importante y necesaria del Estado para asegurar los principios de justicia social que constitucionalmente deben orientar el régimen económico; lo que se ha acrecentado por el hecho de ser el Estado, el titular desde siempre del dominio público sobre el subsuelo.

Con el rechazado proyecto de reforma constitucional de 2007, se pretendía cambiar radicalmente este modelo, acentuando el desequilibrio existente entre lo público y lo privado, buscando transformarlo en un sistema

(32) Esos valores aludidos conforme a la doctrina de la Sala Constitucional «se desarrollan mediante el concepto de libertad de empresa, que encierra, tanto la noción de un derecho subjetivo «a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia», como un principio de ordenación económica dentro del cual se manifiesta la voluntad de la empresa de decidir sobre sus objetivos. En este contexto, los Poderes Públicos, cumplen un rol de intervención, la cual puede ser directa (a través de empresas) o indirecta (como ente regulador del mercado)». Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 212-218.

de economía estatal, de planificación centralizada, propia de un Estado y economía socialista, donde desaparecía la libertad económica y el derecho de propiedad como derechos constitucionales.

1. El rechazo a la propuesta de reforma para eliminar la libertad económica

En artículo 112 de la Constitución establece como uno de los principios fundamentales del sistema constitucional, el derecho de todas las personas de poder dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, a cuyo efecto, el Estado está obligado a promover «la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país».

Con la rechazada propuesta de reforma constitucional de 2007, en cambio, se buscaba eliminar este derecho y la libertad económica, es decir, se pretendía quitarle rango constitucional, buscándose sustituir esta norma por otra en la cual lo que se establecía era la definición de una política estatal para promover «el desarrollo de un modelo económico productivo, intermedio, diversificado e independiente, fundado en los valores humanísticos de la cooperación y la preponderancia de los intereses comunes sobre los individuales, que garantice la satisfacción de las necesidades sociales y materiales del pueblo, la mayor suma de estabilidad política y social y la mayor suma de felicidad posible»; proponiéndose agregar que el Estado, asimismo, «fomentará y desarrollará distintas formas de empresas y unidades económicas de propiedad social, tanto directa o comunal como indirecta o estatal, así como empresas y unidades económicas de producción o distribución social, pudiendo ser estas de propiedad mixta entre el Estado, el sector privado y el poder comunal, creando las mejores condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una economía socialista».

Es decir, en un artículo como el 112 ubicado en el Capítulo constitucional sobre los derechos económicos, simplemente se buscaba eliminar el derecho al libre ejercicio de las actividades económicas y la propia libertad económica, lo que era contrario al principio de la progresividad en materia de derechos humanos y constitucionales que garantiza el artículo 19 de la Constitución.

Con la eliminación de este derecho, como derecho constitucional, lo que en definitiva se pretendía era desaparecer las garantías constitucionales al mismo y en particular la desaparición de la garantía de la reserva legal, es decir, que las limitaciones o restricciones al derecho sólo pueden establecerse mediante ley formal emanada de la Asamblea Nacional, y no mediante decretos reglamentarios del Ejecutivo.

Además, con la rechazada reforma constitucional respecto del artículo 299, se buscaba eliminar de la Constitución, como fundamentos del sistema económico, los principios de justicia social, libre competencia, democracia y productividad y en su lugar se buscaba establecer, entre otros, los principios socialistas, antiimperialistas, humanistas, a los fines asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. Por otra parte, la garantía del desarrollo armónico de la economía no se asignaba «al Estado conjuntamente con la iniciativa privada» como dispone la Constitución de 1999, sino «al Estado conjuntamente con la iniciativa comunitaria, social y personal».

Por otra parte, con la rechazada reforma constitucional, se buscaba cambiar radicalmente el régimen de la actividad económica, buscándose establecer en el artículo 113 una serie de limitaciones a la misma que iban mucho más allá de la restricción de los monopolios y la posición dominante de empresas, privilegiándose la economía estatal y los medios de producción socialista, proponiéndose agregar a la norma, que en general, «no se permitirán actividades, acuerdos, prácticas, conductas y omisiones de los y las particulares que vulneren los métodos y sistemas de producción social y colectiva con los cuales se afecte la propiedad social y colectiva o impidan o dificulten la justa y equitativa concurrencia de bienes y servicios», con lo cual hubiera quedado en manos del Estado la suerte de cualquier actividad económica particular.

2. El rechazo a la propuesta de reforma para eliminar la propiedad privada

Por otra parte, otro de los pilares fundamentales de la Constitución de 1999, además de la libertad económica, es la garantía del derecho de propiedad privada, que conforme al artículo 115 de la Constitución de 1999, se la concibe como el derecho que tiene toda persona «al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes», aún cuando sometida a «las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general». Dicha garantía implica que «sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes».

Con el rechazado proyecto de reforma constitucional de 2007 se buscaba cambiar radicalmente el régimen de la propiedad privada, la cual se eliminaba como derecho constitucional, y quedaba materialmente reducida a la que pudiera existir sobre los bienes de uso, consumo y medios de producción legítimamente adquiridos, quedando por tanto minimizada y marginalizada en relación con la propiedad pública⁽³³⁾.

Además, se pretendía eliminar con la rechazada reforma constitucional la garantía de la propiedad al proponerse eliminar la exigencia de que «sólo» mediante expropiación podía extinguirse la propiedad como se ha establecido siempre en el ordenamiento constitucional, lo que abría la vía para que por ley se pudiera establecer otras formas de extinción de la propiedad.

3. El rechazo a la propuesta de reforma para eliminar la autonomía del Banco Central de Venezuela y concentrar en el Presidente de la república el manejo del régimen fiscal y económico del Estado

En materia del régimen fiscal, por primera vez en el constitucionalismo venezolano en la Constitución de 1999 se incorporaron un conjunto de normas relativas al Banco Central de Venezuela y a la política macroeconómica del Estado (arts. 318 a 321), atribuyéndosele en particular, al Banco Central de Venezuela, dotado de autonomía, el ejercicio de las competencias monetarias del Poder Nacional para formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley.

Con el rechazado proyecto de reforma constitucional sancionado en noviembre de 2007 se buscaba cambiar total y radicalmente el régimen de la política monetaria y del Banco Central de Venezuela, eliminándosele

⁽³³⁾ Sobre esto, el magistrado Jesús Eduardo Cabrera en el Voto salvado a la sentencia N° 2042 de la Sala Constitucional de 2 de noviembre de 2007 en la cual se declaró inadmisibles un amparo constitucional ejercido contra el Presidente de la República y la Asamblea Nacional, con motivo de la inconstitucional «reforma constitucional», sostuvo lo siguiente: «El artículo 113 del Proyecto, plantea un concepto de propiedad, que se adapta a la propiedad socialista, y que es válido, incluso dentro del Estado Social; pero al limitar la propiedad privada solo sobre bienes de uso, es decir aquellos que una persona utiliza (sin especificarse en cual forma); o de consumo, que no es otra cosa que los fungibles, surge un cambio en la estructura de este derecho que dada su importancia, conduce a una transformación de la estructura del Estado. Los alcances del Derecho de propiedad dentro del Estado Social, ya fueron reconocidos en fallo de esta Sala de 20 de noviembre de 2002, con ponencia del Magistrado Antonio García García».

sus competencias y su autonomía, y estableciendo su total dependencia directa respecto del Ejecutivo Nacional. A tal efecto, en el artículo 318 se buscaba precisar que «El sistema monetario nacional debe propender al logro de los fines esenciales del Estado Socialista y el bienestar del pueblo, por encima de cualquier otra consideración», y las competencias para fijar las políticas monetarias del Poder Nacional y ejercer las competencias monetarias del Poder nacional que la Constitución de 1999 asigna «exclusivamente» al Banco Central de Venezuela, se proponía que se atribuyeran al «Ejecutivo Nacional, a través del Banco Central de Venezuela en estricta y obligatoria coordinación». Como consecuencia de esas propuestas de reforma, rechazadas popularmente, también se propuso establecer la naturaleza totalmente dependiente, jerárquicamente, del Banco Central de Venezuela, como «ente del Poder Ejecutivo Nacional», eliminándose formalmente la autonomía del Banco Central, a proponer que la norma constitucional dijera que «es persona de derecho público sin autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas correspondientes», agregándose que «sus funciones estarán supeditadas a la política económica general y al Plan Nacional de Desarrollo de la Nación para alcanzar los objetivos superiores del Estado Socialista y la mayor suma de felicidad posible para todo el pueblo».

Además, en la rechazada reforma constitucional, se buscaba quitarle al Banco Central de Venezuela la competencia de «administrar las reservas internacionales» y en su lugar se pretendía establecer, que «las reservas internacionales de la República serán manejadas por el Banco Central de Venezuela, bajo la administración y dirección del Presidente o Presidenta de la República, como administrador o administradora de la Hacienda Pública Nacional».

Por último, en la rechazada reforma constitucional se buscaba eliminar del artículo 320 de la Constitución la previsión de que «en el ejercicio de sus funciones, el Banco Central de Venezuela no estará subordinado a directivas del Poder Ejecutivo y no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias», eliminándose la necesidad de que la actuación coordinada del Poder Ejecutivo y del Banco Central de Venezuela se debe realizar «mediante un acuerdo anual de políticas», en el cual se debe establecer «los objetivos finales de crecimiento y sus repercusiones sociales, balance externo e inflación, concernientes a las políticas fiscal, cambiaria y monetaria; así como los niveles de las variables intermedias e instrumentales requeridos para alcanzar dichos objetivos finales», buscándose eliminar todo principio de coordinación entre el Ejecutivo Nacional y el Banco Central, el cual, como se dijo, ha quedado sin autonomía, como un brazo ejecutor dependiente del Ejecutivo y de lo que este disponga.

En la rechazada reforma constitucional, además, se buscaba eliminar la existencia del Fondo de Estabilización Macroeconómica, y en su lugar, lo que se proponía era la atribución del Presidente de la república de establecer «en coordinación con el Banco Central de Venezuela y al final de cada año, el nivel de las reservas necesarias para la economía nacional, así como el monto de las reservas excedentarias» con la propuesta de indicar que las mismas se debían destinar «a fondos que disponga el Ejecutivo Nacional para inversión productiva, desarrollo e infraestructura, financiamiento de las misiones y, en definitiva, el desarrollo integral, endógeno, humanista y socialista de la Nación».

VII. LOS RECHAZADOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES REGRESIVOS AL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

En materia de derechos constitucionales, dejando aparte las propuestas de reforma sobre derechos sociales las cuales pueden implementarse mediante ley y no requerían reforma constitucional alguna, respecto de los derechos individuales, en cambio, la rechazada propuesta de reforma constitucional tenía un notable carácter regresivo, completamente contrario a dicho principio de la progresividad, por lo que de haber sido aprobadas se hubiera configurado al Estado como un Estado Policial y represivo.

En particular, en cuanto al régimen de los estados de excepción derivados de circunstancias excepcionales que pueden originar situaciones que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de las personas, y que pueden ameritar la adopción de medidas político-constitucionales para afrontarlas (art. 337), la rechazada reforma constitucional buscaba cambiar radicalmente las previsiones sobre los mismos, ampliándose incluso sus categorías (art. 338), al buscar eliminar los límites temporales que pueden tener los estados de excepción y que conforme a la Constitución no pueden ser superiores a 90 días. En su lugar, en la rechazada reforma constitucional se buscaba disponer que los estados de excepción debían durar «mientras se mantengan las causas que los motivaron», lo que de haberse aprobada, los hubiera podido convertir en estados de excepción de duración ilimitada, y en todo caso, de duración sujeta a la sola discreción del Presidente de la República, con lo cual además, la Asamblea Nacional hubiera perdido la potestad que le daba el artículo 338 de la Constitución de 1999, de aprobar o negar la prórroga de los estados de excepción.

En esta materia de los Estados de excepción, una de las reformas de mayor interés de la Constitución de 1999 fue la eliminación de la posibili-

dad de que en los casos de estados de excepción, se pudieran «suspender» las garantías constitucionales como lo había autorizado la Constitución de 1961, habiéndolo dado origen a muchos abusos institucionales, quedando la potestad de excepción reducida a la sola posibilidad de «restringir» (art. 236,7) temporalmente las garantías constitucionales. Mediante la rechazada reforma constitucional, en una forma asombrosamente regresiva, en cambio se buscaba establecer la posibilidad de que por decisión del Presidente de la República, no sólo se pudiera «restringir» las garantías constitucionales, sino más grave aún, que se pudieran «suspender» dichas garantías (art. 337), lo cual es inadmisibles en una sociedad democrática por lo que fue expresamente eliminado cuando se sancionó la Constitución de 1999.

Por otra parte, en la Constitución de 1999, entre las garantías consagradas en la Constitución que no pueden ser afectadas en los estados de excepción por decisión ejecutiva, están las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles». En cambio, en la rechazada reforma constitucional, en franca violación del principio de progresividad en materia de derechos humanos, se buscaba reducir los derechos y garantías que no podían ser suspendidos mediante una enumeración engañosa con el siguiente texto: «las referidas al derecho a la vida, la prohibición de tortura, la incomunicación, la desaparición forzosa, el derecho a la defensa, a la integridad personal, a ser juzgado o juzgada por sus jueces naturales y no ser condenado o condenada a penas que excedan los treinta años».

VIII. LOS EFECTOS DEL REFERENDO DE RECHAZO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DICIEMBRE DE 2007 COMO EXPRESIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Como se puede evidenciar de todo lo anteriormente expuesto, con el rechazado proyecto de reforma constitucional que había sido sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, se buscaba producir una radical y profunda transformación del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico como quizás nunca antes se había producido en la historia constitucional de la República. Los cambios que se proponían, sin duda, no podían ser objeto de una «reforma constitucional» en los términos del artículo 342 de la Constitución, sino a través de la convocatoria de una «Asamblea Nacional Constituyente» que conforme al artículo 347 debe hacerse cuando se trate de «transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución».

Esta inconstitucionalidad en el procedimiento de revisión constitucional, evidentemente que podía y debía ser controlada por la Jurisdicción Constitucional que ejerce la Sala Constitucional, la cual tiene competencia para anular los actos estatales contrarios a la Constitución, como lo era la iniciativa presidencial de «reforma constitucional» de 15 de agosto de 2007, el acto de la Asamblea Nacional del 2 de noviembre de 2007 sancionatorio del proyecto de reforma constitucional, y la convocatoria a referendo realizada por el Consejo nacional Electoral en esa misma fecha. Tratándose de un procedimiento para la revisión de la Constitución regulado en el propio texto de la Constitución, los poderes constituidos que podían participar en proceso de reforma constitucional como poder constituyente derivado (Presidente de la República, Asamblea Nacional, Consejo Nacional Electoral) estaban sujetos a límites constitucionales, que precisamente eran los que derivaban de las propias regulaciones constitucionales en cuanto al procedimiento de revisión constitucional, que en el caso de Venezuela, como se dijo, están en los artículos 340 a 349 de la Constitución. Siendo límites constitucionales establecidos por el poder constituyente originario que fue el pueblo al aprobar mediante referendo la Constitución de 1999, dado el principio de la supremacía constitucional (art. 7), los mismos pueden ser objeto de control de constitucionalidad por parte de la Jurisdicción Constitucional, es decir, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo conforme a los artículos 266,1; 334, in fine y 366, 4 de la Constitución.

Lamentablemente ello no lo entendió así la Sala Constitucional, y desde el mismo momento en el cual el Presidente de la República ejerció la iniciativa de la reforma al presentar su proyecto ante la Asamblea Nacional el 15 de agosto de 2007, dos días después, el 17 de agosto de 2007, adelantándose a cualquier impugnación, emitiendo opinión impunemente y prejuzgando cualquier asunto, la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, Presidenta de la Sala Constitucional (es decir de la Jurisdicción Constitucional) y además, miembro del Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional, Luisa Estella Morales Lamuño, declaró públicamente que «la Sala Constitucional no tramitará ninguna acción relacionada con las modificaciones al texto fundamental, hasta tanto éstas no hayan sido aprobadas por los ciudadanos en el referendo» agregando que «Cualquier acción debe ser presentada después del referendo cuando la reforma ya sea norma, porque no podemos interpretar una tentativa de norma. Después de que el proyecto sea una norma podríamos entrar a interpretarla y a conocer las acciones de nulidad»⁽³⁴⁾.

³⁴ Véase la reseña del periodista Juan Francisco Alonso, en *El Universal*, Caracas 18-08-07. Esto, por lo demás, fue lo que decidió la Sala Constitucional en su sentencia N° de 22-11-

La consecuencia de este anuncio público anticipado, fue la declaración como inadmisibles e «improponibles» por la sala Constitucional, con la participación de su Presidenta quien había adelantado opinión pública en la materia, de numerosos recursos de amparo y nulidad que se habían interpuesto contra los actos de los poderes constituidos que había intervenido en el procedimiento de «reforma constitucional»⁽³⁵⁾. Entre dichas sentencias se puede mencionar la dictada en el caso de la acción de nulidad por inconstitucionalidad que la Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela y el Colegio de Abogados del Estado Carabobo presentaron contra el acto de la Asamblea Nacional sancionatorio del proyecto de reforma constitucional (Nº 2189) de 22 de noviembre de 2007 (Exp. Nº 07-1596), en la cual, luego de referirse a previas sentencias (Nos. 2108/2007 y 2147/2007), la Sala Constitucional precisó que «el procedimiento para la reforma constitucional es un *«proceso complejo»* que comienza con la iniciativa (artículo 342); continúa con la discusión y aprobación, que

07 (Expediente Nº 07- 1596) al declarar «improponible» una acción de inconstitucionalidad contra el acto de la Asamblea nacional sancionando la reforma constitucional, con la participación y firma de la misma Presidenta de la Sala, quien no se inhibió a pesar de haber adelantado públicamente opinión sobre lo decidido. Por otra parte, luego de varias solicitudes de recursos de interpretación sobre el artículo 342 de la Constitución, y de nulidad del acto sancionatorio de la reforma por la Asamblea Nacional, con motivo de la recusación que efectuaron los peticionantes contra la Presidenta de la Sala por estar comprometida su imparcialidad en la materia al haber formado parte de la Comisión Presidencial para la Reforma Constitucional, en decisión de 01-11-07, el magistrado J.E. Cabrera de la misma Sala, decidió que de la lectura del Decreto de creación del Consejo de Reforma (art. 5), «se desprende que la Secretaría Ejecutiva, cumplía funciones administrativas y no de redacción, corredacción, o ponencia sobre el contenido de un anteproyecto de reforma constitucional; por lo que la Dra. Luisa Estella Morales Lamuño no es –necesariamente– promovente del «Proyecto de Reforma Constitucional» que ha presentado el Presidente de la República, y los recusantes no señalan cuál aporte de la Secretaría Ejecutiva fue incorporado al Proyecto de Reforma, ni siquiera alguno que haga presumir la intervención de la Dra. Morales»; agregando que «Además, por ser parte del Consejo Presidencial, la Secretaría Ejecutiva no está dando ninguna recomendación sobre el juicio de nulidad de que trata esta causa, ya que nada ha manifestado en ese sentido, ni se le imputa declaración alguna de su parte que adelante opinión sobre la inconstitucionalidad denunciada en esta causa». Véase también, la Reseña periodística de JFA, *El Universal*, Caracas 2-11-07. Posteriormente, en sentencia de 22-11-07, el mismo Magistrado Cabrera declaró sin lugar otra recusación contra la Presidenta de la Sala por motivos similares (Exp. 07-1597).

³⁵ Véase el estudio de dichas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *El juez constitucional vs. la supremacía constitucional. O de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la «reforma constitucional»* sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007, New York, 4 de diciembre de 2007, en www.allanbrewercarias.com, Parte I,2 (Documentos, 2007).

corresponde a la Asamblea Nacional (artículo 343); sigue con el referendo constitucional, regulado en el artículo 344, que corresponde ejercerlo al pueblo «*como validante definitivo de la reforma*»; y, finalmente, la promulgación por el Presidente de la República, según lo dispuesto en el artículo 346 constitucional»; concluyó, erradamente, afirmando que siendo «un proceso complejo de formación de actos normativos ... se asemeja al ordinario de formación de leyes; y una de las coincidencias absolutas es que no se puede hablar de un acto definitivo si no se han cumplido todos los pasos de este trámite procedimental»; y que dicho procedimiento complejo, «no causa gravamen hasta tanto no exteriorice sus efectos (mediante la promulgación y publicación en Gaceta Oficial)».

Con base en estas erradas premisas, confundiendo el proceso de reforma constitucional con el procedimiento de formación de las leyes, la Sala Constitucional renunció, en contra del principio de la universalidad del control, a ejercer el control de constitucionalidad respecto del acto definitivo de iniciativa presidencial al presentar el proyecto de reforma ante la Asamblea Nacional; del acto definitivo de la Asamblea Nacional al sancionar el proyecto de reforma constitucional y del acto definitivo del Consejo Nacional Electoral que lo sometió a referendo, considerando que «mientras el proyecto de reforma esté en proceso de trámite no es susceptible de control jurisdiccional, salvo que el proceso de reforma «*aborte*» en alguna de esas etapas sucesivas y no se perfeccione el acto normativo (Vid. sentencia N° 2147 del 13 de noviembre de 2007, caso: *Rafael Ángel Briceño*)»; y concluyendo que «el proyecto de reforma constitucional sancionado por la Asamblea Nacional el día 2 de noviembre de 2007, al tratarse de un acto normativo no perfeccionado, no puede producir efectos jurídicos externos y, por lo tanto, no es posible controlar jurisdiccionalmente a *priori* su contenido». De todo estos ilógicos argumentos, la Sala concluyó declarando «improponible en derecho la presente acción popular de inconstitucionalidad».

Al contrario de la afirmado por la Sala, sin embargo, cuando las Constituciones han establecido precisos procedimientos que los poderes constituidos, cuando ejercen funciones de poder constituyente derivado, deben seguir para la revisión constitucional, los cuales se constituyen en límites constitucionales adjetivos o procedimentales para la revisión constitucional, la consecuencia lógica de estas regulaciones y obligación de sometimiento a la Constitución, es precisamente que el cumplimiento de dichos procedimientos de reforma o enmienda constitucional por los órganos del poder constituidos, dado el principio de la supremacía constitucional, debe y tiene que estar sujeto a control de constitucionalidad por parte de los órganos de la Jurisdicción Constitucional antes de que

se manifieste la voluntad popular, es decir, antes de que se manifieste el poder constituyente originario. Es absurdo pretender, en cambio, que una vez efectuado un referendo, es decir, manifestado el poder constituyente originario, un órgano del poder constituido como es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, pueda pretender ejercer el control de constitucionalidad de la voluntad popular, es decir, del poder constituyente originario, que es el pueblo, manifestada en referendo.

New York, 27 de diciembre de 2007

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN REPÚBLICA DOMINICANA: UN PROCESO EN MARCHA *

Eduardo Jorge Prats

Antes de comenzar, quisiera agradecer a los organizadores de este seminario la oportunidad que se nos ha de compartir algunas ideas acerca del proceso de reforma constitucional dominicano, con tan distinguidos invitados internacionales y nacionales como los que hoy nos acompañan, contando entre ellos nada más y nada menos que con los representantes del poder de reforma en ambas cámaras del Congreso Nacional. Es, además, un verdadero privilegio poder participar en esta actividad en donde se exponen las experiencias constitucionales de hermanas repúblicas de América en la viva voz y presencia de los profesores Domingo García Belaunde, Diego Valadés, Daniel Zovatto, Antonio María Hernández, Julio César Ortiz y Julia Flores. Este encuentro de hoy es una evidencia más de que, como bien afirma Diego Valadés, existe «un nuevo constitucionalismo en Iberoamérica» cuyo «denominador común» es que está «claramente orientado en el sentido de fortalecer los deberes y derechos fundamentales como eje de lo que podría considerarse 'el derecho a la democracia'». ⁽¹⁾

(*) Intervención en el Seminario «Las reformas del Estado en Latinoamérica: experiencias y lecciones», Santo Domingo, 30 de julio de 2007.

(1) Diego Valadés. «El nuevo constitucionalismo iberoamericano». En www.mundojuridico.adv.br, pág. 23.

Para aprovechar el tiempo como siempre quería que hiciésemos nuestro padre de la patria Juan Pablo Duarte, y como una manera de poder cumplir de modo razonable la tarea encomendada por el ambicioso título de la intervención que se me ha asignado, voy a agrupar las experiencias, reflexiones y perspectivas de nuestro proceso de reforma constitucional en doce grandes apartados. Estos apartados responden a las cuestiones atinentes tanto a la forma del proceso de reforma como a los eventuales contenidos de la misma...

1. Una reforma en marcha. Hay que resaltar lo que quizás no sea obvio: en República Dominicana hay una reforma constitucional en marcha. Técnicamente no se ha aprobado una ley que declara la necesidad de la reforma pero, desde que se inició la consulta popular a instancias del Presidente Leonel Fernández, estamos inmersos en un proceso de reforma constitucional. Si bien no podemos calificar la consulta popular de una «decisión pre-constituyente», pues no es del establecimiento de una nueva Constitución sino de la reforma de una existente de lo que se trata, sí estamos en presencia de una «decisión pre-reformadora» pues, en gran medida, la consulta y su resultado han condicionado el texto presentado por la Comisión de Juristas al Presidente de la República y, aunque no jurídicamente pero sí políticamente, condicionarán en gran medida el trabajo de los legisladores a la hora de revisar el texto constitucional.

2. Una reforma necesaria. Algunos cuestionan la necesidad de reformar la Constitución en un país que, como la República Dominicana, tiene problemas más acuciantes que resolver y que no pasan necesariamente por la enmienda de la Carta Magna. Otros hemos pensado que una interpretación jurisprudencial actualizadora y evolutiva de la Constitución puede surtir los mismos efectos que la reforma constitucional. Pero lo cierto es que, si se observa detrás de cada problema nacional (la situación del sector eléctrico, por ejemplo), veremos que hay una cuestión constitucional que subyace tras éste: verbigracia, la inexistencia de un estatuto constitucional para las Administraciones reguladoras independientes. Más aún, aunque hay países que no tienen que reformar sus constituciones porque los tribunales son sensibles a la evolución de la sociedad y a la necesidad de adaptar la Constitución a los cambios sociales y otros que, como Inglaterra, pueden darse el lujo de prescindir del documento escrito constitucional mismo, la verdad es que estos países son los menos. Y es que casi todos los países, allí donde se agota la interpretación jurisprudencial, requieren la intervención del poder de reforma.

Este parece ser el momento que vive la República Dominicana, el cual ha venido precedido de décadas de insistencia, desde todos los sectores políticos, sociales y económicos, acerca de la necesidad de una reforma sustancial de la Constitución. Precisamente la celebración de la consulta popular capturó este momento y es expresión del mismo. Ahora bien, ¿por qué es necesaria una reforma constitucional en estos momentos?

La única respuesta a esta interrogante puede ser la necesidad de «democratizar la democracia». Ello significa que la Constitución reformada no puede ser vista como un punto de llegada sino como un punto de arranque de un nuevo tipo de democracia, que permita la democratización interna de los partidos y su consolidación como verdaderos articuladores de intereses, que fomente la autonomía municipal y los gobiernos locales, que incentive la participación amplia de la ciudadanía en todas las esferas del gobierno y que articule el control ciudadano de los poderes públicos, logrando así que la participación popular sea no un simple episodio sino una característica fundamental de la democracia. Solo así puede ser la democracia constitucional espacio de participación, deliberación y emancipación de ciudadanos libres e iguales en derechos. Esto implica que la reforma constitucional debe enfocarse en los problemas del diseño institucional adecuado para sostener la democratización de la democracia. En otras palabras, la reforma debe redimensionar la institucionalización de los derechos de participación ciudadana que son la savia de la democracia deliberativa y participativa. Sin esos derechos, derecho a la iniciativa legislativa popular, derecho de petición, derecho al referendo, no puede haber deliberación pues son esos derechos –ausentes en nuestro marco constitucional vigente– los constitutivos del discurso y los que definen el espacio del que emana la legitimidad democrática.

La reforma es necesaria, además, para hacer operativa la Constitución y para acercar el ser de la facticidad político-social al deber ser de la norma constitucional. Por eso es clave hacer la reforma para hacer efectiva la garantía de los derechos fundamentales, para redimensionar el control judicial de la constitucionalidad, para perfeccionar los mecanismos de control del poder y de rendición de cuentas, y lo que no es menos importante para asegurar la igualdad material de los ciudadanos mediante la garantía del Estado social y los derechos sociales fundamentales. En todo caso, la necesidad de la reforma estriba en lograr una Constitución que pueda evolucionar por sí sola, adecuándose a los cambios de la realidad social, y que pueda convertirse en una Constitución viviente gracias a los mecanismos de participación ciudadana, control del poder y garantía jurisdiccional de la Constitución y los derechos fundamentales.

3. Una reforma constitucional y no una constituyente. Lo que está en marcha es una reforma de la Constitución y no su sustitución o quebrantamiento. Esto es un signo de salud de nuestro cuerpo político pues en las dictaduras, la Constitución sencillamente se viola y no se reforma. Acudir a la reforma de la Constitución en lugar de violarla es clara manifestación de la autorreferencialidad de los ordenamientos constitucionales que, como bien ha señalado Niklas Luhmann, obliga a que toda demanda proveniente de otro subsistema social distinto al jurídico, como lo sería el caso del político o del económico, tenga que ser traducida al código operativo jurídico.

Hay quienes han cuestionado que no se acuda al mecanismo de la constituyente popular. Pero lo cierto es que el país no está transitando del autoritarismo a la democracia ni está sumido en una crisis para que haya necesidad de circunnavegar los mecanismos establecidos en la propia Constitución para su reforma. Como bien expresa el Presidente Leonel Fernández, al resumir las razones para no convocar una constituyente:

«En la República Dominicana, a lo que se aspira no es a la desarticulación de un viejo orden ya superado, sino al perfeccionamiento y consolidación de un nuevo orden en construcción. Por consiguiente, en el caso dominicano no puede haber cuestionamiento de la legitimidad del Congreso Nacional ni de sus integrantes, los actuales senadores y diputados, los cuales fueron escogidos mediante el voto popular (...) Actualmente no hay crisis de legitimidad de las instituciones democráticas de la República Dominicana. Por tanto, no hay ninguna razón válida, sea histórica, política o jurídica, que justifique una reforma de la Constitución de la República por vía de una Asamblea Constituyente».⁽²⁾

En otras palabras, no estamos en un momento de crisis que amerite poner en suspenso los poderes constituidos de reforma para someter el cuerpo político de la nación a un estado de hipnosis dirigido por una asamblea constituyente omnipotente, omnisciente y omnipresente.

Hay, sin embargo, una razón adicional para no convocar una constituyente: los peligros asociados a la usurpación de los poderes constituidos por los constituyentes. La mejor ilustración de estos peligros la encontramos en la constituyente venezolana de 1999 la cual, amparada en las credenciales de legitimidad democrática de sus integrantes elegidos por el pueblo, acabó sobrepasando el mandato original popular e irrumpió contra el orden constitucional y los poderes constituidos. Aconteció así un verdadero «golpe de

⁽²⁾ Leonel Fernández. «¿Asamblea constituyente o consulta popular?». En *Global*. Vol. 4, N° 16, mayo-junio 2007, pág. 29.

Estado constituyente» cuya radiografía ha quedado plasmada en la obra «Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela» de la autoría del gran iuspublicista venezolano, Allan Brewer Carías.⁽³⁾

Pero los problemas de la constituyente no se revelan exclusivos de la experiencia venezolana. Los problemas asociados a la constituyente fueron evidentes desde el momento mismo del surgimiento de su modelo histórico: las asambleas constituyentes de la revolución francesa. Esto resultó claro a los ojos penetrantes de un constitucionalista de la talla del alemán Carl Schmitt. En su obra «La dictadura», Schmitt vincula la noción de dictadura soberana a la de poder constituyente y la contrasta con la de dictadura comisarial. La segunda «es autorizada por un órgano constituido y tiene un título en la Constitución existente», en tanto que la primera «se deriva solamente *quoad exercitium* y de una manera inmediata del *pouvoir constituant* informe». Afirmar Schmitt que «los representantes que actúan en nombre del *pouvoir constituant* son, pues, comisarios dependientes de una manera formal incondicionada, cuya misión no está, sin embargo, limitada en su contenido (...) Los representantes extraordinarios, es decir, aquellos que ejercen de una manera inmediata el *pouvoir constituant*, pueden tener todo el pleno poder que les plazca, al contrario que los representantes ordinarios».⁽⁴⁾

La constituyente presenta el peligro de, independientemente de lo limitado que sea el mandato original de los electores de la asamblea, conducir la nación al gobierno de los «comisarios del pueblo», cuyos poderes son tan ilimitados como absolutas son las prerrogativas del titular del poder constituyente que es el pueblo. Y eso ha sido así desde la Francia jacobina hasta la Venezuela chavista, pues, como afirmaba el Abate Sieyès el 20 de julio de 1789 ante el Comité Constitucional de la Asamblea revolucionaria francesa, «el poder constituyente todo lo puede» y no se encuentra «sometido a ninguna Constitución».

El poder de reforma, contrario al poder constituyente, es y sigue siendo en todo momento un poder constituido atado al cumplimiento de la Constitución que se pretende reformar. Y ello es bueno y sano: porque la marca esencial de todo Estado Constitucional es que no hay poder absoluto, pues, ya lo decía Lord Acton, el poder corrompe pero el poder absoluto corrompe absolutamente.

(3) Allan Brewer Carías. *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*. México: UNAM, 2002.

(4) Carl Schmitt. *La dictadura*. Madrid: Revista de Occidente, 1968, págs. 173-198.

4. Un procedimiento de reforma constitucional novedoso: la consulta popular. El proceso de reforma se ha iniciado en nuestro país con la convocatoria y celebración de una consulta popular. Para algunos, esta consulta ha constituido una vía de escape del proceso constituyente. Para otros, la consulta popular ha permitido la participación de poder constituyente originario, el pueblo, –que hoy no es más el cuerpo único de los jacobinos sino una entidad plural, compuesta de miles de ciudadanos, partidos, organizaciones y personalidades– en la elaboración de una nueva Constitución, sin que una asamblea constituyente monopolice todo el íter de la reforma constitucional (elaboración, aprobación y promulgación).

La consulta popular no está prevista en nuestra Constitución. Sin embargo, dado que el Presidente de la República tiene iniciativa para la reforma y puesto que nada impide que esa legítima potestad sea ejercida mediante la participación popular canalizada en consulta, la consulta celebrada es perfectamente legítima, máxime si nos atenemos a los principios de participación ciudadana y transparencia que marcan a los ordenamientos contemporáneos. Aunque no se puede afirmar el carácter vinculante de la consulta, se trata en todo caso de una decisión pre-reformadora que busca paliar la deficiencia de un sistema constitucional que no prevé la iniciativa popular y que habrá de influir decisiva y positivamente en todo el proceso de reforma. Se puede afirmar que la consulta sino jurídica sí es políticamente vinculante para los representantes en el Congreso del pueblo consultado.

Esta consulta se realizó en base a un temario preparado por la Comisión de Juristas y que fue discutido y respondido a nivel territorial en cada municipio, a nivel sectorial con las organizaciones de la sociedad civil y los representantes de poderes públicos y a nivel electrónico por internet. Aunque los partidos mayoritarios no participaron institucional y activamente en el proceso, fue rica la participación en todos los niveles. Y lo que no es menos importante: la consulta hizo más democrática la participación en el proceso de reforma y, en gran medida, ha contribuido a la expansión de la cultura constitucional. El mérito de la consulta radica, más allá de los contenidos de la misma, en el ejercicio de pedagogía política y en la construcción de ciudadanía que un proceso como ése trae aparejado. Si «la escuela de la Constitución es la escuela», como afirma Peter Häberle, no hay dudas que la consulta popular ha sido escuela de Constitución, democracia y derechos fundamentales.

5. Un triple consenso: consenso social, consenso técnico y consenso político. La consulta popular celebrada no puede ni debe excluir el pacto político ni el consenso social. Muy por el contrario: le da bases firmes para

su emergencia y perfeccionamiento. La expresión de las propuestas ciudadanas es un indicador para la articulación de intereses por los partidos y los diferentes sectores de la vida social y económica de la nación. Es más, podría afirmarse que quizás el aporte más importante que los dominicanos podamos hacer a la teoría y práctica de la reforma constitucional lo sea la implementación de un triple consenso para la reforma constitucional. Consenso social a nivel de la consulta popular, consenso técnico a nivel de la Comisión de Juristas y consenso político a nivel de los partidos con o sin representación en el Congreso reformador. La Comisión de Juristas, como *locus* del consenso técnico, ha tratado de plasmar en un texto la voluntad de los ciudadanos y organizaciones consultadas y que reflejan el consenso social. Toca ahora, en consecuencia, una vez se active el mecanismo de reforma, que se produzca el consenso político a nivel de los legisladores y de los partidos.

Este consenso requiere en las fuerzas políticas una predisposición al acuerdo que se refleje en la integración de la mayoría de reforma necesaria. En este sentido, «para alcanzar un acuerdo se requiere, como premisa mínima, un cierto equilibrio entre las fuerzas políticas intervinientes, una cierta semejanza de estructura o una coincidencia mínima de intereses entre las fuerzas mismas, de modo tal que al no poder ninguna de ellas imponerse sobre las demás, solo queda el camino del compromiso como vía posible para arribar a una solución, que necesariamente deberá ser compartida. En efecto, el resultado constituyente no puede ser la imposición de un grupo político dominante, aún cuando reúna tras sí la mayoría absoluta, pues la experiencia ha demostrado que una tal propuesta constitucional que prescinde del apoyo de los demás grupos sociales, está condenada al fracaso».⁽⁵⁾ De ese modo se evita lo que ha caracterizado a nuestra historia constitucional durante mucho tiempo y que ya señaló Jesús de Galíndez hace ya más de medio siglo, antes de ser secuestrado y asesinado por los sicarios del tirano Trujillo, cuando afirmó que uno de los graves problemas del constitucionalismo latinoamericano es el hecho de que la lucha política «una y otra vez se reflejará en los textos constitucionales que redactan por turno los grupos vencedores. Con demasiada frecuencia y a menudo precipitación; porque no se busca tanto fijar una estructura permanente que proteja por igual a todos, sino preferencias políticas del partido, grupo o persona dominante en cada momento».⁽⁶⁾

(5) Sergio M. Díaz Ricci. *Teoría de la Reforma Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004, pág. 381.

(6) Citado por Díaz Ricci, op. cit., pág. 381.

El triple consenso social-técnico-político no se produce, sin embargo, en el vacío. Querámoslo o no, la República Dominicana pertenece a la familia jurídica del Estado constitucional euro atlántico, que ya ha afinado los instrumentos del control judicial de la constitucionalidad y de la actividad administrativa, de la garantía de los derechos fundamentales, del Estado social, de las técnicas de descentralización, del poder contralor, de los medios para democratizar los partidos, de los mecanismos de integración regional y de los sistemas de ejecución de las decisiones judiciales internacionales. La ciencia constitucional es, sobre todo, ciencia cultural (Häberle).

Ahora bien, como bien explica Enrique Arnaldo Alcubilla, «el consenso no es un concepto mágico: aun cuando no sea el modo normal en que lo político opera, en cuanto aparece intrínsecamente unido a la idea de poder, de manera que quien lo detenta consigue aplicar sus proyectos y hacer triunfar su propio modelo que, por tanto, se impone sobre los demás. Sólo excepcionalmente la política se aleja de la idea de poder para aproximarse al encuentro entre los actores en presencia. Digo sólo excepcionalmente, pero de manera imprescindible cuando se trata de acometer operaciones de envergadura como son la conformación de un pacto constitucional en cuanto marco cierto y perdurable que requiere dejar de lado los programas opuestos o antitéticos y optar por un programa común con garantías de idoneidad para lograr los objetivos que se pretenden, particularmente cuando se trata de establecer las reglas que rigen la convivencia social y política».⁽⁷⁾

Esta necesidad del consenso obliga a que la Constitución, en aras de conciliar intereses e ideologías muchas veces contrapuestos, tenga que contener ambigüedades, imprecisiones y vaguedades. «La ambigüedad y polivalencia de la Constitución –como bien señala Alcubilla– es deliberadamente buscada por el constituyente para facilitar políticas distintas sin necesidad de orillarla o de forzar su interpretación. La Constitución diseña un campo y unas reglas de juego que permiten la participación de todos en condiciones de igualdad, lo que permite afirmar su elasticidad, es decir –en palabras de Pergolessi– su capacidad, sin dejar de ser texto normativo, de formular y regular el proceso político, mantener su vigencia a través de situaciones u opciones políticas distintas».⁽⁸⁾ La Constitución es, en consecuencia, la concreción de la condición espiritual de nuestro tiempo, que no es

(7) Enrique Arnaldo Cubilla. «El futuro constitucional». En *Impresiones sobre la Constitución de 1978*. Sabino Fernández Campo (dir.). Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2004, pág. 58.

(8) *Ibid.*

más que, como bien señala Zagrebelsky, la aspiración a la convivencia de principios que no se tiranizan entre sí, que deben necesariamente coexistir, y que exigen una Constitución dúctil. Por eso, «los hombres y los juristas 'inflexibles y sin matices' no se compadecen bien con el tipo de vida individual y social que reclama el Estado constitucional de nuestro tiempo. Su presencia, además de ser fuente de fragilidad y emotividad, constituye un potencial de asocialidad, agresividad, autoritarismo y, en fin, no sólo de inconstitucionalidad, sino también de anticonstitucionalidad».⁽⁹⁾

6. Una reforma total. En la ciudadanía, tal como se evidenció en los resultados de la consulta popular, impera el criterio de que, de ser emprendida, la reforma constitucional debe ser sustancial y no una simple enmienda de nuestra Carta Magna. En este sentido, es importante resaltar que la Constitución vigente no distingue entre reformas parciales y reformas totales. Es entonces perfectamente válido sustituir el texto de la Constitución vigente por uno totalmente nuevo. El único límite constitucional al poder de reforma en manos de la asamblea revisora, aparte de los que se derivan de los compromisos internacionales asumidos por el país, es la cláusula de intangibilidad contenida en el Artículo 119 que establece los principios estructurales del gobierno de la nación que deberá ser siempre democrático, representativo, civil y republicano. En otras palabras, la Constitución no puede ser reformada para cambiar la república por una monarquía ni para sustituir el gobierno civil por uno militar ni la democracia por una autocracia. Siempre y cuando no se afecte ese núcleo duro, la Constitución puede ser reformada totalmente y ello abarca la inclusión de la cláusula del Estado Democrático y Social de Derecho que, en el fondo, viene a reforzar los elementos democráticos, representativos, civiles y republicanos de la cláusula de intangibilidad.

7. Una reforma político-institucional. La reforma constitucional en marcha implica fundamentalmente una reforma política y una reforma institucional. Ya lo ha dicho Flavio Darío Espinal:

«Al inicio del siglo XXI, la consolidación de la democracia se presenta como uno de los grandes retos que tiene por delante la sociedad dominicana. Esto implica avanzar en el fortalecimiento de los pilares básicos de todo régimen constitucional democrático, como son la participación y la representación de la ciudadanía en el sistema político, la división y el contrapeso de los poderes públicos, y la protección efectiva de los derechos ciudadanos. Esto conlleva también desarrollar la

⁽⁹⁾ Gustavo Zagrebelsky. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 1997, pág. 18.

capacidad política, técnica y profesional de las instituciones del Estado para que éstas puedan dar respuestas a las expectativas y las necesidades de la población, desde una perspectiva que vaya superando sostenidamente los patrones tradicionales del clientelismo, el patronaje, la corrupción y el abuso de poder. Asimismo, la consolidación de la democracia requiere de una comunidad política cada vez más fuerte, integrada y vinculante, de modo que todos los sectores de la sociedad se identifiquen con y le den apoyo a los principios, las normas y las instituciones que definen a esa comunidad.

«Todos estos factores, procesos y dinámicas relativos a la consolidación de la democracia en la República Dominicana están íntimamente ligados al desarrollo del constitucionalismo, pero entendido éste no solo como el arte de escribir constituciones, sino más bien con el arte de construir instituciones, lo que significa sedimentar valores, prácticas y patrones normativos mediante procesos complejos y dilatados de negociación política, formación de voluntades, educación ciudadana, capacitación e inversión de recursos financieros y materiales».⁽¹⁰⁾

En este sentido, hay dos reformas fundamentales que deben acompañar al proceso de reforma constitucional. Por un lado, la reforma del estatuto de los partidos políticos y su financiamiento pues una democracia sin partidos fuertes que rindan cuentas a la ciudadanía y estén democratizados internamente puede derivar en una democracia cesarista y plesbicitaria como ha ocurrido en otros países de nuestra América. Y, por otro lado, lo que no es menos importante: la aprobación de una Ley de la Administración Pública que elimine el caos normativo y organizacional que caracteriza a nuestra Administración Pública y una Ley de Procedimiento Administrativo que haga efectivo el control judicial de la Administración y la garantía de los derechos fundamentales y legales de los administrados. Estas dos últimas leyes son claves para poder hacer operativas leyes importantísimas ya en vigor en los ámbitos del medio ambiente, de la seguridad social, de los mercados financieros, del sector eléctrico, de la organización municipal, del acceso a la información pública, por solo citar algunas. Aquí es importante resaltar que sin estas leyes no tendremos una Administración sometida a Derecho y, sin esta sumisión de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, el Estado de Derecho no es más que vana y etérea idea sin consecuencias prácticas.

⁽¹⁰⁾ Flavio Darío Espinal. *Constitucionalismo y Procesos Políticos en La República Dominicana*. Santo Domingo: PUCMM, 2001, pág. 329.

8. Una reforma publicitada y discutida. La consulta popular es el primer esfuerzo colectivo en nuestra nación que saca a la reforma constitucional de los aposentos de los juristas y los políticos y lleva la elaboración del texto constitucional a las entrañas mismas del pueblo. Fue una tarea de pedagogía política inscrita en la mejor tradición cívica de Hostos y de Bosch y ante la cual sólo podríamos exclamar, junto con Pedro González-Trevijano Sánchez, «¡no hay nada mejor que estar implicados en la construcción de un modelo de convivencia fundado en los principios más excelsos de la ética pública!».⁽¹¹⁾

Toca ahora discutir públicamente y a todos los niveles la propuesta de la Comisión de Juristas para que la población consultada pueda contrastar el texto preparado con los resultados de la consulta efectuada. Sólo así evitaremos lo que ocurrió en España y que comenta acremente Pablo Lucas Verdú:

«El segundo error [en la gestación del texto constitucional español, EJP] fue la práctica de la confidencialidad en las reuniones de la Ponencia. Sus miembros decidieron hurtar a los medios de comunicación social la marcha de los trabajos argumentando las exigencias de discreción, eficacia, etc. Esta práctica contrastó con la nota de publicidad típica del régimen democrático. No se trata de que a las reuniones de la Ponencia asistieran periodistas..., lo paradójico fue la actitud de distanciamiento, de clausura, que al fin se rompió con la escandalosa publicación del borrador constitucional. Ello produjo pésima impresión entre los expertos y de rechazo en la opinión pública. Lo peor que pudo ocurrir a la tarea de los ponentes fue que su producto apareciese al nivel de los sucesos más o menos triviales. En este caso, la publicidad periodística se vengó de la confidencialidad. La opinión pública se interesó mucho más en el hecho de la violación del secreto que en el contenido mediocre –por no decir malo– del mismo».

Y que Dios nos ampare en la Comisión de Juristas para que de nuestro trabajo no se diga lo que se dijo en España del trabajo de la Ponencia: «El tercer error fue la tardanza de los trabajos de la Ponencia que no se compensó con el primer resultado: el borrador a todas luces malo y el anteproyecto mediocre después, que provocó más del millar de enmiendas. Esto sin contar los defectos gramaticales, sintácticos y estilistas del texto».⁽¹²⁾

⁽¹¹⁾ Pedro González-Trevijano Sánchez. «A propósito del vigésimo quinto aniversario de la Constitución». En *Impresiones sobre la Constitución de 1978*. Sabino Fernández Campo (dir.). Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2004, pág. 240.

⁽¹²⁾ Pablo Lucas Verdú. *Curso de Derecho Político*. Vol. IV. Madrid: Tecnos, 1984, pág. 31.

Comentarios así solo se evitarán –o minimizarán– si se debaten los textos públicamente, si son accesibles en tiempo y modo oportuno y adecuado al público, si las academias se involucran en su discusión, si los medios de comunicación asumen su tarea de análisis de las propuestas, y si los partidos esgrimen sus puntos de vista ante el público y no solo en los pasillos del Congreso... A final de cuentas, somos una re(s)pública en donde el mejor desinfectante siempre es el sol...

9. Una reforma para limitar el poder. La razón de ser del constitucionalismo es la limitación del poder, aún cuando este poder sea de origen democrático. Esta limitación del poder adquiere una especial trascendencia en un país que, como República Dominicana, ha tenido una larga tradición de autoritarismo. La nueva Constitución, por tanto, debe tener como ejes del control del poder: (i) el establecimiento de mecanismos de participación ciudadana en todos los niveles (iniciativa popular, referendo, derecho de petición) que actúen como un sistema de control ciudadano del poder; (ii) fortalecimiento de la jurisdicción constitucional vía la creación de una Sala Constitucional al interior de la Suprema Corte de Justicia que redimensione el control concentrado de constitucionalidad; (iii) creación y fortalecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa al interior del Poder Judicial como una manera de hacer realidad la sumisión del Poder Ejecutivo y de la Administración al ordenamiento jurídico; (iv) fortalecimiento de la estructura de rendición de cuentas, principalmente en lo que respecta al importante rol que debe desempeñar el Congreso Nacional con sus comisiones de investigación y sus sesiones de información congresional que hagan de la presencia de los funcionarios ejecutivos en el Congreso no un episodio patológico de la interpelación sino un acto rutinario en donde éstos informan de cómo cumplen y hacen cumplir la ley.

Aquí lo más importante a resaltar es que la limitación del poder no pasa necesariamente por la reducción de los poderes del Presidente dominicano –que es quizás el menos poderoso, en términos de sus prerrogativas constitucionales, de todo el hemisferio occidental– sino porque existen verdaderos contrapesos a su poder, lo que pasa necesariamente por una repotenciación de las facultades de control de los demás poderes públicos. Sólo un Poder Judicial independiente y eficiente y un Poder Legislativo con los recursos humanos y materiales que le permitan fiscalizar al ejecutivo, pueden viabilizar una verdadera limitación de los poderes –usuales y normales– que posee el Poder Ejecutivo en nuestro ordenamiento.

10. Una reforma para los derechos fundamentales. La mejor manera de limitar el poder es asegurar los derechos fundamentales. Por eso, como bien establece el Artículo 8 de nuestra Constitución la finalidad principal

del Estado es la protección efectiva de los derechos de la persona. Los retos de la reforma constitucional respecto de los derechos fundamentales pueden resumirse del modo siguiente:

a) Actualizar el catálogo de derechos fundamentales para equipararlo al mínimo de los convenios internacionales de derechos humanos y superar este mínimo cuantas veces el actual texto constitucional (por ejemplo, derecho a no ser juzgado dos veces por una misma causa) sea más favorable que el internacional o cuando la interpretación provista por los tribunales dominicanos sea más favorable que la que se infiere de la letra de la Constitución.

b) Clasificar de un modo más sistemático los derechos fundamentales de modo que se facilite su interpretación y aplicación y lograr así, como bien sugería Hostos, darles a los derechos fundamentales «un carácter más positivo, sacándoles de la vaguedad en que se mantienen, y para atribuirles su valor específico y relativo en la obra de limitación del poder social que les está encomendada». Debemos lograr, como quería Hostos, una exposición de derechos «metódica y armónica», y ésta puede lograrse aprovechando los planteamientos de la doctrina y jurisprudencia contemporánea.⁽¹³⁾ Como la jurisprudencia dominicana en materia de derechos fundamentales no es tan amplia como la de naciones hermanas, acercar la letra de los derechos fundamentales a la de los textos internacionales y nacionales paradigmáticos, nos permitirá conectar la Constitución dominicana con el ámbito cultural del Derecho Constitucional común transnacional. Esto tendrá el mismo efecto que la adopción de los Códigos franceses en el siglo XIX que permitieron insertar el ordenamiento jurídico dominicano en el marco de referencia jurídico de uno de los países más avanzados del mundo.

c) Consagrar expresamente en el texto constitucional pautas de interpretación que eviten el anquilosamiento de los derechos fundamentales y que permitan la protección efectiva de los mismos. Principios de interpretación aceptados por la jurisprudencia internacional y constitucional tales como el principio de que los derechos deben ser siempre interpretados de modo tal que se propicie su máxima efectividad (principio de la máxima eficacia), que en caso de duda se favorece la libertad (*in dubio pro libertate*) o a la persona (*in dubio pro homine*), que si los derechos chocan en sede judicial debe suministrarse una interpretación armónica y concordante de

⁽¹³⁾ Eugenio María de Hostos. Lecciones de Derecho Constitucional. Santo Domingo: ONAP, 1980, pág. 140.

los mismos, todos deben ser incorporados de modo expreso en el texto constitucional, de modo que se evite que una jurisprudencia excesivamente conservadora o temerosa del poder haga inefectiva la protección de los derechos.

d) Consagrar expresamente el rango constitucional de los convenios internacionales de derechos humanos en línea con la Resolución 1920-2003 de la Suprema Corte de Justicia que recoge la doctrina francesa del «bloque de constitucionalidad» y listar, como lo hace la Constitución argentina reformada de 1994, dichos instrumentos.

e) Preservar y ampliar la tradición del constitucionalismo social inaugurada en nuestro país en la reforma constitucional de 1955 y que encontró su máxima expresión en la Constitución de 1963 y que, en gran medida, conserva la Constitución de 1966. En este sentido, una de las virtudes del actual texto constitucional es que le reconoce la categoría de derechos y no de simples programas o aspiraciones a los derechos sociales, que no los exceptúa del amparo jurisdiccional, que no los limita a los ciudadanos sino que los extiende a todas las personas y que distingue claramente entre derechos sociales y principios rectores de la política social y económica.

f) Consagrar expresamente la dignidad humana no solo como valor fundamental sino también como derecho, como ocurre con la igualdad que en el actual texto constitucional es valor, principio y derecho fundamental.

g) Establecer expresamente los «límites a los límites» de los derechos fundamentales de manera que el legislador no pueda, so pretexto de regular un derecho, anularlo, ya sea porque alteró su «contenido esencial» o porque la limitación es irrazonable (Artículo 8.5).

h) Conservar la actual cláusula del Artículo 10 de la Constitución que establece que la enumeración de derechos fundamentales no excluye derechos de igual naturaleza. De este modo se puede ampliar por la vía de la creación judicial, como en la actualidad, el catálogo de derechos fundamentales, sin necesidad de reforma constitucional.

i) Perfeccionar los mecanismos de protección de los derechos fundamentales. Los derechos valen lo que valen sus garantías. Pero allí donde hay derecho debe haber garantía. La garantía básica de los derechos fundamentales es el amparo jurisdiccional. En este sentido, hay que afinar este instrumento de modo que haya efectividad de los derechos. Un reto importante lo constituye la «garantía social», es decir, la garantía de los derechos sociales. Esta garantía hay que articularla en el título relativo a los derechos sociales pero teniendo en cuenta que los mecanismos de

control del poder (ej. el Defensor del Pueblo cuyos dictámenes son claves para el aumento de la inversión social), el amparo (al permitir los amparos colectivos y populares), la descentralización territorial (que acerca a la ciudadanía al Estado que vela por sus prestaciones sociales), el control de constitucionalidad (al permitir la inconstitucionalidad por omisión de los poderes públicos proteger los derechos sociales), el propio acceso a la información pública (que permite saber cómo y cuánto gasta el Estado en la inversión social), los mecanismos de participación ciudadana (por ejemplo, los presupuestos participativos que permite al ciudadano velar porque sea efectiva la inversión social), el catálogo de deberes (ej. la solidaridad social), los mecanismos fiscales y presupuestarios (por ejemplo, el «ingreso mínimo ciudadano»), el sistema de la seguridad social fijado en la Constitución económica, son todos claves para la vigencia efectiva de los derechos sociales.

j) Actualizar el lenguaje de los derechos fundamentales. Esto es clave para la legitimidad de la Constitución reformada. «También a los sistemas políticos les podemos conocer por su lenguaje. El vocabulario que de alguna forma institucionaliza un sistema político nos dice mucho de las poderosas corrientes subterráneas que lo alimentan. La idea de la íntima relación entre política y lenguaje ya la descubrió Platón hace más de dos mil años: los regímenes políticos, escribía a Pérdicas, tienen cada uno su lengua como si se tratara de seres vivos; hay un lenguaje propio de la democracia, otro de la oligarquía y, otro, a su vez, de la monarquía. También, claro está, hay un lenguaje de la tiranía (...).»⁽¹⁴⁾ También el trujillismo tenía su lenguaje o por lo menos su jerga: Jefe, Partido Dominicano, orden público, enemigos de la patria, comunismo ateo y disociador, «reconstrucción del país, paz, fronteras seguras, tranquilidad, progreso, orden, bienestar de la familia, etc»⁽¹⁵⁾. La democracia constitucional requiere también de su lenguaje. Estado de Derecho, Estado Social, contenido esencial de los derechos, garantías, igualdad, solidaridad, pluralismo, tolerancia, dignidad humana, son las palabras clave del nuevo lenguaje constitucional. Y es que «las palabras mismas trabajan a favor del fortalecimiento de los valores constitucionales».⁽¹⁶⁾ Por eso, la reforma constitucional debe realizarse con el lenguaje de la democracia constitucional contemporánea.

⁽¹⁴⁾ Virgilio Zapatero. «El lenguaje de la Constitución». En: *La constitucion a examen*. Gregorio Peces-Barba Martínez – Miguel Angel Ramiro Avilés (coordinadores). Madrid: Marcial Pons, 2004.

⁽¹⁵⁾ Andrés L. Mateo. *Mito y Cultura en la era de Trujillo*. Santo Domingo: Editora Manatí, 2004.

⁽¹⁶⁾ Zapatero, op. cit., pág. 152.

k) Hay que consolidar y ampliar las conquistas legales y políticas de la mujer en los últimos cuarenta años y eliminar todo vestigio de trato discriminatorio, machista o paternalista en la Constitución.

l) Incorporar los nuevos derechos, tales como los derechos colectivos y los del medio ambiente, y lo que no es menos importante, su protección a través de los amparos colectivos y populares.

11. Una reforma para el Estado Social y Democrático de Derecho. Hay quienes entienden que el propósito de las constituciones es el «de operar como un marco de control estricto y efectivo del orden jurídico» y por eso abogan por constituciones «minimalistas», es decir, que se concentren «en establecer los derechos democráticos individuales y el marco legal de la organización gubernamental». De ahí que se critique las constituciones «maximalistas», o sea, aquellas que garantizan «un sinnúmero de derechos sociales», promoviendo así un constitucionalismo «de aspiraciones, es decir, que busca plasmar en la Carta Magna las ilusiones y deseos de la sociedad». Este constitucionalismo de programas socioeconómicos promueve la deslegitimación de los sistemas políticos pues «al no desarrollar [los gobernantes] las grandes líneas programáticas en materia económica y social prometidas en la Carta Magna», se crea «un espejismo de derechos y una situación de inconstitucionalidad por incumplimiento». Es por todo lo anterior que se entiende que las constituciones, en lugar de estar abultadas con «grandes temas de desarrollo social [que son] de difícil cumplimiento y se violan con facilidad», deberían limitarse a consagrar los «derechos fundamentales garantizados exclusivamente por el Estado», dejando a los planes de desarrollo aquellas «aspiraciones que el Estado no puede garantizar a la ciudadanía».⁽¹⁷⁾

Disiento de esta conceptualización del rol de las constituciones y de los derechos sociales en las sociedades contemporáneas. Si tomamos en serio a los derechos (Dworkin), éstos no pueden reducirse a exigir al Estado un deber de abstención y, si asumimos que la Constitución es una norma, tampoco puede conceptuarse ésta única y exclusivamente como un límite al poder. Afirmar que «no todos los derechos tienen que consignarse en la Constitución» es plegarse ante el prejuicio ideológico del Estado mínimo paleoliberal que es tan solo garante del orden público interno y de la defensa exterior. Es, por demás, desconocer el ordenamiento jurídico vigente que reconoce los derechos sociales e ignorar que la Constitución no sólo es política sino también social.

⁽¹⁷⁾ Rosario Espinal, *Clave*, 26 de octubre de 2006, pág. 32.

Precisamente, el esfuerzo de la doctrina constitucional en los últimos años ha sido el de demostrar que no hay diferencia de estructura entre los derechos individuales del constitucionalismo liberal y los derechos sociales del constitucionalismo social. Juristas como Ferrajoli⁽¹⁸⁾, Abramovich y Courtis⁽¹⁹⁾ han evidenciado que no solo son sancionables las lesiones a estos derechos (por ejemplo, la contaminación atmosférica que viola a la salud) sino también las violaciones de estos mismos derechos consistentes en omisiones. Se ha demostrado, incluso, que la garantía judicial ante una omisión del cumplimiento de un derecho social es más eficaz que la de una comisión contra un derecho individual, pues nunca la intervención del juez podrá anular la violación de un derecho de libertad como la integridad personal en tanto que la violación por incumplimiento de un derecho social (como el derecho a la vivienda) puede ser reparada con su ejecución, aunque sea tardía.

Se afirma que un Estado sin recursos económicos no puede garantizar efectivamente los derechos sociales. Pero tampoco la libertad de enseñanza se garantiza sin escuelas públicas ni el derecho de defensa es efectivo sin un sistema nacional de defensa pública gratuita para los pobres. Los derechos son interdependientes: de ahí que hasta los derechos individuales deben ser interpretados socialmente.

La pobreza del Derecho Constitucional ha consistido durante mucho tiempo en no originar un Derecho Constitucional de la lucha contra la pobreza. Se dirá que esto es una utopía pero utopía fue el *habeas corpus* de los ingleses hace 8 siglos, como lo sigue siendo todavía hoy en gran parte del mundo. Es cierto que no basta con la proclamación constitucional de los derechos pues se requieren garantías efectivas; pero la Constitución debe ser el *locus* de estas garantías. La renta básica, el amparo colectivo, la inconstitucionalidad por omisión, el control ciudadano de las políticas públicas y el acceso a la información son parte del arsenal de garantías de un Estado que no solo es de Derecho sino también social.

En este sentido, el catálogo de derechos sociales conjuntamente con la fórmula «Estado social y democrático de derecho» concreta toda una dogmática *iusconstitucional* que, en los últimos 50 años, ha tratado de conciliar las virtudes del constitucionalismo clásico liberal surgido de las revo-

(18) Luigi Ferrajoli. *Derechos y Garantías: La ley del mas débil*. Madrid: Trotta, 1999.

(19) Victor Abramovich – Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.

luciones del siglo XVIII con las del constitucionalismo social que arranca con la Constitución de Querétaro de 1917 y que tuvo su máxima expresión en nuestro país con la Constitución de 1963. Este constitucionalismo social hoy se entronca con la moderna teoría del Estado Social, avanzada por Herman Heller, para la que los derechos no se restringen exclusivamente a los del catálogo liberal sino que incluyen todos aquellos que garantizan a los individuos los medios necesarios para el ejercicio de las libertades y la dotación de su procura existencial.

Hoy los derechos sociales tienen un doble sentido. En primer lugar, constituyen presupuesto esencial de la existencia de un sistema democrático fundado en la igualdad de los ciudadanos, pues, como afirma Gomes Canotilho, «por debajo de un cierto nivel de bienestar material, social, de aprendizaje y de educación, las personas no pueden tomar parte en la sociedad como ciudadanos, y mucho menos como ciudadanos iguales».⁽²⁰⁾ Ya lo había dicho antes Heller, sobre las huellas de Rousseau, «sin homogeneidad social, la más radical igualdad formal se torna la más radical desigualdad y la democracia formal, Dictadura de la clase dominante».⁽²¹⁾

En segundo lugar, lo que no es menos importante, los derechos sociales forman parte del núcleo básico de una Constitución dirigente cuya tarea no se restringe a organizar el poder del Estado si no que traza las líneas fundamentales de lo que debe ser la transformación de la sociedad. Los derechos sociales son en consecuencia no solo presupuesto de la democracia sino, por demás, contenido esencial de las decisiones de los órganos democráticamente elegidos y legitimados.

Tomar en serio los derechos sociales y no ceder a los encantos del escepticismo de izquierda y derecha frente a éstos implica no solo su consagración expresa en el texto constitucional sino también, lo que es más importante, diseñar los instrumentos y procedimientos para su protección constitucional, los que van desde el establecimiento del amparo por omisión estatal y de la acción de cumplimiento, la democratización de la justicia constitucional vías las acciones colectivas, la participación popular en los presupuestos del Estado y de los municipios, el control judicial de la razonabilidad de la actuación administrativa y de la ejecución presupuestaria, y el ingreso ciudadano mínimo garantizado o renta básica ciudadana.

(20) J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoría de la Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

(21) Herman Heller. *Escritos Políticos*. Madrid: Alianza, 1985, pág. 260.

La consulta popular aprobó mayoritariamente la inclusión de una cláusula en la que se estableciese que la República Dominicana era un Estado Social y Democrático de Derecho. La próxima reforma constitucional es la hora definitiva de los derechos sociales y de configurar un Derecho Constitucional que nos permita luchar contra la pobreza estructural que nos afecta.

12. La reforma como concreción de utopías. La reforma constitucional es el momento de las utopías, si es que entendemos la Constitución no sólo a partir de antiguos paradigmas. La Constitución se asume también como tarea de renovación y por eso se dice que no es el pasado sino el futuro el problema de la Constitución. Los temas constitucionales del futuro que no pueden pasar inadvertidos ni al constituyente ni al intérprete constitucional que contribuyen al desarrollo constitucional son muchos y variados: la reducción del desempleo, la reducción del endeudamiento público, el desafío ecológico, la reducción de la burocracia estatal, la lucha contra la delincuencia organizada, la lucha contra la corrupción, el pluralismo de los medios de comunicación, la protección de los periodistas, los desafíos de las nuevas tecnologías (biogenéticas, de información), las funciones de la policía y de las fuerzas armadas ante la criminalización de la guerra y la guerra contra el crimen, las amenazas de los fundamentalismos religiosos, la democratización de los partidos, los deberes humanos, los movimientos migratorios, la soberanía nacional en un mundo crecientemente globalizado, la protección de los bienes culturales, los derechos de las minorías culturales y étnicas, el principio de la subsidiariedad, el desarrollo sustentable, la reducción de la pobreza, la protección de los derechos fundamentales en caso de «estados fallidos», el control de las multinacionales, el crecimiento demográfico, los derechos de los animales, el derecho de la privacidad, la justicia penal internacional, la desobediencia civil, el tráfico de seres humanos, los criminales deportados, las relaciones internacionales de las regiones y municipios, la intervención humanitaria vs. la no intervención.

El Derecho Constitucional necesita de las utopías porque el hombre «necesita la esperanza como el aire que respira».⁽²²⁾ Ya lo decía nuestro Pedro Henríquez Ureña: «¿Hacia la utopía? Sí: hay que ennoblecer nuevamente la idea clásica. La utopía no es vano juego de imaginaciones pueriles: es una de las magnas creaciones espirituales del Mediterráneo, nuestro gran antecesor. El pueblo griego da al mundo occidental la inquietud del perfeccionamiento constante. Cuando descubre que el hombre puede individualmente ser mejor de lo que es y socialmente vivir mejor de cómo vive, no

(22) Peter Häberle. *El Estado Constitucional*. México: UNAM, 2001, pág. 305.

descansa para averiguar el secreto de toda mejora, de toda perfección. Juzga y compara; busca y experimenta sin descanso; no le arredra la necesidad de tocar a la religión y a la leyenda, a la fábrica social y a los sistemas políticos. Es el pueblo que inventa la discusión; que inventa la crítica. Mira al pasado, y crea la historia; mira al futuro y crea las utopías».(23)

Häberle entiende que la política constitucional requiere de las utopías porque «la historia enseña que el Estado constitucional, en especial, se ha convertido en 'conquista cultural' también gracias a las utopías, las 'fantasías', las visiones y 'sueños' de sus clásicos», por lo que «debe haber apertura en lo futuro para nuevas utopías o para las utopías clásicas transformadas como 'catalizadores' o 'fermentos'».(24) El sueño de la integración racial en Estados Unidos no hubiese sido posible sin un Martín Luther King ni el final del «apartheid» en Sudáfrica sin un Mandela. Los pueblos necesitan Quijotes que luchen «en sus tierras para transformar sus propias herencias»,(25) como es el caso de Thomas Paine, Emmanuel Sieyes, Juan Pablo Duarte y Ulises Francisco Espaillat. «Cada uno, en sus épocas y lugares, concibieron las utopías de sus momentos, demostrando con sus hechos que lo utópico no es imposible ni irrealizable. Con el ejemplo de sus vidas han puesto de manifiesto que la utopía facilita la interpretación crítica de la realidad, del presente recibido, permitiendo más tarde, la conformación de su contraimagen, que no es más que la configuración del futuro deseado y soñado. De esta afirmación se desprende, como bien afirma Cabodevilla, la inmensa fuerza subversiva, anticipadora y revolucionaria de las utopías».(26) Estos Quijotes pueden ser acusados de «ilusos» por forjar sueños, de «perdedores» por no acceder al poder político, pero por su crítica al *establishment*, por instigar a las masas a integrarse a las luchas libertarias y por forjarse sus propias utopías, todos ellos han permanecido en la memoria colectiva de sus pueblos y de la Humanidad. La historiadora Mu-Kien Sang propone una reinterpretación crítica de nuestra historia republicana y una lucha contra el déficit de utopías a partir del pensamiento utópico: «Creo que llegó el momento de asumir y definir nuestros propios sueños desde una posición crítica con nuestro pasado, que nos permita aprender de nuestros fracasos y nuestros errores, para no repetirlos. Pero busquemos también en nuestros triunfos y en nuestros aciertos la fuente eterna de inspiración. Sigo

(23) Citado por Mu-Kien Adriana Sang. *Una utopía inconclusa: Espaillat y el liberalismo dominicano en el siglo XIX*. Santo Domingo: INTEC, 1997, pág. 1.

(24) Häberle, op. cit., pág. 304.

(25) Sang, op. cit., pág. 284.

(26) Ibid.

pensando que la nueva utopía debe ser la construcción de una sociedad más humana, justa, verdaderamente democrática y participativa. Debemos crear nuestro propio imaginario, para ver si de una vez y por todas eliminamos de la faz de nuestra historia esa herencia caudillista, autoritaria, excluyente y discriminatoria».⁽²⁷⁾

Los textos constitucionales deben, pues, plasmar aspiraciones, esperanzas: los derechos sociales y económicos eran simples esperanzas en la primera posguerra europea y se hicieron realidad en Europa a partir de 1945. La propia democracia fue en Latinoamérica una utopía hasta hace poco. Todo esto, sin embargo, no nos debe conducir a olvidar las utopías negativas (por ejemplo, las totalitarias) ni se debe pasar por alto que la única manera de hacer realidad estas utopías es a través del ensayo y de la reforma incremental, pues las ingenierías sociales han tenido resultados perversos.

Como «pedazo de 'patrimonio cultural' del Estado constitucional como tipo»⁽²⁸⁾, las utopías se nutren del arte, el cual muchas veces anticipa las realidades constitucionales: la filosofía de la verdad de Vaclav Havel se anticipó a los procesos de la verdad de Europa del Este y de Sudáfrica y el cine norteamericano anticipó (o inspiró) la política de la «guerra de las galaxias» de Ronald Reagan y el derrumbe de las torres gemelas. Las utopías tampoco tienen fronteras. El sistema presidencial fue exportado por Estados Unidos a toda Latinoamérica, el ombudán nació en Suecia y ha echado raíces en toda Europa y Latinoamérica, la jurisdicción constitucional nació en Austria y de ahí ha viajado por todo el mundo. El Estado Constitucional adquiere sus perfiles a partir de las utopías por la función crítica y propositiva de las mismas. Por eso, cuando se agotan las energías utópicas puede asomarse la crisis del Estado Constitucional. Ofreciendo experiencias, aportando esperanzas, las utopías contribuyen a la legitimación de la Constitución y a que la misma se transforme para adoptarse a los nuevos tiempos. El Derecho Constitucional necesita de los soñadores. De lo que se trata, a fin de cuentas, es de clamar por sueños «en medio de un presente con mucho grado de incertidumbre».⁽²⁹⁾

El preámbulo de la Constitución, aceptado por el 92% de los consultados en la consulta popular que han pedido la inserción de un texto introductorio que refleje el orden social en que se quiere vivir, es clave

(27) *Ibid*, pág. 295.

(28) Häberle, *op. cit.*, pág. 305.

(29) Sang, *op. cit.*, pág. 295

para plasmar las utopías posibles y concretas, que no son más que las legítimas aspiraciones del pueblo constituyente. Este preámbulo, como bien ha explicado César Pina Toribio, «no es nunca una pieza de mero adorno, de hueca belleza, sino una propuesta inicial, síntesis de los valores, principios e ideas centrales sobre los cuales se estructura la ingeniería jurídica de una sociedad determinada».⁽³⁰⁾ A modo de ilustración, transcribo la propuesta de preámbulo del Foro Ciudadano presentada en la consulta popular y que refleja el valor de este instrumento como síntesis de las aspiraciones y los ideales del pueblo constituyente:

«CONVENCIDOS Y CONVENCIDAS de la primacía de la persona humana y en que todas las personas son iguales en dignidad y derechos, universales y superiores al Estado; que la solidaridad, la igualdad, la justicia y la libertad son valores primarios de la vida en comunidad; que las familias son el elemento fundamental de la sociedad; y que el trabajo es deber y derecho de todos y todas los ciudadanos y ciudadanas y representa la base de la realización humana, la creación de la riqueza, el bien común y la justicia social;

«RESUELTOS Y RESUELTAS a superar las graves fracturas económicas y sociales que han marcado nuestra historia; a generar las condiciones que permitan emanciparnos definitivamente del autoritarismo, la injusticia, la corrupción, el clientelismo y toda forma de violación de los derechos humanos;

«COMPROMETIDOS Y COMPROMETIDAS con la promoción de una sociedad solidaria, igualitaria, justa, y libre, exenta de toda discriminación económica, social, étnica, sexual, cultural o de cualquier otra índole; donde la economía y el derecho estén al servicio de la persona humana, para asegurarle bienestar económico y seguridad jurídica; en que la construcción de ciudadanía, de la participación ciudadana y de la democracia es responsabilidad de todas las personas, fundamentalmente de los gobernantes, partidos políticos y las diversas expresiones de la sociedad civil;

«DECIDIDOS Y DECIDIDAS a fortalecer el Estado que se funda en la voluntad popular, el sufragio libre y la periódica consulta electoral, para garantizar el pluralismo y la tolerancia política y social mediante instituciones representativas y legítimas, la plena vigencia de los derechos humanos y la participación ciudadana; la independencia y la unidad de la República; la descentralización del poder político y económico; la

⁽³⁰⁾ César Pina Toribio. «Constitución y preámbulo». En: *Global*. Vol. 4, N° 16, mayo-junio 2007, pág. 37.

intangibilidad de la integridad territorial y el respeto de su soberanía; el sometimiento de gobernantes y gobernados a la supremacía de la Constitución y la ley; la subordinación de las Fuerzas Armadas al Poder civil; el fomento del desarrollo nacional y local, equilibrado e integral; la transparencia, honestidad y efectiva responsabilidad de quienes ejercen función pública; la dignidad creadora del trabajo, y la responsabilidad de la sociedad y del Estado en la satisfacción de las necesidades básicas espirituales y materiales de todas y de todos;

«CONVENCIDOS Y CONVENCIDAS de la necesidad de promover una sociedad internacional dinámica y abierta a formas superiores de convivencia, así como de la fraterna integración de las naciones y en particular de los pueblos latinoamericanos y del Caribe; apta para recibir y aprovechar el influjo de la revolución científica, tecnológica, económica, social y cultural que transforma el mundo, enmarcada en el respeto y la promoción de los derechos humanos;

«CONSCIENTES de la necesidad de mantener y consolidar la personalidad histórica de la Patria; de las responsabilidades que las generaciones presentes deben asumir con las venideras, fundadas en valores éticos y democráticos; de la importancia de defender la diversidad del patrimonio cultural; y de asegurar el desarrollo sostenible y el aprovechamiento racional de los recursos naturales que preserve el medio ambiente;

«EVOCANDO las realizaciones de nuestro pasado; la superación de todas las formas de dominación y opresión infringidas, así como el largo combate del Pueblo contra las dictaduras, la corrupción y el clientelismo a fin de alcanzar un régimen de solidaridad, igualdad, justicia y libertad; la gesta de los hombres y mujeres fundadores de la República y todos nuestros y nuestras próceres, pensadores y pensadoras sociales, políticos y políticas y luchadores y luchadoras sociales.

El momento de la utopía es también el de la «imaginación constitucional». Y es que «lo 'real' es inseparable de un componente imaginario. Por ejemplo, una Constitución es un catálogo de los grandes problemas de una sociedad, un esquema de planteamientos y en cierto modo una propuesta de soluciones. Pero lo que cada sociedad concibe como sus verdaderos problemas, aquellos que forzosamente tiene que reconocer y contemplar, lo conforma desde su imaginario».⁽³¹⁾ Reformar la Constitución es obra, pues, de la imaginación constituyente.

³¹ Jesús Ignacio Martínez García. «La imaginación constitucional». En: *La constitucion a examen*. Gregorio Peces-Barba Martínez – Miguel Angel Ramiro Avilés (coordinadores). Madrid: Marcial Pons, 2004, pág. 260.

Conclusión

Finalmente, quisiera enfatizar que lo que se impone ahora es el sentido de Estado y «ver más allá de la curva», es decir, la visión a largo plazo. La Constitución no es un fin en sí misma sino un instrumento para lograr una sociedad mejor. Este es un momento crucial de nuestra larga transición a la democracia. El Presidente Leonel Fernández ha defendido la legitimidad del Congreso Nacional para reformar la Constitución. El Congreso, en el cual confluye la representación política del partido oficial y de la oposición, puede y debe ser el lugar natural para que un gran consenso político complete el ciclo del consenso social de la consulta popular y del consenso técnico de la Comisión de Juristas. Un consenso que debe estar impregnado de las demandas y propuestas ciudadanas expresadas en la consulta territorial y en la consulta sectorial, frente a las cuales los partidos no pueden ser indiferentes. Pues, a final de cuentas, solo entre todos y para todos, es posible construir la Constitución que queremos y nos merecemos los dominicanos y las dominicanas.

UTILIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: NUEVOS RETOS A LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

Luiz Magno Pinto Bastos Junior *

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Delimitación conceptual de la noción de «préstamo constitucional». 2.1. Diferentes enfoques sobre los procesos de migración constitucional; 2.2. Demarcando el espacio de diálogo judicial transnacional; 2.3. Críticas y objeciones al uso de elementos no nacionales. 3. Identificación de los elementos no nacionales y algunas consideraciones sobre su «fuerza vinculante»: 3.1. Normas con el elemento internacional; 3.1.1. Solución de conflictos y principios de interpretación en el ámbito del derecho internacional privado; 3.1.2. Aplicación de normas de derecho internacional público en el ordenamiento jurídico interno; 3.1.3. El caso especial de los tratados de derechos humanos; 3.2. Normas constitucionales de carácter, *prima facie*, doméstico. 4. El debate sobre los usos de elementos no nacionales por los tribunales. 4.1. Inventariando los diferentes usos de la comparación por las cortes; 4.2. Las estrategias de argumentación y el aumento del repertorio normativo; 4.3. Retos a la argumentación judicial en los países de tradición civilista. 5. Síntesis conclusiva. 6. Referencias.

(*) Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional (UNIVALI) Doctorando en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC) Santa Catarina – Brasil lmagno@univali.br; luiz.magno.jr@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es analizar los impactos provocados en la teoría constitucional por el uso de elementos no nacionales por los tribunales nacionales, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, con especial referencia a la práctica de los países tradicionalmente vinculados a la tradición civilista (*civil law*). Ese uso viene siendo señalado como una «tendencia global» (MCCRUDEN, 2000, p. 506) y, como fenómeno, ora viene siendo saludado con gran entusiasmo (ACKERMAN, 1996; KOMMERS, 2002; WEINRIB, 2002), ora viene provocando serias objeciones (ROSENKRANTZ, 2003; FLETCHER, 1998) o escepticismos (FRANKENBERG, 1985; ÖRÜCÜ, 2000).

Ese uso, sin embargo, no es un fenómeno nuevo. El recurso por parte de los magistrados a experiencias extranjeras en el proceso de fundamento judicial puede ser fácilmente identificado en los más diferentes momentos históricos de toda la tradición constitucional occidental. Es recurrente, por lo tanto, la referencia a la doctrina extranjera, a la legislación comparada y, recientemente con especial énfasis, a los precedentes judiciales de tribunales extranjeros y de instancias supranacionales.

Tales préstamos están usualmente asociados a diferentes propósitos: (a) como forma de suplir lagunas en el sistema provenientes del deber de *non liquet* del Poder Judicial; (b) como forma de sanar obscuridades del texto y subsidiar decisiones en casos nuevos y desafiantes; (c) como forma de legitimar la actuación de instituciones recién creadas o órdenes democráticas (re)instauradas mediante el préstamo de la autoridad provenientes de instituciones y experiencias constitucionales ya consolidadas; (d) como forma de aumentar el grado de legitimidad internacional de actuación de la corte; (e) o, incluso, como mero ornamento constitucional y recurso a argumento por la erudición de los magistrados.

Si ésta no es una realidad absolutamente nueva, ¿por qué viene siendo identificada como un fenómeno nuevo que exige un tratamiento diferenciado por parte de la teoría constitucional (como es aquí defendido)?

Pueden ser identificados tres diferentes factores que, asociados, concurren para que esta preocupación instrumental (recurso a elementos del derecho comparado como estrategia de interpretación) gane mayor prominencia en la propia teoría constitucional. Son éstos: (a) la existencia de un proceso de globalización y de interpenetración de los ordenamientos jurídicos impregnado de un discurso de carácter universalizante (HELPER; SLAUGHTER, 1997); (b) la existencia de un movimiento global de redefinición de las funciones que serán desempeñadas por el Poder Judicial que le

confiere un importante papel de *veto player* y de copartícipe en la definición de la agenda pública (fenómeno de la judicialización de la política), que se procesa en nivel nacional y supranacional (TATE; VALLINDER, 1995); y, (c) una guiñada en el propio papel directivo que será desempeñado por la constitución (y en última instancia por el propio derecho) que exige un deber general de justificación de las razones públicas de las decisiones, teniendo en vista la superación del paradigma formal y positivista (CARBONELL, 2003).

El derecho comparado siempre ha estado asociado a la idea de importar mejores alternativas descubiertas por otros sistemas constitucionales (TUSHNET, 1999). En ese contexto, al dar énfasis al diálogo transnacional (con pretensión normativa), el recurso al derecho comparado acaba por revestirse de acentuado carácter subversivo (FLETCHER, 1998) y desestabilizador (FRANKENBERG, 1985). Esa «inestabilidad» resulta de la introducción en el ordenamiento jurídico nacional de puntos de vista que le son externos. Tales puntos de vista son utilizados como factor de crítica y de valoración de las soluciones nacionales obtenidas en los procesos de ponderación de valores en la jurisdicción constitucional.

Con objeto de cumplir los propósitos a que se destina, el presente trabajo se divide de la siguiente forma: inicialmente, serán presentadas algunas consideraciones generales sobre el préstamo constitucional a fin de que se defina con más precisión el intuio de esta investigación (sección 2); enseguida, se presenta sumariamente la legitimidad del uso del derecho comparado con la pretensión de subsidiar una breve sistematización de las propias «fuentes no nacionales» que vienen siendo utilizadas en el proceso de argumentación judicial (sección 3); en la sección siguiente, se enfrenta la discusión alrededor de los retos metodológicos suscitados (sección 4); por fin, tras reconocer que el recurso al diálogo constitucional puede ser ubicado en el contexto de las estrategias argumentativas de las cortes, se pretende identificar de qué forma ese uso creciente, en países de tradición civilista, contribuye para un proceso más amplio (y ya iniciado) de transformación hermenéutica en las teorías sobre la interpretación constitucional y sobre la propia forma de comprender el papel actual que será desempeñado por la constitución nacional.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA NOCIÓN DE «PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL»

Las expresiones «préstamo constitucional», «transplantes constitucionales», o incluso, «migraciones constitucionales» vienen siendo utilizadas

en las más variadas acepciones por los autores e involucran un conjunto muy vasto de fenómenos relacionados a los procesos de circulación de modelos constitucionales. El análisis de esos procesos puede ser realizado bajo los más diferentes enfoques.

2.1. Diferentes enfoques sobre los procesos de migración constitucional

Los enfoques sobre el fenómeno de la circulación de modelos constitucionales pueden ser reunidos en dos grandes grupos: el primero, vinculado a los grandes temas del derecho comparado (derecho constitucional comparado en una versión más tradicional); el segundo, reúne estudios que se ocupan del análisis de prácticas de las cortes que se involucran en procesos de «diálogo constitucional».

El primer «grupo» busca dar mayor énfasis a cuestiones de índole metodológica y presenta un mayor apelo y penetración entre los autores de tradición civilista. Para los autores representativos de ese grupo, el debate acerca de los trasplantes constitucionales se procesa en el marco teórico de la ciencia comparativa y de la historia constitucional. A modo de ejemplo, se pueden clasificar tales enfoques de la siguiente forma: (a) lecturas que buscan identificar los movimientos constitucionales y el proceso de expansión de las ideas liberales democratizadoras y de las instituciones republicanas, en una perspectiva de historia del constitucionalismo y de las ideas políticas (VAN CAENEGEM, 1995; MATEUCCI, 1998; FIORAVANTI, 1998, 2000; SÁNCHEZ AGESTA, 1974); (b) la identificación de la existencia de los grandes sistemas constitucionales, reconstruidos mediante un análisis comparativo de procesos de diferenciación-aproximación (macrocomparación) (DI RUFFIA, 2000; GARCÍA-PELAYO, 1993; DI VERGOTINNI, 2004; SANCHEZ AGESTA, 1974); (c) esfuerzos de identificar procesos de aproximación y de recíproca influencia entre esos diferentes modelos, ora enfatizando los aspectos genéticos (HENKIN; ROSENTHAL, 1988), ora enfatizando el aspecto dinámico de recepción/envío de institutos jurídicos (paradigma de los niveles textuales – HÄBERLE, 1996); o aún, (d) esfuerzos de identificación de elementos comunes de derecho compartidos, no obstante las individualidades y particularidades nacionales, por determinados países occidentales, teniendo en vista la existencia de una tesitura cultural interconectada y con elementos comunes (LAW, 2005; HÄBERLE, 2000).

El segundo agrupamiento, por su turno, gana mayor prominencia en el ambiente cultural de los países de tradición asociada al *common law* y en el ámbito del derecho internacional (con especial referencia al

derecho internacional de los derechos humanos)⁽¹⁾, y están en mayor o menor grado asociados a la idea de un proceso de internacionalización de la práctica judicial y del constitucionalismo en escala global. En esos escenarios, se destacan enfoques que: (a) resaltan la fuerza con que esas relaciones comunicacionales se establecen entre las cortes (SLAUGHTER, 1994); (b) la existencia de relaciones de influencia recíproca y de trasplante entre niveles normativos diferenciados –orden interna e internacional– (MCCRUDDEN, 2000); y, la actitud de apertura y diálogo de las cortes al derecho extranjero como dotados de «autoridad persuasiva» (GLENN, 1987).

Ese conjunto de perspectivas asociadas a la idea de trasplante o préstamo constitucional (*borrowing constitutional*)⁽²⁾, por abarcar una infinidad de situaciones bien dispares, pueden ser sintetizadas, como propone EPSTEIN E KNIGHT (2003, 196-197), en tres grandes enfoques: (a) cuando cualquier ciudadano, a partir de la observación de otras prácticas institucionales, propone reflexiones sobre la necesidad de cambios constitucionales⁽³⁾; (b) cuando, durante el proceso constituyente (y procesos de elaboración legislativa), los congresistas se reportan a las experiencias de otros textos constitucionales en el momento de la redacción de sus propias constituciones; (c) cuando los jueces consideran decisiones de otros tribunales extranjeros para resolver disputas instauradas ante su jurisdicción nacional.

El presente artículo pretende analizar justamente los impactos que esta última práctica ha provocado a la teoría constitucional. A fin de mejor delimitar el contexto de este artículo, se buscará, en la próxima sección, identificar los diferentes espacios en los que ese diálogo se procesa.

(1) Hay autores que defienden que la identificación de la estructura de comprensión del fenómeno jurídico es, en cierta medida, influenciada por el lenguaje. En el caso que está aquí en cuestión, es la lengua inglesa que se impone como lengua oficial en los países de tradición del *common law*, y el discurso del derecho internacional y de los derechos humanos, en gran medida, se vehicula mediante el idioma inglés. (CARVALHO, 2007).

(2) YAZBEK (2001) presenta una visión panorámica sobre las diferentes expresiones que vienen siendo usadas para reportarse a las facetas del fenómeno de la transferencia y de la circulación de modelos jurídicos. Se preocupa en ese texto con la sistematización de propuestas teóricas y de modelos explicativos de los procesos de transferencia, los cuales, según entiende, deben ser mejor aprehendidos por los juristas.

(3) O sea, debate que ocurre en el libre entrecruzamiento de ideas que debe marcar el espacio público (discusiones y resultados en la ciencia comparada, el libre confronto de ideas divulgados por la prensa y la media, etc).

2.2. Demarcando el espacio de diálogo judicial transnacional

El llamado diálogo transnacional pretende abarcar todas las actividades de la jurisdicción constitucional en las que los jueces se valen de experiencias constitucionales extranjeras como parte de su estrategia de argumentación. A pesar de la lógica de construcción del razonamiento ser muy próxima, se decidió identificar dos contextos diferentes de aplicación: la decisión de las cortes internacionales y la decisión de las cortes nacionales.

En las *cortes internacionales de solución de conflictos*, el recurso a elementos de derecho comparado consiste en una práctica ya consolidada e invocada como uno de los métodos preponderantes para juzgar las cuestiones ante esas cortes. El recurso a esa estrategia es particularmente relevante cuando se pretende definir el contenido y el alcance de los principios generales de derecho y el reconocimiento de reglas comúnmente válidas.

Esta prospección de fuentes nacionales cumple un doble propósito: (a) identificar elementos comunes a los diferentes universos normativos a fin de rellenar el contenido y de definir el alcance de los principios generales del derecho (KOOPMANS, 1996); y (b) en particular, en el ámbito del derecho comunitario, aumentar el grado de legitimidad de las decisiones en nivel comunitario y, con eso, estimular que las cortes nacionales, responsables por la implementación de las decisiones de las cortes comunitarias en régimen de coordinación judicial (SCHUTTER, 2004), puedan vincularse más «espontáneamente» a las directrices fijadas en sus juzgados (GROSSFELD, 2000).

Hay que señalar además que ha sido frecuente el recurso a decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando esta corte asume la posibilidad de aprendizaje con la experiencia desarrollada por la corte congénere en la protección de derechos que, textualmente, se equiparan en las dos cartas de derechos regionales (CANÇADO TRINDADE, 1997).

En el ámbito de las *cortes nacionales*, las referencias a experiencias extranjeras siempre ha sido muy común (SAUNDERS, 2006). No obstante, se puede fácilmente encontrar innúmeras especies de objeciones y resistencias a la utilización de esa estrategia de argumentación en el proceso de argumentación judicial.

La comprensión del recurso al derecho comparado, o aún el impulso (mayor o menor) a la comparación mutua en los procesos judiciales, está relacionada a un conjunto de múltiples factores que serán, solamente a modo de ejemplo, presentados aquí: (a) mayor o menor grado de apertura en la

cultura jurídica y política del país al fenómeno de la recepción jurídica; (b) forma como la corte se vincula al sistema de fuentes y a la utilización de esos materiales normativos en el proceso de argumentación jurídica⁽⁴⁾; (c) forma como el texto constitucional o las propias cortes nacionales comprenden la relación entre el derecho interno y el derecho internacional (interpenetración de los órdenes jurídicos) y las bases culturales que conectan la experiencia nacional con experiencias extranjeras (vinculación a un conjunto de tradiciones compartidas y la relación de parentesco jurídico).

2.3. Críticas y objeciones al uso de elementos no nacionales

Innúmeros autores se oponen a la utilización de esos elementos, principalmente cuando las cortes se valen de ellos desde una perspectiva constructivista o revisionista, pues cuestionan el recurso a esos elementos como fuente legítima. Esas objeciones son identificadas y analizadas bajo diferentes aspectos (MCCRUDDEN, 2000; AANUS, 2002, TUSHNET, 1999; CHOUDHRY, 1999), en este artículo, a partir de SAUNDERS (2006) se optó por agrupar tales objeciones de dos formas, aquellas que reúnen objeciones concernientes a la legitimidad de ese recurso, y aquellas que surgen a partir de consideraciones metodológicas.

Las críticas que cuestionan la propia *legitimidad del recurso al derecho comparado en las decisiones*, se oponen, sobretodo, a las pretensiones normativas (*normative claims*) presentes en las varias referencias al derecho comparado como «comunidad mundial de Estados» (*Lawrence vs. Texas*), «constitucionalismo global» (ACKERMAN, 1997) o «revolución de derechos» (HENKIN, 1988).

Esa es la objeción elocuente del *justice Scalia* (TUSHNET, 1999) y Fletcher (1994) que, fuertemente marcados por el debate norteamericano que contraponen originalistas a textualistas, se oponen a la idea de utilización de elementos no nacionales en razón de la necesidad de preservación de la identidad nacional y del carácter integrador que la constitución desempeña en una sociedad tan marcada por el pluralismo.

Valiéndose de argumentos muy próximos (idea de identidad nacional), pero inserido en un contexto cultural radicalmente opuesto y con finalidades diferentes, ROSENKRANTZ (2003) recusa el recurso al derecho com-

(4) Se puede identificar una tendencia de mayor apertura por parte de los países con tradición en el *common law*, por lo menos de conferir mayor peso en el proceso de proveer las razones para la decisión.

parado por entender que una auténtica identidad nacional sólo puede ser creada a partir del desarrollo de formas autóctonas de autocomprensión de la constitución y de las formas jurídicas. Continuar recurriendo a fuentes extranjeras como argumento de autoridad en el escenario interno, según el autor, propiciaría el desarrollo de transposiciones totalizadoras o colonizadoras, concurriendo para un imperialismo renovado (neoimperialismo de las formas jurídicas).

Por fin, se puede identificar un conjunto de críticas que, aunque lancen una mirada al uso de elementos no nacionales, son dirigidas a la propia actuación del Poder Judicial, son críticas centradas en el déficit contra-mayoritario. El recurso al elemento no nacional es tan más importante cuanto menos evidente es el tenor del dispositivo constitucional interpretado, cuanto mayor es la intervención del tribunal en la actuación de los demás órganos políticos, y cuanto mayor es la intención de la corte de revisar a su propia jurisprudencia.

De la forma como presentadas, oponerse a la estrategia de comparación es, en última instancia, posicionarse frente a dos cuestiones centrales en el debate de la teoría constitucional contemporánea, el papel que será desempeñado por el Poder Judicial (activismo judicial vs. *self-restrain*) y por la propia constitución (definición de las fronteras de la constitución).

Otro conjunto de críticas y objeciones puede ser relacionado a la *dificultad metodológica*.

Asociadas o no a la cuestión de la legitimidad del uso del derecho comparado, esos enfoques evidencian los riesgos del abuso y de la malversación (*disuse*) del recurso a esos elementos, destacando diferentes aspectos: (a) la dificultad (imposibilidad) de control de racionalidad de las decisiones (¿cuáles los criterios utilizados para la elección de las experiencias que se pondrán en diálogo? ¿por qué éstas y no otras?); (b) el riesgo de la realización de importaciones descuidadas y descontextualizadas (OSIATYNSKI, 2003), o incluso ya superadas por otras decisiones de la corte más recientes (SAUNDERS, 2006); y, (c) los retos conectados a la propia metodología comparada (identificación funcional de los elementos que serán comparados, la diferencia de lenguaje y de la imposibilidad de exacta comprensión del sentido y del alcance de la experiencia que será comparada).

Se pueden percibir, además, posturas que ponen en duda la propia posibilidad de recurso a la comparación, o por atacar la postura de aparente neutralidad del comparatista (FRANKENBERG, 1985), o por cuestionar los fundamentos epistemológicos (o su ausencia) a partir de los cuales son realizadas las comparaciones jurídicas (SCHAFFER, 2005).

Todas esas objeciones suscitan importantes aspectos que deben ser considerados cuando se pretende, al mismo tiempo, comprender y describir esa práctica, de un lado, y reconocerla como una importante estrategia argumentativa apta a fornecer subsidios a la tomada de decisión de las cortes, de otro.

Como consecuencia de la cuestión relativa a la legitimidad del recurso a fuentes no nacionales, se ubica el debate acerca de la identificación de los materiales que serán utilizados por la comparación, el peso (grado de vínculo) a éstos atribuido y el fundamento legal de su autoridad normativa, cuestiones que serán enfrentadas a continuación (sección 3).

Las cuestiones concernientes a la comprensión de la práctica actual de las cortes (pretensiones de descripción de la realidad) y de la posibilidad (o no) de un método (o metodologías) adecuado a la utilización de esas fuentes serán objeto específico de la sección 4.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS NO NACIONALES Y ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE SU «FUERZA VINCULANTE»

En esta sección, se ocupará en identificar los materiales que, en los procesos de diálogo constitucional, suelen ser «prestados». Lo que se pretende es simplemente fornecer algunos elementos que puedan servir de guía de referencia sobre las diferentes fuentes, su contexto de utilización y, consecuentemente, el valor (peso) que se les atribuye en el proceso de argumentación judicial.

Esta preocupación específica en identificar la naturaleza de las fuentes y su peso (fuerza argumentativa), aunque esté desproveída de gran relevancia en los modelos legales basados en el *common law*, en el derecho de influencia civilista parece tener un impacto decisivo en el proceso de identificación de los argumentos determinantes en una dada decisión judicial.

Para tanto, se agrupó el recurso a las fuentes teniéndose por base el grado de referencia de la norma aplicada a los contextos normativos extra estatales. Esta propuesta de sistematización fue parcialmente inspirada en la metodología definida por DROBNIG y VAN ERP (1997) y posee los siguientes objetivos: identificar el tipo de fuente que será utilizada; el fundamento de la legitimidad de su utilización; y el grado de vinculación al que está sometido el orden jurídico nacional.

3.1. Normas con el elemento internacional

Se pueden identificar dos grupos de normas que invocan la utilización de los elementos normativos no nacionales. El primero reúne las situaciones que son tradicionalmente asociadas a la aplicabilidad de principios de interpretación (criterios de solución de conflictos) propias del derecho internacional privado; el segundo grupo se refiere a las normas propiamente de derecho internacional, entre las cuales se puede realizar una referencia especial a las normas definidoras de los derechos humanos.

3.1.1. Solución de conflictos y principios de interpretación en el ámbito del Derecho Internacional privado

Se pueden reunir en este grupo diferentes situaciones en las que la práctica judicial viene tradicionalmente reconociendo (y, en algunas situaciones admitiendo la necesidad) el recurso a elementos de derecho comparado para resolver tales retos. En el relato de DROBNIG y VAN ERP (1997, p. 7-16) se pueden identificar las situaciones que involucran: (a) la aplicación de conflictos provenientes de Leyes Uniformes internadas en el ordenamiento nacional; (b) resolución de casos que exijan la identificación del régimen legal aplicable y la jurisdicción adecuada en litigios que involucren intereses particulares transnacionalmente conectados; (c) aplicación de reglas de derecho marítimo y aéreo fuertemente reguladas por convenciones internacionales y por prácticas compartidas.

El recurso a la experiencia extranjera, en esos casos, ya viene siendo tradicionalmente analizado por el derecho internacional privado y, deliberadamente, no constituye el campo específico de preocupación de esta investigación.

3.1.2. Aplicación de normas de derecho internacional público en el ordenamiento jurídico interno

Hay una gran controversia, entre los internacionalistas, acerca de la relación que se establece entre el derecho internacional y el derecho interno –dualismo o monismo– que, en última instancia, pasa por una discusión sobre el alcance del concepto de soberanía y la superación de su formulación en términos clásicos.

Ha sido recurrente la identificación de una tendencia general de internacionalización de los ordenamientos nacionales que se manifiesta a partir de dos conjuntos de factores. El primero consiste en la presencia de

cláusulas constitucionales expresas que establezcan vínculos entre el derecho nacional y el derecho internacional.

Se trata de decisiones políticas fundamentales que ora autorizan la incorporación inmediata del derecho internacional en el plano interno; ora confieren predominio o preponderancia de las normas de derecho internacional en caso de conflicto con normas internas⁽⁵⁾; ora fijan reglas de interpretación de las cláusulas internas «en conformidad con el derecho internacional».

El segundo se refiere a la promulgación de la Convención de Viena que fija una importante *regla de interpretación de las obligaciones internacionales* de los Estados. Frente al art. 27 de aquella convención, los Estados no pueden invocar la existencia de óbices en el derecho interno para excusarse de inobservancia de la obligación internacionalmente asumida, incluso tratándose de normas constitucionales. Hay que señalar que, para el derecho internacional, el derecho interno representa solamente un hecho y las reglas de interpretación de los tratados definidas en la Convención se aplican, bajo determinadas circunstancias, incluso a aquellos países que no adhirieron a ésa expresamente (*customary law*) (CANÇADO TRINDADE, 1997).

De acuerdo con esos marcos normativos internacionales, los tribunales nacionales cuando se ocupan de cuestiones adecuadas a normas internacionales *deben dialogar con el derecho internacional*⁽⁶⁾. Como fue anteriormente señalado, este deber proviene, por un lado, de expresa determinación constitucional (cláusulas de apertura de la constitución al derecho internacional), de otro, de una preocupación de algunas cortes de que su país no sea internacionalmente reconocido (y responsabilizado) como violador de una obligación asumida. En esos términos, la legitimidad de la corte para valerse del derecho internacional varía de una perspectiva normativa a una persuasiva (*from an authoritative way, to a persuasive way*).

Sin embargo, ¿cuáles serían los elementos cuyo préstamo es autorizado?

(5) La doctrina señala la necesidad de hablarse de incompatibilidad y no en conflicto de ley, por tratarse de normas que se encuentran erigidas con fuentes de validez diferenciadas (en el plano internacional y en el plano doméstico), razón por la que los conflictos deben ser resueltos por la técnica de no aplicación del derecho contrario, típica de lo *judicial review* de matiz norteamericano (NOGUEIRA ALCALÁ, 2000)

(6) Llevar en serio el contexto internacional de la norma de derecho internacional que será interpretada y aplicada en el plano doméstico, conferir LUPI y BASTOS JR (2007).

Son tradicionalmente reconocidas como fuentes del derecho internacional: los principios generales de derecho, los tratados y convenciones internacionales, la costumbre resultante de la práctica general y uniforme de los Estados y las decisiones de las cortes (precedentes).

Por lo tanto, en las situaciones en las que los tribunales nacionales se encuentren frente a cuestiones que involucren la aplicación de obligaciones internacionales, el recurso a esos elementos no nacionales se figura no sólo útil (proveer *topói* interpretativos), sino también necesarios, ante las obligaciones asumidas por el Estado.

Se pueden citar, p.ej., las siguientes situaciones: las cuestiones relativas a la inmunidad parlamentaria y a la extensión de su protección; las garantías procesales reconocidas en relación al derecho de protección consular de un extranjero procesado en el país; y, el derecho de asilo y pedidos de extradición.

Hasta entonces, se venía hablando acerca de la posibilidad (y de cierta obligatoriedad) de que la corte recurriera a las fuentes del derecho internacional, en ese diálogo constitucional. Sin embargo, muchos autores ven en el principio de *da buena fe* (art. 26) la posibilidad para extender el alcance de las normas puestas en conversación para más allá de las fuentes propiamente de derecho internacional. En ese caso, a fin de establecer un régimen de cooperación, en el proceso de *mejor* definir el contenido y el alcance de las obligaciones internacionales y de su interacción con el derecho interno, les sería lícito recurrir al aprendizaje con experiencias constitucionales de otras realidades normativas (conferir la sección 3.2).

3.1.3. *El caso especial de los tratados de derechos humanos*

¿Por cuáles motivos deben los tratados de derechos humanos ser comprendidos como un caso especial del derecho internacional?⁽⁷⁾

La apertura nacional a las fuentes de derechos humanos está directamente relacionada a tres aspectos: (a) la importancia que el discurso de protección a los derechos humanos ha asumido en la agenda internacio-

(7) No se pretende discutir, en este trabajo, la posibilidad o no de considerarse las normas de derechos humanos como un ramo del derecho dotado de peculiaridades que lo distinguen de los demás, como pretende algunos autores, teniéndose en vista los destinatarios/beneficiarios de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados (sus nacionales y todos los extranjeros que se encuentren bajo su jurisdicción) y la existencia de reglas específicas de interpretación que tienden a conferir un mayor grado de protección del individuo frente al Estado. (CANÇADO TRINDADE, 1997).

nal; (b) la existencia de cláusulas constitucionales que tratan, de forma diferenciada, sobre la existencia de un status diferenciado conferido a las normas de derechos humanos en el plano doméstico; y, (c) la semejanza entre el objeto de protección de las normas de derechos humanos y las normas protectivas domésticas.

La (a) *pretensión universalizante* de los derechos humanos consiste en el principal fundamento teórico que impele al diálogo transnacional (conferir sección 1). Tales intentos pretenden conectar los diferentes Estados en función de una agenda mínima común de protección de determinados conjuntos de derechos. Ese constitucionalismo global se procesa, entre otros elementos, mediante la creación y el fortalecimiento de mecanismos institucionales de fiscalización e implementación de garantías mínimas en los planos nacionales (sistema de informes de la ONU, cortes internacionales de justicia, cortes regionales de derechos humanos, etc).

A su vez, es posible identificar una tendencia a la cristalización en las constituciones de (b) *cláusulas de apertura* del ordenamiento nacional a las normas internacionales de derechos humanos (HÄBERLE, 1998, 2000). Eso se expresa por medio de un catálogo extenso de países que confieren status diferenciado a los diplomas de derechos humanos, confiriéndoles, incluso, fuerza vinculante igual o superior a la propia constitución nacional⁽⁸⁾. Esa diferenciación declarada hace con que los tribunales se sientan más fuertemente impelidos al diálogo constitucional cuando estén frente a materias que encuentren regulación específica en el plano internacional y, de forma aún más expresiva (con significativo impacto en la lógica de argumentación de los países de tradición civilista), cuando deba considerar el llamado derecho secundario (o sea, las decisiones de las cortes e instancias supranacionales que, en el proceso de adjudicación, especifican el contenido de las cláusulas definidoras de derechos humanos y le fijan el ámbito de abarcadura) (BETLEM; NOLLKAEMPER, 2003).

Por fin, por el hecho de que las normas definidoras de derechos humanos fijan obligaciones a los Estados de protección y promoción de los derechos de los individuos y de las colectividades en el plano interno, (c) *sus comandos normativos se asemejan (y se sobreponen) a los derechos y garantías constitucionales* ya aseguradas en el plano doméstico. Esta superposición opera en el sentido de diversificar y ampliar el abanico de

(8) Para un inventario de las disposiciones constitucionales de países latinoamericanos relativas al *status* de los Tratados de Derechos Humanos en los órdenes jurídicos domésticos (CANÇADO TRINDADE, 1997; NOGUEIRA ALCALÁ, 2000). Para una perspectiva más amplia que privilegia las constituciones europeas (KOKKOT, 1999).

protección y los mecanismos de reivindicación puestos a la disposición del individuo en el contexto de los Estados nacionales (SCHUTTER, 2004). Se tiene, de esta forma, un sistema con múltiples niveles de protección, en el que vigora la máxima de la primacía de la norma más favorable a las víctimas (CANÇADO TRINDADE, 1997; PINTO, 2004).

Frente a esa superposición de contenidos, tales normas, aunque siendo vehiculadas mediante documentos internacionales, por la clasificación adoptada, tal vez fuesen mejor encuadradas en la próxima subsección (normas constitucionales de carácter, *prima facie*, doméstico). Empero, en razón del status que les viene siendo atribuido por las propias constituciones nacionales y de los retos relacionados a esa dualidad de ordenamientos en conversación (internacional y nacional), éstas fueron mantenidas en un ítem apartado.

La referencia a tales normas (tanto del derecho primario como del secundario) goza, a un solo tiempo, de una fuerza vinculante en general mayor que las normas de derecho internacional, y provee materiales argumentativos con mayor autoridad persuasiva.

3.2. Normas constitucionales de carácter, *prima facie*, doméstico

El constitucionalismo viene siendo identificado con un conjunto de ideas políticas y de instituciones que pretenden definir reglas destinadas a la organización y racionalización del ejercicio del poder y al establecimiento de un conjunto de mecanismos de protección del individuo (MATEUCCI, 1998). En ese contexto, a la Constitución se le atribuye importante función de tipificar, pasando a ser comprendida como un texto que, no sólo emerge como un símbolo de la identidad nacional, sino que también define las reglas del juego político y fija los criterios de validez interna del ordenamiento jurídico. Cumpliendo ese papel, la constitución se consolida como un importante factor de integración de los vínculos en la comunidad y de garantía de las instituciones democráticas.

En esos términos, las cuestiones relativas a la separación de poderes, a la distribución de competencias entre entes federativos, al proceso legislativo, a los derechos fundamentales, al *judicial review*, entre otras, consisten en normas de carácter, *prima facie*, doméstico⁽⁹⁾. Ese reconocimiento, sin embargo, no ha impedido que las cortes recurran a otras experiencias

(9) KOKOT (1999) identifica un conjunto de normas constitucionales que son más susceptibles al diálogo y a su análisis en una perspectiva comparada.

constitucionales para resolver los casos que se les presenten. Varios son los factores utilizados por las cortes para legitimar su apertura (en mayor o menor grado) al diálogo con experiencias no nacionales.

El recurso a los dispositivos previstos en tratados internacionales, a la costumbre internacional y al *case-law* de las cortes internacionales pueden ser invocados (conferir las secciones 2.1.2 y 2.1.3), cuando esas materias afectan directa o indirectamente cuestiones de índole doméstica, como por ejemplo, reglas relativas a la adquisición de nacionalidad o garantías procesales asociadas a las cláusulas del debido proceso legal consignadas en tratados de derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte Regional de Derechos Humanos a la que el Estado haya adherido.

Por otro lado, la referencia a la experiencia no nacional (legislación de otros países, doctrinas jurídicas, teorías políticas, jurisprudencia de tribunales constitucionales nacionales) ha sido igualmente recurrente. Diferentemente de los materiales hasta aquí analizados, esa referencia, generalmente, consiste en una actitud espontánea por parte del tribunal. Los magistrados reconocen que esta o aquella experiencia es relevante, aunque no conciben esa aproximación como obligatoria (no se sienten vinculados). El tribunal se involucra en ese proceso de diálogo con la finalidad de extraerles argumentos útiles a la solución de las cuestiones que se le presentan.

Frecuentemente el recurso a esas experiencias es utilizado sin cualquier discusión acerca de su legitimidad, y el peso conferido a esos elementos está directamente relacionado a los resultados esperados y a la función atribuida al método comparativo en el contexto de la decisión pretendida.

Antes de entrar en el debate relativo a las implicaciones metodológicas de esos enfoques, vale la pena señalar dos aspectos que se figuran interesantes.

(1) Los países de tradición del *common law*, porque construyeron sus ordenamientos jurídicos como extensión de la tradición británica y porque se encontraban hasta poco tiempo ligados, de alguna forma, a una jurisdicción revisora llevada a cabo por el *Privy Council*, se valen constantemente de un diálogo más estrecho con las decisiones de otras jurisdicciones en el proceso de jurisdicción constitucional nacional (p.ej., Australia, Canadá, África del Sur, Nueva Zelanda e India). Aun sin invocar los precedentes de otras cortes con carácter vinculante (*binding force*), los criterios y las razones subyacentes en ellos identificados son largamente utilizados como «argumentos persuasivos» en el proceso de construcción de la decisión judicial.

(2) Con relación a los debates sobre los préstamos constitucionales, en el ámbito de los países de lengua inglesa y tradición jurídica vinculada al *common law* enfatizan un diálogo transjudicial (diálogo entre las decisiones de las cortes); en el ámbito de los países de tradición civilista, ese tipo de diálogo es muy reducido. La referencia a decisiones de otras experiencias constitucionales generalmente no es directa (DROBING, 1997), sino mediada por medio del análisis doctrinario, p.ej., al analizarse la «importación» del principio de la proporcionalidad por el ordenamiento constitucional brasileño, las cortes generalmente no dialogan con los *leading cases* decididos por la Corte Constitucional Alemana que confirieron al principio de la proporcionalidad una aplicabilidad que trasciende el análisis de legitimidad de las leyes restrictivas de derecho, sino a partir de los análisis hechos, preferencialmente por Robert Alexy, que sistematizaron los criterios de corrección aplicados por la corte acerca de una teoría general de los derechos fundamentales.

4. EL DEBATE SOBRE LOS USOS DE ELEMENTOS NO NACIONALES POR LOS TRIBUNALES

Frecuentemente los autores, al describir la práctica de las cortes, directa o indirectamente, hacen evaluaciones sobre los enfoques por ellos «descritos» y, de cierta forma, buscan encontrar en esos patrones de comportamiento criterios para un eventual control de la decisión.

En esta sección, se pretende hacer un breve inventario sobre como han sido «descritos» los usos de tales elementos por los tribunales. Enseguida, serán privilegiados los enfoques que señalan, más allá de las cuestiones metodológicas, el uso de esos elementos como estrategia de argumentación. A partir de un análisis externo al discurso judicial, se pretende identificar las diferentes motivaciones que impelen al juez (o al tribunal) a valerse de experiencias no nacionales y de qué forma tales pretensiones corroboran para que se las elijan como estrategias de argumentación.

4.1. Inventariando Los diferentes usos de la comparación por las cortes

Pueden ser identificados innúmeros intentos de categorización del fenómeno en comento. Tales clasificaciones pretenden identificar patrones de conducta a partir de una verificación empírica (luego, supuestamente descriptiva) del efectivo uso por parte de tribunales de experiencias no nacionales. No obstante, como señala SAUNDERS (2006, p. 50), «ellas no son capaces de abarcar integralmente la diversidad de formas en las

cuales las cortes se refieren al derecho constitucional y a la experiencia de otras jurisdicciones». Todo ese esfuerzo descriptivo, aunque represente solamente representaciones parciales del fenómeno⁽¹⁰⁾, auxilia la comprensión sobre cómo los magistrados manejan las cuestiones de legitimidad y de «adecuada» aproximación al elemento extranjero.

Entre los innúmeros enfoques⁽¹¹⁾ existentes, se ha buscado, aquí, ilustrativamente, presentar aquellos que han influenciado más decisivamente los estudios acerca de esta temática (MARK TUSHNET y SUJIT CHOUDHRY) y que dan subsidios útiles a la identificación de la relación entre el tipo de experiencia puesta en conversación con la corte y las estrategias de argumentación por ella utilizadas para justificar (legitimar) su uso y los resultados obtenidos (TAAVI ANNUS).

Para TUSHNET (1999), el recurso por los tribunales a las experiencias extranjeras en el ejercicio de la jurisdicción constitucional está asociado a movimientos de contestación de la autocomprensión nacional sobre el contenido y el alcance de las disposiciones constitucionales. La forma como las cortes se aproximan a los elementos no nacionales representa el aspecto diferenciador de la tipología presentada por el autor. Para él, tales enfoques pueden ser reunidos a partir de una trilogía: funcionalista, expresivista y *bricolage*.

El *enfoque funcionalista* se ocupa de identificar equivalentes funcionales que confieran luces (soluciones mejores) a los problemas suscitados en el derecho nacional; la *aproximación expresivista* asume como punto de partida una

⁽¹⁰⁾ Se postula, aquí, la imposibilidad de que sea definido un enfoque que abarque, integralmente, ese fenómeno. No sólo porque los grandes sistemas jurídicos poseen patrones diferenciados de construcción de la argumentación judicial (*judicial reasoning*), sino también porque: (a) las estrategias de convencimiento de cada una de las cortes está fuertemente circunscrita a las prácticas judiciales consolidadas en aquel país; y (b) la forma como la corte utilizará el elemento no nacional no puede ser descrita a partir de una práctica coherente y preordenada, sino determinada por la función que será desempeñada por el elemento no nacional en su estrategia de argumentación.

⁽¹¹⁾ DAMMAN (2002) se refiere a las comparaciones evaluativas (*evaluative*), intencionalistas (*intentionalist*), textualistas (*textualist*) y normativas (*authority-based*). DROBNIG (1997) distingue entre uso necesario y uso voluntario de elementos de derecho comparado. MCCRUDDEN (2000) distingue, por un lado, entre una influencia de los elementos del derecho constitucional comparado de efecto «general e indirecto» en oposición a la influencia «específica y directa»; y, por otro lado, entre usos explícitos y no explícitos. KOOPMANS (1996) identifica los usos con la finalidad de encontrar una solución (*to find a solution*) o justificar una solución (*justify a solution*). JACKSON (2001) señala el propósito de conferir utilidad interna (*internal utility*) o conferir legitimidad externa (*external legitimacy*) del recurso al elemento comparado.

actitud inicialmente refractaria a la propia posibilidad de comparación, sin embargo, el hecho de volverse a las experiencias extranjeras pretende ser una forma de diferenciarlas de la realidad nacional y, con ello, refinar la autocompresión de los valores subyacentes a su tradición constitucional (ir al encuentro de sí mismo); y, por fin, un enfoque por él denominado *bricolage*⁽¹²⁾, por medio del cual el intérprete, a partir de una actitud de apertura y predisposición a identificar *fuentes normativas* que le auxilien en el proceso de toma de decisión, recurre a experiencias extranjeras de manera más o menos aleatoria (1999, p. 1237)⁽¹³⁾. En ese último enfoque, el magistrado desarrolla el trabajo de «ofrecer razones» como un *bricoleur*. Según el autor, el «hecho» del uso de experiencias extranjeras por el magistrado evidencia, al mismo tiempo, que se encuentra en marcha un proceso de cambio en la cultura jurídica nacional sobre esa temática (TUSHNET, 1999, p. 1304) y que él se autoreconoce como revestido de una función activa (participante) en el proceso de construcción judicial. De esa forma, fijar la atención a la experiencia constitucional extranjera se figura como parte de una estrategia de argumentación razonable, de otorgamiento de criterios y de posibilidades que serán puestas a prueba.

La clasificación de SUJIT CHOUDHRY (1999), a su vez, busca resaltar los motivos usados por la corte (explícita o implícitamente) para justificar la conversación establecida con los elementos no nacionales. Para él, la forma como la corte entiende que está ella vinculada a la experiencia extranjera condiciona su aproximación al elemento no nacional. En esos términos, propone, igualmente, una clasificación tripartite según la cual las cortes se valen de: una interpretación *universalista* (de acuerdo con la cual la interpretación comparativa se conforma con un movimiento más amplio de identificación de principios transcendentales que pueden ser «descubiertos» en las diferentes realidades constitucionales); una interpretación *genealógica* (según la cual la interpretación se justifica por la demostración de la existencia de rasgos comunes en el proceso de construcción histórica de cada una de las experiencias constitucionales); y, una interpretación *dialógica* (para la cual la opción por la interpretación comparativa proviene de un proceso de autoreflexión interpretativa frente a la cual los jueces se inclinan por la conveniencia de la comparación cuando identifican similitud entre los presupuestos domésticos y los no nacionales).

(12) Tushnet pretende transplantar para el plano de la interpretación constitucional la constatación llevada a cabo por Lévi-Strauss de que todo el proceso de construcción cultural es resultado de una composición, más o menos aleatoria, de materiales que se encuentran a la disposición en el proceso de su consolidación.

(13) Tales enfoques, en cierta medida, se coadunan con los debates entablados en el propio derecho comparado.

Al confrontar de qué forma tales modelos de interpretación responden a las cuestiones sobre su abarcadura, sobre su impacto en el desarrollo de la cultura constitucional y sobre las pretensiones normativas, SUJIT CHOUDHRY resalta la ventaja que la interpretación dialógica expresa frente a las demás, por no basarse en ningún argumento normativo a medida que permite al tribunal valerse de la referencia a la experiencia constitucional extranjera sin una «internacionalización» de su cultura constitucional local⁽¹⁴⁾, ofreciendo un ámbito más amplio de aplicabilidad⁽¹⁵⁾.

Los autores anteriores intentan establecer una relación entre la motivación de la corte y la forma como se da su aproximación al derecho extranjero.

A su vez, TAAVI ANNUS (2002) se ocupa de un enfoque más pragmático, que distingue el uso del derecho comparado a partir de una escala gradual que varía de un uso sutil (*soft use*) a un uso intenso (*hard use*) del derecho comparado por las cortes. Los tribunales, en ese uso intenso, recorrerían al derecho comparado, tanto para ofrecer argumentos normativos (el préstamo de la autoridad de otras cortes, referencia al derecho comparado para sostener o auxiliar la interpretación o aplicación del dispositivo constitucional nacional), como para ofrecer argumentos empíricos (recurso a la experiencia extranjera de forma que ésta sea usada para justificar, a partir de su éxito factual, el transplante de una norma, institución o práctica).

De esa diferenciación, se pueden destacar dos cuestiones: no es posible definir anteriormente el peso atribuido al elemento externo en el proceso de argumentación (atribución de argumentos normativos); y la elección de los argumentos y de las justificativas depende de la función persuasiva atribuida al elemento extranjero (atribución de argumentos empíricos).

Ambos autores buscan alejarse de justificativas de carácter universalista y niegan la existencia de fundamentos normativos que *exijan* de las cortes

(14) Como resultado, el autor destaca la posibilidad de que las premisas factuales y normativas de otras realidades posibiliten a las cortes el aprendizaje sobre su propia realidad constitucional, sin con eso desintegrar la propia identidad constitucional mediante procesos de internacionalización.

(15) Su campo de aplicación es más vasto, ya que no requiere la existencia de históricas relaciones entre los órdenes que se comparan, ni el reconocimiento de la existencia de un consenso universalizante entre las jurisdicciones, «lejos de figurarse como un obstáculo al uso de interpretaciones comparativas, los desacuerdos normativos mismos conducen a la interpretación dialógica, puesto que fuerzan la corte a identificar y justificar las razones de esos desacuerdos, propiciando el desarrollo de una conciencia más refinada acerca de sus similitudes y diferencias» (1999, p. 941).

constitucionales el deber de vincularse a los precedentes «transplantados» de otras realidades normativas. Ese lanzarse es voluntario y se encuentra fuertemente comprometido con una actitud activa por parte de la corte que asume «a mandate to diminish the gap between actual conditions and political ideals» (JACOBSON, 2004, p. 1772).

Esa actitud de corrección de las «imperfecciones» presupone: un inventario previo de las fuentes domésticas (TUSHNET, 1999), una predisposición de cambio del *status quo* sin romper con la tradición en la que está inserida (JACOBSON, 2004) y el reconocimiento de que se trata de una elección interpretativa que no se justifica, por sí sola, en razón de la existencia de un consenso universalizante (CHOUDHRY, 1999). Así, aunque los tribunales invoquen la existencia de los más variados argumentos de carácter universalizante para persuadir su auditorio acerca de la necesidad de la revisión constitucional o de la legitimidad del resultado alcanzado completar la omisión constitucional, el recurso al derecho comparado, incluso en el proceso judicial, ejerce una función de (auto)crítica y de corrección de rumbos, jamás un papel de utopía que prescribe (PFERSMANN, 2001).

4.2. Las estrategias de argumentación y el aumento del repertorio normativo

El reconocimiento de que el recurso a la comparación consiste en una estrategia de argumentación (individual o institucionalmente consideradas) (ANNUS, 2002) implica que se asuman algunos presupuestos teóricos.

(a) No es posible establecer un método de comparación adecuado que sea aplicado por los magistrados con pretensión de corrección⁽¹⁶⁾. El uso de fuentes extranjeras es asumido como una guía interpretativa y no como el resultado de una investigación metodológicamente orientada a la comparación de diferencias y semejanzas. (ÖRÜCÜ, 1997, p. 253).

(b) La pluralidad metódica de las cortes se figura como requisito esencial para que se pueda realizar la debida búsqueda sobre el derecho aplicable al caso (se aleja aquí la posibilidad de cualquier teoría interpretativa exclusivista) (Choudhry, 1999).

(c) Los elementos no nacionales colocados en conversación en las decisiones se figuran como *topói* argumentativos que son concatenados con los demás materiales normativos (*legal materials*). De esa forma, cumplen

⁽¹⁶⁾ Frecuentemente una preocupación metódica exacerbada en el discurso jurídico, en especial en el contexto de justificación de la decisión, frecuentemente esconde (enmascara) las opciones ideológicas del intérprete.

una función estratégica definida anteriormente por el intérprete y responden a los anhelos de ampliación del repertorio normativo puesto a la disposición de las cortes en el proceso de motivación judicial (*giving reasons*).

Al enfatizarse el aspecto instrumental del recurso al derecho comparado, se tiene aparentemente un debilitamiento de la disposición al diálogo transjudicial. Sin embargo, se trata de una debilidad aparente pues, al conferírsele el carácter de *topos* argumentativo, se autoriza que ese elemento actúe, concomitantemente, con las demás fuentes normativas, volviéndose legítimo su uso, tanto en el contexto de decisión, como en su contexto de justificación.

El grado de coherencia interna del argumento y el peso que se le atribuye en el discurso judicial están directamente relacionados con la forma con que se aproxima el intérprete al elemento no nacional. A modo de ejemplo, se pueden destacar: la búsqueda por la identificación de un origen común del instituto entre las experiencias jurídicas comparadas (aproximación genealógica), la búsqueda por la identificación de equivalentes funcionales, teniéndose en vista la existencia de problemas comunes para resolverse (aproximación funcionalista), la búsqueda de una identidad propia a partir del diálogo con otras experiencias (aproximación expresionista), esta última muy próxima al enfoque dialógico, en especial cuando el recurso a la experiencia extranjera pretende diferenciarla de la práctica nacional, en una actitud de rechazo al préstamo.

El contexto externo al discurso judicial también ofrece impulsos para que el tribunal se involucre, en mayor o menor medida, en un diálogo constitucional más próximo⁽¹⁷⁾.

La elección deliberada de la corte en dialogar con experiencias extranjeras es asumida como «estrategia discursiva» (ANNUS, 2002), como técnica de «ofrecimiento de razones» (CHOUHRY, 1999) o aún como «parámetro de crítica del orden interno» (TUSHNET, 1999).

4.3. Retos a la argumentación judicial en los países de tradición civilista

Tradicionalmente, la lógica de argumentación de las decisiones de las cortes se estructura precipuamente a partir de argumentos deductivos: de la identificación del comando de la ley a la aplicación al caso analizado. Esa vinculación parece estar todavía presa a la creencia de que el magis-

(17) Conferir la experiencia de Australia, de Israel, de África del Sur y de India.

trado debe juzgar en conformidad con el derecho que se le presenta como un objeto (listo y acabado) que será descubierto por la hermenéutica. En el proceso de (re)construcción del comando normativo aplicable al caso, las cortes recurren preferencialmente a la doctrina, utilizándose de las referencias a juzgados como argumentos de autoridad y de refuerzo de una posición anunciada previamente.

Esa característica ha hecho con que, hasta poco tiempo atrás, los manuales de derecho dieran muy poca importancia al análisis de las decisiones de los tribunales. El esfuerzo de identificación de *leading cases* en determinados conjuntos normativos es reciente y se conforma con aquello que viene siendo denominado de jurisprudencialización del derecho (en especial, del derecho constitucional) (ROUSSEAU, 1998). Se trata del reconocimiento de un papel prominente atribuido a las cortes (en especial a la Corte Constitucional) en el proceso diario de (re)estructuración del derecho constitucional (ALEXY; DREIER, 1997).

La corte constitucional, como guardiana final de la constitución, emerge como un escenario de exacerbadas demandas por reconocimiento de derechos y de disputas políticas provenientes, en gran medida, de su papel como árbitro entre los poderes y como límite contramayoritario en la protección de las libertades. Esa prominencia de esas cortes adviene de la promulgación de decisiones fundamentadas en una perspectiva interpretativa de naturaleza principiológica y dotadas de posturas asumidamente creativas e intervencionistas. Además, está claro, del efecto vinculante de sus decisiones⁽¹⁸⁾.

Esa guñada es tan significativa que algunos autores se refieren a esa vinculación «casi canónica» al *case-law* de la Corte Constitucional (SCHLINK, 1994).

En ese ambiente cultural, el fenómeno de la circulación de modelos jurídicos es tan (o más) frecuente que la práctica de envío/recepción en la tradición contrapuesta. Sin embargo, en el contexto de justificación de las decisiones judiciales, el recurso a la práctica extranjera es, muchas veces, deliberadamente escondido, como resalta LEGAIS (1997, p. 113) al analizar la jurisprudencia de los *haute jurisdictions françaises*. O, más frecuentemente, es introducido en la práctica judicial por intermedio de la literatura especializada (DROBNIG, 1997). Así, tradicionalmente, el principal vehículo de transposición de modelos constitucionales, en el proceso de adju-

(18) La idea de decisiones judiciales con efecto vinculante es tan particularmente reciente en la experiencia constitucional de los países de tradición civilista que durante mucho tiempo se negó a la jurisprudencia el status de fuente formal del derecho positivo.

dicación, consiste en la incorporación de lecciones doctrinarias (el análisis directo del *case law* de las cortes está constantemente relacionado a aproximaciones parciales que deben ser evitadas).

Por tales razones, los análisis tipológicos antes presentados no pueden ser transplantados para esa realidad. Sin embargo, muchos de los cuestionamientos sobre la legitimidad de ese recurso y de oposiciones metodológicas, guardadas las debidas proporciones, pueden ser formulados en el interior de nuestra tradición.

Eso puede ser fácilmente evidenciado en el diagnóstico elaborado por DROBNIG acerca de la práctica de la Corte constitucional alemana. Para él, la corte recurre al derecho comparado para «rellenar las lagunas en el derecho alemán, revisar una regla positiva por intermedio de un desarrollo judicial creativo⁽¹⁹⁾, y más recientemente ha empleado el recurso al derecho comparado para controlar la constitucionalidad de las normas con la ayuda de standards y principios globalmente aceptados que son obtenidos por medio de investigaciones comparadas». (1997, p. 146-7).

Ora, si Saunders reconoce haber todavía un largo camino que ser recorrido por los teóricos para la adecuada comprensión de este fenómeno en el ámbito de los países de la *common law*, en la tradición civilista, esa preocupación se presenta como terreno casi inexplorado.

5. SÍNTESIS CONCLUSIVA

En este artículo se buscó reconocer que el recurso a experiencias nacionales en el proceso de adjudicación constitucional llevado a cabo por las cortes consiste en una estrategia de argumentación legítima y que posibilita un aumento del repertorio normativo puesto su disposición, muniendo al intérprete-constitucional, de una sola vez, de *topói* argumentativos de carácter tanto «subversivos» (FLETCHER, 1998) –a medida que pueden provocar nuevos direccionamientos en los caminos posibles adoptados en el proceso de concretización constitucional– como «valorativos» (LAMEGO, 1990), a medida que interiorizan en el sistema constitucional la autocrítica a partir de la confrontación, en actitud dialógica, de experiencias constitucionales concretas de otras realidades socioculturales.

(19) Conferir la práctica judicial brasileña del «cheque postfechado» y del recurso a la «sociedad de hecho» para reconocimiento de efectos jurídicos advenidos de uniones de hecho.

Ese diálogo, por lo tanto, suscita un proceso constante de apertura a la crítica y posibilita que sean adscritos a la Constitución nuevos niveles textuales, especificando nuevamente la idea de constitución material. Segundo WEINRIE (2002, p. 3-4), «donde el 'nuevo comparativismo' ha tenido lugar, el análisis comparativo es considerado como interna a la actividad de la jurisdicción constitucional o como ofreciendo a los comentaristas *insights* apropiados a los trabajos internos de regímenes constitucionales específicos».

Tal utilización ha suscitado diversos esfuerzos teóricos en el sentido de definir metodologías que, en última instancia, estén aptas a redimensionar el propio alcance de la interpretación constitucional y de la tradicional «teoría de las fuentes» en el derecho.

El enfrentamiento de esa cuestión exige una profunda reflexión sobre el papel ejercido por la constitución, sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional (demarcación de los límites de la actuación del Poder Judicial) y sobre la racionalidad de las decisiones judiciales. Se abre, así, un inmenso abanico de posibilidades de investigación que no se adecuan a los conceptos clásicos de soberanía, de Estado y de constitución. Innúmeras cuestiones y dudas trasparecen: ¿la utilización de elementos normativos extraños a la cultura constitucional nacional, al cuestionar la idea-fuerza de que la constitución como opción política fundamental (soberanía) y autoproyección de la identidad cultural de su pueblo, puede romper con la función integradora tradicionalmente conferida a las constituciones? ¿Cuáles serían los límites que se presentan a ese préstamo y, si posible, cuáles serían los parámetros que fijarse para el control racional de las decisiones judiciales?

Esa diversidad de «miradas» sugiere algo más allá del mero interés académico en las diferencias y semejanzas entre los sistemas constitucionales. El «nuevo comparativismo» no deja la teoría constitucional incólume, sino que coloca en marcha procesos e ideas que cuestionan conceptos clave y distinciones que constituyen el derecho constitucional a punto de haberse desarrollado la idea de indispensabilidad del análisis comparativo para el entendimiento adecuado de su propio sistema constitucional.

6. REFERENCIAS

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*. v. 83, n. 4, p. 771-797, may 1997.

ADLER, Matthew D. Can constitutional borrowing be justified: a comment on Tushnet. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. Philadelphia, PA, USA, v. 1, n. 2, p. 350-357, fall 1998.

ALEX, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK; SUMMERS, Robert (eds.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot; Brookfield: Ashgate Publishing co., 1997.

AMMAN, Diane Marie. «Raise the flag and let it talk»: on the use of external norms in constitutional decision making. **International Constitutional Law Review**. Oxford/UK; New York/US, v. 2, n. 4, p. 597-610, 2004.

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do derecho comparado**. Porto Alegre: SAFE, 1980.

ANNUS, Taavi. Comparative constitutional reasoning: the law and strategy of selecting the right arguments. **Duke J. of Comparative and International Law**, v. 14, n.2, p. 301-350, 2004.

BETLEM, Gerrit; NOLLKAEMPER, André. Giving effect to public international law and european community law before domestic courts. A comparative analysis of the practice of consistent interpretation. **European Journal of International Law**, v. 14, n. 3, 2003, p. 569-589.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de derecho internacional dos derechos humanos**. Porto Alegre: SAFE, 1997. v. 1.

CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation. **Indiana Law Journal**, v. 74, n.3, p. 819-948, Summer 1999.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. **Traité de droit comparé**. Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence, 1972, 1974. tome I e II.

DAMMAN, Jens. The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation. **St. Thomas Law Review**, v. 14, n.3, p. 513-560, 2002.

DEHOUSSE, Renaud. Comparing national and EC Law: the problem of level of analysis. **The American Journal of International Law**, v. 42, 1994, p. 761-781.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado: las «formas de Estado» y las «formas de gobierno», las constituciones modernas**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

DORSEN, N; ROSENFELD, M; SAJÓ, A; BAER, S. **Comparative constitutionalism: cases and materials**. Thomson West, 2003.

DROBNIG, Ulrich; VAN ERP, Sjef (ed.). **The use of comparative law by courts**. The Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 1997.

DROBNIG, Ulrich; VAN ERP, Sjef (eds.). **The use of comparative law by courts**. Kluwer Law International, 1997.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Constitutional borrowing and nonborrowing. **I-CON International Journal of Constitutional Law**. New York/US, Oxford Journals/New York University School of Law, v. 1, n. 2, p. 196-223, 2003.

FLETCHER, George P. Comparative law as a subversive discipline. **The American Journal of comparative law**. v. 46, n. 4, p. 683-700, fall 1998.

FRANKENBERG, Günter. Critical comparisons: re-thinking comparative law. **Harvard International Law Journal**, v. 26, p. 411, 1985.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Universidad, 1993.

GROSSFELD, Bernhard. Comparative law as a comprehensive approach: a European tribute to Professor Jack A. Hiller. **Richmond journal of global law and business**. Richmond, VA, University of Richmond, v. 1, n. 1, p. 1-33, winter/spring 2000.

GROTE, Rainer. Comparative law and law teaching through the case method in the civil law tradition – a german perspective. **Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados**. Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM. Ciudad del México, 30 enero de 2004. Disponível em: <http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/docs_bd/pub%20otras%20entidades/ijj%20unam/mesa10/246s.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2005.

HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. In: PÉREZ-LUÑO, A.E. (Org.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 151-185.

HÄBERLE, Peter. Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un jus commune americanum. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus (Orgs.). **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2003. p. 1-83.

HELPER, Lawrence; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a theory of effective supranational adjudication. **The Yale Law Journal**. New Haven, CT, v. 107, n. 2, p. 273-391, nov 1997.

JACKSON, Vicki C.. Narratives of federalism: of continuities and comparative constitutional experience. *Duke Law Journal*, v. 51, n. 1, p. 223-288, 2001.

JACKSON, Vicki; TUSHNET, Mark. **Comparative constitutional law**. New York: Foundation Press, 1999.

JACOBSOHN, Gary Jeffrey. The permeability of constitutional borders. *Texas Law Review*, v. 82, n. 7, p. 1763-1818, jun. 2004.

KOKKOT, Juliane. From reception and transplantation to convergence of constitutional models in the age of globalization: with particular reference to the German Basic Law. In: STARCK, Christian (ed.). **Constitutionalism, universalism and democracy: a comparative analysis**. Baden-Baden, Germany: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. p. 71-135.

KOOPMANS, T. Comparative Law and the courts. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 45, n. 3, p. 545-556, jul. 1996.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma «recepção»**. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. **Metodología da ciência do derecho**. 4.ed. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2005.

LAW, David S. Generic Constitutional law. *Minnesota Law Review*. Minneapolis, MN, USA, University of Minnesota Law School, v. 89, n.3, p. 750-815, Feb. 2005.

LEGAIS, Raymond. France: L'utilisation du droit comparé par les Tribunaux: rapport français. In: Drobnig, U.; Van Erp, S. (eds.). **The use of comparative law by courts**. Kluwer Law International, 1997. p. 113-126.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **La constitución en la encrucijada: *palingenesia iuris politici***. Madrid: Unv. Complutense de Madrid, 1994. (Discurso de ingresso na Real Academia de Ciencias Morales y Políticas da Espanha).

MAYER, Franz. European constitution and the courts: adjudicating european constitutional law in a multilevel system. **Harvard Jean Monnet Working Papers**, Boston, MA, sept. 2003. Symposium European integration: the new german scholarship. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Heidelberg, 24-27 Feb. 2003. Disponível em: < <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-03.html> >. Acesso em: 17 jun. 2004.

McCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights?: thansnational judicial conversations on constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, 2000, p. 499-532.

MIRANDA, Jorge. Sobre o derecho constitucional comparado. **Revista Brasileira de Derecho Comparado**. Rio de Janeiro, v.5, n. 9, p. 34-58, jul./dez. 1990.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**. Edición 2000. Buenos Aires: Konrad-Adenauer Stiftung; CIEDLA, 2000. p. 163-259.

ÖRÜCÜ, Esin. Critical comparative law: considering paradoxes for legal systems in transition. **Electronic J. of comparative law**. v. 4.1, jun. 2000. (<http://www.ejcl.org/41/abs41-1.html>).

OSIATYNSKI, Wiktor. Paradoxes of constitutional borrowing. **International Constitutional Law Review**. Oxford/UK; New York/US, v. 1, n. 2, p. 244-268, 2003.

PFERSMANN, Otto. Le droit compare comme interpretation et comme théorie du droit. **Revue internationale de droit compare**. v. 53, n. 2, p. 275-288, 2001.

ROSENKRANTZ, Carlos F. Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law. **International Journal of Constitutional Law**. v. 1, n.2, p. 269-295, apr. 2003.

ROUSSEAU, Dominique. Las transformaciones del Derecho constitucional en la V Republica. Los cadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol. Valencia, n. 24, 5-17, 1998.

SANCHEZ AGESTA, Luís. **Curso de derecho constitucional comparado**. 5.ed. Madrid: Universidad de Madrid, 1974.

SAUNDERS, Cheryl. The use and misuse of comparative constitutional law. **Indiana Journal of Global Legal Studies** v. 13, n. 1, p. 37-76, winter 2006.

SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models. **I-CON International Journal of Constitutional Law**. New York/US, Oxford Journals/New York University School of Law, v. 1, n. 2, p. 296-324, 2003.

SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. In: Rosenfeld, Michel (ed). **Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives**. Durham; London: Duke University Press, 1994. p. 197-222.

SCHUTTER, Oliver de. The implementation of the EU Charter of fundamental rights through the open method of coordination. **Harvard Jean Monnet Working Paper n° 7/04**. Disponível em: <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040701.html>>. Acesso em: 20 nov. 2004.

SERNA DE LA GARZA, José Maria. El método de casos: reflexiones sobre el cambio en la metodología de la enseñanza del derecho no México. **Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados**. Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM. Ciudad del México, 30 enero de 2004. Disponível em: <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/docs_bd/pub%20otras%20entidades/iiij%20unam/mesa10/247s.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2005.

SILVA, José Afonso da. Derecho constitucional comparado e proceso de reforma do Estado. **Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados**. Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM. Ciudad del México, 30 enero de 2004. Disponível em: <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/docs_bd/pub%20otras%20entidades/iiij%20unam/mesa10/262s.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2005.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**. v. 29, p. 99-137, 1994.

TUSHNET, M (eds.). **Defining the field of comparative constitutional law**. Westport: Fraeger, 2002. p. 61-70.

TUSHNET, Mark. The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law. **International Constitutional Law Review**. Oxford/UK; New York/US, v. 1, n. 1, p. 79-98, 2003.

TUSHNET, Mark. The possibilities of comparative constitutional law. **The Yale Law Journal**. v. 108, n. 6, p. 1225-1309, abr 1999.

TUSHNET, Mark. Transnational/Domestic constitutional law. **Georgetown University Law Center, 2003 Working Paper Series in Public Law and Legal Theory**. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=437382>>. Acesso em: 19 nov. 2004.

WEINRIB, Lorraine E. Constitutional conceptions and constitutional comparativism. In: JACKSON, Vicki; TUSHNET, Mark (eds). **Defining the field of comparative constitutional law**. Westport, CT, USA: Praeger Publishers, 2002. p. 3-34.

YAZBEK, Otávio. Considerações sobre a circulação e transferência dos modelos jurídicos. In: GRADO, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Derecho constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 540-556.

ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. **An introduction to comparative law**. 2nd. ed. Oxford: Oxford press, 1992.

NOTAS

CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA: UNA PERSPECTIVA INTERAMERICANA *

por Robert S. Barker **

1. En uno de los primeros libros españoles escritos sobre el control de la constitucionalidad, publicado en 1920, el autor caracterizó su tema de esta manera:

Materia poco divulgada en España y en general fríamente acogida en Europa, es esta de los recursos susceptibles de entablarse contra las leyes inconstitucionales....que tan innumerables beneficios ha esparcido por las dos Américas... la sajona... y la latina ⁽¹⁾.

2. Tal vez la gran importancia del constitucionalismo para los países del Nuevo Mundo se debe al hecho de que mientras los grandes países de Europa llegaron a ser naciones muchos siglos antes de que se promulgaran allá documentos de índole constitucional, los países de las Américas, en cambio, deben su condición de nación a sus respectivas constituciones. El jurista mexicano Ignacio Burgoa, escribiendo sobre su propio país, dijo:

El estudio del Estado necesariamente tiene que abordarse desde el punto de vista constitucional, pues es la Constitución la que señala todos sus elementos y demarca su especificidad ⁽²⁾.

(*) Conferencia impartida en el III Foro Iberoamericano de Juristas (Universidad de Salamanca, Salamanca, 20 de junio de 2007).

(**) Profesor de Derecho, Duquesne University School of Law.

(1) A. Jorge Alvarado, *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, Editorial Reus, Madrid 1920.

(2) Ignacio Burgoa, *Derecho constitucional mexicano*, México: Editorial Porrúa, 6ª ed., 1985, pág. 31.

3. Y el constitucionalista canadiense Peter Hogg observó que:

Una constitución ha sido descrita como un espejo reflejando el alma nacional; debe reconocer y proteger los valores de una nación. ⁽³⁾

4. De hecho, la historia de los países de las Américas en nuestras respectivas experiencias nacionales, y en particular nuestras experiencias al fortalecer la democracia, es en gran parte nuestra experiencia constitucional.

5. ¿Cuál ha sido esta experiencia?

6. ¿Cuáles son las características de nuestro constitucionalismo que más han contribuido al desarrollo de la democracia en las Américas?

7. En mi opinión, son cuatro:

- i) la calidad de la Constitución como ley,
- ii) la revisión judicial (de la constitucionalidad de las leyes y otros actos gubernamentales),
- iii) la separación de poderes del Gobierno; y
- iv) el gobierno local.

8. La característica básica de las constituciones es que no son solamente declaraciones de principios o deseos, sino documentos jurídicos que establecen normas jurídicas. Los debates de la Convención de Filadelfia de 1787 y los argumentos de Alexander Hamilton, James Madison, y John Jay en *El federalista*, presuponían que la nueva Constitución de los Estados Unidos no era una mera colección de sugerencias o aspiraciones, sino una lista de normas de conducta. Ya Juan Bautista Alberdi, en su libro *Bases y puntos de partida*, escrito en 1852, había insistido en que la futura Constitución argentina fuera de naturaleza normativa.

9. El segundo aspecto clave, estrecha y lógicamente relacionado al primero, es la revisión judicial, es decir, el principio de que las normas constitucionales (o al menos la mayoría de ellas) son justiciables, y que los tribunales de justicia tienen la facultad y el deber de declarar la inconstitucionalidad de leyes y otras acciones gubernamentales que sean contrarias a la Constitución. La opinión del magistrado Presidente John Marshall en el caso *Marbury v. Madison* en 1803 es muy bien conocida. De gran importancia también es la opinión de la Corte Suprema de Argentina en el caso *Municipalidad de la Capital c/ Elortondo*, en el año 1888, cuando la Corte dijo:

⁽³⁾ Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto: Carswell Publishers, 3a edición, 1992) pág. 3.

Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.⁽⁴⁾

10. Otra manifestación importante del control judicial de la constitucionalidad es el establecimiento y desarrollo, originalmente en México y después en otros países, del recurso (o acción) de Amparo para la protección judicial de los derechos individuales. Ustedes entienden mejor que yo el significado del Amparo en el orden jurídico de muchos países, incluso en España y en casi todas las repúblicas de Latinoamérica. Sin embargo vale observar que México, al definir el Amparo en la Fórmula Otero ⁽⁵⁾ en 1847, sintetizó la práctica de la revisión judicial (con origen en la tradición del *common law*) con los principios de la tradición romano-civilista que limitaban al Poder Judicial.

11. La importancia de la protección judicial de los derechos del individuo fue demostrado dramáticamente en 1957 cuando la Corte Suprema de Justicia de la Argentina creó el Amparo por sentencia judicial, y al mismo tiempo aclaró la relación necesaria entre el constitucionalismo, la revisión judicial, y la democracia. La Corte declaró: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución.

En consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Carta Fundamental relacionados con los derechos individuales. [I]os preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman

(4) *Municipalidad de la Capital c/ Elortondo, Fallos*, 33:162 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1888). Tomo la cita de la obra de M. Miller, María Angélica Gelli y Susana Cayuso (eds.), *Constitución y poder político*, Tomo I, pág. 36 (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987).

(5) Acta Constitutiva y de Reformas sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados-Unidos Mexicanos el 18 de mayo de 1847, jurada y promulgada el 21 del mismo, Artículo 25 (en Felipe Tena Ramírez ed., *Leyes fundamentales de México, 1808 - 1999*; México: Editorial Porrúa, 22ª edición, 1999), pág. 475.

de consuno el goce y ejercicio pleno de las *garantías individuales* para la efectiva vigencia del Estado de Derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas. ⁽⁶⁾

12. El tercer aspecto importante de la experiencia constitucional del Nuevo Mundo en fortalecer la democracia, es la separación de poderes. Poco después de la Guerra de Independencia de los Estados Unidos, Thomas Jefferson dijo:

La concentración de todos los poderes del Gobierno en las mismas manos es precisamente la definición del gobierno despótico [E]l gobierno por el que luchamos era no sólo fundado en los principios de la libertad, sino uno en el cual los poderes del Gobierno estarían tan divididos y balanceados entre varios ramas del poder, que ninguno podría sobrepasar sus límites legales sin ser efectivamente controlado y limitado por los otros. ⁽⁷⁾

13. En nuestra época, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, anulando decretos presidenciales, suspendiendo la aplicación de tratados internacionales, controlando la constitucionalidad de enmiendas a la Constitución, y defendiendo los derechos más fundamentales de la persona y la familia frente a los demás poderes de Gobierno, es un ejemplo muy claro de la importancia de la separación de poderes como defensa de la constitucionalidad y la democracia.

14. Tal vez el ejemplo que mejor demuestra la eficacia de la revisión judicial, tanto como la importancia de la separación de poderes, es el del caso de *Youngstown Sheet and Tube Company v. Sawyer*, decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos hace más de cincuenta años ^(7A).

15. En 1952, durante la guerra de Corea, el Sindicato de Trabajadores del Acero anunció su intención de iniciar una huelga contra los principales fabricantes de acero de los Estados Unidos. Unas horas antes del momento previsto para el inicio de la huelga, el Presidente Harry Truman expidió una orden al Secretario de Comercio para que tomara posesión de las acererías y las mantuviera trabajando. El Secretario así lo hizo y las acererías continuaron operando, ahora bajo control del Gobierno. El Presi-

⁽⁶⁾ *Siri*, Fallos 239:459; LL, 89-531; JA, 1958-II-476 (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1957). (tomo el dato de la obra de Miller y otros, cit., Tomo I, páginas 535-536).

⁽⁷⁾ Thomas Jefferson, *Notes on the State of Virginia, Query XIII*, en Edward Dumbauld, ed., *The Political Writings of Thomas Jefferson: Representative Selections* (New York: The Liberal Arts Press, 1955), pág. 103.

^(7A) *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 72 S.Ct. 863, 96 L.Ed. 1153 (1952).

dente informó inmediatamente al Congreso de su acción, pero el Congreso no tomó ninguna medida.

16. Las compañías de acero rápidamente demandaron al Secretario de Comercio, abogando 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 otorgaban suficiente autoridad para actuar como había hecho.

17. La Corte Suprema, por votación de seis a tres, decidió que el Presidente había excedido sus poderes, y mandó que las fábricas fueran devueltas a sus dueños. La Corte determinó que la acción del Presidente era de índole legislativa y por lo tanto fuera del alcance del Jefe del Ejecutivo. La Corte continuó diciendo que mientras los poderes del Presidente como Comandante en Jefe son importantes, esos poderes tienen poca relevancia en situaciones esencialmente internas y civiles, como lo era la de la toma de las acerías.

18. Hace pocos años, se le preguntó al Presidente de la Cámara de Representantes de un país de las Américas, ¿Cuál es más importante, la política nacional, o la política local?⁽⁸⁾ El Presidente de la Cámara respondió, *Toda política es local!*⁽⁹⁾

19. Él tenía razón.

20. Las constituciones de seis países de las Américas establecen sistemas federales, y casi todas las demás garantizan la autonomía municipal. Las reformas de 1983 a la Constitución mexicana y de 1994 a la Constitución argentina fortalecieron al Gobierno local. Y en los últimos años la Sala Constitucional de Costa Rica ha anulado varias acciones del gobierno nacional por no respetar las prerrogativas de las comunidades locales. Esta protección constitucional del Gobierno local garantiza que la política siempre está al alcance de la mano, y permite y exige la participación casi continua de los ciudadanos. Así por ejemplo, en mi estado, Pennsylvania, cada año es año de elecciones⁽¹⁰⁾ de hecho, año de dos elecciones; las primarias en el mes de mayo, y las generales en noviembre para cargos federales, o estatales, o municipales.

⁽⁸⁾ Thomas P. O'Neill, quien fue Presidente («Speaker») de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de 1977 a 1987.

⁽⁹⁾ Véase la historia de este aforismo en Thomas P. O'Neill, *All Politics is Local and Other Rules of the Game* (New York: Times Books/Random House, 1994), pág. xv.

⁽¹⁰⁾ Véase, por ej., Commonwealth of Pennsylvania, *The Pennsylvania Manual, Vol. 117*, páginas 7-3 a 7-122 (2005).

21. A fin de cuentas, el aspecto más importante de nuestro constitucionalismo, que más ha fortalecido nuestras democracias, es un regalo que hemos recibido de Europa y de la Civilización Occidental, nacida en este Continente y basada en los principios de la dignidad inherente e igualdad esencial de toda persona humana. Civilización que, en palabras del Presidente John F. Kennedy en su Discurso Inaugural, reconoce

... que los derechos del hombre no vienen de la generosidad del Estado, sino de la mano de Dios. ⁽¹¹⁾

⁽¹¹⁾ John F. Kennedy, Inaugural Address, en *Inaugural Addresses of the Presidents of the United States* (United States Government Printing Office, 1961), pág. 267.

LA INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA Y LOS PROCESOS CONSTITUYENTES EN LA REGIÓN ANDINA

Carlos Ayala Corao *

SUMARIO: Introducción, I. El contenido esencial del derecho a la justicia, 1. Recursos efectivos, 2. Jueces competentes, 3. Jueces imparciales, 4. Jueces independientes, II. La independencia judicial en las Constituciones de la región andina, III. Los procesos constituyentes, IV. De la independencia aparente a la dependencia real, V. Reflexión Final.

INTRODUCCIÓN

La justicia es al mismo tiempo un «poder» del Estado, un «derecho» fundamental. La justicia tiene así una doble fuente: las normas del poder y las normas de los derechos ciudadanos. Como poder, la justicia es una función constitucional y por tanto esencial del Estado. En el Estado Constitucional, la justicia está sometida a condiciones de independencia, imparcialidad, competencia, procedimientos y sometimiento al Derecho. Como derecho, la justicia es una situación jurídica que corresponde a todas las personas, y se haya reconocida tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Por ello, la justicia igualmente está sometida a esas mismas condiciones.

(*) Presidente de la Comisión Andina de Juristas

En el Estado de Derecho, el sometimiento de todos los poderes públicos y los ciudadanos a la Constitución y a las leyes, requiere que los conflictos o cuestionamientos sean resueltos por el Poder Judicial. Para ello, éste Poder, que ejerce sus funciones en nombre del pueblo y del Estado mismo, va a erigirse en el árbitro final del Derecho y la Justicia. Ninguna autoridad, funcionario o particular puede estar por encima de la Constitución y las leyes, y para garantizar que ello sea así, los jueces interpretan el ordenamiento jurídico, resuelven los conflictos, declaran el Derecho, restablecen los derechos violados y reparan las violaciones. De allí que la organización de la justicia como un poder del Estado, sus órganos fundamentales (Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional), sus características fundamentales (nombramiento, remoción o destitución, garantías, etc.), son objeto de regulación por parte de las constituciones de los Estados.

La justicia es así un derecho inherente a toda persona, que emana de su propia dignidad como ser humano. Desde esta perspectiva, la justicia es un derecho sustancial en sí mismo; y es al mismo tiempo un derecho instrumental para la defensa de los demás derechos. Así, la justicia como derecho «constitucional» es igualmente objeto de incorporación en las constituciones, con el fin de ser reconocida expresamente como derecho y de que se garantice su contenido esencial. Al mismo tiempo, la justicia como derecho se encuentra reconocida como un derecho «humano» en tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU).

En este sentido, la justicia como derecho sustancial, es un derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales⁽¹⁾; e igualmente un derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil⁽²⁾.

(1) Art. 25, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH).

(2) Art. 14, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) y art. 8, CADH.

Como advertimos, la justicia como derecho instrumental es esencial para la protección y reparación de las violaciones de los derechos reconocidos en las constituciones y en los instrumentos sobre derechos humanos. Ejemplo de ello nos resultan evidentes cuando pensamos en la justicia ante las violaciones al derecho a la vida por ejecuciones arbitrarias o desapariciones forzadas de personas; o ante las violaciones al derecho a la integridad personal causadas por la tortura; o ante violaciones al derecho a la libertad de expresión causadas por la censura previa.

La justicia como derecho humano implica la obligación internacional del Estado de garantizar su goce y ejercicio efectivo. En este sentido, los Estados de la Convención Americana se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social³. Y si en el ejercicio de esos derechos y libertades no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades⁴.

De allí que cuando la protección judicial que debe brindarse en el derecho interno no ha sido reparadora de las violaciones ocurridas, o los recursos judiciales no existan, o al lesionado se le haya impedido el acceso a los recursos judiciales o haya sido impedido de agotarlos, o no esté garantizado el debido proceso, o sufra un retardo injustificado en su decisión, entonces se habilita el derecho de petición internacional o amparo internacional⁵.

I. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA JUSTICIA

El derecho a la justicia se denomina contemporáneamente el derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho como hemos visto, contiene una serie de elementos esenciales que el estado debe garantizar. Es decir, para que la justicia sea tal, debe respetar una serie de estándares internaciona-

(3) Art. 1, CADH.

(4) Art. 2, CADH.

(5) Arts. 44 y 46, CADH.

les, entre los cuales debemos resaltar: un recurso efectivo, ante los jueces o tribunales competentes, independientes e imparciales.

1. RECURSOS EFECTIVOS

Los recursos que deben estar a disposición de las personas para poder ejercer en el derecho interno su derecho a la tutela judicial efectiva, deben ser recursos sencillos y rápidos; o en definitiva cualquier otro recurso efectivo⁽⁶⁾. Ello va a significar que el Estado debe garantizar el acceso de todas las personas a los tribunales, para lo cual debe eliminar barreras existentes como las contribuciones o tasas fiscales que impidan el acceso; proveer asistencia legal gratuita a quienes no pueden pagar los honorarios profesionales de abogados, y otras medidas necesarias.

La garantía del acceso a la justicia debe ir acompañada de la garantía del tránsito adecuado y la salida adecuada de la justicia. Para ello las normas del debido proceso y el derecho a la defensa juegan un rol fundamental⁽⁷⁾.

Las sentencias deben servir a la satisfacción de la justicia y para ello deben ser reparadoras, oportunas, justas y fundamentadas. Y cuando no cumplan con estos requisitos, deben ser objeto de recursos de impugnación en el derecho interno (ej. apelación, nulidad, etc.).

De allí que la justicia no puede ser entendida como un ejercicio formal de recursos que no garanticen efectivamente la protección y reparación integral de los derechos.

2. JUECES COMPETENTES

Los jueces tienen que tener asignada por la ley la facultad plena para resolver los conflictos o controversias que les son sometidas a su conocimiento. En este sentido, los jueces deben tener asignada la jurisdicción plena para conocer, decidir y ejecutar o hacer ejecutar lo decidido.

En este sentido, los Estados deben⁽⁸⁾: a. garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. garantizar el cumplimiento, por las auto-

(6) Art. 25, CADH.

(7) Art. 8, CADH y art. 14, PIDCP.

(8) Art. 25.2, CADH.

ridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. Este último elemento sobre el cumplimiento por parte de las autoridades de lo decidido por los jueces en sus sentencias tiene como contrapartida algunos privilegios públicos que se oponen a su efectiva realización. Por ello es que la doctrina y la jurisprudencia moderna han concluido que estos obstáculos al cumplimiento de las sentencias, resultan contrarios a la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva⁽⁹⁾.

En definitiva, los jueces deben resolver la causa, ya sea restableciendo la situación jurídica del derecho que ha sido violado y reparando integralmente la violación; o decidiendo sobre la responsabilidad y sanción de los responsables de los delitos. Por ello es importante la interdicción de las inhabilitaciones que impidan a los jueces hacer justicia, particularmente frente a delitos contra los derechos humanos.

Algunos supuestos importantes de inhabilitación a los jueces para hacer justicia en Latinoamérica frente a violaciones a los derechos humanos han sido las «Amnistías». Éstas consisten en decisiones normativas (leyes o decretos) mediante las cuales se les impide a los jueces ejercer su jurisdicción para investigar y sancionar los delitos contra los derechos humanos. Generalmente estas decisiones son adoptadas por los propios regímenes que han violado los derechos humanos, configurándose además en un auto privilegio por parte de juntas militares o congresos controlados por gobernantes dictatoriales. En otros casos, han sido como producto de presiones de fuerzas militares a regímenes de transición. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que las leyes de amnistía carecen de efectos jurídicos, ya que violan los derechos a la justicia y a la verdad frente a violaciones a los derechos humanos. Dicha declaración si bien se realizó con carácter general respecto a las leyes de amnistía en Perú⁽¹⁰⁾, fue igualmente reiterada respecto al decreto ley de auto amnistía en Chile⁽¹¹⁾.

Por otro lado, el juez debe tramitar con debido proceso y respeto a las garantías judiciales todo proceso y especialmente los que tengan por objeto determinar la responsabilidad de los acusados y la imposición de san-

(9) Vgr., García de Enterría, Eduardo. *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, Madrid, CIVITAS, 1989.

(10) Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75, en www.corteidh.or.cr

(11) Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, en www.corteidh.or.cr

ciones. En este sentido, toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter⁽¹²⁾.

En ejercicio de su jurisdicción y competencia plena, a los jueces les corresponde el deber de aplicar a los responsables las sanciones legales, previo juzgamiento con el debido proceso. Sin embargo, la aplicación de las sanciones debe ser hecha en todo caso de manera justa, razonable y proporcional. En otras palabras, no puede ser arbitraria. Para ello el debido proceso establece otro grupo de garantías como son la presunción de inocencia, el no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, la cosa juzgada, y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas⁽¹³⁾.

Sin embargo, el deber del Estado de sancionar legalmente a los responsables (*ius puniendi*), tiene una serie de limitaciones derivadas del derecho internacional, que deben ser atendidas por el ordenamiento jurídico interno (constitución y leyes) y en su defecto, directamente por el juez nacional. Entre éstas limitaciones podemos resaltar: la prohibición de la aplicación de la pena de muerte⁽¹⁴⁾; la prohibición de penas corporales (penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes)⁽¹⁵⁾; y la prohibición de penas por el ejercicio de la libertad de expresión en la crítica a autoridades públicas (leyes de desacato)⁽¹⁶⁾.

(12) Art. 8, CADH, equivalente al art. 14, PIDCP.

(13) Art. 8, CADH y art. 14, PIDCP.

(14) Art. 4, CADH y *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte*. Corte IDH. Ver, *Restricciones a la Pena de Muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A N° 3; y Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A N° 14.

(15) Art. 5, CADH. Ver, Corte IDH. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C N° 123.

¹⁶ Art. 13, CADH. Ver, Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 107; Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C N° 111; y Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135.

3. JUECES IMPARCIALES

El derecho a un juez imparcial como parte del un juicio justo, consiste en el derecho de toda persona a ser juzgado por un juez que no tiene inclinaciones hacia alguna de las partes o intereses en juego.

La imparcialidad es de carácter *subjetivo*, cuando se refiere a las partes en el proceso, ya sean estas particulares o el Estado (fiscales del ministerio público, procuradores, defensores u otros). El juez no debe tener ni preferencia ni rechazo hacia ninguna de las partes o sus abogados. En estos casos el juez debe inhibirse y si no lo hace, las partes deben contar con el recurso de la recusación como garantía de la imparcialidad del juez.

La imparcialidad debe ser en segundo lugar de carácter *objetivo*, es decir, referida a la causa en sí objeto del proceso. En ese sentido, el juez no debe tener una opinión definitiva antes del proceso ni por supuesto debe haber adelantado su opinión sobre el fondo del asunto. De lo contrario, si es el caso y el juez no se inhibe, las partes deben contar con el recurso de recusación.

En tercer lugar, la imparcialidad debe ser también interna o institucional, es decir, dentro del propio Estado. Ello quiere decir que ni órganos del propio Poder Judicial ni de los otros poderes del Estado como es el Poder Ejecutivo, deben ejercer coacción o presión sobre los jueces, sobre cómo deben decidir una causa. Ello tiene especial relevancia con relación a los mecanismos de disciplina y control de los jueces, los cuales no deben ser mal utilizados como mecanismos que comprometan la imparcialidad de los jueces en las causas. Esta última dimensión de la imparcialidad del juez guarda relación con la independencia del juez.

4. JUECES INDEPENDIENTES

La independencia de los jueces consiste en el derecho y la obligación de éstos, de resolver los casos bajo su jurisdicción de acuerdo con el derecho, sin temor a represalias de ningún tipo. En ese sentido los *Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura* establecen que «Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo»⁽¹⁷⁾.

¹⁷ Art. 2, *Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura*, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Trata-

Por su parte, el *Estatuto Universal del Juez* ⁽¹⁸⁾ establece que «La independencia del juez resulta indispensable para el ejercicio de una justicia imparcial en el respeto de la ley. La independencia es indivisible. Todas las instituciones y autoridades, nacionales o internacionales, deberán respetar, proteger y defender esta independencia».

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha establecido que el derecho a un tribunal independiente e imparcial «es un derecho absoluto que no admite excepciones»⁽¹⁹⁾.

Ahora bien, piedra fundamental para la independencia del Poder Judicial en un Estado Constitucional de Derecho es el principio de separación e independencia de los poderes⁽²⁰⁾. Éste principio es un «elemento esencial»⁽²¹⁾ y un «principio esencial»⁽²²⁾ de la democracia.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que «uno de los principios que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces»⁽²³⁾.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido, que como criterios generales para determinar la independencia de un tribunal «debe tenerse en cuenta, *inter alia*, la forma de designación de sus integrantes y su mandato, la existencia de salvaguardias contra presiones externas y la cuestión de si tiene apariencia de independiente»⁽²⁴⁾.

De allí entonces la obligación de los Estados de garantizar la independencia de la judicatura, la cual incluye no sólo el deber de procla-

miento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

⁽¹⁸⁾ Art. 1, *Estatuto Universal del Juez*, aprobado por la Unión Internacional de Magistrados el 17 de noviembre de 1999.

⁽¹⁹⁾ Ver, entre otros, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, Documento de la ONU, CCPR/CO/70/PER, párrs. 10 y siguientes.

⁽²⁰⁾ Ver, Principios Internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales. Comisión Internacional de Juristas. Ginebra, Suiza, 2005, disponible en línea: www.icj.org

⁽²¹⁾ Art. 3, *Carta Democrática Interamericana*.

⁽²²⁾ Ver, caso *Chevrol c. Francia*, sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2003, Serie 2003-III, párr. 74.

⁽²³⁾ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 73.

⁽²⁴⁾ Véase, entre otros, *Caso Incal c. Turquía*, sentencia del TEDH del 9 de junio de 1998, serie 1998-IV, párr. 65.

marla en la Constitución o la legislación del país; sino además, la obligación de todas las instituciones gubernamentales y de otra índole de respetarla y acatarla⁽²⁵⁾.

II. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LA REGIÓN ANDINA

La independencia judicial, como una obligación internacional derivada de los tratados sobre derechos humanos es proclamada normalmente en las Constituciones. Así, en términos generales, las Constituciones latinoamericanas incluidas las de la región andina consagran la independencia judicial a través de diversas formulaciones, ya sea como independencia del Poder Judicial o como independencia de los tribunales o de los jueces o de sus funciones⁽²⁶⁾.

En términos generales, en la región andina han ocurrido avances en la consagración constitucional de los poderes judiciales y su independencia. De hecho todas las constituciones contienen títulos o capítulos importantes dedicados al Poder Judicial; y prácticamente todas consagran en la práctica su independencia.

Así, en Bolivia, la Constitución establece que los jueces «son independientes en la administración de justicia y no están sometidos sino a la Constitución y la ley»⁽²⁷⁾.

En Colombia, la Constitución declara que las «decisiones» de la administración de justicia «son independientes»⁽²⁸⁾.

En Ecuador, la Constitución dispone que «los órganos de la Función Judicial serán independientes» en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. En consecuencia, ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquéllos. Así mismo dispone que los jueces «serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional» aun frente a los demás órganos de la Función Judicial y sólo estarán sometidos a la Constitución y a la ley⁽²⁹⁾.

⁽²⁵⁾ Art. 1, *Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura*.

⁽²⁶⁾ Ver referencias en *Independencia judicial: el juez, ¿un modelo para armar?* Raúl Mendoza Cánepa. Comisión Andina de Juristas. Lima, 2005.

⁽²⁷⁾ Art. 116, Constitución de Bolivia (vigente a finales del año 2007).

⁽²⁸⁾ Art. 228, Constitución de Colombia.

⁽²⁹⁾ Art. 199, Constitución de Ecuador.

En Perú, la Constitución consagra entre los principios y derechos de la función jurisdiccional la «independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional», por lo que ninguna autoridad podrá interferir en el ejercicio de sus funciones⁽³⁰⁾.

En Venezuela, la Constitución establece que el Poder Judicial «es independiente».

En el caso de Chile, curiosamente uno de los países de la región con mejores índices de independencia judicial, la Constitución no contiene disposición alguna que reconozca expresamente la independencia de los tribunales. Sobre esta materia solamente contiene una prohibición al Presidente de la República y al Congreso de interferir en las funciones judiciales⁽³¹⁾.

No obstante esta independencia «aparente» de los jueces y tribunales en los países de la región andina que se deduciría de su consagración normativa en sus constituciones y en los tratados internacionales ratificados, como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ella debe ser constatada en la realidad práctica.

III. LOS PROCESOS CONSTITUYENTES

En la región andina, de las seis (6) constituciones actuales: cuatro (4) son el producto directo de Asambleas Constituyentes; una es el producto de una reforma constitucional; y una tiene su origen en una dictadura. En efecto, las Constituciones producto de Asambleas Constituyentes son las de: Colombia luego de la Asamblea Constitucional con poderes amplios de reforma (1991), Perú, luego del autogolpe de Fujimori y la convocatoria a una Constituyente (1992); Ecuador (1998) y Venezuela (1999). La Constitución de Bolivia de 1967 es el producto de una reforma constitucional a la Constitución de 1961. Y la Constitución de Chile fue elaborada por la dictadura de Pinochet y sometida a plebiscito en 1980, y luego ha sido sometida a diversas reformas democráticas en los años 1989, 1991, 1994, 1997, 1999, 2000, 2001, 2003 y 2005.

Actualmente (2007), están en marcha dos procesos constituyentes, uno en Bolivia y otro en Ecuador; y una reforma constitucional en Venezuela.

⁽³⁰⁾ Art. 139, numeral 2, Constitución de Perú.

⁽³¹⁾ Art. 73, Constitución de Chile.

Los procesos constituyentes suelen reestructurar el Estado y dentro de este al Poder Judicial. En el caso de Colombia, el Poder Judicial fue objeto de una ordenación importante tanto en el capítulo de los derechos y recursos judiciales, como en el de organización y órganos judiciales. En este sentido debe mencionarse la creación de la acción de amparo constitucional (acción de tutela), y el establecimiento de la Corte Constitucional. Su posterior desarrollo ha servido de pilar fundamental para la profundización no sólo de la independencia del Poder Judicial, sino además del Estado de Derecho, el Estado Social y la democracia misma. En el caso de Venezuela, la Asamblea Constituyente del año 1999, aun antes de aprobar la nueva Constitución, dictó un Decreto de Emergencia Judicial mediante el cual se nombró a un diputado como interventor del Poder Judicial, dejando prácticamente sin estabilidad a los jueces, permitiéndose su remoción y nombramiento discrecional, afectándose gravemente con ello la independencia de los jueces y tribunales ⁽³²⁾. Así mismo, aún antes de aprobada y publicada formalmente la Constitución, la Asamblea Constituyente removió a la Corte Suprema de Justicia y nombró a los nuevos magistrados del Tribunal Supremo de Justicia sin fundamento constitucional o legal alguno⁽³³⁾.

Ello nos evidencia que los procesos constituyentes pueden ser importantes para fortalecer la independencia de los poderes judiciales; pero también pueden ser utilizados para intervenir políticamente a los poderes judiciales y medrar su independencia. Ello ha llevado a desconfiar de las reformas judiciales anunciadas y ejecutadas por las Constituyentes en la región, a menos de que éstas sean diseñadas y ejecutadas en un ambiente de seriedad y fortalecimiento institucional de la democracia.

IV. DE LA INDEPENDENCIA APARENTE A LA DEPENDENCIA REAL

La independencia de los jueces y tribunales en la práctica depende de la vigencia, como vimos, de elementos como la forma de designación de sus integrantes y su mandato, la existencia de salvaguardias contra presiones externas y la cuestión de si tiene apariencia de independiente. En este sentido, un juez o tribunal no solamente debe cumplir con estos criterios objetivos, sino que además «debe ser visto como independiente»⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Decreto mediante el cual se Reorganiza el Poder Judicial. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.782 del 8-9-1999.

⁽³³⁾ Dichos nombramientos fueron realizados al dictarse el Decreto sobre el Régimen Transitorio del Poder Público el 22 de diciembre de 1999.

⁽³⁴⁾ Ver, entre otros, *Caso Incal c. Turquíá*, sentencia del TEDH citada *supra*, párr. 65.

A pesar de las eminentes declaraciones de independencia judicial contenidas en los textos constitucionales, lamentablemente muchos de los jueces del mundo incluida Latinoamérica, por el sólo hecho de cumplir con sus funciones sufren presiones, no tan sutiles que van desde traslados, procedimientos disciplinarios y destituciones arbitrarias, hasta amenazas de muerte, agresiones físicas y asesinatos⁽³⁵⁾.

En este sentido, los informes regionales tanto de organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁽³⁶⁾ como de organizaciones no gubernamentales de derechos humanos como Human Rights Watch⁽³⁷⁾ y Amnistía Internacional⁽³⁸⁾, han sido concluyentes en la identificación de graves problemas que comprometen estructuralmente la independencia de la mayoría de los Poderes Judiciales de la región.

Estos informes dan cuenta de las debilidades de la justicia en la región, la falta de acceso por las grandes mayorías desposeídas, interferencias políticas de la más variada naturaleza particularmente en los nombramientos de jueces, en sus decisiones y en destituciones arbitrarias, actuaciones de la justicia militar en casos propios de la justicia ordinaria, y en general un preocupante cuadro de impunidad sobre todo en los casos de violaciones de derechos humanos.

En el caso de Colombia resalta la labor de la Corte Constitucional y la democratización de la acción de tutela, pero existen graves situaciones respecto a la actuación de la justicia militar, casos de impunidad frente a graves violaciones a los derechos humanos, asesinatos de jueces y fiscales, y la impunidad de integrantes de grupos paramilitares que podrá generar la ley de justicia y paz.

En el caso de Perú, luego de la etapa de destitución de los jueces de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional por la dictadura de Fujimori, el nombramiento de jueces provisorios sin estabilidad, persisten problemas graves de actuación de la justicia militar e impunidad frente a violaciones a los derechos humanos. Luego de las sentencias de la Corte Interamericana en los casos Barrios Altos⁽³⁹⁾ y la Cantuta⁽⁴⁰⁾ que de-

(35) Ver informe *Attacks on Justice: A Global Report on the Independence of Judges and lawyers*. 11 edición. Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 2002, disponible en línea: www.icj.org

(36) Ver informes en línea: www.cidh.org

(37) Ver informes en línea: www.hrw.org

(38) Ver informes en línea: www.amnistiainternacional.org

(39) Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75.

jaron sin efecto las amnistías, se han logrado algunos avances en el procesamiento de los presuntos responsables, incluida la extradición de Fujimori.

En el caso de Bolivia, se dan cuenta de interferencias políticas en la justicia, incluida la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional; actuaciones indebidas de la justicia militar; e igualmente la impunidad frente a graves casos de violación de los derechos humanos.

En el caso de Chile, se han realizado importantes avances con las reformas constitucionales en la independencia de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, mediante la renovación y nuevos nombramientos de sus jueces y el fortalecimiento de la justicia constitucional. El problema más grave que sigue enfrentando la justicia chilena es la impunidad frente a los crímenes contra los derechos humanos de la dictadura y la necesidad de cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de amnistías⁽⁴¹⁾.

En el caso de Venezuela, se da cuenta la intervención política del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) mediante la reforma de la Ley en el año 2004 que aumentó sus jueces⁽⁴²⁾, los cuales fueron nombrados de inmediato con base en expresas consideraciones políticas por la mayoría oficialista; la existencia de más de un 50% de jueces provisionales nombrados y destituidos libremente por el TSJ (Comisión Judicial y Comisión de Reestructuración); nombramiento de jueces titulares inconstitucionalmente sin concursos de oposición; la destitución sucesiva de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y el cierre de ese tribunal por ocho meses; y la situación generalizada de impunidad, particularmente en los casos de derechos humanos, incluidos los sentenciados por la Corte Interamericana⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162.

⁽⁴¹⁾ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.

⁽⁴²⁾ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.942 del 19 de mayo de 2004.

⁽⁴³⁾ Corte IDH. Caso El Amparo Vs. Venezuela. Fondo. Sentencia de 18 de enero de 1995. Serie C N° 19 y Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C N° 28; Corte IDH. Caso del Caracazo Vs. Venezuela. Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Serie C N° 58 y Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C N° 95; Corte IDH. Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C N° 138; y Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C N° 150.

En el caso de Ecuador, los informes resaltan la interferencia política en la destitución arbitraria de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Electoral y el nombramiento de sus jueces en el año 2004; así como su posterior destitución y no funcionamiento por casi ocho meses. Sin embargo, así mismo resaltan el proceso transparente de selección y nombramiento de la Corte Suprema de Justicia en el año 2005. Así mismo, resaltan temas como la falta de unificación de la jurisdicción.

Por ello no debe extrañarnos la percepción tan baja de los Poderes Judiciales de la región, cuando en el estudio del PNUD en el año 2004⁽⁴⁴⁾ se preguntó sobre quienes ejercen el poder en América Latina: 8,5% frente a 12,8% del Poder Legislativo y 36,4% del Poder Ejecutivo. (Ver CUADRO ANEXO N° 1).

Ello tiene como consecuencia lógica que la percepción de independencia judicial en los países de la región andina⁽⁴⁵⁾ resulte en una baja calificación con un extremo de menor percepción de esa independencia a Venezuela (1.2), luego Bolivia (1.7), Ecuador y Perú (1.9), para luego obtenerse los mayores índices de percepción de independencia en Colombia (3.1) y en Chile (4.6). (Ver CUADRO ANEXO N° 2).

Precisamente la debilidad de la judicatura es una fuente importante de la corrupción por los poderosos tanto en el sector público como en el privado, ya que no se percibe la posibilidad de ser castigado y además los jueces son más proclives a caer en actos de corrupción. De esta forma, se llega a la utilización del Poder Judicial con fines políticos o meramente económicos. Ello conlleva a la «desnaturalización» del Poder Judicial: en lugar de servir a la protección de las libertades y derechos tratando con igualdad a todas las personas, incurre en actos de corrupción. Esta corrupción normalmente consiste en actos de omisión de justicia; decisiones judiciales injustas e impropias; cobros, extorsiones, intimidaciones, persecuciones y otros similares⁽⁴⁶⁾.

Por ello es lógico que si nuestros jueces no sean percibidos como independientes, de inmediato sean percibidos como corruptos. Así por ejemplo, en el Latinbarómetro del año 2004 al preguntarse en nuestros países sobre la probabilidad de sobornar a un juez para obtener una sentencia

(44) La Democracia en América Latina. PNUD. Buenos Aires. 2004, pág. 161

(45) Fuente: World Economic Forum, 2004, publicado en Independencia judicial: el juez, ¿un modelo para armar? R. Mendoza. CAJ. *Op. Cit.*, pág. 23.

(46) Ver en este sentido Corruption in Judicial Systems. Global Corruption Report 2007. Transparency Internacional. Cambridge. 2007.

favorable⁽⁴⁷⁾, la respuesta afirmativa más alta se obtuvo en Ecuador (47%), seguido de Venezuela (40%), Perú (36%), Bolivia (34%), Colombia (23%) y por último Chile (20%). (Ver CUADRO ANEXO N° 3).

Si bien estos estudios trabajan con «percepciones» como hemos advertido, éstas juegan un papel importante en cómo los poderes judiciales y sus jueces son precisamente percibidos por sus usuarios en sus países.

De allí que la percepción de corrupción en un país guarde relación precisamente con la percepción de corrupción en un sistema judicial. Es imposible tener una percepción de honestidad en un país que es percibido como corrupto y lo contrario tampoco es posible.

Esta tesis la evidenciamos cuando constatamos en primer lugar los índices de corrupción de los países de la región y vemos que de menos corrupto a más corrupto el resultado es el siguiente en el índice global 2006⁽⁴⁸⁾: Chile (7.3 sobre 10) el menos corrupto en el puesto 20 mundial; seguido por Colombia (3.9) en el puesto 59; Perú (3.3) en el puesto 70; Bolivia (2.7) en el puesto 105; Ecuador y Venezuela (2.3) ambos en el puesto 138. (Ver CUADRO ANEXO N° 4). Y luego comparamos estos índices con los de percepción de corrupción en el sistema judicial, y constatamos los siguientes resultados disponibles en el Barómetro Global de Corrupción 2007⁽⁴⁹⁾: Chile y Colombia tienen los menores índices comparativos (entre 47% y 50% respectivamente); seguidos de Venezuela (52%), Bolivia (más de 80%) y Perú (más del 83%)⁽⁵⁰⁾. (Ver CUADRO ANEXO N° 5).

Ello nos permite concluir que hay una estrecha relación entre la percepción de la falta de independencia de los jueces y tribunales en un país y la de corrupción tanto en el país como en el propio sistema judicial.

Recordemos finalmente que es precisamente esa desnaturalización de la justicia la que impide que esta realice sus funciones y deberes de proteger a todas las personas en sus derechos. Por ello no debe extrañarnos que en América Latina y en ella en la región andina, los índices de la percepción sobre la igualdad legal de los grupos (mujer, indígena, pobre e inmigrante)

⁽⁴⁷⁾ Fuente: *Latinbarómetro 2004*, publicado en *Independencia judicial: el juez, ¿un modelo para armar?* R. Mendoza. CAJ. *Op. Cit.*, pág. 26.

⁽⁴⁸⁾ Fuente: «*Corruption Perception Index 2006*», en *Corruption in Judicial Systems. Global Corruption Report 2007*. Transparency Internacional. *Op. Cit.*, págs. 325 y siguientes.

⁽⁴⁹⁾ Fuente: «*Global Corruption Barometer 2007*», en *Corruption in Judicial Systems. Global Corruption Report 2007*. Transparency Internacional. *Op. Cit.*, pág. 13.

⁽⁵⁰⁾ La fuente no muestra datos disponibles para Ecuador.

cuando se les pregunta sobre si siempre o casi siempre logra hacer vales sus derechos sea muy baja respecto a los pobres (19,2%), baja respecto a los indígenas (27,8%), mediana baja respecto a los inmigrantes (36,2%) y sólo mediana respecto a las mujeres (63%)(⁵¹).

V. REFLEXIÓN FINAL

Las Constituyentes y las Constituciones en América Latina y en concreto en la Región Andina han incluido entre sus objetivos constantes reestructurar al Poder Judicial. En algunos casos éste ha salido fortalecido como en el caso de Colombia (1991); en otros casos ha resultado políticamente más dependiente: Perú (1991) y Venezuela (1999). La clave está en el propósito perseguido: si se trata de construir institucionalidad para proteger los derechos y controlar el poder el resultado es el fortalecimiento del Poder Judicial; pero si el objetivo es destituir el Poder Judicial anterior y nombrar jueces que «simpaticen» con el régimen político, el resultado es el debilitamiento de la independencia del Poder Judicial. Por ello las Constituyentes y las Constituciones sirven a ambos resultados, dependiendo del propósito real de ellas.

La independencia real del Poder Judicial no depende de su sola consagración constitucional. La independencia aparente o normativa debe ser contrastada con la independencia real. La lucha por la independencia de los jueces es la lucha contra la corrupción. Es imposible tener un país honesto sin un Poder Judicial honesto. Normalmente existe una relación directa entre falta de independencia de los jueces, corrupción del país y corrupción del sistema judicial.

Es necesario en nuestra región asumir como un «proyecto nacional» el fortalecimiento del Poder Judicial para lograr que éste sea verdaderamente independiente; imparcial; justo; honesto; transparente; y accesible, especialmente a los más pobres y necesitados así como a otros grupos vulnerables. Para ello es necesario lograr acuerdos y proyectos nacionales que sean transparentes y participativos, entre los actores políticos, los jueces y la propia sociedad civil.

Para la construcción y el fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial es necesario trabajar además indicadores objetivos tales como: formas, mecanismos y criterios de nombramiento de los jueces; causales, procedimiento y autoridad encargada de las sanciones y destituciones a

(51) Fuente: La Democracia en América Latina. PNUD. Buenos Aires. 2004, pág. 106.

los jueces; remuneración de los jueces y personal judicial; porcentaje del presupuesto del Poder Judicial y el sistema judicial en el presupuesto nacional; carrera judicial: estabilidad y ascenso de los jueces; formación y entrenamiento judicial; contenido y número de decisiones frente al poder, especialmente el Poder Ejecutivo.

Las constituciones y las leyes deben por tanto sentar bases claras para que se respeten y garanticen las obligaciones internacionales de los Estados relativas al derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva a sus derechos, a través de mecanismos rápidos, mediante jueces competentes, independientes e imparciales. Pero esta situación debe ser contrastada en la realidad con los indicadores objetivos. En esta tarea los organismos internacionales de derechos humanos y la sociedad civil juegan un papel fundamental como contralores sociales.

Las obligaciones en materia de justicia incluyen el deber de cooperar con la justicia internacional en las jurisdicciones universales de otros países y ante los tribunales internacionales, particularmente adoptando los estándares contenidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; y cumpliendo las decisiones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos.

1992-2007: QUINCE AÑOS DE ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO EN PARAGUAY

Jorge Silvero Salgueiro

SUMARIO: I. Introducción, II. 1989-1991. El Estado democrático, III. 1992-1995. El Estado constitucional democrático, IV. 1996-2000. El Estado en crisis, V. 2000-2007. El Estado inerte, VI. ¿Hacia un Estado de Derecho democrático?

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué es el Estado? Aquello que perdura.

Mientras que los órdenes constitucionales se suceden⁽¹⁾, las constituciones se reemplazan unas por otras⁽²⁾, las formas de gobierno se modifican⁽³⁾, los regímenes políticos cambian⁽⁴⁾, el Estado, en cambio, —a pesar de sus reformas— perdura como aquella «República una e indivisible»⁽⁵⁾.

(1) Lorenzo N. Livieres Banks identificó seis órdenes constitucionales hasta 1991, a saber: 1813, 1844, 1870, 1936, 1940 y 1967. Idem, *Economía Social de Mercado y Democracia Política como Fundamentos de un Nuevo Orden Constitucional en el Paraguay*, CEPPro, Asunción, 1991, p. 37 y ss.

(2) Constituciones de 1870, 1940, 1967, 1992.

(3) De «democracia representativa» a «democracia representativa, participativa y pluralista» con la reforma constitucional de 1992.

(4) En 1989 el régimen político cambió de autoritario a democrático.

(5) Artículo 1 de la Constitución de 1870.

¿Qué es el Estado? Es un ente funcional al poder.

Entre el ente y el poder existe una dependencia funcional. Lo uno es explicable con lo otro por medio de relaciones. Cuando la Provincia del Paraguay, directa e inmediata antecesora histórica del Estado paraguayo, experimentó el levantamiento en armas de mayo de 1811 se inició, a la vez, el proceso para que «*se establezca el regimen y forma de Gobierno que debe permanecer y observarse en lo sucesivo...*»⁽⁶⁾. Con esta finalidad, se convocó a un Congreso General que se celebró entre el 17 al 20 de junio de 1811. En dicha ocasión, se aprobó en su totalidad el voto de Mariano Antonio Molas referente a la conformación de una Junta Superior Gubernativa y a la suspensión de todo reconocimiento de las Cortes y del Consejo de Regencia. Además, se decidió excluir de los cargos políticos, civiles y militares a los europeos españoles y llenar los mismos, en adelante, con los naturales de la Provincia. Entonces, estas medidas, entre otras, «*constituyen el primer ordenamiento institucional del Paraguay independiente y señalan la aparición de hecho del Estado paraguayo*»⁽⁷⁾. Vale decir, organizado y acordado el poder emergía el nuevo Estado. La relación de dependencia entre ambos conceptos es históricamente demostrable.

La cuestión planteada al inicio de este trabajo de investigación puede recibir una infinidad de respuestas. En el primer caso, la respuesta es producto de la observación empírica. Se resalta un elemento esencial, lo perenne, lo cual en cierta forma constituiría un elemento sustancial en la idea de Estado y demostraría –solo y nada más que eso– su naturaleza viva. Entonces, el Estado es un ente vivo.

En el segundo caso, el tratamiento de la cuestión tiene un enfoque funcional que contribuye a entender al Estado como un ente dinámico y no meramente estático. La vida en el Estado no es sedentaria, sino conflictiva y compleja como la sociedad misma. Entonces, las relaciones con el proceso político y social determinan en gran medida la noción de Estado, en especial, el tipo de Estado. De ahí, que aquello que la Constitución en el artículo 1 dice que el Estado es, deba ser posteriormente validado relacionamente⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Bando del 17 de mayo de 1811. Transcrito en: Julio César Chávez, *La Revolución del 14 y 15 de Mayo*, Buenos Aires, 1957, p. 69.

⁽⁷⁾ Rafael Eladio Velásquez, *Marco histórico de los sucesivos ordenamientos institucionales del Paraguay*, Anuario de la Academia Paraguaya de la Historia, Vol. XXVIII, Asunción, 1991, p. 91.

⁽⁸⁾ Artículo 1 Constitución de 1992: «*De la forma de Estado y de Gobierno. La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible y descentralizado en la forma que establecen esta Constitución y las leyes.*»

En esta línea de pensamiento surge la cuestión acerca del Estado paraguayo en la actualidad y su propio proceso de constitución. ¿Qué es el Estado erigido por la Constitución de 1992? ¿Pura ficción normativa o, se encuentra alguna otra sustancia más allá de su cualidad de perenne? ¿Cuáles serían las relaciones fundamentales que contribuirían a entender mejor la dinámica estatal y su complejidad? ¿Cuál es el tipo de Estado que rige en el Paraguay?

Pero, emprender dicha tarea analítica no es sin embargo posible sin recurrir al Derecho. Por ello, es oportuna la visión del Estado como «*un conjunto unitario sistematizado de órganos estructurados para elaborar y aplicar el Derecho...*»⁽⁹⁾. Solo en el ámbito del Derecho es donde la idea de un orden estatal justo para una sociedad en conflicto puede realizarse. No es casual por ello, que la Constitución de 1992 constituyó a la República del Paraguay en Estado de Derecho, luego de décadas de conflictos de justicia irresueltos.

Tras quince años de vigencia de la Constitución de 1992, la pregunta de indagación gira entonces alrededor del deseo de conocer aquellas relaciones que dejarían en evidencia el tipo de Estado que se tiene. Dichas relaciones surgen del propio proceso histórico pero no implican un pasado sin consecuencias. Al contrario, es un pasado cuyos efectos están vigentes hasta el presente e incluso siguen siendo motivo de conflictos perennes.

II. 1989-1991 EL ESTADO DEMOCRÁTICO

1989-1991 fue un periodo de tiempo singular para las relaciones Estado-constitución-sociedad. Pues, el Estado paraguayo se democratizó a pesar de la vigencia de la Constitución autoritaria de 1967. Fue fundamental para ello, el cariz democrático que asumió el poder gracias a la libre participación política de la ciudadanía⁽¹⁰⁾.

En dicho trienio, el proceso político se inició con un autoproclamado gobierno provisorio que llegó al poder por las armas y no estaba sometido

La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.»

⁽⁹⁾ Juan José Soler, *Introducción al Derecho Paraguayo*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1954, p. 119.

⁽¹⁰⁾ Mayores detalles véase en el capítulo sobre «Paraguay» de mi autoría en la obra colectiva dirigida por: Daniel Zovatto / José de Jesús Orozco Henríquez, *Reformas Políticas y Electorales en América Latina*, IDEA-UNAM, México, de próxima aparición. Se trata de un proyecto de investigación regional que analiza el ingreso de los países latinoamericanos a la Tercera Ola de Democratización.

al Derecho. El fundamento del poder era la voluntad de una persona. Así, lo entendían sus seguidores: «Desde luego, ostensiblemente la proclama [del 3 de febrero de 1989] no contiene principio constitucional alguno, pero fue ella, y no en la Constitución, que se fundó el gobierno constitucional electo en mayo [de 1989] para iniciar el proceso de democratización...»⁽¹¹⁾. De hecho, en términos estrictamente jurídicos la proclama citada no es más ni menos que la voluntad del Gral. Andrés Rodríguez, puesta por escrito y manifestada públicamente por él mismo⁽¹²⁾.

De ahí en adelante, es que se observa un proceso de constitucionalización del poder que alcanza su punto culminante en 1992 con la sanción de un nuevo orden constitucional. En efecto, la sociedad experimentó una amplia y profunda reforma electoral⁽¹³⁾ y, seguidamente, una recomposición democrática del sistema de representación política. Ello contribuyó a una pluralización del ejercicio del poder mediante la participación de diversos partidos políticos en la conformación del Parlamento nacional. Jurídicamente, fue fundamental en este proceso la derogación del derecho autoritario del antiguo régimen⁽¹⁴⁾, el no uso del derecho autoritario vigente que no podía ser derogado⁽¹⁵⁾ y la sanción de un nuevo derecho de justicia⁽¹⁶⁾.

Al culminar el trienio, la mera voluntad del gobernante ya no contaba como fundamento del poder. El Estado paraguayo y su nuevo Gobierno estaban vinculados jurídicamente y su actuar limitado por las normas in-

(11) Conrado Pappalardo Zaldívar [Primer Secretario General de la Presidencia durante el nuevo Gobierno y último Secretario del Gobierno anterior], Paraguay: Itinerario constitucional, Asunción, 1997, p. 186.

(12) En términos de la *real politik* la relación entre el poder y el derecho puede ser descrita gráficamente en la siguiente anécdota premonitrice: «El viernes 1º de diciembre [de 1989] el Subsecretario del Interior, Hugo Estigarribia, informaba a la conducción colorada que la jueza Alicia Pucheta de Ortega había decidido la suspensión de la convención por una medida de amparo promovida por los ex – contestatarios. Argaña señalaba entonces que hay tres Poderes del Estado. Yo soy del Ejecutivo y tengo derecho a hacer lo que quiera. Vamos a cambiar los estatutos y la Junta. Y que se vayan a plaguear a sus abuelas». Extraído de Mauricio Schwartzman, «Las abuelas al poder», Diario Hoy, 10 de diciembre de 1989, citado en: Víctor Jacinto Flecha / Carlos Martini, Historia de la Transición, Asunción, 1994, p.89.

(13) El Código Electoral Ley N° 1/1990.

(14) La Ley N° 9 del 4/09/1989 derogó la Ley N° 294 de «Defensa de la Democracia» del 17/10/1955 y la Ley N° 209 de «Defensa de la Paz Pública y Libertad de las Personas» del 18/09/1970. Ambas leyes eran instrumentos de persecución política y restricciones indebidas de derechos humanos.

(15) El Estado de sitio, art. 79 Constitución de 1967.

(16) La Ley N° 1 de 8/08/1989 ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y reconoció la jurisdicción internacional de la Corte Internacional de Derechos Humanos.

ternacionales de derechos humanos⁽¹⁷⁾. De esta forma, la ciudadanía adquiriría garantías jurídicas internacionales para su libre desenvolvimiento y para el respeto de sus derechos.

Ahora bien, pese a los avances democráticos, el Paraguay no se convirtió en un Estado de Derecho. Para ello, todavía tendría que esperar mejores condiciones y el desarrollo de una etapa previa: la constitucional democrática.

III. 1992-1995 EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

En 1982, Juan Carlos Mendonca, en coincidencia con los 15 años de la Constitución de 1967, en la «Prolusión» de uno de sus trabajos más difundidos decía: *«Deseo señalar que al hacer el estudio de la masa de fallos dictados por la Corte, quedaron de manifiesto datos significativos. Por ejemplo, que en 15 años solamente 13 veces declaró la inconstitucionalidad; que no declaró la inconstitucionalidad de una sola ley, sino únicamente de resoluciones judiciales; que solamente en 4 casos hizo lugar a la excepción y en 9 hizo lugar a la acción; que de los 13 casos en que hizo lugar a la impugnación, solamente en 5 se dio el voto unánime de sus miembros –manifestándose con ello la falta de coincidencia en los criterios, respecto de la verdadera esencia y finalidad del instituto–»* ⁽¹⁸⁾.

Con la distancia que dan los 25 años que transcurrieron desde que se compilaron los datos citados sobre la jurisprudencia constitucional de aquél entonces y, con la intención de aprovechar la experiencia histórica para el análisis de procesos constitucionales recientes es que una lectura crítica de tal estado de cosas nos motivan a expresar cuanto sigue: El principio de supremacía constitucional consagrado en la Constitución de 1967 era meramente declarativo, sin ninguna eficacia. El control jurisdiccional de constitucionalidad era muy limitado, no se extendía a controlar los actos de los otros poderes sino que prácticamente operaba como un principio interno del Poder Judicial. La Corte Suprema de Justicia, de hecho, se limi-

⁽¹⁷⁾ *«Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...»*. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁽¹⁸⁾ Juan Carlos Mendonca, *Inconstitucionalidad. Aspectos procesales*, Editorial El Foro, Asunción. La inconstitucionalidad estaba basada en el artículo 200 de la Constitución de 1967 que establecía: *«La Corte Suprema de Justicia tendrá la facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución...»*.

taba únicamente a controlar a los tribunales y jueces inferiores. Las reglas del Estado de Derecho eran prácticamente desconocidas por el descontrol en que se encontraban los otros poderes sin sujeción constitucional. Pero, todo ello no es de extrañar, pues se carecía de lo básico, un régimen democrático, bajo el cual solamente se pueden erigir los conceptos de validez y eficacia constitucional, se entiende, de una constitución democrática, pues las autoritarias se imponen por la fuerza.

Entonces, partiendo de esta enseñanza histórica es que son de utilidad los conceptos de régimen político, constitución, Estado de Derecho y control de constitucionalidad a la hora de analizar la implementación de un nuevo orden constitucional como ocurrió en 1992. En ese sentido, es importante comprobar si el régimen democrático se afianzó, si la constitución emergió de un proceso participativo y legítimo, si se difundieron los postulados del Estado de Derecho y, si el control jurisdiccional de constitucionalidad se extendió decididamente a los otros dos poderes del Estado, de forma tal que la supremacía constitucional haya sido resguardada aún en esos momentos en que se resolvían los conflictos políticos. La idea es que en la evolución de los procesos constitucionales los problemas anteriores deben ser atendidos y, en la medida de lo posible resueltos satisfactoriamente.

Ahora bien, en esta segunda etapa de desarrollo del Estado paraguayo –luego del trienio 1989-1991– el punto de partida es la elaboración y promulgación de la Constitución de 1992.

Se trataba de organizar el Estado con criterios innovadores. Los modelos anteriores de 1967 y 1940 ya no eran políticamente correctos y el de 1870 era muy antiguo. Una de las ideas que entró a tallar fue la del Estado de Derecho. Oscar Paciello proponía aunque con ciertos reparos lo siguiente en el camino a una asamblea constituyente: *«Contenido de algunas innovaciones: 1) Un nuevo tipo de Estado. Supremo ideal, que motorizó las energías de grandes luchadores por la libertad y la democracia fue la consagración del llamado Estado de Derecho. Es decir, la subordinación del Estado a sus propias leyes. Pero esta noción es ambigua e insuficiente. Ambigua porque con idéntica convicción las llamadas democracias socialistas decían vivir en un Estado de Derecho, puesto que sus organizaciones se ajustaban a la ley, pero una ley que pretería los derechos fundamentales de la persona humana. Y por otra parte, tal noción es insuficiente. Entre el individuo anónimo y el Estado está la sociedad, los grupos sociales, los intereses difusos que tienen también sus derechos y que, por lo mismo requieren de una definición más precisa en la Constitución. De ahí*

–proseguía el autor de la propuesta– *que ya en la década del 20 un gran jurista, Herman Heller, a propósito de la Constitución de Weimar, haya lanzado el concepto de Estado social superando esa bipolaridad entre Estado Gendarme individualista por un lado y Estado totalitario autoritario por otro»* (19).

Sin embargo, a pesar de las objeciones y a la pretensión de superar un concepto por otro, finalmente en el texto de la Constitución de 1992 se consagraron ambos principios en una sola fórmula: «*La República del Paraguay...se constituye en Estado social de derecho*»(20). Esta innovación constitucional representó un giro copernico en la estructura del Estado en Paraguay, pero para determinar sus alcances y efectos en la vida práctica habría que esperar todavía a una jurisprudencia constitucional sobre dicha materia, lo cual posteriormente acaeció como se verá más adelante.

Pero, detengámonos por el momento en el proceso de elaboración de la Constitución. Dada la pluralidad de partidos políticos y movimientos sociales que participaron en la Convención Nacional Constituyente y, las condiciones de libertad y discusión pública en las que transcurrieron las sesiones de la misma es que no se puede negar la legitimidad de origen de la Constitución de 1992(21).

Una vez en vigencia, el acceso al poder del Estado quedó regulado por sus disposiciones. En 1993, se realizaron las elecciones presidenciales y legislativas y el resultado histórico fue que se afianzó el régimen democrático(22). El fundamento del poder era la propia Constitución.

Pero, el sistema institucional no estaba completo. Se tardó casi dos años en integrar la Corte Suprema de Justicia, hasta abril de 1995, y los conflictos que se evidenciaron en ese proceso presagiaron, en cierta medida, los problemas institucionales futuros, a saber: los desacuerdos políticos mantenidos en el tiempo traban en demasía la evolución institucional.

Entonces, a mediados de 1995 el Estado paraguayo contaba con bases constitucionales y democráticas que tenían un potencial significativo

(19) Oscar Paciello, «Ante la Constituyente», presentación de la 1ª Edición (1991) del libro de, Conrado Pappalardo Zaldívar, op. cit., nota 11, p. 195. Paciello fue Convencional en la Convención Nacional Constituyente y Primer Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

(20) Al respecto, véase: Daniel Mendonca, Estado Social de Derecho. Análisis y desarrollo de una fórmula constitucional, Asunción, 2000.

(21) Al respecto véase: Víctor J. Flecha / Carlos Martini / Jorge Silvero Salgueiro, Autoritarismo, Transición y Constitución en el Paraguay, BASE-ECTA, Asunción, 1993.

(22) Al respecto véase: Víctor J. Flecha / Carlos Martini, Historia de la Transición, Asunción, 1994.

restando en aquella época dos tareas de suma importancia por realizar: la consolidación del nuevo y frágil arquetipo y; la evolución hacia un Estado de Derecho. Pero, el sistema constitucional prontamente entró en crisis y la oportunidad histórica se perdió⁽²³⁾.

IV. 1996-2000 EL ESTADO EN CRISIS

En un Estado de Derecho, las crisis de Estado no son meros conflictos de poder sino fundamentalmente son conflictos con la Constitución⁽²⁴⁾. Por ello, no es casual que la Corte Suprema de Justicia desde su función de «custodio de la Constitución»⁽²⁵⁾ haya intervenido en las diversas crisis de Estado desatadas en este periodo⁽²⁶⁾.

Probablemente, el caso más significativo por estar involucrados los actos de los tres Poderes de Estado fue el Acuerdo y Sentencia N° 415 del 2/12/1998. El Congreso Nacional promovió acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 117 del 18/08/1998, por el cual el Poder Ejecutivo conmutó las penas impuestas a los Señores Lino Oviedo y José Bóveda y ordenó la libertad inmediata de los mismos. La Corte Suprema de Justicia resolvió hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad con el alcance previsto en los artículos 137 in fine («carecen de validez todos las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución») y 248 segundo párrafo de la Constitución Nacional. Y, dispuso la ejecución del Acuerdo y Sentencia N° 84 del 17/04/1998, dictado por la Corte Suprema de Justicia que confirmó la Sentencia Definitiva N° 1 del 9/03/1998 del Tribunal Militar Extraordinario de las Fuerzas Armadas de la Nación que decidió condenar al Gral. Div. (SR) Lino Oviedo a sufrir la pena de

⁽²³⁾ Al respecto véase: Jorge Silvero Salgueiro, 1992-1997: Cinco años de Estado constitucional democrático en Paraguay, Diario Ultima Hora, Asunción, Correo Semanal 31/05/97, 07/06/97 y 14/06/97.

⁽²⁴⁾ Sobre la idea de cómo los poderes del Estado entran en conflicto con las normas constitucionales y a partir de ahí se generan conflictos con los otros poderes, véase: Jorge Silvero Salgueiro, Controles constitucionales sobre el Poder Ejecutivo. Publicado en internet por la Universidad de Yale: <http://www.law.yale.edu/intellecualife/sela2006.htm>

La versión en español se encuentra en el portal de la Universidad de Palermo: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Jorge_Silvero.pdf

⁽²⁵⁾ Artículo 247 de la Constitución de 1992. Al respecto, véase: Luis Lezcano Claude, El Control de Constitucionalidad en el Paraguay, La Ley, Asunción, 2000.

⁽²⁶⁾ Véase, por ejemplo, los fallos sobre los casos: Ferrás; Oviedo; el Decreto N° 117 del 18/08/1998; el periodo presidencial de González Machi y; la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia Paredes, Irala Burgos y Sosa Elizeche publicados en: Corte Suprema de Justicia, Fallos Institucionales, Tomo I, DILP, Asunción, 2000.

diez años de prisión militar por la comisión de delitos contra el orden y seguridad de las Fuerzas Armadas de la Nación e insubordinación ocurrida en fecha 22 y 23 de abril de 1996 en distintas unidades militares de la República.

Para fundamentar el Acuerdo y Sentencia N° 415 la Corte Suprema de Justicia realizó una tarea de concreción del principio de Estado de Derecho y expresó: «*Las diferencias entre actos discrecionales y actos de gobierno no son frutos exclusivos de errores iniciales que fundamentaron el contencioso administrativo, sino también ideologías políticas que pretendían justificar actos sin el debido control jurisdiccional. Es cierto, que en principio, que los actos considerados injustificables fueron productos de algunas teorías estatales, pero la admisión y vigencia del Estado de Derecho supera esta crisis.*»

Ya en estas palabras se distinguía el cambio de rol de la Corte Suprema de Justicia en comparación con aquella que rigió durante la Constitución de 1967. Luego de la instauración del nuevo régimen político la Corte extendía su control de constitucionalidad a los actos de los otros poderes. Pero no de forma arbitraria, sino basada en el principio de Estado de Derecho consagrado positivamente en el texto de la nueva Constitución.

Seguidamente, la Corte aclaró aun más su tarea de control constitucional, la cual implicaba un deber de revisión: «*La administración pública no sería actividad jurídica estatal, si el llamado acto discrecional no conviviera en el seno del derecho, presupuesto de toda administración. El acto de gobierno es siempre acto estatal, por lo que deberá estar inmerso dentro del orden normativo del Estado. Tanto los actos de gobierno como los discrecionales se manifiestan dentro de un sistema jurídico. Acto jurídico del poder administrador es ejercicio de sus funciones de dirección y acto discrecional es acto jurídico del poder administrador en ejercicio de sus facultades autorizadas. Estos dos aspectos conviven y existen por derecho, y consecuentemente, deben ser revisados toda vez que se alejen de esa sustancia.*»

Así, en época de crisis se generó una jurisprudencia favorable al Estado de Derecho. De a poco, el principio dejaba su escueta formulación innovadora del artículo 1 de la Constitución para rendir sus frutos a la hora de dar soluciones constitucionales a problemas políticos. Pero, los fundamentos citados tuvieron poca difusión en la comunidad política, en la sociedad civil y en nuestra propia cátedra universitaria. En parte, porque existía un sentimiento generalizado de incredulidad que la Corte por sí misma tomaría la última y definitiva decisión.

Pero más allá de cuestiones de percepción ciudadana el hecho es que dicho fallo e incluso los otros citados como los que afectaron a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia en el tema de la inamovilidad suscitaron la cuestión de ¿quién toma la última decisión?: la Corte Suprema de Justicia, el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo. Es propio de un Estado de Derecho que aquellos conflictos que conllevan una violación constitucional y que son sometidos a la jurisdicción del máximo tribunal de justicia sean resueltos en última instancia y de forma definitiva por dicho organismo. Pero, dicho criterio a pesar de tener sustento constitucional en nuestro medio todavía no es aceptado por la totalidad de la comunidad política, que una y otra vez arremeten contra los fallos de la Corte Suprema de Justicia y tratan de forzar nuevos pronunciamientos. De esta manera, las crisis permanecen y se vuelven perennes⁽²⁷⁾.

En este sentido, ya el propio Acuerdo y Sentencia N° 415 es un ejemplo de que no se trata de un fallo originario sino derivado. La cuestión principal la Corte Suprema de Justicia la había resuelto en el Acuerdo y Sentencia N° 84 citado más arriba en abril de 1998. Pero el nuevo Poder Ejecutivo que asumió el poder en agosto de 1998 no aceptó el fallo y dictó el Decreto 117 y contra este Decreto el Congreso Nacional interpuso una acción de inconstitucionalidad que derivó nuevamente en un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia con el Acuerdo y Sentencia N° 415. Además de ello, el caso fue nuevamente ventilado en instancias internacionales, pues el Señor Lino Oviedo denunció el Acuerdo y Sentencia N° 84 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por violación de las garantías judiciales entre otros motivos. La CIDH consideró que no hubo violación por parte del Estado paraguayo de derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por tanto, declaró inadmisibile la denuncia del Señor Lino Oviedo contra el Estado paraguayo⁽²⁸⁾.

En el mismo sentido, el caso de inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia no terminó con las sentencias respectivas, sino que continuó la discusión sobre el fondo de la cuestión cuando se inicia-

⁽²⁷⁾ En la actualidad se está tratando en Tribunales la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 415 en un proceso civil iniciado mediante una Acción Autónoma de Nulidad. Véase, Diario ABC Color, Sección Política, 30/04/2007.

⁽²⁸⁾ La Resolución N° 88 de 27/09/1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que declara y fundamenta la inadmisibilidat de la denuncia de Lino Oviedo en contra del Estado paraguayo esta transcrita en: Corte Suprema de Justicia, op. cit., nota 26, pp. 571-584.

ron los juicios políticos a otros Ministros al asumir el nuevo Parlamento a finales de 2003. Todavía se está a la espera de algún pronunciamiento de la CIDH ante denuncias presentadas posteriormente por los afectados⁽²⁹⁾.

En resumen, no se le ha reconocido a la Corte Suprema de Justicia la autoridad para decidir en última instancia y de una forma definitiva. De tal forma a dar por concluida la crisis más allá si se está de acuerdo o no con el sentido final del fallo en cuestión.

V. 2000-2007 EL ESTADO INERTE

En el periodo actual siguió la efervescencia política y la generación de nuevas crisis con vistas de perenne continuidad⁽³⁰⁾. Dicha situación no debe interpretarse como signos de vitalidad y dinamismo político. Al contrario, más bien de ese modo se contribuye a dejar inerte al Estado paraguayo en el estado actual de su evolución. Se está en un proceso circular y las crisis solo alimentan mas la fuerza para mantenerse dentro del círculo.

En términos de desarrollo del Estado constitucional y democrático no se evidencian nuevos y positivos signos. Vale decir, no se produjeron cambios significativos que pudieran cimentar en alguna forma los postulados del Estado de Derecho y así avanzar a una siguiente etapa. Según Milda Rivarola, «*la dinámica de cambios llegó a un techo*»⁽³¹⁾.

En tiempos así, no es casualidad que hayan surgido ideas de reformar la Constitución y de esa forma el Estado. Ya al cumplirse los diez años de vigencia de la Constitución de 1992 el debate académico se centraba en la pregunta ¿En qué medida la Constitución de 1992 es co-responsable de la crisis paraguaya y por tanto, si lo fuere, es que la solución a la crisis pasa por una reforma constitucional?⁽³²⁾ Más allá de

(29) Al respecto, véase: Jorge Seall-Sasiain, Cuestionable inamovilidad permanente de los ministros de la Corte y limitación al Consejo de la Magistratura: crítica a los fallos N° 222 y N° 223 de 5/5/2000, y N° 1.033 de 29/12/2001 de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2003, pp. 593-623.

(30) Por ejemplo, el caso de la presidencia de la ANR que involucró al Presidente de la República y, el caso Lugo que cuenta con una alta probabilidad de llegar a los estrados judiciales.

(31) Milda Rivarola, Diario Ultima Hora, 02/02/2007.

(32) Véase las actas publicadas del Panel «La Constitución de 1992: Diez años después», Asunción, 2004. El panel fue organizado por nuestra cátedra de Derecho Constitucional conjuntamente con el Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional y la colaboración del CIDSEP. Tuvo lugar el 20 de junio de 2002 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica.

las respuestas en particular, es notorio que la perspectiva de vida del Estado pasa por atender los nexos entre el diseño constitucional y la gobernabilidad democrática.⁽³³⁾

VI. ¿HACIA UN ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO?

Justo José Prieto oponía la República y los principios de él derivados a la Dictadura. El postulado de la **res pública** era la piedra angular en su doctrina liberal garante de la libertad e igualdad de las personas. Y ella, dio sus frutos para vencer a la tiranía.

En la actualidad, la Constitución de 1992 constituyó a la República en Estado de Derecho y con ello puso en perspectiva la evolución del Estado. Ya no hay tiranos ni dictadores que accedieron de facto al poder ni que se mantienen por la fuerza. Las vías de acceso al poder se constitucionalizaron y, la Constitución es fundamento del poder. La República, hoy en día, se enfrenta a problemas derivados del ejercicio del poder. Por ello, la atención debe centrarse en el Estado y las condiciones constitucionales para ejercer el poder del Estado.

El Estado es un ente dinámico y necesariamente sus problemas deben ser tratados en la fase de la evolución en la cual se encuentra, a fin de atenderlos adecuadamente. Si en la actualidad el Estado paraguayo está inerte y sumido en crisis que lo mantienen en fases embrionarias de su desarrollo es que se requiere de una profunda revitalización.

Para ello, la idea y concreción del Estado de Derecho es esencial. El Estado paraguayo, en su concepción como «ente funcional al poder» alcanzó la fase constitucional-democrática, ahora para consolidarse en esta etapa y avanzar a estadios superiores es que requiere ser constituido fundamentalmente como «un ente funcional al derecho». Y, en esta tarea, la Corte Suprema de Justicia tiene que asumir un rol esencial.

³³ Al respecto, véase: Daniel Mendonca / Marcello Lachi (Comp.), *Perspectivas constitucionales. Diseño constitucional y gobernabilidad democrática*, Colección Novapolis, Asunción, 2006.

CRÓNICA

II CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL – «HÉCTOR FIX-ZAMUDIO»

Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio *

SUMARIO: I. Introducción. II. Temario. III. Proceso de organización. IV. Viaje a Huancayo. V. Actividades del día 24 de mayo. VI. Conferencias magistrales. VII. Sábado 26 de mayo: ponencias y clausura.

I. INTRODUCCIÓN

El II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional-«Héctor Fix-Zamudio» se realizó en la ciudad de Huancayo del 24 al 26 de mayo del año 2007, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana «Los Andes», la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Sección Peruana) y el Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional.

La ciudad de Huancayo se halla a 300 kilómetros de distancia de Lima, a una altura de 3,300 metros sobre el nivel del mar; es decir, al interior del país y en los Andes peruanos.

(*) Vicepresidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana «Los Andes» - Huancayo, Perú.

Es necesario mencionar que en esta misma ciudad se llevó a cabo el I Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional denominado «**Germán J. Bidart Campos**» los días 18 al 20 de noviembre del 2004, organizado por la Facultad de Derecho de la misma universidad, la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y el Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional. El certamen con justo derecho llevó el nombre del gran maestro argentino como homenaje póstumo a su persona, quien había fallecido ese año en Buenos Aires.

Germán J. Bidart Campos, viajó mucho por varias localidades peruanas donde había una Facultad de Derecho, entre ellas la ciudad de Huancayo, donde lo tuvimos en tres oportunidades compartiendo sus conocimientos e inquietudes en materia Constitucional y Procesal constitucional; al mismo tiempo apreciando su gran calidad humana.

Como había transcurrido más de dos años del I Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional, le planteamos a Domingo García Belaunde la necesidad de organizar del II Congreso. Él nos respondió que era necesario coordinar con los demás miembros de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Es así que con ocasión del certamen: *Los Desafíos del Derecho Procesal Constitucional en la alborada del siglo XXI.- IV Encuentro Iberoamericano del Derecho Procesal Constitucional*, realizado en Santiago de Chile del 27 al 29 de noviembre del 2006, conversamos sobre la posibilidad del II Congreso de Derecho Procesal, poniéndonos de acuerdo con Eloy Espinosa-Saldaña B. y Francisco Eguiguren Praeli, de reunirnos en la ciudad de Lima.

Efectivamente materializamos la reunión en casa de Domingo García Belaunde, con su participación en su condición de presidente honorario; Francisco J. Eguiguren Praeli en su condición de presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Eloy Espinosa Saldaña-Barrera (secretario), Ernesto Blume Fortini como Tesorero y el autor de la presente reseña, en su condición de Vicepresidente. Después de haber aprobado orgánicamente el Congreso, García Belaunde propuso que habría que homenajear al maestro Héctor Fix-Zamudio, señalando que no era necesario que asistiese personalmente para tal reconocimiento; la propuesta fue aprobada por unanimidad, teniendo en cuenta la gran contribución efectuada por el maestro mexicano al desarrollo de la cultura jurídica. En la misma reunión, se trató no solamente del Congreso que llevaría su nombre, sino también que se le otorgue el doctorado *Honoris Causa* que debía efectuarlo la Universidad Peruana Los Andes, encargándonos en nuestra condición de Decano de realizar el trámite correspondiente ante el Consejo de la Facultad de Derecho.

Al mismo tiempo, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera propuso que también se distinguiera a Néstor Pedro Sagüés con el mismo grado honorífico, teniendo presente sus cualidades académicas y su vinculación al Perú.

Los primeros días de abril del 2007, se prepararon los expedientes con los *currículum vitae* de los maestros Héctor Fix-Zamudio, Néstor Pedro Sagüés así como de Domingo García Belaunde, para ser tratados en el Consejo de Facultad de Derecho. Con fecha 17 de abril del 2007 se aprobó otorgarles el grado honorífico de Doctor *Honoris Causa*. Las resoluciones expedidas por la Facultad Derecho y los correspondientes expedientes fueron elevados al Consejo Universitario para el respectivo otorgamiento de los doctorados, que en su momento fueron ratificados.

II. TEMARIO

El temario que se aprobó para el Congreso fue el siguiente:

- a) Tribunal Constitucional: organización y funciones.
- b) Sentencias constitucionales. Tipología.
- c) Control abstracto y control difuso. El caso de la Administración Pública.
- d) Los precedentes vinculantes.
- e) Hábeas Corpus. Modalidad y procedencia. Problemas procesales.
- f) Amparo. Modalidad y procedencia. Problemas procesales.
- g) Los procesos de inconstitucionalidad. Legitimidad.
- h) Algunos desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional.
- i) Autolimitación y activismo.
- j) La jurisdicción internacional. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

III. PROCESO DE ORGANIZACIÓN

En la organización de estos certámenes es conveniente el funcionamiento de dos comisiones, una central y otra local; es así que la primera estuvo conformada de la siguiente manera:

- Domingo García Belaunde, Presidente honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
- Francisco J. Eguiguren Praelí, Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
- Eloy Espinosa Saldaña, Secretario de la Asociación
- Néstor Pedro Sagüés, Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

La Comisión Organizadora de carácter local quedó integrada de la siguiente manera:

- Presidente: Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio, Vicepresidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana Los Andes.
- Secretaria: Abogada Cecilia Rosario Sedano Mandujano.

Los demás miembros eran los profesores de la Facultad de Derecho:

Pierre Chipana Loayza,

Felipe Ochoa Díaz,

Juan Cárdenas Huarcaya,

Germán Cifuentes Moya,

Percy Hernando Colonio Sobrevilla, en representación del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional (ICPDC) y

Julio César Salome Castro, Secretario Ejecutivo del ICPDC.

IV. VIAJE A HUANCAYO

La Comisión Organizadora del II Congreso Nacional con la finalidad de trasladar a los ponentes y demás invitados a la ciudad de Huancayo, sede del certamen, contrató un bus expreso de la Empresa Cruz del Sur; el que partió con dirección a Huancayo desde las inmediaciones del Hotel «San Antonio Abad», sito en el Jr. Ramón Ribeyro N° 301, Miraflores-Lima, el día miércoles 23 de mayo del 2007. a horas 9.00. Hotel donde se alojaron los ponentes extranjeros, llegando a Huancayo a las 17:00 horas del mismo día.

La recepción a los profesores invitados extranjeros y nacionales por parte de las autoridades de Facultad y de la Universidad, se llevó a cabo en horas de la noche en el salón del Hotel «El Olímpico» seguido de una cena en el mismo Hotel.

V. ACTIVIDADES DEL DÍA 24 DE MAYO

Inauguración

Conforme al programa, el Congreso se inauguró el día jueves 24 de mayo a las 9:00 horas con la participación de los invitados nacionales, extranjeros y locales (autoridades universitarias, magistrados del Poder Ju-

dicial, del Ministerio Público y autoridades políticas) dando las palabras de bienvenida quien redacta esta memoria en mi condición de Decano de la Facultad.

Distinciones

A las 9.10 horas se realizó la ceremonia de otorgamiento de grados de doctores *Honoris Causa* a los profesores **HECTOR FIX-ZAMUDIO, NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS Y DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**.

La ceremonia estuvo precedida por el señor Rector de la Universidad Peruana «Los Andes», Dr. Dimas Fernández Barrantes. Lo acompañaron los señores vicerrectores: Dr. José Manuel Castillo Custodio, vicerrector Académico y Dr. Vidal Fernández Sulca, vicerrector administrativo. Dio fe de todo el acto académico el señor secretario general de la Universidad, abogado Víctor Julio Villarreal Sifuentes.

El Secretario General de la Universidad, por indicación del señor Rector, procedió con la lectura de la resolución del Consejo Universitario, por el que se les declara Doctor *Honoris Causa* al Dr. Héctor Fix-Zamudio, recibiendo en su representación el diploma, medalla, la resolución y demás distintivos el Dr. Néstor Pedro Sagüés.

A continuación se procedió a la lectura de la resolución que declaró *Doctor Honoris Causa* a Néstor Pedro Sagüés recibiendo de igual forma el diploma, la medalla, resolución y demás distintivos que acreditan su condición de Doctor de la Universidad Peruana «Los Andes».

Por último, se distinguió al Dr. Domingo García Belaunde con las mismas formalidades del caso, por su valiosa contribución al Derecho Constitucional y Procesal Constitucional; además, por las invalorable contribuciones brindadas a nuestra Facultad y Universidad.

A nombre de los laureados, tomó la palabra Néstor Pedro Sagüés para agradecer la distinción y expresar que quedaba agradecido por el honor de ser Doctor de la Universidad Peruana Los Andes. Al mismo tiempo, destacó que los colores de la cinta de la medalla impuesta de la Universidad Peruana «Los Andes», tiene los mismos colores de la bandera de su país: (Argentina); lo que le alegraba sobremanera; de igual forma, resaltó la hermandad existente entre estos dos países, es decir. Argentina y Perú, desde antes de los inicios de nuestra vida republicana.

A continuación el señor Rector Dr. Dimas Fernández Barrantes tomando la palabra en forma muy emocionada resaltó la presencia de docentes muy destacados de los diferentes lugares de América y del país que concurrían a este Congreso.

VI. CONFERENCIAS MAGISTRALES

Concluida la ceremonia de imposición de los doctorados *Honoris Causa*, conforme a lo programado se dio inicio a las conferencias magistrales:

- **Francisco J. Eguiguren Praeli**, presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, desarrolló el tema: *Sentencias interpretativas o manipulativas*.

- **Edgar Carpio Marcos**, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, Universidad de Lima y de la Academia de la Magistratura, abordó el tema de *Interpretación conforme con la Constitución y sentencias interpretativas, con especial referencia a la experiencia alemana*.

- **Enrique Pestana Uribe**, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Faustino Sánchez Carrión, de la Academia de la Magistratura, expuso el tema denominado: *Las nuevas reglas para el ejercicio del control difuso en los procesos constitucionales y los límites del juez constitucional*.

- **Luis Sáenz Dávalos**, profesor de Derecho Constitucional de las Universidades San Martín de Porres, PUCP, de la Academia de la Magistratura, desarrolló la conferencia denominada: *El nuevo régimen del Amparo contra normas a la luz de las recientes modificaciones al Código Procesal Constitucional*.

A las 13 horas del indicado día se recesó el certamen y se paso al almuerzo en el Restaurante Turístico «Huancahuasi», cuya traducción literal es «Casa de Piedra».

Conferencias de la tarde del 24 de mayo.

Fueron las siguientes:

- **Domingo García Belaunde**, presidente honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, profesor de postgrado de la PUCP, abordó el tema: *Sentencias constitucionales*.

- **Eloy Espinosa-Saldaña Barrera**, secretario de nuestra Asociación, profesor de Derecho Constitucional en la PUCP, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, desarrolló su conferencia denominada: *Reflexiones a propósito de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Peruana en el proceso recogido en el expediente N° 006-2006-PC/TC*.

- **Oscar Puccinelli**, profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional de Rosario-Argentina, en el turno que le correspondió dictó la conferencia titulada: *El Amparo y el Hábeas Corpus respecto a resoluciones judiciales*.

- **Gerardo Eto Cruz**, profesor de Derecho Constitucional General y Teoría del Estado, Teoría General de los Derechos Humanos y de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de Trujillo y de la Academia de la Magistratura, desarrollo respondiendo la interrogación que se formuló como tema de su conferencia: *¿Existe actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional peruano?*

- **Víctor Julio Ortecho Villena**, profesor cesante de la Universidad Nacional de Trujillo y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, tuvo a su cargo la exposición del tema: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: naturaleza jurisdiccional, competencia y dificultades*.

Con la última conferencia se cerró la actividad siendo las 21 horas. En la noche se departió en el acreditado «Chifa Centro» Huancayo.

VII. TRABAJO DEL DÍA VIERNES 25 DE MAYO.

La agenda del Congreso fue reprogramada para dar paso a las ponencias estudiantiles.

Para su desarrollo se nombró una comisión presidida por el profesor Pierre Chipana Loayza, secretario Percy Hernando Colonio Sobrevilla y como vocal, Moisés Calle Cáceres.

La comisión de ponencias estudiantiles con la finalidad de que la evaluación sea transparente nombró un jurado calificador, integrado de la siguiente manera: Presidente, Luís Sáenz Dávalos y como miembros Christian Donayre Montesinos y Jhonny Tupayachi Sotomayor.

El jurado dio su veredicto declarando ganadores de las ponencias estudiantiles en orden de mérito:

- Primer puesto: Julio César Salomé Castro
- Segundo puesto: Luís Gómez Esplana y
- Tercer lugar: Guillermo Mayo Zambrano, los que fueron premiados en acto público.

Aprovechando del desarrollo de las ponencias estudiantiles, la mayoría de los docentes visitantes hicieron un tour por el Valle del Mantaro,

visitando al Convento de los Franciscano de Ocopa y su impresionante biblioteca; luego, al criadero de truchas del valle del Ingenio, apreciando la técnica de la crianza y de reproducción, al final degustando en el almuerzo las diversas variedades de platos que se preparan con ellas. Continuando con el paseo visitaron a la ciudad fundada por Francisco Pizarro; es decir la ciudad de Jauja, primera capital del Perú. A continuación visitaron la laguna de Paca, que se encuentra a un kilómetro de Jauja.

A partir de las 16:00 horas se desarrolló con normalidad las conferencias magistrales anunciadas:

- **José F. Palomino Manchego**, docente universitario en materia constitucional de la UNMSM y de la Universidad de Lima, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, desarrolló un tema muy antiguo pero de palpitante actualidad como es el *Precedente Vinculante*.

- **Víctor Bazán**, Secretario General de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, tenía previsto exponer el tema: *Algunos retos temáticos que afronta la jurisdicción constitucional en clave de derecho comparado Latinoamericano*; sin embargo, una pequeña afectación de su salud, que fue temporal, impidió su exposición.

- **Néstor Pedro Sagüés**, presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, profesor de las Universidades de Buenos Aires y Rosario (Argentina), desarrolló un tema interesante que tiene que ver por los órganos constitucionales, específicamente con el Tribunal Constitucional, por tal razón tituló su conferencia: *Los Tribunales Constitucionales como órganos extrapoder, marco teórico y empírico, variables y desafíos*.

- **Alfonso Gairaud Brenes**, letrado de la Presidencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, desarrollo la conferencia: *Irrupciones del control difuso en la justicia constitucional*.

- **Jairo Enrique Herrera Pérez**, profesor colombiano expuso el tema *El precedente constitucional en Colombia*.

- **Christian Donayre Montesinos** docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú, desarrollo la conferencia titulada: *La jurisdicción internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de los proyectos de ley sobre pena de muerte y las implicancias de denuncia de la Convención frente al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en nuestro sistema judicial*.

El trabajo de este día concluyó aproximadamente a las 21.30 horas.

VII. SÁBADO 26 DE MAYO: PONENCIAS Y CLAUSURA

Para el día sábado 26 de mayo quedó la exposición de las ponencias presentadas por docentes nacionales; para el efecto funcionaron dos mesas de trabajo. La primera estuvo presidida por Edgar Carpio Marcos, actuando como secretario, Alexander Orihuela Abregú y como vocal, Alejandro Tomas Sedano. En esta mesa expusieron sus ponencias:

- **Ricardo Velásquez Ramírez**, titulada: *La aplicación del control concentrado en el Perú por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial*.

La magistrada y docente universitaria **Susana Castañeda Otsu** abordó su ponencia titulada: *Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado peruano*.

La última ponencia en esta mesa fue la del profesor de la Universidad «Los Andes» de Huancayo, **Jorge Luís Palomino Vargas**, titulada: *Los derechos fundamentales como presupuesto de la aplicación del Código Procesal Constitucional*.

La segunda mesa de trabajo estuvo presidida por Luis Sáenz Dávalos, en la secretaría, Julio Villarreal Sifuentes y en su condición de vocal, Felipe Ochoa Díaz. Los profesores que desarrollaron su ponencia son:

- **Humberto Uchuya Carrasco** profesor de la Universidad San Luis Gonzaga de Ica, con el tema: *La evolución permanente de la interpretación constitucional: a propósito de las sentencias constitucionales*-

El profesor de nuestra Facultad de Derecho **Percy Hernando Colonio Sobrevilla**, expuso su ponencia titulada: *La fuerza normativa de la Constitución*.

- **Jhonny Tupayachi Sotomayor** expuso la ponencia: *El control abstracto y el control difuso. El caso de la administración pública*.

Por último **Pierre Chipana Loayza**, docente de nuestra universidad, expuso la ponencia: *Jurisprudencia vinculante*.

En la ceremonia de la clausura estuvieron presentes las autoridades universitarias y de la Facultad, tomando la palabra Néstor Pedro Sagüés, en su condición de Miembro del Instituto Iberoamericano.

Terminó así y con todo éxito, el evento programado.

NECROLÓGICA

ENRIQUE CHIRINOS SOTO (1930-2007)

En plena actividad, aun cuando apartado de la política militante, murió Enrique Chirinos Soto en Lima, el 28 de julio de 2007. Había nacido en Arequipa el 4 de mayo de 1930 y al mismo tiempo que sus estudios universitarios en la Universidad de San Agustín, cultivó la literatura, la historia y se dedicó intensamente al periodismo. En este gremio se inició a la edad de 22 años y nunca lo abandonó. Escribió, literalmente hasta el día de su muerte, en el diario «Expreso».

Instalado en Lima en la década de 1960, formó parte de la brillante hornada periodística que desde el diario «La Prensa» formó y alentó Pedro Beltrán. Chirinos se dedicó a la docencia, tanto a nivel escolar como universitario, al periodismo y muy luego a la política.

Al mismo tiempo se dedicó a compilar sus ensayos periodísticos que publicó en forma de libro con gran acogida de sus lectores. Se inició en la política en 1967, como Diputado por Lima y más tarde fue Senador en 1985.

Tuvo una destacada intervención en dos procesos constituyentes. El de 1979-1980 y en el posterior de 1993, que por convertirse luego en congreso ordinario duró hasta 1995.

Como político fue combativo y cambió mucho de tiendas políticas, si bien todas ellas dentro del ámbito liberal y por cierto democrático. Fue desde muy temprano un feroz combatiente de las dictaduras y mantuvo ese temple durante varios años (vid. su libro *El Septenato* de 1977, escrito conjuntamente con Guido Chirinos). Lo cual hace inexplicable como al final de su larga carrera como político y publicista, se uniera a las huestes de Fujimori y se convirtiese en el teórico ilustrado de la autocracia fujimorista, negando así los principios por los que antes había combatido.

Hombre talentoso y culto, de magnífica pluma, nos deja varios libros de indudable atractivo e interés. Entre ellos debemos mencionar sus dos comentarios a las Constituciones en las cuales participó, la de 1979 y la de 1993. Un libro suyo que tuvo gran difusión y que merece un lugar especial dentro de su producción, es su *Historia de la República*, que alcanzó a publicar en tres tomos, y que sigue siendo un texto muy útil, si bien el enfoque es netamente cronológico y político, con algunas concesiones a otros temas.

Es también autor de un ensayo interesantísimo que representa un género poco cultivado: *Conversaciones con Belaunde*, publicado en 1987.

Su última publicación orgánica es un pequeño libro que tituló *Mis memorias: del siglo XX al siglo XXI*, que puso en circulación en 2005. Libro interesante, pero que deja sin explicar muchos aspectos de su agitada vida política, sobre todo la del último periodo.

Mi opinión sobre Chirinos Soto me cupo expresarla, con toda honestidad, en el prólogo que con extrema gentileza me pidió para su libro *Cuestiones constitucionales* que le editó la Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente en 1991. Mantengo todavía lo que ahí dije. Pero después me vi obligado a precisar –tanto al propio interesado como en alguna crónica periodística– mi sorpresa por el viraje que significó su adhesión al golpe de Estado de 1992 y su posterior e incondicional defensa del régimen así instaurado.

La muerte, niveladora siempre, dará paz a nuestro antiguo e ilustrado amigo.

Domingo García Belaunde

TEXTOS CLÁSICOS

COMPENDIO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

* * * * *

Manuel Atanasio Fuentes

Abogado de los Tribunales de Justicia del Perú

Socio corresponsal de la Sociedad de Estadística de México y miembro
honorario de las de Geografía y Estadística de Edimburgo

LIBRERÍA DE ROSA Y BOUZET
23, Calle Visconti 23
Paris, 1865.

ÍNDICE

SEGUNDA PARTE MATERIA ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO IV

Comercio.— Comerciantes.— Registro de comerciantes.— Sociedades mercantiles.— Bancos.— Montes de piedad.— Cajas de ahorros.— Bolsas.— Aranceles.— Comercio marítimo.— Puertos.— Contrabando.— Comisos.— Pesas y Medidas.— Monedas.— Correos.— Tribunales de comercio.

169

CAPÍTULO V

Obras públicas.— Realización de las obras públicas.— Ingenieros.— Caminos.— Clasificación de los caminos.— Construcción.— Ferrocarriles.— Legislación.— Caminos estratégicos.— Agricultura.— Legislación.— Minas.— Legislación.— Denuncia de minas.— Denunciantes.— Modo de sustanciar las denuncias.— Mineros.

199

TERCERA PARTE INTERESES MORALES

CAPÍTULO ÚNICO

Religión.— Intolerancia y libertad de cultos.— Deberes y atribuciones de la administración.— Instrucción pública.— Dirección.— Comisiones locales.— Clasificación de los establecimientos de instrucción.— Universidades.— Institutos.— Legislación.— Imprenta.— Abusos por medio de la imprenta.— Denuncias.— Jueces de imprenta.— Impresores.— Beneficencia.— Administración.— Diversiones públicas.— Teatros.— Erección de teatros.— Censura teatral.— Dirección de los teatros.— Policía de los teatros.— Caja de ahorros.— Propiedad de las obras dramáticas.— Premios.

217

CUARTA PARTE
DE LOS DERECHOS DE LA ADMINISTRACIÓN
SOBRE LAS PERSONAS Y COSAS

CAPÍTULO PRIMERO

Necesidades del Estado.— Gendarmería.— Guardia nacional.— Ejército permanente.— Reclutamiento.— Reclutamiento forzado.— Enganche.— Quintas.— Cargos concejiles. 235

CAPÍTULO II

Contribuciones.— Contribución personal.— Contribución predial.— Catastro.— Alcabala.— Patentes.— Papel sellado.— Derechos de aduana.— Expropiación. 243

CAPÍTULO III

Administración de las rentas públicas.— Presupuesto general.— Contabilidad administrativa.— Oficinas de contabilidad administrativa.— Contabilidad judicial. 249

SEGUNDA PARTE

MATERIA ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO IV

Comercio.— Comerciantes.— Registro de comerciantes.— Sociedades mercantiles.— Bancos.— Montes de piedad.— Cajas de ahorros.— Bolsas.— Aranceles.— Comercio marítimo.— Puertos.— Contrabando.— Comisos.— Pesas y Medidas.— Monedas.— Correos.— Tribunales de comercio.

Comercio.— Por la palabra comercio se entiende, en general, el cambio de productos, y fácil es calcular que ese ramo de la industria humana satisface muy altos fines sociales, no sólo en cuanto tiende a llenar las necesidades primeras de los pueblos, sino por sus influencias conciliadora y moralizadora.

Propiamente hablando el simple cambio entre productores, no debe llamarse comercio, sino el tráfico constante de las personas que median entre el productor y el consumidor. Estas personas son los verdaderos comerciantes.

Los principios generales que rigen en materia de comercio son: que la administración debe dispensarle todo el favor y protección posibles; separar todas las trabas que puedan oponerse a su más amplio desarrollo; conceder todas las franquicias compatibles con el orden público y salud de los pueblos; estimular la producción de los frutos

indígenas para hacer innecesaria la importación de los semejantes; proteger la importación de los artículos extranjeros de más demostrada utilidad.

Como el comercio es una profesión noble que reposa sobre la buena fe, las leyes exigen ciertas garantías por parte de las personas que se dedican a él, y para evitar los embarazos que producirían los desacuerdos entre comerciantes, tienen establecidos tribunales especiales que conozcan de las causas de comercio.⁽¹⁾

Comerciantes.— Todo individuo puede dedicarse al comercio, pero para que disfrute de las franquicias concedidas a los verdaderos comerciantes, ha dispuesto la ley que se reputen tales a los que ejercen el comercio, fundando en el tráfico mercantil su profesión habitual y ordinaria.

Los extranjeros gozan del beneficio de las leyes mercantiles, y están sujetos a sus restricciones, a la par con los peruanos. No se reputan comerciantes para el efecto de gozar de los beneficios y prerrogativas que se conceden a éstos, en razón de su profesión: 1° Los que no sólo hagan accidentalmente alguna operación de comercio terrestre; 2° Los que omitan inscribirse en la matrícula de los comerciantes.

Los comprendidos en uno u otro de los casos anteriores, quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre las obligaciones mercantiles que contraigan, a las leyes y jurisdicción del comercio.

Tienen capacidad para ejercer el comercio todos los que la tienen para contratar conforme a las leyes comunes; salvas las restricciones que se establecen en el Código de Comercio.

Para que los menores de veintiún años puedan ejercer el comercio se requiere: 1° Que hayan sido emancipados legalmente; 2° Que tenga peculio propio.

La mujer casada puede ejercer el comercio, con autorización del marido o sin ella, estando separada legalmente de su cohabitación.

Se prohíbe el ejercicio de la profesión mercantil, por incompatibilidad de estado: 1° A las corporaciones eclesiásticas; 2° A los clérigos, aunque no tengan más que la tonsura, mientras visten el traje clerical; 3° A los magistrados civiles y jueces en el territorio donde ejercen su autoridad o jurisdicción; 4° A los empleados en la recaudación y administración de

(1) Código de comercio.— Véase la pág. 52.

las rentas nacionales, en los pueblos a donde se extiende el ejercicio de sus funciones.

No pueden ejercer el comercio por tacha legal: 1º Los que hayan sido condenados a pena aflictiva e infamante por sentencia ejecutoriada; 2º Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación; 3º Los insolventes declarados conforme a las leyes.

El ejercicio habitual del comercio se supone para los efectos legales, cuando después de haberse inscrito la persona en la matrícula de comerciantes, anuncia al público por circulares, o por los periódicos, o por carteles, o por rótulos permanentes expuestos en lugar público, un establecimiento que tiene por objeto cualquiera de las operaciones que se declaran como actos positivos de comercio, y a estos anuncios se sigue que la persona inscrita se ocupa realmente en actos de esta misma especie.⁽²⁾

Registro de comerciantes.— En cada capital de provincia debe haber un registro público y general de comercio que se divide en dos secciones. La 1ª es la matrícula general de comerciantes, en que deben asentarse todas las inscripciones que se expidan a los que se dediquen al comercio. En la 2ª se toma razón por orden de números y fechas: 1º De las cartas dotales y capitulaciones matrimoniales que se otorguen por los comerciantes, o tengan otorgadas al tiempo de dedicarse al comercio, así como de las escrituras que se celebren en caso de restitución de dote; 2º De las escrituras en que se contrae sociedad mercantil, cualquiera que sea su objeto y denominación; 3º De los poderes que se otorguen por comerciantes a factores y dependientes suyos, para dirigir y administrar sus negocios mercantiles.

Las escrituras dotales entre consortes que profesen el comercio, de que no se haya tomado razón en el registro general de la provincia, son ineficaces para obtener la prelación del crédito dotal, en concurrencia de otros acreedores de grado inferior.

Compañías o sociedades mercantiles.— Los comerciantes pueden ejercer su industria aisladamente o reuniéndose entre varios para formar compañías. El derecho distingue cuatro clases de compañías: *colectivas, en comandita, anónimas e incógnitas*.

Compañía colectiva es la que se forma con nombre colectivo, bajo de pactos comunes a todos los socios, los que deben participar de los mismos derechos y obligaciones en la proporción establecida como base del contrato.

(2) Código de comercio.

Compañía en comandita, es la contraída entre varios socios, de los cuales unos manejan las cosas de la sociedad y se obligan con todos sus bienes a las pérdidas, y otros ponen cierto y determinado capital, sin responder por más cantidad que la que pusieron o debieron poner.

Compañía anónima es la que se forma creando un fondo por acciones determinadas, para girarlo sobre uno o muchos objetos, que dan nombre a la empresa, y cuyo manejo se encarga a mandatarios o administradores amovibles a la voluntad de los socios.

Compañía incógnita o momentánea es aquella que celebran dos o más individuos, para que la cosa que uno compra, se divida en lotes entre todos, o para que cada uno lleve el suyo de su cuenta, o para que se venda por quien lo recibe, y después se den cuentas y se partan las utilidades o pérdidas.⁽³⁾

Bancos.— Los bancos son establecimientos de crédito cuyo objeto principal es recibir depósitos de numerario o de materias metálicas, descontar papeles de comercio y efectuar cobros y pagos por cuenta de los particulares.

De la naturaleza de estas diversas operaciones resulta la distinción generalmente establecida entre *bancos de depósitos*, *bancos de descuento* y *bancos de circulación*. Esta distinción es más teórica que práctica, porque casi todos los grandes establecimientos de este género reúnen los tres caracteres.⁽⁴⁾

Los bancos se dividen en *nacionales* y *particulares*. Los primeros son establecidos por el gobierno, los otros por particulares, bien individualmente, o bien por medio de compañías o por acciones.

Es evidente que cuando existe un solo banco nacional las operaciones se realizan con mayor seguridad, porque puede disponer de mayores capitales y proteger empresas de más importancia para el mismo gobierno.

En el Perú la creación de bancos para las operaciones mercantiles, que hemos insinuado, es muy reciente y todos ellos son de particulares. El uno titulado de *La Providencia* participa del triple carácter de *Banco*, de *Monte de piedad* y de *Caja de ahorros*, el otro es el banco llamado *Nacional* y el tercero una sucursal de un banco de Londres; todos ellos están sujetos a estatutos particulares.

(3) Código de comercio.

(4) Chabanel.

Una de las operaciones de los bancos es la emisión de *billetes* o *letras* llamados *billetes de banco*. Si es admitida en el comercio y las leyes autorizan la expedición de *vales* y *letras de cambio*, suscritos por particulares y que por lo regular son pagaderos a cierto término, debe serlo la de los billetes de banco que tienen la ventaja de ser reembolsables en el mismo instante de su presentación.

Los billetes de banco particulares no pueden tener un *curso forzoso* ni considerarse como *papel moneda*.

Dos cuestiones nacen de la emisión de los billetes de banco: 1ª Qué garantía deben ofrecer al público para que sean admitidos en las transacciones, como moneda y 2ª Hasta qué cantidad pueden emitirse.

El principio fundamental, con respecto a la primera cuestión, es que el billete de banco sea cambiado por dinero inmediatamente que se presente, y que no se emitan sino en cambio de valores de una negociación cierta y segura, a plazo fijo y próximo; que no se cuente para pagarlos con títulos dudosos como propiedades inmuebles, créditos hipotecarios, mercaderías o simples documentos de particulares de dudosa solvencia, porque esos valores son de realización difícil, incierta y variable.

Deben, por lo mismo, los bancos poseer capitales que puedan en todo caso responder del pago de los billetes emitidos, porque la falta de inmediato pago de un billete les haría perder la confianza pública, elemento de su existencia y de su giro.

Para que los papeles emitidos por un banco se reputen como una moneda voluntariamente recibida y generalmente aceptada, todos los gobiernos han considerado como un derecho y como un deber intervenir en la constitución de los bancos, arreglando las condiciones de su existencia, y la naturaleza de las operaciones establecidas por sus estatutos particulares.

Con respecto a la segunda cuestión, se ha fijado casi generalmente un valor triple o cuádruple de billetes emitidos en proporción a los valores existentes en cajas; aún no se ha demostrado si esa proporción es suficiente, o si la relación de los billetes presentados para el reembolso con la totalidad de los emitidos, debe establecerse sobre otras bases.

Lo que precede manifiesta la diferencia existente entre los bancos de depósito y los de circulación. En los primeros, los certificados de depósito no pueden representar jamás valores mayores que los recibidos; en los segundos, al contrario, la suma de los billetes emitidos puede elevarse al triple o cuádruple de las sumas que realmente existen en

arcas, siendo representado el exceso por papeles de comercio realizables en ciertas épocas.

Los bancos de circulación prestan los mayores servicios al comercio y a la industria, aumentando el capital circulante y anticipándolo, por decirlo así, sobre el porvenir para satisfacer las necesidades del presente; pero esa facultad de hacer moneda de papel debe ejercerse con la mayor prudencia; para que ese papel no caiga en el descrédito, es necesario que su *contravalor* exista en especies o en buenos documentos de comercio.

No hay en nuestro derecho escrito disposiciones especiales para los bancos, así es que sus operaciones están sujetas a la legislación general de los contratos mercantiles.⁽⁵⁾

Fácil es deducir cual sea la acción del gobierno en la organización y marcha de los bancos. Debe evitar fraudes; vigilar esos establecimientos, sin dirigirlos por sí; enterarse de sus estatutos; ver si se cumplen, y tomar todas las precauciones necesarias que el interés individual emplearía si tuviese medios y fuerzas para adoptarlas. La administración debe excitar el interés individual a que obre, evitando que se abandone a excesos reprobables; debe dejar que se mueva con entera libertad y absoluta independencia del gobierno, procurando al mismo tiempo que otro individuo que tiene iguales derechos y a quien la sociedad debe igual protección, no sufra perjuicio por su excesiva buena fe o por no tener los medios necesarios de defensa.⁽⁶⁾

Montes de piedad.— Los Montes de Piedad son establecimientos en donde las personas menesterosas depositan sus prendas para conseguir cierta suma de dinero pagando por ella un interés.

La institución de esos establecimientos remonta al siglo décimo quinto; el Monte de Piedad de Padua se organizó en 1491, y el de Perugia, autorizado por León X, en 1551.

El Monte de Piedad no se ha considerado nunca como una institución comercial sino de Beneficencia; y su establecimiento que debe siempre ceder en provecho de los pobres, no se consiente en los países europeos sin autorización del gobierno que la niega a las sociedades de especuladores. La constitución francesa de 1807 prohibía, como

(5) Libro segundo del Código de Comercio.

(6) Madrazo.

prohíben hoy las leyes del Imperio, la creación de Montes de Piedad por vía de acciones «porque eso importaría, dice, llamar a extraños a participar de los beneficios y a convertir en especulaciones privadas, establecimientos que no deben proponerse más fin que beneficiar al público».

En el Perú no hay establecidos Montes de Piedad aunque el banco «*La Providencia*» haya querido dar ese nombre a uno de los departamentos en que ha dividido sus operaciones, no puede, por su organización y fines, considerarse sino como una casa de préstamo a interés sobre especies de valor.

Nada disponen tampoco nuestras leyes sobre los establecimientos de esa clase, y los efectos de los contratos que en ellos se realizan, están sujetos a las disposiciones ordinarias sobre el contrato de prenda.

Inútil sería empeñarse en demostrar la utilidad de los *Montes de Piedad* cuyo doble objeto es facilitar al pobre, socorros a módico interés, libertándolo de las garras del codicioso usurero y aumentar las entradas de los establecimientos benéficos. Los gobiernos deben pues promover la creación de esas casas que por otra parte no exigen grandes esfuerzos para su organización y fomento.

Entre las diversas legislaciones referentes a este punto, la francesa nos parece la más sencilla, y la más completa; daremos una idea aunque en globo de ella.

Organización.— Los Montes de Piedad están colocados bajo la vigilancia de la autoridad local y del Prefecto, y son regidos por direcciones gratuitas compuestas de cinco a siete miembros cuyo presidente nato es el Alcalde (gobernador entre nosotros).

Los administradores son nombrados por los Prefectos o por el Ministro de gobierno, según la importancia del establecimiento, de una triple lista de candidatos presentados por la dirección. Los administradores ejercen su cargo entre los mismos límites y según las mismas reglas que siguen la administración de los hospicios y las oficinas de beneficencia.

La gestión inmediata del establecimiento está confiada a un director que tiene bajo sus órdenes a los empleados y dependientes.

Los principales empleados de la administración son: un cajero encargado de cobros y pagos; un guarda almacén que cuida los depósitos y vela por la conservación de los efectos guardados en ellos; y dos o más tasadores que avalúan las especies bajo la responsabilidad en los casos de asignarles valores superiores de los que tengan en realidad.

Los empleados superiores de que acabamos de hablar son nombrados por el mismo funcionario que nombra a los directores; los demás son nombrados por éstos.

Contabilidad.— Los presupuestos y cuentas de los Montes de Piedad, se arreglan como los de los hospicios.

No deben considerarse como rentas de esos establecimientos los fondos cuyo movimiento sirva para alimentar los préstamos; el producto de los intereses pagados por las personas que han recibido suplementos y otros recursos que poseen los Montes, constituyen la renta que deben tener de base para someter sus presupuestos a la aprobación de los Prefectos o del Ministro. La renta debe calcularse por los productos del año anterior.

Los intereses de los fondos depositados como fianzas de los empleados en el establecimiento, no puede exceder de un tres por ciento.

Los Montes de Piedad, están, por lo general, exceptuados de pagar derechos de timbre (papel sellado) en todo lo concerniente a sus gestiones y documentos, así como del pago de toda clase de contribuciones incluso la de predios urbanos.

Operaciones.— Las operaciones de los Montes de Piedad consisten: 1° En el depósito de bienes muebles dados en prenda. Los préstamos no deben hacerse sino a personas conocidas y domiciliadas o que presenten a otra responsable; es prohibido además prestar a los menores sin el consentimiento de sus padres o guardadores. El depositante o su fiador deben firmar el documento de depósito; se exceptúan los casos en que la especie depositada valga menos de seis pesos; 2° En la *apreciación* de las especies, para fijar la cantidad que puede prestarse; 3° En el préstamo; 4° En la *renovación* del contrato al vencimiento del plazo estipulado, que regularmente es de un año. El dueño de la especie puede por este medio impedir su venta. La fijación de los intereses por el dinero prestado incumbe al Ministro; 5° En el *desempeño* de la especie, que se permite aún después de vencido el año, si la especie no ha sido vendida.

El Monte de Piedad de París ha establecido, hace algunos años, bajo el título de *Caja de buenas cuentas*, una que recibe las cantidades parciales que los dueños de las especies quieran dar para evitar la venta; 6° En la *venta* de las especies cuando ha fenecido el término sin que se haya renovado el contrato. La venta se ordena por el Presidente del tribunal de primera instancia en vista de un sumario que le presenta el director del establecimiento. Se realiza siempre en remate público anunciado diez días antes.

El producto entra en las cajas de la administración; 7° En el *empleo* del sobrante o en los *recursos* para los casos de *déficit*. El pago del sobrante de la venta se hace cuando el interesado entrega el billete de empeño. Cuando en lugar de sobrante hay *déficit* en el producto de la venta, responden los rematadores o los tasadores.⁽⁷⁾

Cajas de ahorro.— Las cajas de ahorros, como los Montes de Piedad, son establecimientos de beneficencia que tienen por objeto recibir cantidades de dinero que quieran depositarse en ellas, pagando un rédito que se acumula al capital para formar lo que se llama un interés compuesto. Tan grande poder han alcanzado en los primeros pueblos de Europa los establecimientos de esta clase, que se les considera con razón, como una de las más importantes y útiles instituciones.

No hay en el Perú cajas de ahorros establecidas por el gobierno, ni por las sociedades de Beneficencia y nuestra legislación nada dice tampoco sobre ellas.

Sus provechosos y moralizadores resultados deben llamar seriamente la atención de los gobiernos. El obrero, que merced a escasísimas economías logra reunir en algunos años un capital, que aunque pequeño lo ponga al abrigo de las eventualidades de la existencia, o asegure el pan para los años de impotencia, o le ofrezca la dulce perspectiva de dejar algo a sus familias, es por el hecho mismo uno de los sostenedores del orden público. La estadística francesa ofrece sobre este punto un hecho que merece hacer fijar la consideración de los legisladores.

Desde que las cajas de ahorros, dice Vidal, han tomado tan grande y tan portentoso desarrollo, es raro ver que los artesanos y obreros que tienen en ellas un pequeño capital, se entreguen a los excesos y a los crímenes que cometen los que no se hallan en tal caso. La fortuna estrecha los lazos del hombre con la patria, y el que a fuer de constancia y de trabajo ha podido ponerse, a tiempo, en guardia contra la miseria, es el mejor padre de familia y el mejor ciudadano.

La legislación francesa es muy extensa sobre la institución y operaciones de las cajas de ahorros, y al celo de las autoridades departamentales se debe el que se hallen establecidas en casi todos los pueblos del Imperio.

Bolsas de Comercio.— Se entiende por Bolsas las reuniones que bajo la autoridad del Gobierno, tienen los comerciantes, capitanes de buques

(7) Dic. gen. d'administration.

mercantes, agentes de cambio, corredores, capitalistas y demás individuos que se ocupan de operaciones de comercio, de banco o de transacciones sobre papeles del crédito público, etc.

El lugar donde esas personas se reúnen toma también el nombre de Bolsa.

Las operaciones que se realizan en la Bolsa, son: venta y compra de mercaderías por mayor, fletamentos de buques, seguros marítimos, negociaciones sobre documentos mercantiles o del crédito público y sobre letras de cambio.

La mayor parte de esas operaciones se verifican por medio de agentes llamados *corredores de lonja* o de *comercio*, que están sujetos a un reglamento dado por el gobierno y cuyo nombramiento se hace por éste a propuesta de los tribunales de comercio.

Muy poco se encuentra en nuestra legislación, referente a las bolsas mercantiles, institución muy importante en los pueblos en que las transacciones son de alguna importancia, y la Bolsa establecida en Lima no llena los objetos de las instituciones de su clase, lo cual daría lugar a pensar que las actuales necesidades del comercio, se satisfacen sin necesidad de ellas.

El deber de la administración pública es provocar y sostener, en donde sea necesario, bolsas mercantiles proporcionando locales adecuados, estableciendo en ellos la precisa policía, reglamentándolas, y reglamentando también, de acuerdo con los tribunales del ramo, el sistema y el mecanismo de las operaciones, para que las personas que en ellas intervingan reúnan las condiciones de capacidad, actividad y honradez y para evitar los efectos del fraude.

Encuétrase en el catálogo de nuestras leyes un decreto⁽⁸⁾ que se refiere a una disposición legislativa, que no ha sido publicada y que disponía que se estableciera una agencia de venta en subasta pública de efectos averiados, establecimiento gravado con un derecho que sirviera para la creación y fomento de una bolsa; este derecho debía sustituir al impuesto, con el nombre de *derechos de averías*, por la real cédula de erección del Tribunal del Consulado, a las mercaderías extranjeras.

En 6 de Junio de 1857, se ordenó que ese impuesto se hiciera efectivo y que se llevara a cabo la creación de la *Bolsa*, que en realidad se organizó el 31 de Diciembre de 1860.

(8) De 30 de octubre de 1840.

El reglamento de la Bolsa, contiene las siguientes disposiciones:

ART. 1.- La Bolsa Comercial tiene por objeto facilitar las transacciones mercantiles, reuniendo en su local a todos los miembros del Comercio, durante las horas en que se tratan los negocios, servir de gabinete de lectura y de archivo de datos comerciales de interés público.

ART. 2.- Tienen entrada en la Bolsa:

- 1º. Los suscriptores;
- 2º. Los dependientes de los suscriptores después de haber sido inscritos por sus patrones en el libro de registro de dependientes;
- 3º. Los Corredores según los artículos 10, 11 y 12;
- 4º. Los miembros honorarios según el artículo 13;
- 5º. Los que sean presentados según el artículo 9.

ART. 3.- Son horas hábiles para asistir a la Bolsa desde las nueve de la mañana hasta las cinco de la tarde en todas las estaciones y en todos los días del año, excepto los festivos.

DE LOS SUSCRIPTORES

ART. 4.- Todo comerciante por mayor, nacional o extranjero, es llamado y tiene derecho a suscribirse a la Bolsa.

Se admitirá también a cualquier individuo que no sea comerciante, pero en este caso queda a voluntad de los directores.

ART. 5.- El número de los suscriptores es ilimitado.

ART. 6.- Los suscriptores se reunirán en Junta General el día que señalen los directores en la segunda quincena de Diciembre de cada año; y a falta de la convocatoria tendrá efecto dicha reunión el día 24 del citado mes. Se reunirán además extraordinariamente por indicación de los Directores, es decir, cuando lo crean conveniente o cuando por su conducto lo exijan diez suscriptores a la vez.

ART. 7.- Tienen voto en las juntas todos los suscriptores.

ART. 8.- Los suscriptores abonarán una cuota mensual de cuatro pesos, si representan por alguna sociedad, o de dos pesos si el suscriptor es una sola persona.

ART. 9.- Los suscriptores pueden presentar en la Bolsa a las personas transeúntes que tengan a bien, las cuales tendrán desde entonces entrada

franca hasta por treinta días; para seguir haciendo uso de este derecho, por tiempo más largo, es indispensable suscribirse.

Se anotará en un libro el nombre de los presentados y se les otorgará un boleto para que puedan entrar.

DE LOS CORREDORES

ART. 10.— Sólo se reconocen por Corredores legales aquellos que sean nombrados conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio; y se sujetarán a las reglas determinadas en el *Reglamento de Corredores*, aprobado por el Supremo Gobierno.

ART. 11.— De dicho Reglamento se fijará una copia certificada por el Tribunal del Consulado en uno de los puntos más visibles del Salón principal de la Bolsa.

ART. 12.— Los Corredores tendrán entrada franca en la Bolsa; y les es obligatorio concurrir a ella diariamente de las tres a las cuatro de la tarde, salvo los días festivos.

DE LOS MIEMBROS HONORARIOS

ART. 13.— Son miembros honorarios de la Bolsa:

- 1° Los Ministros de Estado;
- 2° El Prefecto del Departamento;
- 3° Los Jefes de las Oficinas del Estado;
- 4° Los miembros del Tribunal Consulado;
- 5° Los Agentes Diplomáticos y Cónsules extranjeros que no tengan negocios mercantiles.

DE LA ADMINISTRACIÓN

ART. 14.— La administración y dirección de la Bolsa estará a cargo de los tres Directores elegidos de entre los suscriptores a pluralidad absoluta de votos en la reunión anual de diciembre; y sus atribuciones se detallan en los artículos siguientes:

DE LOS DIRECTORES

ART. 15.— Tan luego que se haya hecho la elección de los Directores, nombrarán entre ellos cuál de los tres deba presidirlos.

ART. 16.— Son atribuciones de los Directores:

- 1º. Dirigir todos los asuntos e intereses del establecimiento y dictar las reglas convenientes para su mejor orden, servicio y ornato;
- 2º. Administrar los fondos y cuidar de que todos pasen al poder del Tesorero;
- 3º. Rendir cuenta de su administración a la Junta General;
- 4º. Convocar a los suscriptores a Juntas Generales;
- 5º. Procurar para la Bolsa todas las publicaciones y periódicos nacionales y extranjeros que consideren útiles;
- 6º. Admitir suscriptores;
- 7º. Nombrar y remover al Superintendente y a su asistente;
- 8º. Velar por el exacto cumplimiento de este Reglamento.

ART. 17.— El cargo de Director dura un año y es gratuito e irrenunciable, a no ser por causas justas que incapaciten a alguno de admitirlo o continuar en él; y en estos casos será reemplazado con otro elegido también por la Junta General.

ART. 18.— Es indispensable la conformidad de votos en los Directores, para decidir sobre cualquiera de los asuntos que les están encomendados.

DE LAS JUNTAS GENERALES

ART. 19.— Las convocatorias a Junta General se harán por carteles fijados en el local de la Bolsa y por avisos en los periódicos.

ART. 20.— Las Juntas Generales podrán efectuarse con cualquier número de suscriptores presentes, siempre que pase de diez, incluso el Director o Directores que asistan.

ART. 21.— Al instalarse cada Junta, manifestará el Presidente cuáles son los asuntos de que debe tratarse y concluidos éstos, puede la Junta ocuparse de cualquier otro en el orden siguiente:

- 1º. Los que sean de vital importancia para la Bolsa o versen sobre sus fondos;
- 2º. Los que propongan los suscriptores.

ART. 22.— De todo lo que se acuerde en cada Junta, se tomará razón en un libro por el Superintendente, el que para la debida constancia exigirá que dichas actas sean visadas por los Directores que hubiesen presidido la reunión.

DEL TESORERO

ART. 23.– El Tesorero será uno de los suscriptores elegidos por la Junta General, a pluralidad absoluta de votos, y a su poder ingresarán todos los fondos pertenecientes a la Bolsa.

ART. 24.– El Cargo de Tesorero es gratuito y durará un año.

ART. 25.– Son abonables al Tesorero los gastos de útiles de escritorio y los demás que fueren indispensables al desempeño de su comisión.

ART. 26.– Es obligación del Tesorero llevar una cuenta de los ingresos y egresos, y presentar una general a fin de año a la Junta para su aprobación.

ART. 27.– El Tesorero hará los gastos ordinarios y extraordinarios en virtud de libramiento expreso de los Directores.

DE LOS INGRESOS Y EGRESOS

ART. 28.– Son ingresos peculiares de la Bolsa.

- 1º. El producto de la *Casa de Remate* establecida en esta Capital, el cual ha sido adjudicado con tal objeto por el Supremo Gobierno;
- 2º. El producto de las suscripciones.

ART. 29.– Los egresos se dividen en ordinarios y extraordinarios:

Pertenecen a los primeros:

- 1º. El arrendamiento del local de la Bolsa, mientras se constituye en el que se le ha destinado en la Casa del Consulado.
- 2º. Los sueldos de los dos empleados que se mencionan en este Reglamento y de los que fuesen precisos en lo sucesivo a juicio de la Junta General.
- 3º. Las suscripciones a periódicos y demás publicaciones;
- 4º. El gasto en útiles de escritorio;
- 5º. Los gastos necesarios para el aseo del local;
- 6º. El costo del alumbrado cuando sea necesario.

Pertenecen a los segundos:

- 1º. Los gastos en muebles y demás útiles para el arreglo e instalación de la Bolsa;
- 2º. Las refacciones o mejoras en el local;

- 3°. El importe de una Biblioteca mercantil, así como lo que se gaste en fomentarla y mejorarla;
- 4°. Los demás gastos precisos que no se hayan previsto.

DEL SUPERINTENDENTE

ART. 30.— Habrá un Superintendente nombrado según el inciso 7° del artículo 16.

ART. 31.— Sus obligaciones son:

- 1°. Cuidar del arreglo, orden y aseo del establecimiento, de la conservación de sus muebles, libros, papeles, periódicos, cuadros, mapas, etc., y no permitir que se extraigan por motivo alguno;
- 2°. Llevar los libros que prescribe este Reglamento y los que sean necesarios en lo sucesivo;
- 3°. Llevar especialmente un registro de las entradas y salidas de buques del puerto del Callao y de las ocurrencias diarias marítimas y mercantiles;
- 4°. Recibir y fijar en las tablas, los avisos comerciales y marítimos que se le entreguen con tal objeto, por los Directores;
- 5°. Recaudar las contribuciones mensuales y pasarlas al Tesorero bajo de recibo;
- 6°. Formar semanalmente una cuenta de los gastos de que, por orden de los Directores, se haya encargado, a fin de que con el visto bueno del Presidente le sirva de comprobante para con el Tesorero;
- 7°. Apuntar en la pizarra las ocurrencias diarias y hacer en dichos apuntes las variaciones necesarias;
- 8°. Cumplir las órdenes de los Directores tocante a los asuntos del establecimiento; y hacer cumplir a los concurrentes, en la parte que les respecta, con lo prescrito en este Reglamento.

ART. 32.— El sueldo del Superintendente será graduado por los Directores; pero nunca podrá pasar de mil quinientos pesos anuales pagaderos por mesadas.

ART. 33.— Tendrá a sus órdenes un asistente para que coopere al mejor servicio de la Bolsa, el cual disfrutará de un sueldo de trescientos sesenta pesos anuales, pagaderos también por mesadas.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

ART. 34.— Luego que se haya instalado la Bolsa, procederán los Directores a la formación de un proyecto de Reglamento adicional para las ventas, en el local, de créditos públicos de la deuda interna y externa, de las acciones en las contratas de guano, en las empresas de ferrocarriles, de gas, agua y demás especulaciones creadas y por crearse. Dicho proyecto será pasado al Tribunal del Consulado, para la aprobación del Supremo Gobierno, verificada la cual registrará en la bolsa.

ART. 35.— Pueden hacerse en este Reglamento por la Junta General, las reformas que se consideren convenientes, con aprobación del supremo Gobierno.

Aranceles.— Los aranceles de aduana tienen por objeto determinar el monto del impuesto a que están sujetas la importación y exportación de ciertas mercaderías o productos.

Muy debatida ha sido la cuestión económica de si la imposición de derechos de aduana debería reputarse como una eficaz protección al desarrollo del comercio y de la industria nacional, o si por el contrario, esa imposición era una traba que aumentando el valor de las mercaderías importadas, las hacía menos asequibles a cierta clase de consumidores, y hacía menos fáciles las exportaciones.

Esa cuestión ha dado lugar a dos sistemas; el llamado *mercantil o proteccionista*, y el del *libre cambio*; ambos sistemas han tenido sostenedores igualmente poderosos, tales como Sully y Colbert, el primero, Say y Rossi el segundo.

La legislación peruana sanciona el gravamen de las mercaderías con derechos de aduana y prescribe la formación de aranceles que se reforman cada dos años por una comisión compuesta de un empleado de Hacienda, dos vistas de aduana y dos comerciantes nacionales o extranjeros.

El deber de la Administración en esta materia, es gravar las producciones naturales que sean esencialmente necesarias para el consumo interior o para los trabajos industriales del país, de modo que se haga difícil la exportación; prohibir severamente la importación de todo artículo nocivo a la salubridad u ofensivo a la moral, a la religión o a las buenas costumbres; señalar módicos derechos o franquicia completa a los artículos de primera necesidad, como víveres, u objetos que tiendan al progreso de las ciencias y de las artes; gravar con fuertes derechos los productos, artefactos o efectos manufacturados extranjeros, que sin tal gravamen puedan

sostener ventajosamente la competencia a los artículos de igual naturaleza que se produzcan o elaboren en el país.

Los reglamentos especiales de aduanas y comercio, determinan los efectos que se declaran de libre importación o exportación y el tanto por ciento con que los demás deben ser gravados con arreglo al precio que se les asigna en los aranceles de aforos.

El carácter transitorio de los aranceles de derechos, es una necesidad que nace de las diferentes fluctuaciones de los precios de las mercaderías, de la introducción de nuevos productos y de la creación de nuevos ramos de industria.

El Derecho peruano prohíbe la importación y hasta el depósito en los almacenes de aduana, de todo artículo de armamento militar y de guerra.

Es principio sancionado en casi todas las legislaciones de aduana, y que está admitido por la del Perú, que los equipajes y efectos de uso de los ministros diplomáticos extranjeros cerca de la República, o en tránsito para otros Estados, no están sujetos al reconocimiento practicado por los agentes de las aduanas ni al pago de derechos.

Comercio marítimo.— El comercio así por la nacionalidad de las personas que a él se dedican, como por los objetos de que se ocupa y por el modo como se ejerce, admite diversas clasificaciones; así se dice comercio nacional o extranjero, interior o exterior, por menor o por mayor, terrestre o marítimo, etc., etc.

El comercio marítimo se hace, bien por naves procedentes de puertos de naciones extranjeras, o bien por medio de buques que transportan los productos de un punto a otro de la costa de un Estado; a este último se da el nombre de *comercio costanero*. Regularmente no se concede el comercio costanero sino a los buques nacionales. Las naves que conducen mercaderías extranjeras no pueden llegar a todos los puertos habilitados, sino a los que señalan los reglamentos, a no ser en ciertos casos, como los de naufragio u otros de fuerza mayor.

Los reglamentos y códigos mercantiles, deben expresar las condiciones personales que se exijan para ser naviero, capitán o piloto de los buques, y las obligaciones especiales a que por razón de su cargo están sujetos.

Puertos.— El mar no es propiedad de nadie; ninguna nación puede poseerlo, su uso es común a todos los pueblos de la tierra; sin embargo, todos los publicistas convienen en que los Estados ejercen dominio en la parte del mar que baña sus costas, aunque no se haya determinado la

distancia de aguas afuera hasta dónde se extiende ese dominio. Las costas forman parte del territorio nacional, y de esa propiedad se deduce que el gobierno es el único que puede determinar cuáles son los puertos que señala para el comercio extranjero, cuáles los que prohíbe tocar, y cuáles los que están permitidos sólo a las naves nacionales. De aquí nace la división de puertos en mayores o menores y en caletas habilitadas para ciertas y determinadas importaciones o exportaciones.

Como deducción lógica de ese dominio, pueden los gobiernos reglamentar el servicio y la policía de los puertos quedando naturalmente sometidos a esos reglamentos todos los buques que a ellos lleguen.

Si se atiende a la alta importancia del comercio marítimo será fácil suponer el papel que toca a la administración pública desempeñar con respecto a los puertos.

Los puertos deben ser cuidadosamente vigilados, tanto para impedir que los buques toquen en los que les son prohibidos, cuanto para evitar los contrabandos y para resguardar, en fin, el territorio. Esos son los objetos de la marina de guerra.

El gobierno debe escoger para puertos aquellos lugares más favorecidos por la Providencia, en cuanto a seguridad, que ofrezcan refugio contra las tempestades y un cómodo fondeadero.

Debe construir muelles cómodos y facilitar todos los medios de fácil embarque y desembarque de mercaderías y personas.

Bien que la administración puede y debe legislar y reglamentar los puertos, conviene alejar toda traba o embarazo que haga difíciles y lentas las operaciones mercantiles; y dictar medidas prudentes y enérgicas para evitar la deserción de los marineros.

Pertenece a la clase del comercio marítimo el que se efectúa por medio de los ríos navegables y de los canales.

La determinación de los ríos navegables es también de la atribución pública; aparte de las condiciones que se deduzcan de la facilidad del tránsito, debe atenderse a las que exige la seguridad del Estado, porque esos ríos pueden encontrarse sirviendo de límite a dos naciones o cruzando el territorio de una de ellas. La navegación fluvial, tanto entre los pueblos ribereños como entre los que no lo son, se arregla por medio de tratados en que se determinan los derechos y las obligaciones recíprocas.

El gobierno reglamenta también esa navegación y señala los impuestos que deben pagar los buques que la hagan; el orden de las naves que suben o bajan; las penas a que quedan sujetos los que embarquen la navegación y la distribución de las aguas sobrantes que puedan emplearse en la fertilización de los terrenos inmediatos.

Un río puede ser navegable, para los naturales de un Estado, sin necesidad de que la administración lo declare tal, porque desde tiempos atrás se haya usado de él; pero las embarcaciones extranjeras no pueden penetrar en él sin previos pactos celebrados en virtud de las franquicias que el Estado hubiese concedido.

Contrabando.— Las aduanas forman uno de los ramos productores del sistema de impuestos. Como lo hemos dicho, las mercaderías y productos extranjeros y naturales están sujetos, con ciertas excepciones, al pago de derechos de importación y exportación.

El *contrabando* consiste en hacer la importación o exportación de los efectos sujetos al pago de derechos, eludiendo ese pago. Es pues un fraude y un robo hecho al Fisco, que se reputa en todas las legislaciones aduaneras como un delito grave por la influencia que ejerce contra la prosperidad del comercio. El derecho peruano dispone que se juzgue a los reos de contrabando como a los de robo, hurto u homicidio.

El contrabando no sólo consiste en la importación de efectos practicada sin que las oficinas de aduana hayan tenido conocimiento de ella, pues el fraude y la mala fe son fecundos en medios y en recursos. Se pide muchas veces el despacho de mercaderías libres o que pagan muy poco derecho y dentro de esas mercaderías se introducen otras de elevado valor; o se manifiestan efectos diversos a los contenidos en los bultos, o se manifiestan en menos cantidad.

Las precauciones generales que la administración adopta para evitar el contrabando, se reducen a exigir que los capitanes de buques mercantes entreguen a los agentes de la administración un manifiesto de todo su cargamento: a no permitir la descarga de los efectos sino en ciertas horas, debiendo precisamente conducirse a los almacenes de la aduana o a los lugares determinados por la autoridad; a no entregar a los particulares los artículos que les pertenecen sin su previo pedimento y determinación minuciosa de la naturaleza del efecto, su peso, cantidad, etc.; a hacer que los empleados a quienes incumbe, comparen las indicaciones hechas por el interesado con los efectos, por manera que se convenzan de la naturaleza,

peso, medida o número; a no permitir la salida de los efectos de los almacenes de aduana sin dar un pasavante que acredite que las mercaderías han sido despachadas con todas las formalidades establecidas por los reglamentos aduaneros. En algunos puertos los gentes de la autoridad se constituyen a bordo de los buques desde el momento de su llegada y no lo abandonan hasta el de su salida.

A estas medidas deben agregarse otras que atañen al personal de los empleados a quienes se encarga la policía de los puertos.

Tales son, la vigilancia continua sobre la conducta de los dependientes de los resguardos; la observación de si ostentan una fortuna en cierto modo improvisada que no podrían adquirir lícitamente con sus salarios; de si juegan o tienen otros vicios dispendiosos; si los guardas manifiestan interés en vigilar ciertos puntos con preferencia a otros.

Para completar este cuadro general de precauciones, debe observarse si las aduanas que producen generalmente cierta renta, experimentan una grande disminución, sin causa muy manifiesta, como la de ser el número de buques llegados de ciertos puertos muy inferior al de costumbre; si al contrario el aumento de ingresos aumenta considerablemente sin que en la misma proporción haya aumentado la entrada de buques, esta última circunstancia supondría que se perdonaban antes parte de los derechos.

Conviene por último, que el servicio de los resguardos sea activo, que se custodien las costas, que no se permitan que se acerquen a los buques, de noche, embarcaciones menores y que los guardas estén en continua movilización.

Comisos.— Se entiende por *comiso* la pérdida de las mercaderías en que incurren los que infringen las disposiciones legales que rigen en las aduanas. Por lo general, todo el que comete contrabando incurre en la pena de perder las mercaderías a más de la que se le imponga, por los jueces ordinarios, en el juicio criminal a que queda sujeto desde que se prueba la existencia del fraude.

Pesas y medidas.— La importancia del sistema métrico es harto manifiesta desde que se piensa en las facilidades que él ofrece para los cambios, presentando un medio seguro de hacer apreciaciones de la superficie, volumen o peso de los objetos.

Compréndese por lo mismo la necesidad de que este sistema esté sujeto a reglas invariables y únicas en todo el Estado, y que sus ventajas serán tanto mayores desde que se iguale con los demás Estados con quienes se mantengan y fomenten relaciones mercantiles.

En el Perú se ha seguido el sistema métrico que los españoles tomaron de los romanos, y bien que una ley novísima haya mandado establecer para las pesas y medidas el sistema decimal, aún no está en uso, y probablemente no empezará a regir hasta que se ponga en circulación la moneda que con arreglo al mismo sistema debe emitirse.

El actual sistema métrico es el siguiente:

MEDIDAS DE LONGITUD.— La toesa tiene dos varas; la vara tiene dos medias, tres tercias o pies, cuatro cuartas, seis sesmas y treinta y seis pulgadas; la pulgada tiene doce líneas.

MEDIDAS ITINERARIAS.— La legua tiene tres millas, tres mil pasos y cinco mil pies.

MEDIDAS DE SUPERFICIE.— La fanega tiene dos almudes; el almud, dos cuartillas; la cuartilla, tres celemines; el celemín, cuatro cuartillos.

MEDIDAS DE VOLUMEN Y CAPACIDAD PARA LÍQUIDOS.— La arroba tiene cuatro cuartillas; la cuartilla, dos azumbres; el azumbre, cuatro cuartillos; el cuartillo cuatro copas.

PESOS.— El quintal tiene cuatro arrobas; la arroba, veinticinco libras; la libra, diez y seis onzas; la onza, diez y seis adarmes.

PESO DE JOYERÍA.— El marco tiene ocho onzas; la onza, ocho ochavas; la ochava, dos adarmes; el adarme, tres tomines.

PESOS DE BOTICA.— La libra tiene doce onzas; la onza, ocho dracmas; la dracma, tres escrúpulos; el escrúpulo, veinte y siete granos.

Aunque sea demasiado conocido el sistema métrico decimal, no parece fuera de lugar indicar el cuadro de pesas y medidas establecido por la ley de 29 de Noviembre de 1862, a que hace poco nos hemos referido.

MEDIDAS LINEARES O DE LONGITUD.— *Miriámetro*, es igual a 10,000 metros.— *Kilómetro*, igual a 1,000 id.— *Hectómetro*, igual a 100 id.— *Decámetro*, igual a 10 id.— *Metro*, unidad del sistema, y es las diez millonésima parte de la distancia que hay desde el Ecuador al Polo, medida sobre un arco de círculo máximo.— *Decímetro*, es la décima parte de un metro.— *Centímetro*, la centésima parte de id.— *Milímetro*, la milésima parte de id.

MEDIDAS DE SUPERFICIE.— El *metro cuadrado* es la unidad de medida. Cuando se trata de la mensura de grandes superficies, la unidad de *medida* es el área, que es igual al decámetro cuadrado, o sea a diez metros cuadrados. Los múltiplos y submúltiplos del área, son los siguientes: —*Miriárea*, es igual a 10,000 áreas.— *Kiloárea*, igual a mil áreas.— *Hectoárea*,

igual a 100 áreas.– *Decárea*, igual a 10 áreas.– *Deciárea*, es la décima parte de un área.– *Centiárea*, la centésima parte del área.– *Miliárea*, la milésima parte del área.

MEDIDAS DE SOLIDEZ O CÚBICAS.– *Metro cúbico*, unidad de medida.– *Decímetro cúbico*, milésima parte de un metro cúbico.– *Centímetro cúbico*, la millonésima parte.

MEDIDAS DE CAPACIDAD PARA LÍQUIDOS Y GRANOS.– *Hectolitro*, es igual a 100 litros.– *Decalitro*, igual a 10 litros.– *Litro* unidad de medida, es igual a un decímetro cúbico, o sea a la milésima parte de un metro cúbico.– *Decilitro*, décima parte de litro.– *Centilitro*, la centésima parte.

MEDIDAS DE PESOS.– *Miriagrama*, es igual a 10,000 gramas.– *Kilogramo*, igual a 1,000 gramas.– *Hectogramo*, a 100 gramas.– *Decagramo*, igual a 10 gramas.– *Gramo*, unidad de medida, es el peso del agua destilada y en su máximo de densidad, contenida en un centímetro cúbico; o sea en una millonésima parte de un metro cúbico.– *Decigramo*, igual a la décima parte de una grama.– *Centigramo*, la centésima parte de la grama.– *Miligramo*, la milésima parte.

Como una de las atribuciones esenciales de la autoridad es precaver a la generalidad contra la mala fe y el fraude, la legislación peruana confía a los cuerpos municipales el cuidado de que las pesas y medidas sean exactas, y dispone que las varas de medir se marquen a principio de cada año con el sello designado por la policía, en que debe grabarse la cifra del año corriente, examinándose antes la legitimidad de aquellas, y si tienen a cada extremo su rogon de metal; la municipalidad cobra un peso por cada vara.

Se sellan también las pesas de una onza para arriba, cobrándose un real por el sello de cada una, sea cual fuere su tamaño.

Nadie puede vender con pesas y medidas que no estén selladas por la municipalidad, so pena de seis pesos de multa.

Las medidas de que usan los hacendados, chacareros, proveedores y ceroneros, son uniformes, concertadas y selladas por la Municipalidad, cobrándose a cada uno seis pesos al año; so pena de ser multados por la primera infracción con veinticinco pesos, y con cincuenta todas las veces que reincidieren.

Cualquiera que en perjuicio del público altere las pesas y medidas legales, o use de falsas o alteradas, o engañe en el peso o la medida, debe pagar de cinco a cincuenta pesos de multa.

La Municipalidad está autorizada para requisar y concertar las pesas de menos de una onza, de que usan los plateros, los joyeros y demás, imponiendo en caso de resistencia la multa que creyere justa, con arreglo a la importancia del giro.

Moneda.— La moneda es una mercadería que tiene un valor permutable y que sirve de instrumento para facilitar las transacciones.⁽⁹⁾

La emisión de la moneda corresponde exclusivamente al gobierno, bien que la determinación de su peso, ley y cuño, sea una atribución del cuerpo legislativo. Dedúcese de lo dicho que ningún particular tiene el derecho de acuñar moneda aun cuando ésta reúna todas las condiciones legales.

En los principios de la introducción de la moneda, en el mundo, se hacían piezas de diversas materias y formas, pero ha prevalecido el uso de no amonedar sino el oro, la plata y el cobre, y de dar a las piezas la forma de discos. Los dos primeros metales se mezclan para la amonedación con cierta cantidad de cobre (*liga*) que aumenta la duración de las piezas.

La fabricación de la moneda se hace en el Perú, en un establecimiento nacional, encargado a empleados nombrados por el gobierno. Los principios que rigen en la amonedación son: que todas las piezas tengan el mismo peso, ley y tipo. Las piezas faltas de peso o defectuosas en la forma o el cuño, deben ser refundidas. Como no es posible que todas las monedas tengan en el peso una exactitud matemática, se permite una ligera inexactitud llamada *tolerancia legal*. En algunos países la tolerancia se refiere a cada pieza, en otros a un peso determinado de monedas que generalmente es de una libra.

La perfección artística de la moneda es un punto que exige especial cuidado, porque ella se opone a la falsificación. Otra de las condiciones indispensables de la buena moneda, es la proporción entre el valor intrínseco y el extrínseco o de apreciación. No depende del capricho del gobierno ni del legislador señalar un valor estimativo desproporcionado, y en vano sería que lo intentase, porque el precio de todas las cosas se ajustaría al valor intrínseco, es decir, al natural y no al arbitrario.

Nada más inútil y perjudicial que la menor alteración en el valor de la moneda, ya suba el gobierno su estimación legal, ya baje el peso o ley de los metales. Además de ser éste, un fraude indigno de un gobierno, no redunda en alivio del Erario, porque los gobiernos se ven obligados a

⁽⁹⁾ Fodéré.

pagar con una mayor cantidad de moneda nueva las cosas que antes compraban con otra menor de la antigua. Para probar todas las calamidades que lleva consigo la mudanza de moneda y todo el esmero con que se debe evitar, hace algunos siglos que un político eminente llamaba a las monedas «niñas de los ojos de la república, que se ofenden si las toca la mano».⁽¹⁰⁾

- La actual moneda peruana, reconoce como unidad el *peso fuerte*, que vale dos *cuatros*, cuatro *pesetas*, ocho *reales*, diez y seis *medios* y treinta y dos *cuartillos*.

Las monedas de oro son la *onza*, que representa un valor apreciativo de diez y siete pesos fuertes; y que se divide en dos *medias onzas*, cuatro *doblones* y ocho *escudos*.

Difícil será encontrar un país en que concurren las mismas condiciones monetarias que en el Perú; sin moneda nacional, pues que toda ha sido exportada desde la abundante introducción de la moneda boliviana de mala ley, son cada día mayores los conflictos que semejante situación ocasiona en los cambios. La moneda boliviana, única de plata que existe en todo el Estado, tiene una pérdida del 33 % con respecto a la moneda francesa e inglesa, así es que consintiéndose los retornos a los mercados europeos en dinero o en letras, el comercio, o mejor dicho, los consumidores tienen que experimentar esa pérdida en el aumento de precios que todos los artículos de consumo han experimentado desde que el cambio se sostiene en esa tasa.

Las monedas de oro nuevamente emitidas, con arreglo al sistema decimal, tienen naturalmente el valor estimativo que les da la nivelación con la mala moneda de plata, así es que las piezas de oro de a veinte soles (equivalentes de fuertes) corren en el mercado por veinte y cinco y medio pesos febles. Hay pues, dos fenómenos económicos; el primero que no exista moneda de plata nacional, y el segundo que la moneda de oro se expida bajo un sistema y en condiciones diversas a las de la plata circulante.

La escala de sueldos de los empleados públicos, se ha arreglado siempre, como no podía dejar de arreglarse, al peso fuerte, y decimos que no podía dejar de arreglarse a esa unidad, porque ha sido la única reconocida por la ley, resultando de aquí que al pagar al empleado en moneda feble y de un demérito de 33 % en proporción a la moneda legal del Estado, se le ha defraudado una tercera parte de sus haberes.

⁽¹⁰⁾ Madrazo.

La ley de 14 de febrero de 1863 que estableció el sistema decimal monetario, registra un artículo ajeno a la naturaleza de sus disposiciones y que sanciona para en adelante una grande injusticia en daño de los empleados.

Ese artículo declara «que la relación legal de la moneda métrico decimal con la feble circulante, es de ciento a ochenta centavos de *sol* que es el valor de cada *peso* de esa moneda».

Esa disposición, injerida en la ley, parece que con el ánimo de resolver las controversias suscitadas sobre si el gobierno debería o no indemnizar a los tenedores de moneda feble, las pérdidas que su curso forzado les ha ocasionado, es un ataque a los derechos justamente adquiridos del empleado. Si a éste le asignó la ley cien pesos, esos pesos eran fuertes, porque no eran otros los reconocidos como legales; por haber éstos desaparecido y consintiéndose la circulación de una mala moneda extranjera, no ha perdido el empleado su derecho a los cien pesos de buena moneda nacional. Si subsistiera el artículo de que nos ocupamos, el empleado no percibiría sino ochenta pesos, arrebatándosele desde luego una quinta parte de su haber legal.

El comercio tiende siempre a conservar la nivelación entre la moneda y la mercadería; no serán pues, los vendedores los que pierdan cuando se emitan los *soles*; serán sí los que, porque el gobierno consintió en la desaparición de la moneda nacional, quedan a su reaparición, perjudicados en sus salarios.

La ley que ha establecido el sistema monetario decimal, contiene las disposiciones siguientes:

Art. 1. La unidad monetaria se denominará *sol*, y se dividirá en cien centavos: su peso será de 25 gramos y su diámetro de 37 milímetros.

El *medio sol*, tendrá el valor de cincuenta centavos, el peso de doce gramos y quinientos miligramos; y el diámetro de treinta milímetros.

El *quinto de sol*, valdrá veinte centavos; y tendrá cinco gramos de peso, y veintitrés milímetros de diámetro.

El *décimo de sol*, se denominará *dinero*, y tendrá diez centavos de valor; diez y ocho milímetros de diámetro, y dos gramos y quinientos miligramos de peso.

El *medio dinero*, valdrá cinco centavos, con el peso de un gramo doscientos cincuenta miligramos, y quince milímetros de diámetro.

Art. 2. La ley de la moneda de plata será de 9 décimos fino: la tolerancia en el peso, *por cada gramo*, tres miligramos, al feble o fuerte, en el *sol*; cinco miligramos en el medio *sol*, seis miligramos en el quinto *de sol*; siete miligramos en el *dinero*, y diez miligramos en el *medio dinero*.

La tolerancia en la ley será de tres milésimos.

Art. 3. Las monedas de oro serán cinco, la mayor valdrá veinte soles: su peso será de treinta y dos gramos doscientos cincuenta y ocho miligramos; y su diámetro de treinta y cinco milímetros. La segunda valdrá diez soles, con el peso de diez y seis gramos ciento veinte y nueve miligramos y el diámetro de veintiocho milímetros. La tercera valdrá cinco soles, con el peso de ocho gramos sesenta y cuatro miligramos, y veintitrés milímetros de diámetro. La cuarta valdrá dos soles, su peso será de tres gramos doscientos veintiséis miligramos, y su diámetro de diez y nueve milímetros. La quinta valdrá diez dineros, y tendrá el peso de un gramo seiscientos trece miligramos, y el diámetro de diez y siete milímetros.

Art. 4. La ley de las monedas de oro será de nueve décimos fino: la tolerancia en la ley, de dos milésimos, y la tolerancia en el peso, *por cada gramo*, uno y quinto de miligramo, al feble o fuerte, en la de veinte soles; de dos miligramos en la de diez soles; de dos y un cuarto de miligramo, en la de cinco soles; de dos y siete octavos de miligramo, en la de dos soles, y de cuatro miligramos en la de diez dineros.

Art. 5. El tipo de las monedas de oro y plata subsistirá bajo la misma forma detallada en los actuales reglamentos nacionales, con la designación de su valor respectivo.

Art. 6. Habrá dos monedas de cobre del valor de dos centavos de sol, la una y del de un centavo la otra, correspondientes al valor de la materia y costo de fabricación.

Art. 7. Las monedas de cobre llevarán en el centro del anverso un Sol, y en el exergo la inscripción de *República Peruana*, y la fecha en la parte superior: en el reverso las palabras *dos* o *un centavo*, rodeadas de una guirnalda, formada de dos cornucopias.

Art. 8. La cantidad de cobre que se emita, no excederá del valor de trescientos mil soles.

Art. 9. Nadie estará obligado a recibir la moneda de cobre, sino por valores inferiores a cinco centavos.

Art. 10. La relación legal de la moneda métrico decimal con la feble circulante, es de ciento a ochenta centavos de *Sol* que es el valor de cada *peso* de esta moneda.

Art. 11. Quedan derogadas las leyes anteriores relativas a moneda, que no estén conformes con la presente.

Con el nombre de *signos representativos de la moneda*, se conocen los billetes de banco, vales o letras de cambio, que representan la suma que el poseedor tiene el derecho de exigir de la persona o personas obligadas mediante su firma. Son también signos representativos los papeles que el gobierno emite a favor de sus acreedores. Estos papeles para ser válidos deben ser emitidos en virtud de leyes que autoricen al gobierno para ello: generalmente, contienen el texto de la ley, la cantidad que representan, el interés asignado, y el plazo y modo de amortización.

Las monedas de cobre no son en realidad sino signos representativos; su emisión tiene por objeto facilitar los cambios de ínfima importancia, así es que la ley no impone su forzada admisión sino por pequeñas sumas. Ya hemos visto lo que sobre este particular dispone la ley peruana. En Francia no hay obligación de recibir en cobre más de cinco francos; las cajas públicas no dan ni reciben más de 50 centavos. En Inglaterra sólo se obliga a recibir en cobre un chelín.

Correos.— Los progresos de la civilización crean en todo el mundo nuevas relaciones entre los hombres; multiplican sin cesar los vínculos de sus afecciones e intereses, e imponen al gobierno el deber de crear y conservar medios de comunicación prontos y fáciles, de aproximar las distancias y de satisfacer en fin, todas las exigencias y necesidades y aun las meras conveniencias de los asociados. La sociedad recibe vida y movimiento por el contacto perpetuo de las ideas y acciones de los individuos que la componen. El servicio de correos, es pues, indispensable para conservar y aumentar nuestra existencia social, por la actividad de su mecanismo y por el continuo movimiento de sus numerosos resortes.⁽¹¹⁾

El establecimiento de las casas de postas tiene dos objetos: el primero la conducción de la correspondencia epistolar; el segundo el transporte de las personas.

Bien que en el Perú se hayan introducido grandes mejoras en el servicio de los correos, mucho falta para que éste sea tan pronto y eficaz que llene todas las exigencias y necesidades de los hombres de negocios. Mucho resta que hacer en ese ramo y lo que desde luego se hace sentir es la necesidad de un código o reglamento que establezca el servicio postal del

(11) Magnitot.

modo requerido por la amplitud de nuestras actuales necesidades. La legislación vigente de correos, reconoce por base las antiguas ordenanzas dadas en el tiempo del coloniaje, reformadas en parte y a pedazos, si es lícita la expresión, por varias leyes, decretos y circulares de la dirección del ramo. Aunque los correos salgan y lleguen con regularidad, se siente una gran morosidad en el reparto de la correspondencia.

El ramo de correos es una de las dependencias del Ministerio de Gobierno y está confiado inmediatamente a un Director General, jefe de las administraciones. La república está dividida en diez y seis distritos postales, en cada uno de los cuales hay varias administraciones y receptorías. En las capitales de departamento las administraciones se denominan generales.

La correspondencia por razón de su peso está sujeta a diversas clasificaciones y a diverso pago por porte. El franqueo es previo y debe hacerse por medio de estampillas emitidas por la dirección general. La insuficiencia del franqueo acarrea una multa que se exige de la persona a quien la correspondencia es dirigida. La tarifa actual aunque rebajada con respecto a la que antes existía, no deja de ser algo fuerte.

Es prohibido, por varias disposiciones, incluir en las cartas toda clase de objetos, pero no así papeles de valor como letras de cambio, vales, etc. La administración no exige declaración de esos valores. En algunas estafetas europeas, el que remite una carta *cargada* puede, si quiere, declarar el valor del documento remitido y mediante el pago de un derecho establecido, la administración se hace responsable de ese valor.

En el Perú el medio de asegurar una carta, *cargada* o no, es *certificarla*, caso en el cual se paga un *sobre porte*. La administración del lugar a donde la carta se dirige, está obligada a devolver la cubierta o *sobre* de la carta con el recibo de la persona a quien iba dirigida.

Las convenciones postales con las naciones extranjeras tienen por objeto prescribir los medios de transporte y fijar la tasa a que la correspondencia queda sujeta en los Estados contratantes.

Las leyes del Perú garantizan la inviolabilidad de la correspondencia y declaran que no producen efecto legal las cartas sustraídas,⁽¹²⁾ señalando las penas de arresto y multa a los que se apoderen de cartas ajenas y revelen los secretos que encierran.⁽¹³⁾ Estos principios tan absolutos dejan la

(12) Art. 22, Constitución.

(13) Art. 323, Código Penal.

duda de si la inviolabilidad puede entenderse hasta los casos en que ella comprometa la vida o intereses de los particulares o la paz y el orden del Estado.

El artículo 187 del Código Penal francés establece fuertes castigos para los que violen la correspondencia ajena, pero exceptuando los casos en que trate de crímenes que comprometan la seguridad interior o exterior del Estado.

Uno de los grandes adelantos que trata de introducirse, en Europa, en el importante ramo de correos es la celebración de un tratado internacional mediante el cual se nivelen, para todas las naciones que a él se adhieran, las tarifas de portes y se arregle el servicio postal bajo un solo sistema. El proyecto fue concebido por la administración general de correos de los Estados Unidos de Norte América, y en París se han celebrado las sesiones del Congreso de Comisarios, que ha sancionado las bases generales del tratado.

Se deduce sin esfuerzo, cuáles sean las funciones que la administración pública debe ejercer en este ramo, con sólo atender a su elevadísima importancia; no sólo llenan los correos las necesidades del comercio; no sólo satisfacen las de los particulares ausentes, sino que, como lo hemos dicho, son poderosos auxiliares de la civilización y del desarrollo de las ciencias.

El gobierno tiene necesidad inevitable de extender su acción a todos los puntos de su territorio y de conocer las necesidades de todos sus pueblos; debe por lo mismo organizar el servicio de los correos de un modo que llene sus fines con celeridad, seguridad y exactitud.

Juzgados de comercio.— En el capítulo 6º de la primera parte, tratamos de la organización del poder judicial de la República, e indicamos⁽¹⁴⁾ la organización y jurisdicción del Tribunal del Consulado y de las diputaciones territoriales del ramo. Añadiremos a lo dicho que los administradores principales de las aduanas son jueces de primera instancia en las causas de comiso, fallando, sin apelación, en los asuntos cuyo interés no pasa de doscientos pesos.

Los tenientes administradores son meramente jueces de instrucción. El reglamento de comercio determina la formación de los tribunales de segunda instancia en los diversos departamentos de la República.

(14) Pág. 62.

En los juicios de *presas* marítimas conocen en primera instancia el comandante general de marina con asesoría del auditor del ramo; la Corte superior en los casos de apelación, y la Suprema en los de nulidad. El derecho peruano señala como casos de juicio por presas: 1° Si se encontrase algún buque en los mares litorales o sujetos a la jurisdicción del Estado, navegando sin patentes y demás papeles necesarios, o con documentos simulados; 2° Si los buques neutrales o amigos condujesen al territorio ocupado por enemigos, algunos artículos de contrabando de guerra; 3° Si quebrantasen el bloqueo legalmente declarado por disposiciones supremas; 4° Si condujesen enemigos o efectos que les correspondan.

Podrán también ser detenidos los buques neutrales, amigos o nacionales, que conduzcan a su bordo géneros de ilícito comercio, o fuesen sorprendidos comerciando en los puertos prohibidos.

CAPÍTULO V

Obras públicas.— Realización de las obras públicas.— Ingenieros.— Caminos.— Clasificación de los caminos.— Construcción.— Ferrocarriles.— Legislación.— Caminos estratégicos.— Agricultura.— Legislación.— Minas.— Legislación.— Denuncia de minas.— Denunciantes.— Modo de sustanciar las denuncias.— Mineros.

Obras públicas.— Según Tarbé de Vauxclairt, se entiende por *obras públicas* aquéllas cuya utilidad interesa a la universalidad de los habitantes de un Estado, de un departamento, provincia o común, cuando esa utilidad no tiene los caracteres que resultan de la propiedad patrimonial o privada. Las obras públicas se dividen en *obras* del Estado, *provinciales* y *municipales*, según los objetos que llenan y los fondos de que se costean; las primeras se ejecutan bajo la vigilancia del Gobierno y con los fondos nacionales, las segundas y terceras están bajo la inspección de las autoridades territoriales y sus gastos salen de los recursos de cada provincia o pueblo.

Bajo la denominación de obras públicas se comprende:

- 1º Los trabajos de la guerra y de la marina cuando interesan a la seguridad del Estado y al comercio marítimo;
- 2º Los trabajos que aseguran las comunicaciones por tierra y por agua, costeados por el tesoro público o por los departamentos, aun cuando concurren a ellos compañías financieras o ejecutoras;
- 3º En ciertos casos, los desecamientos, los canales, los diques destinados a proteger una gran parte del país, y otros trabajos que, aunque realizados en vista de intereses particulares, tienden al mejoramiento general.

Todos estos trabajos son de la atribución del Ministro de Obras Públicas y se ejecutan por los Ingenieros del Estado, a menos que los canales, ríos, etc., se encuentren en la zona militar de una plaza de guerra

o que se trate de fortificaciones, casos en los cuales deben corresponder al Ministerio de Guerra;

- 4º. Las nuevas construcciones de Iglesias, seminarios, colegios, palacios, hospicios, prisiones, cárceles, bolsas, casas de moneda, lavaderos, mercados, etc., no se consideran como obras públicas sino cuando se emprenden teniendo en mira el interés general, siendo necesario en tal caso, que el Gobierno haya aprobado los proyectos y hecho la adjudicación pública con todas las formalidades exigidas por las leyes.

Realización de las obras públicas.— Las obras públicas se realizan por empresa o por administración. Las empresas pueden ser de dos clases: o el empresario se compromete a realizar la obra bajo ciertas condiciones mediante el pago de una suma que debe serle abonada en plazos estipulados, o hace el gasto de su cuenta para apropiarse, durante cierto tiempo, sus productos.

La legislación peruana adolece en este particular de notables omisiones, pues no existe ningún reglamento de obras públicas y de mejoras locales, a pesar de la multitud de ellas que cada Congreso decreta y de las muchas que en materia de puentes y caminos, necesita la República para poder dar salida a sus abundantes y ricas producciones naturales.

Sin seguir paso a paso las disposiciones de las legislaciones inglesa, francesa y española que sobre la materia contienen vastísimos preceptos, apuntaremos ciertos principios generales que son de casi universal observancia y que, sin embarazo, pueden adoptarse en el Perú.

Cuando la obra ha de hacerse por cuenta del erario nacional se forman los planos, proyectos, explicaciones y presupuestos de gastos por los ingenieros del Estado, civiles o militares, según la naturaleza de la obra, previos los estudios sobre la localidad, etc.; esos proyectos son sometidos al examen y aprobación del Ministro del ramo quien los aprueba o no precediendo informe del ingeniero en jefe.

Aprobados los proyectos, planos y presupuestos, se confía la ejecución al autor de ellos, encargándose la fiscalización de los fondos y la compra de materiales a un empleado público. Terminados los trabajos son reconocidos por el Ingeniero en jefe y el Estado se hace cargo de la obra.

Si la obra ha de realizarse por una empresa particular, el Ingeniero de Estado forma los proyectos, planos y presupuestos, haciendo todas las explicaciones convenientes y determinando la naturaleza de los materiales que han de emplearse. Se publican avisos solicitando licitadores para la adjudicación en remate público. No se admiten postores

que no otorguen fianzas que basten a responder por las responsabilidades que se impongan. Adjudicada la obra, al que ofrezca hacerla por menos precio, sirviendo de base el indicado en el presupuesto oficial, debe el subastador manifestar al ingeniero de Estado los materiales que compra a fin de que inspeccione si son los exigidos en el proyecto. Terminados los trabajos, el ingeniero de la empresa debe entregar la obra al ingeniero en jefe del Estado, quien la recibe en el caso de estar acabada y conforme al proyecto oficial. Es de práctica que las garantías prestadas por la empresa, no se cancelen hasta después de cierto tiempo que la obra esté en servicio.

Cuando un empresario ofrezca realizar una obra para gozar por cierto tiempo de su propiedad o de sus productos, presenta los planos, proyectos y explicaciones; todos esos documentos se pasan al ingeniero en jefe para que los examine; el ingeniero debe formar un presupuesto determinando la clase de los materiales y útiles; el Ministro debe examinar si el producto ofrece un moderado interés al capital que debe invertirse, y en caso de que así sea y de que se reputen aceptables las demás condiciones, se hace la adjudicación; para ella se convocan también licitadores, pero basta que éstos hagan propuestas por escrito y que de su examen se deduzca cuál es la que más ventajas ofrece al público en el impuesto o gravamen que el empresario haya de crear para permitir el uso de la obra, o las que ofrezca al Estado en razón del menor tiempo porque se solicite la propiedad o el usufructo.

Terminada la obra por la empresa, debe ser reconocida por un ingeniero del Estado; el Gobierno autorizará su uso si se han llenado las condiciones de la contrata o mandará rehacer la obra en los casos de imperfección.

En las obras realizadas por este medio, no renuncia jamás la administración pública el derecho de vigilancia y el de ordenar, en caso necesario, los reparos y composturas que el uso haga necesarios; se estipula igualmente en los contratos que los empresarios, al vencimiento del término de la propiedad o del usufructo, han de entregar la obra en buen estado.

Ingenieros.— Como se comprende sin esfuerzo, la diversa naturaleza de las obras públicas supone la variedad de conocimientos de los hombres llamados a dirigirlos, y de allí la necesidad de que el Estado fomente y sostenga un cuerpo facultativo de ingenieros civiles y militares instruidos en las diversas clases de construcción.

Esta necesidad fue reconocida por el Gobierno, que notando la absoluta falta de ingenieros nacionales contrató a varios europeos y proyecto fundar una escuela de ingenieros civiles que desgraciadamente no llegó a organizarse.

Por decreto de 30 de diciembre de 1852 se dispuso la creación de una *Comisión central de ingenieros civiles*, que fue reglamentada por el gobierno en 28 de junio de 1853. Muchos y muy provechosos hubieran sido los resultados de esa institución debidamente sostenida y fomentada, siendo el principal el que al cabo de algunos años se hubiera abierto para los naturales del país una carrera nueva tan honrosa como lucrativa, y que desapareciese la necesidad de servirse de ingenieros extranjeros cuyos crecidos salarios absorben anualmente una fuerte suma.

Al proyectado colegio de ingenieros se ha sustituido una *Dirección general de obras públicas*, oficina que hasta hoy no sirve sino de embarazo en la sustanciación de los expedientes sobre esas obras, sin que pueda producir provecho alguno desde que la ley no exige, como debiera hacerlo, que el Director sea uno de los más capaces e ilustrados ingenieros.

La Dirección tiene, entre otras atribuciones la de examinar a los ingenieros y arquitectos, y mal podrá el jefe de esa oficina desempeñar tan delicada misión, si no reúne conocimientos superiores o cuando menos iguales, a los de los examinados.

La dirección apenas sirve para ser órgano de comunicación entre el ministerio y los ingenieros. Cuando el gobierno proyecta un trabajo, pide a la dirección los planos y datos necesarios; el director comisiona a un ingeniero para que los forme; si un particular o empresa de varios, proponen una obra, el gobierno pide informes a la Dirección y es claro que para evacuarlo tiene el jefe de la oficina que ocurrir a la ciencia de uno de sus subordinados, pues por sí solo no es competente en materias facultativas.

No conoce tampoco el Director de obras públicas las diversas y especiales condiciones del territorio peruano, así es que mal puede, en el mayor número de casos, decidir sobre las conveniencias o inconvenientes de las obras que haya de practicarse en algunos departamentos o provincias. Para estas obras se mandan comisiones de ingenieros por cuenta del Estado haciéndose naturalmente crecidos gastos en pasajes y útiles de exploración. El gobierno debería pues llevar a cabo la organización de la escuela de ingenieros confiando la dirección al profesor más capaz e inteligente. Corridos pocos años tendría el Perú ingenieros del país; podría disponer que residieran permanentemente, a lo menos, uno en cada departamento y suprimiéndose los inútiles gastos que la dirección ocasiona, se abriría, como antes se ha dicho, una nueva carrera para los nacionales, y el servicio público ganaría considerablemente.

Caminos.— La importancia y utilidad de los caminos públicos y su influencia así civilizadora como provechosa para el desarrollo del comercio

y de la industria, son cosas tan reconocidas que es de todo punto inútil detenerse en ellas. Una de las causas que más contribuyen al sensible atraso de nuestros pueblos del interior, tanto bajo el aspecto económico cuanto bajo el literario y científico, es la grande dificultad del tránsito que tiene casi aisladas las últimas poblaciones del Perú de la capital, centro natural de todo progreso y de todo adelanto. Inmensos y áridos arenales en las costas y escarpadas montañas en donde el tráfico ha señalado apenas estrechos senderos en los cuales la vida del viajero está constantemente amenazada, tales son las únicas vías de comunicación entre los pueblos del Estado. Agréguese a esto la falta de puentes en los muchos ríos que corren a los pies de esas montañas, algunos de los cuales arrastran en ciertas estaciones grandes caudales de agua, y no será difícil explicar porqué las ricas y variadas producciones de nuestras sierras no pueden ser transportadas a la costa, y porqué no pueden llegar a los pueblos trasandinos ni máquinas ni otros objetos de grandes peso y volumen. Imposible es pues establecer en la sierra fábricas que requieran grandes aparatos, y los pueblos de la costa sin poder aprovechar de los productos que en las alturas se cosechan, tienen que ser consumidores de esos mismos productos importados del extranjero. La más urgente necesidad del país es pues la construcción de caminos; en ella ha debido concentrar su atención la autoridad pública, porque sin negar la importancia de las obras que se emprenden constantemente, es indudable «que sólo los caminos, enlazando entre sí los pueblos esparcidos en los diferentes puntos del territorio, contribuyen a formar las naciones y a darles aquella unidad, resultado siempre de la igualdad en hábitos, necesidades y costumbres y obra natural y espontánea del frecuente trato que las relaciones comerciales establecen».⁽¹⁾

Clasificación de los caminos.— Los caminos se dividen en *nacionales, departamentales, estratégicos y comunales y vecinales*. Los caminos son cosas públicas, como los ríos y los puertos, y compete a la autoridad dictar las reglas para su uso; los nacionales y estratégicos, están bajo la inmediata dirección del gobierno; los primeros por el ministerio de obras públicas, y los segundos por el ministerio de guerra; los caminos departamentales dependen inmediatamente de los prefectos, y los comunales de las municipalidades.

La ley orgánica de municipalidades dada en 1856, encomendaba a estos cuerpos la conservación y cuidado de los caminos públicos y los facultaba para promover la apertura de otros nuevos. La ley vigente no registra, entre sus disposiciones, ninguna relativa a las vías de comunicación.

(1) Madrazo.

La legislación peruana no contiene sobre esta importante materia sino una disposición legislativa del año de 1857 cuyo tenor es el siguiente:

«El Estado vigila y toma bajo su protección los caminos nacionales, departamentales y comunales. Son caminos nacionales los que unen los puertos con los pueblos del interior o la capital de la República con los departamentos. Son caminos departamentales los que unen unos departamentos con otros, o las provincias de un mismo departamento. Son caminos comunales los que unen unos pueblos con otros».

«El Estado tiene la suprema inspección sobre las tres clases de caminos; nacionales están bajo la dirección inmediata del ministerio de obras públicas; los departamentales bajo la de las Juntas departamentales,⁽²⁾ y los comunales bajo la de las municipalidades.— Los primeros serán costeados con los fondos de la nación; los segundos con los de los departamentos, y los terceros con los de los pueblos, recibiendo del Estado, tanto los departamentales como los comunales los auxilios convenientes según su necesidad e importancia».

«Se consideran también como caminos nacionales la comunicación por el Pacífico, y la que se haga por ríos navegables o por caminos que unan el interior con los puertos de la montaña o de otras naciones».

«Entre las mejoras que han de hacerse en los caminos, ocuparán el primer lugar la construcción y conservación de puentes o balsas, según lo exijan los ríos, y la de tambos u hospicios en los lugares desiertos».

Como complemento de esta ley llamada *orgánica*, bien impropia, se expidió otra de la misma fecha autorizando al ejecutivo para nombrar y organizar cuatro comisiones de ingenieros que debían recorrer la República y formar planos de los caminos de nueva construcción, y para gastar las cantidades que esos estudios requiriesen.

Como no tenga el Perú un reglamento de caminos, indicaremos ligeramente los principios que casi universalmente rigen en esta materia.

Respecto a los caminos hay que considerar tres cosas: su construcción, sus reparaciones y su conservación o policía.

Construcción.— Todo camino, y más especialmente los nacionales se abren por motivos de utilidad pública, y de aquí resulta naturalmente, en

(2) Estas juntas que equivalen a las que en Francia se llaman Consejos Departamentales, se mandaron reorganizar por la Constitución de 1856. No llegaron a instalarse, y la Constitución vigente las desconoce.

muchas ocasiones, la necesidad de la expropiación forzada de que hablaremos al tratar de los ferrocarriles.

Los caminos pueden construirse de los mismos modos que cualquiera otra obra pública, bien que más generalmente se hagan por cuenta del Estado mismo, bajo la dirección y vigilancia del ingeniero que ha formado los planos.

Al emprenderse la obra de un camino debe señalarse sus límites, con respecto a las propiedades particulares que se hallan a sus costados.

Los reparos que el uso haga necesarios son indicados por los guardas o vigilantes del camino.

La policía y conservación de los caminos se ejerce por los guardas o peones camineros que deben recorrer diariamente el espacio que se les señale por la autoridad local bajo cuya vigilancia ejercen su cargo. Los guardas tienen obligación de mantener las vías libres y desembarazadas, removiendo todo estorbo capaz de obstruir el tránsito, y de dar cuenta a la autoridad, de toda construcción o edificio particular que amenazando ruina, pudiera caer sobre el camino. Es también deber de los guardas impedir que los propietarios de fundos colindantes al camino, hagan plantíos, o corten los caminos con senderos, o impongan, en fin, ninguna servidumbre sin permiso de la competente autoridad.

Todas las legislaciones contienen preceptos penales aplicables a los individuos que descompongan las vías, demuelan las obras ejecutadas en ellas, roben los materiales o arranquen los árboles puestos en los caminos. El código penal peruano sólo contiene a este respecto la disposición de su artículo 361, que impone la pena de arresto mayor en segundo grado y una multa equivalente al valor del daño que por cualquier medio que no sea el incendio, se cause en los caminos o en otros objetos de uso común.

La necesidad de conservar el alineamiento de los caminos impone a los propietarios de los fundos laterales la obligación de no hacer obra alguna en sus fundos, ni en la parte que debe quedar libre entre éstos y las vías, sin permiso de la autoridad que debe señalarle los límites y condiciones exteriores de la construcción proyectada.

Ferrocarriles.— Las ventajas de esas vías rápidas de comunicación son incontestables. Bajo el punto de vista humanitario, los ferrocarriles tienden a nivelar la condición de los hombres en el Estado, a unir las naciones, y a igualar las civilizaciones. Pero se refieren también a otros muchos inte-

reses, y tal es el motivo porque los legisladores les conceden particular atención.⁽³⁾

La implantación de los caminos de hierro es, en el Perú, de época reciente, aunque no tanto que puede excusarse la omisión de un reglamento en materia de tan alta importancia, y muy especialmente cuando los congresos han autorizado al Ejecutivo para contratar varios ferrocarriles, asegurando a los empresarios, que quieren emprender su construcción, el interés de un siete por ciento anual. En la falta absoluta de principios de legislación nacional creemos oportuno repetir la doctrina legal enunciada por Pradier Fodéré en su importante *Compendio de Derecho administrativo de Francia*.

«No puede establecerse ningún camino de fierro sino en virtud de un contrato (o concesión) celebrado con el Gobierno. El efecto de esa concesión es delegar al empresario una parte de los derechos y privilegios de la administración, y particularmente en lo que concierne a la facultad de recurrir a la expropiación para proporcionarse los terrenos necesarios. Pero esos contratos están dominados por el principio de que todo camino de fierro debe ser, ante todo, destinado a llenar las necesidades de la circulación general. Las concesiones abrazan al mismo tiempo, el establecimiento y la explotación del camino. Ellas son o directas, es decir, concedidas por mutuo acuerdo, o indirectas esto es, concedidas por vía de adjudicación. En este último caso no se admite como postor a ninguna persona que antes no haya sido aceptada por el Ministro de Obras Públicas».

«Se llama *cuaderno de cargos* el conjunto de disposiciones que fijan las condiciones del contrato. Las cláusulas que en él se insertan son ordinariamente relativas a las fianzas, a la construcción y a la recepción de los trabajos, vencido el término fijado para ellos. Las garantías que debe prestar el empresario ceden en provecho exclusivo del público, pues que aseguran la ejecución de los trabajos».

«El contratista, individuo o sociedad, ejecuta a su costo y de su cuenta y riesgo, el proyecto adoptado, bajo la inspección y vigilancia de la autoridad. A medida que los trabajos están concluidos en parte del camino, de modo que puedan entregarse al uso público, se procede a recibirlos por medio de comisarios designados por la administración. Las recepciones parciales no se convierten en definitivas sino por la recepción general del camino. El acta de recepción debe, para su validez, ser homologado por el

(3) Pradier Fodéré.

Ministro. La administración no queda obligada sino a consecuencia de la recepción general y definitiva».

«El efecto de la recepción definitiva es atribuir al Estado la propiedad del camino, que se convierte en una dependencia de los caminos nacionales o departamentales, y forma parte del dominio público. Los empresarios *no pueden jamás reputarse propietarios del camino*; son nada más que *adjudicatarios* de un servicio público, después de haber sido empresarios de una obra pública. Todo su derecho consiste en recibir el precio de su realizada empresa. Ese precio es el monopolio de la explotación del camino, durante cierto número de años, pero bajo la obligación a efectuar a su costo y de su cuenta y riesgo el transporte de los viajeros y de las mercancías, de hacer todo el servicio de los ferrocarriles y de conservar constantemente el camino en buen estado, de manera que la circulación sea siempre fácil y segura. Las máquinas y los carros deben satisfacer las condiciones previamente determinadas. Siendo el Estado propietario de los caminos de fierro, tiene el gobierno el derecho de tomar respecto a ellos, todas las disposiciones convenientes con tal que no impidan la percepción del peaje, determinado en una tarifa dada por la administración, y que los empresarios no pueden elevar ni aun abatir. Los caminos de fierro y sus dependencias están sujetos al pago de la contribución predial en la proporción designada a las tierras de primera calidad. Los edificios y almacenes están asimilados a los fundos existentes en el lugar que aquéllos: deben también pagar patente, impuesto que grava sobre la industria y no sobre la propiedad. El gobierno se reserva además el empleo del camino para diversos servicios públicos y especialmente el de correos».

«Hemos dicho que los ferrocarriles construidos o concedidos por el gobierno forman parte de los caminos nacionales y departamentales; por consiguiente todas las leyes referentes a éstos, son aplicables a aquéllos. El legislador adopta las necesarias medidas para los cercos de los caminos, para su conservación y para la protección de las propiedades ribereñas. Las infracciones de esas reglas son perseguidas y castigadas del mismo modo que las de los demás caminos».

«La administración puede también tomar inmediatamente todas las medidas provisorias para hacer reparar los daños. Una penalidad severa y proporcionada a las consecuencias de los atentados contra la seguridad de las circulación, en los ferrocarriles, se aplica a los que intentaren poner embarazo a la marcha de los trenes, o hacerlos salir de los rieles, o hubiesen siquiera amenazado con cometer esos crímenes; la impericia, la imprudencia, la negligencia, el descuido, la falta de observancia de las leyes

y reglamentos que causaren involuntariamente en un camino de fierro, o en sus estaciones y depósitos, un accidente más o menos grave, son también el objeto de una pena cuya severidad es proporcional a la gravedad del accidente. Todo maquinista, o conductor que abandona su puesto durante la marcha de un convoy, es castigado con prisión de seis meses a dos años. Los empresarios son además responsables ante el Estado y ante los particulares de los daños causados por los administradores, directores y empleados de todo género en la explotación de ferrocarril. El Estado se somete a la misma responsabilidad para con los particulares, si el camino se explota por su cuenta. Los agentes de los ferrocarriles, están, en el ejercicio de sus funciones, protegidos contra toda resistencia y vías de hecho, y amparados por los castigos que el Código Penal señala para los casos de rebelión».

«Los comisarios y sub-comisarios, especialmente encargados de la vigilancia de los ferrocarriles, y nombrados por el ministro de obras públicas tienen, para la comprobación de los crímenes, delitos y contravenciones cometidos en el territorio ocupado por el camino y en sus dependencias, facultades de oficiales de policía judicial, lo cual los coloca bajo la vigilancia del ministerio publico, sin dejar por ello de estar bajo las órdenes de los ingenieros. El personal activo, empleado por las diversas compañías de caminos de fierro, está sometido a la vigilancia de la administración pública que tiene el derecho, oídas las compañías, de exigir la separación de sus agentes».

«En el Ministerio de obras públicas hay establecidos inspectores encargados de la vigilancia de la explotación comercial y examen de la gestión económica de las compañías de ferrocarriles. Esos inspectores son miembros de la comisión consultiva de los caminos de fierro, y forman una sección permanente de esa comisión para todas las cuestiones concernientes a la explotación comercial. Esa sección, presidida por el Ministro y en su defecto por el director general de ferrocarriles o por el inspector general de mayor edad, da su parecer, previo informe escrito de uno de sus miembros, en todos los asuntos que le son sometidos por el Ministro, y en especial en lo tocante al establecimiento de tarifas y su aplicación, tratados particulares y convenciones nacionales relativas a la explotación, a las emisiones de obligaciones, a los empréstitos o subvenciones, a las de garantía de intereses dada a las compañías y a las de división de utilidades con el Estado. Todos los meses debe darse al Ministerio un informe sobre la situación económica y comercial, y todos los años otro que resuma los informes mensuales. Los inspectores tienen facultad delegada para proceder a todas las informaciones necesarias sobre puntos o hechos especiales

de explotación, y pueden ser encargados de toda clase de comisiones concernientes al servicio de los ferrocarriles».

«La vigilancia de los caminos de hierro se ejerce por especiales comisarios de policía».

La anterior doctrina de Fodéré es el prolijo extracto de la ley francesa de 15 de julio de 1845; otra ley posterior ha reglamentado la policía de los caminos de hierro, y como debe esperarse que los legisladores o el Gobierno del Perú piensen en reglamentar también los construidos ya y los que están por construirse, nos ha parecido conveniente la inserción de esa ley en el apéndice de este compendio; ella servirá, a lo menos, para dar algunas ideas y para adoptar ciertas reglas que, sin embarazo alguno, pueden encontrar aplicación entre nosotros.

Caminos estratégicos.— Terminaremos esta materia con unas pocas palabras sobre los caminos estratégicos. Con este nombre se conocen las vías de comunicación construidas especialmente para facilitar el movimiento de las tropas.

Los caminos estratégicos difieren bajo dos aspectos de los nacionales: 1º En que los trabajos que ellos exigen se asimilan a los trabajos militares y están sujetos a las mismas reglas, 2º En que su conservación no corresponde enteramente al Estado que sólo contribuye con dos terceras partes para los gastos que ella exige, siendo la otra tercera costada por los departamentos.⁽⁴⁾

Agricultura.— La agricultura es la parte de la industria general que abraza todos los trabajos mediante los cuales obliga el hombre a la tierra a producir cuanto le es preciso para satisfacer sus primeras necesidades. Aunque todas las industrias sean útiles, la agricultura debe ocupar el primer rango no solamente por el gran número de personas que ocupa, sino también por el objeto a que dirigen sus esfuerzos. La agricultura suministra a las poblaciones los medios de subsistencia y la mayor parte de las materias primeras cuyo beneficio preserva al hombre de sufrimientos algo menos horribles que el hambre. Las sociedades no florecen sino a medida que la agricultura florece y produce lo suficiente para satisfacer las necesidades de aquéllas.⁽⁵⁾ Los economistas colocan entre los trabajos agrícolas

(4) Cabantous.

(5) Passy.

todos los que tienden a tomar de la naturaleza las primeras materias, aun cuando no exijan el cultivo de terrenos; tales son la *caza, la pesca y el trabajo de las minas*.⁽⁶⁾

En el Perú, país privilegiado por la benignidad de su clima y por la feracidad de sus terrenos que producen cosechas abundantes, sin necesidad de mucho abono, los progresos de la agricultura están contenidos por la falta de aguas, muy especialmente en los grandes arenales próximos a la costa.

La agricultura peruana ha tenido que sufrir grandes detrimentos a consecuencia de las guerras civiles, y esos males le afligieron cuando aún no convalecía de los que atravesó durante la época de la guerra de la independencia, en que los valiosos fundos de la costa se vieron, en su mayor parte arrasados, y los labradores libres y esclavos arrastrados a las filas militares.

Legislación.— Por un decreto administrativo de 3 de diciembre de 1840 se dispuso, como medio de fomentar y proteger la agricultura, la formación de sociedades en todos los departamentos de la República. Las atribuciones de esas juntas son promover las mejoras en las siembras y cultivo de las semillas conocidas, estableciendo las desconocidas de que sean susceptibles los valles y quebradas de los departamentos; estimular a la propagación, aumento y nueva introducción de ganados y animales útiles para el consumo y para el transporte de los objetos que se produzcan; proponer los arreglos oportunos en todo lo relativo a jornaleros, distribución de aguas, y enmienda de abusos introducidos en el expendio de frutos, procurando se promulgue y observe un reglamento rural, y también que se guarden y cumplan todas las resoluciones expedidas en beneficio de la agricultura; proteger por cuantos medios estén a su alcance, el uso de máquinas que simplifiquen el trabajo y beneficio de los frutos; supliendo así la escasez de brazos de labranza, y evitando el exorbitante gasto que sufren los labradores, causa permanente de su atraso y total ruina.

Puede asegurarse que por buenas y laudables que fueran las miras del gobierno al expedir el decreto de que nos ocupamos, no ha producido ningún resultado provechoso a la agricultura.

En nuestro concepto, es de la más alta importancia y de mayor urgencia el establecimiento de quintas o escuelas *normales* y de escuelas regionales, y la concesión de premios, proporcionados al mérito y adelantamiento de los jóvenes estudiantes. En Francia, esos premios son anuales y

(6) J. Garnier.

concedidos por el gobierno; se imponen en cabeza de los agraciados quienes no los reciben sino cuando han terminado su aprendizaje. Las quintas-escuelas son explotaciones rurales en las cuales reciben los aprendices, una enseñanza agrícola esencialmente práctica.

Las escuelas regionales se destinan a la teoría y a la práctica. Sirven también de modelo en la región a que pertenecen, y sus resultados deben recibir la mayor publicidad posible.

El gobierno debe fomentar la agricultura como instrumento de educación y como elemento de riqueza, empleando medios indirectos, sin ejercer una acción directa e inmediata.

La agricultura no demanda a la administración sino que remueva los obstáculos que la naturaleza, la opinión o las leyes opongan a su desarrollo.

Para el verdadero progreso de ese importante ramo de la industria, se necesitan: leyes protectoras de la libertad y de la propiedad y vías rápidas y económicas de comunicación; libertad de cultivo, supuesto que nadie, mejor que el cultivador, conoce las necesidades del mercado; seguridad de disponer de las cosechas, resultado del derecho de propiedad, prima para los introductores y cultivadores de todo producto exótico que pueda aclimatarse en el país, y de animales útiles.

La agricultura no exige privilegios; lo único que necesita es que se la libre de trabas, que se la deje obrar libremente sin otra influencia, por parte del gobierno, que la de instruirla en sus verdaderos intereses, porque de este modo el interés individual, que es el más poderoso estímulo para mejorar y perfeccionar todos los ramos, hace rápidos progresos, produce verdaderas maravillas, y enriqueciendo a los particulares enriquece también a las naciones.⁽⁷⁾

Con el objeto de aumentar la producción de lanas de buena calidad que puedan servir no sólo para la exportación sino también para establecer manufacturas nacionales, ha dictado la administración las disposiciones siguientes respecto a las *vicuñas*, *alpacas* y *paco-vicuñas*.

Es prohibida la matanza de vicuñas, aun bajo el pretexto de caza, so pena de cuatro pesos de multa por cada animal que se mate.⁽⁸⁾ Para

(7) Madrazo.

(8) Decreto de 5 de julio de 1825.

aprovechar las lanas se las puede trasquilar en los meses de Abril, Mayo, Junio y Julio.

Es prohibida la exportación de alpacas, bajo la responsabilidad de los funcionarios políticos y de los empleados de aduana que la autoricen o toleren.⁽⁹⁾ La misma prohibición subsiste con respecto a las vicuñas.⁽¹⁰⁾

Se da el nombre de paco-vicuña al producto del cruzamiento de las vicuñas con las paco-chas que, como aquéllas, son animales salvajes, indígenas del Perú.

Ese cruzamiento se verificó por los esfuerzos del presbítero D. Juan Pablo Cabrera que enriqueció la agricultura del país con una nueva raza cuyas lanas son de superior calidad a las de las razas cruzadas.

El ejecutivo y el congreso concedieron algunos premios, bien mezquinos en verdad, al Dr. Cabrera.

Con respecto a los pacos-vicuñas existen las mismas prohibiciones que para las alpacas y vicuñas.

Minas.— Es una verdad indudable, que conviene distinguir, en el suelo, la propiedad del fondo y la propiedad de la superficie. El hombre que adquiere un terreno no pone el menor trabajo, ni adelanta el más leve capital, respecto a las riquezas que puede encubrir, ni toma en cuenta las minas que puede encerrar en sus entrañas. No siendo, pues, la mina ni un objeto de accesión, ni un producto de trabajo, debemos buscar en otra parte los títulos de su propiedad. La legislación de todos los pueblos reconoce el dominio del Estado en las minas, como una dependencia del territorio nacional. El principio de la ocupación no puede aplicarse a una riqueza que no sale a luz ni entra en circulación sino mediante la aplicación de penosos esfuerzos, considerables capitales y estudios facultativos. Tal es el espíritu de la legislación española en esta materia, desde D. Alonso el Sabio.⁽¹¹⁾

No rigen exactamente los mismos principios en la legislación francesa. Según el derecho antiguo, las minas eran del dominio nacional, y el derecho de concederlas y de explotarlas era una regalía. La asamblea nacional declaró que las minas estaban a disposición de la nación, la única que tenía el derecho de concesión y de vigilancia. En cuanto al derecho de

⁽⁹⁾ Circular de 5 de agosto de 1846.

⁽¹⁰⁾ Decreto de 1º de abril de 1851.

⁽¹¹⁾ Madrazo.

propiedad, la ley de 28 de Julio de 1791 proclamó el principio de derecho común que «*la propiedad de lo superior entraña la de lo inferior*». Consagrados así los derechos del propietario de la superficie, la explotación de la propiedad predial, que la nueva legislación pretendía favorecer, se extendía hasta las entrañas de la tierra, y como las capas subterráneas no tenían, en su distribución, ninguna relación con la superficie, resultó un gran desorden en las minas por el infinito número de explotaciones y por los inmensos gastos emprendidos sin utilidad. La ley de 21 de Abril de 1810 reformó ese orden de cosas. Ya el Código Napoleón, permitiendo al propietario hacer en la parte inferior todas las construcciones y excavaciones que quisiera, y sacar de esas excavaciones los productos que encontrara, salvas las modificaciones que resultasen de las leyes y reglamentos relativos a las minas, había hecho presentir la necesidad de leyes especiales para ese ramo importante de la riqueza nacional. La ley de 20 de Abril de 1810 declaró las minas propiedades particulares, fundándose en que hacerlas del dominio nacional era atacar los principios del derecho civil y la constitución del país, que garantiza la inviolabilidad de las propiedades; en que las minas no deben ser consideradas como propiedad del dueño del suelo, porque el derecho de usar y de abusar que entrañaría su condición de propietario, debilitaría todo medio de explotación útil, productivo y amplio, y condenaría a la esterilidad todas las partes de minas, sometiendo al capricho de uno, todas las propiedades vecinas de igual naturaleza.

Para que las minas sean bien explotadas, para que sean el objeto de los asiduos cuidados del que las posee, es necesario que dejen de ser propiedades precarias, inciertas, indefinidas, que cambian de manos al capricho de una legislación equívoca o de una administración abusiva, y que mantienen al poseedor en una perpetua incertidumbre. Es necesario, en fin, que las minas, en vez de permanecer divididas como la superficie, se conviertan, por la intervención del gobierno y en virtud de un acto solemne, en un conjunto distinto del suelo, cuya extensión esté perfectamente arreglada y que sea, por decirlo así, una creación particular.⁽¹²⁾

Se da el nombre de minas a esos lugares profundos de la tierra que contienen en vetas, capas o montones, oro, plata, platino, mercurio, plomo, fierro, cobre, estaño, zinc, calamina, bismuto, u otras materias metálicas como azufre, carbón de piedra, madera fósil, alumbre, betunes y sulfatos de bases metálicas, masas de sal marina, fuentes o pozos de agua salada natural o artificial.

(12) Pradier Fodéré.

Legislación.— En el Perú se conserva respecto a las minas, la legislación española y subsisten las ordenanzas especiales que la España dio a sus antiguas colonias. Considéranse las minas como bienes nacionales; así es que sólo la autoridad puede concederlas a los que pretendan explotarlas.

Las indicadas ordenanzas que forman un código completo de minería, aunque no del todo conforme con los actuales progresos de la ciencia administrativa, ni armónico con nuestra moderna legislación, contienen disposiciones relativas a la adquisición de las minas, a su extensión y modo de trabajarlas, a las obligaciones y prerrogativas de los mineros, a los peones de minas y de ingenios de beneficios; a la organización de los juzgados del ramo y a la sustanciación y sentencia de los juicios entre mineros.

La representación nacional del Perú nombró una comisión de su seno para que formase un código de minería, pero aún no se han visto los trabajos de esa comisión.

Una buena legislación sobre esta materia debe: 1º Alentar el descubrimiento de las minas, asegurando al descubridor, la propiedad; 2º Indemnizar al propietario del suelo, para que no ponga obstáculos a los estudios o exploraciones; 3º Conceder al que ha obtenido la explotación, una extensión suficiente y claramente determinada para que los trabajos puedan tener el necesario desarrollo; 4º No hacer concesiones sino a los individuos que tengan medios para ejercer útilmente el derecho de explotar la mina; 5º Garantizar por largo tiempo los derechos del explotador e impedir, por medio de una vigilancia activa de parte del gobierno, los trabajos que puedan comprometer el porvenir de las minas o la seguridad de los hombres que trabajan en ellas.

Denuncia de minas.— Las minas recién descubiertas y las que habiendo ya estado en trabajo han sido abandonadas por sus poseedores, pueden ser denunciadas por el que quiera explotarlas. Son también denunciables los *placeres* y *criaderos* de oro y de plata de todo género; no pueden denunciarse los *desechaderos* y *terrenos* de minas; las minas de mercurio pueden denunciarse con la indispensable condición de dar cuenta al gobierno para que resuelva si las minas denunciadas deben explotarse por cuenta del descubridor o del Estado. Son denunciables no sólo las minas de oro y plata sino también las de piedras preciosas, cobre, plomo, estaño, antimonio, calamina, bismuto, salgima y cualesquiera otros fósiles, ya sean metales perfectos o medios minerales.

Denunciantes.— Todo el que quiera explotar una mina, que haya descubierto, puede presentarse como descubridor, exceptuándose de esta dis-

posición general; los extranjeros no naturalizados en el Perú, los regulares de ambos sexos, y los eclesiásticos seculares; los funcionarios políticos y judiciales del territorio en que se encuentren las minas, los escribanos, los mayordomos, empleados, sirvientes y peones de minas a no ser que denuncien para sus padrones.

Nadie puede denunciar para otro, sin estar suficientemente autorizado para ello. Los miembros de una sociedad que hagan una denuncia no pueden apoderarse de la mina; están obligados a expresar en el pedimento de posesión los nombres de sus socios.

Modo de sustanciar las denuncias.— El que pretenda la propiedad y posesión de una mina debe presentarse, por escrito, ante la diputación territorial de minería expresando su nombre, patria, lugar de residencia o vecindad, profesión y las más claras señales del sitio, cerro o veta cuya adjudicación solicita. Todas estas circunstancias y la hora en que el descubridor presenta su pedimento, se sientan en un registro especial; la diputación manda fijar, por noventa de días, carteles en los lugares más públicos, anunciando el hecho de la denuncia. A los noventa días debe el descubridor tener en la veta o vetas denunciadas, hecho un pozo de vara y media de ancho, y diez varas de profundidad; y llenada esta condición, recibe la posesión que le confiere personalmente uno de los diputados en presencia de un escribano o de testigos, en el caso en que durante los noventa días de carteles no se haya presentado opositor que aduzca derechos a la mina denunciada. Si existe tal oposición se sustancia y resuelve en juicio contradictorio.

Mineros.— En atención a la importancia del trabajo de las minas ha concedido la ley a los mineros algunas prerrogativas, entre las cuales pueden citarse como esenciales: que los dueños de minas no pueden ser presos por deudas, ni tampoco sus administradores, y sirvientes de minas o haciendas; que los dependientes guarden carcelería en la mina o hacienda en que trabajen; que si se embargan las minas, se deje al dueño de ellas, de sus productos, lo que baste para la sustentación suya y de su familia, aplicándose el resto al pago de la deuda que motivó el embargo; que se exonere de cargos concejiles, del reclutamiento militar y del alistamiento en la guardia nacional a los mayordomos, sirvientes y operarios de las minas o haciendas de beneficio de metales; que los empresarios mineros no están sujetos al pago de contribución predial e industrial.⁽¹³⁾ No disfrutan de esas prerrogativas y exenciones sino los mineros matriculados y en actual explotación.

(13) Ordenanzas del Ramo — decretos de 6 de julio y de 8 de julio de 1852.

TERCERA PARTE

INTERESES MORALES

CAPÍTULO ÚNICO

Religión.— Intolerancia y libertad de cultos.— Deberes y atribuciones de la administración.— Instrucción pública.— Dirección.— Comisiones locales.— Clasificación de los establecimientos de instrucción.— Universidades.— Institutos.— Legislación.— Imprenta.— Abusos por medio de la imprenta.— Denuncias.— Jueces de imprenta.— Impresores.— Beneficencia.— Administración.— Diversiones públicas.— Teatros.— Erección de teatros.— Censura teatral.— Dirección de los teatros.— Policía de los teatros.— Caja de ahorros.— Propiedad de las obras dramáticas.— Premios.

Religión.— La religión es el vínculo más estrecho que une al ser humano con su creador; si el hombre tiene que ceder a la exigencia de sus necesidades materiales, tiene aún más severo deber de cultivar y perfeccionar su ser moral y de practicar actos de virtud, los únicos que producen la felicidad en este mundo. La religión es la que nos traza el camino de esa felicidad; ella la que engendra la virtud; ella, en fin, la que dando al hombre la supremacía sobre todos los seres creados lo lleva hasta la elevada esfera de lo infinito.

Cualquiera que sea el origen de las sociedades humanas, sea que deban su existencia al utópico Contrato de Rousseau, o que sean el fruto necesario

del instinto de sociabilidad, no es menos cierto que el sentimiento religioso ha existido en las sociedades desde el primer instante de su creación, manifestándose bajo formas más o menos racionales, según los varios accidentes producidos por la civilización. Ese fenómeno es bajo todo aspecto, bastante natural. A medida que se desarrolla la inteligencia y que el hombre fija su vista en el sublime espectáculo de la creación y contempla las maravillosas leyes que gobiernan el universo, se siente invenciblemente arrastrado a reconocer que tantas maravillas y tan complicado mecanismo, tienen que ser la obra de una suprema inteligencia. La idea de Dios es pues individual y universal; el individuo la lleva en su mente ya vege en el desierto, o ya forme parte de una asociación más o menos civilizada. Esa idea engendra el sentimiento de admiración hacia Dios, y el hombre se prosterna gustoso ante su poder sobre-humano. Las diversas religiones cultivadas entre las parcialidades de la gran familia humana, son nada más que los efectos de ese sentimiento unido al amor que naturalmente se profesa a lo que es bueno, y justo, y si las aberraciones de la razón pudieron alguna vez hacer levantar altares y profesar adoración aun hasta las cosas materiales, en esas aberraciones mismas no puede dejar de verse la satisfacción de la necesidad invencible de reconocer un Dios.

Intolerancia y libertad de cultos.— Con respecto a la religión se han suscitado y sostenido, con igual ardor, dos cuestiones importantes: 1ª Si el código político de un Estado debe contener precepto alguno referente a esa delicada materia; 2ª Si debe autorizarse el ejercicio de un solo culto o consentir el de las diversas religiones de los individuos que componen una asociación política.

La primera cuestión parece ya resuelta en sentido negativo. La Constitución de un Estado no debe contener sino preceptos generales y fundamentales de cuya observancia y cumplimiento nadie puede sustraerse impunemente. Este carácter esencial e inseparable de las disposiciones constitucionales, supone la facultad que la administración tiene para castigar a los infractores y para obligar a la sociedad a respetar, en todo caso, aquellas disposiciones y ¿tiene acaso la autoridad poder bastante para profanar el dominio de las conciencias? ¿Puede obligar a nadie a que abrigue creencias ajenas, abjurando, por la fuerza de las suyas? No seguramente; y razones de política, de moralidad, de justicia y de respeto a uno de los más sagrados derechos del hombre, deben retraer al legislador de consignar principio alguno, referente a esa materia, en los códigos fundamentales.

Sin embargo de la verdad que encierran estas razones, todas las constituciones del Perú han consagrado uno de sus primeros artículos a *imponer* al Estado la religión católica. El mandato ha sido y es de todo punto

inútil. Esa religión vino a nosotros con la conquista, ahora más de tres siglos. La espada que derribó los ídolos de los Incas, plantó la cruz en las cúpulas de los templos del sol, y difícil o mejor dicho, imposible fuera que los peruanos cambiasen de religión y de culto aunque la Constitución lo ordenase así.

Fácil es que las ideas cambien, pero no lo es que sufran iguales fluctuaciones los sentimientos; y mucho menos aquellos que abrigamos desde la cuna, porque los heredamos de nuestros antepasados y cada día los cultivamos con mayor veneración.

La segunda cuestión es hasta hoy controvertida, bien que los más aventajados publicistas sostengan que el ejercicio público de todo culto es un derecho natural, que no puede ser restringido por la autoridad ni por la ley.

Apuntaremos ligeramente las razones principales aducidas por los partidarios del sistema restrictivo y los del liberal.

No debe confundirse la *tolerancia de cultos* con el *libre ejercicio* de éstos. Muy atrasada debe estar una sociedad y muy tiránico debe ser un gobierno, para que no se *tolere* en aquélla, que cada hombre o secta profese su religión y le rinda culto, y para que persiga la reunión de las sectas en los lugares privados para ello destinados. Sin esa tolerancia, sin la cual toda inmigración es imposible, las sociedades perderían los elementos de civilización que el hombre de ciencia y el inteligente industrial llevan con frecuencia a ajena patria.

He aquí los principales argumentos de los partidarios de la absoluta libertad en materia religiosa.

«La libertad de pensar es ciertamente la más necesaria de nuestras libertades; ella es la condición y el origen de todas las demás. Como seres pensadores, tenemos la responsabilidad de nuestro porvenir, y cuando se quiere sofocar la fuerza del pensamiento o contener su desarrollo, se nos quita de un solo golpe, el derecho y los medios de disponer de nuestra voluntad».⁽¹⁾

«Al hablar de la libertad religiosa no se trata de una libertad puramente metafísica e interna, que no vendría a ser sino la libertad que tiene la conciencia de adoptar sus convicciones. Ésta es un hecho psicológico que está exenta de toda coacción material, y sobre el cual nada puede el legislador humano. Pero ese hecho engendra en cada hombre el derecho

(1) Jules Simon.

de manifestar libremente sus convicciones, de dirigir a su creador los homenajes que crea deberle, de reunirse con los de iguales creencias para orar con más fervor y solemnidad. La libertad de conciencia, en una palabra, tiene por corolario la libertad de culto, y ésta debe ser reconocida y garantizada por el poder social».⁽²⁾

«La libertad religiosa, agregan, no pasaría de ser una palabra vana si no comprende la libertad de culto. Respetáis, dicen a sus adversarios, la libre manifestación exterior de las creencias religiosas, cuando se presenta individualmente, pero la rechazáis cuando es una manifestación colectiva. ¿Quién os autoriza para establecer semejante distinción? ¿No es una de las imperiosas necesidades del hombre reunirse a sus semejantes para rendir homenaje a su creador, siendo éste el gran precepto de toda religión? ¿El derecho de reunión no es indispensable para la propagación de las doctrinas, la instrucción de los fieles y la conversión de los incrédulos? Es evidente que ninguna religión existiría sin el ejercicio de ese derecho; denegándolo, se hace ilusorio el principio pomposo de la libertad de conciencia. Por esto es que desde el siglo XVII, Pedro de Bellay, abogado general del Parlamento de Tolosa, decía: que «para prohibir a los hombres las reuniones públicas y el ejercicio de su religión, era necesario arrancarles primero del alma la impresión que tienen de su fe». Turgot, decía un siglo después: «Toda reunión civil sediciosa debe ser prohibida; toda reunión religiosa, debe ser permitida».

Estos son principios verdaderos. Se comprende, en efecto, que el Estado restrinja, hasta cierto punto, el derecho de reuniones que tengan un motivo político, porque entonces se trata de un derecho que interesa directamente a la constitución y existencia del poder social, sobre el cual es competente para dictar medidas. Las materias religiosas, por el contrario, no son de su competencia, a menos que no se quiera hacer revivir el ya juzgado sistema de las religiones de Estado.⁽³⁾

El poder social es del todo incompetente para estatuir sobre el dogma y sobre las prácticas de una religión. De aquí se sigue que la libertad religiosa, es un derecho absoluto. El derecho de intervención del Estado, no debe aparecer sino cuando los sectarios de una religión, en vez de limitarse a practicarla, cometen infracciones de la ley común y atacan la tranquilidad de los individuos o del cuerpo social; se reduce pues a reprimir esas

(2) Louis Amiabile.

(3) Louis Amiabile.

infracciones, cuanto se cometen, y a ejercer una eficaz vigilancia para hacer efectiva esa represión.

Oigamos a los partidarios del sistema restrictivo:

«El poder público no deja jamás abandonado ninguno de los ramos de la administración al capricho o al modo de pensar de las parcialidades de la sociedad. Imprimir una marcha uniforme en todo el sistema gubernativo; establecer la unidad en todas las instituciones para que de ella resulte la armonía, es la obra más necesaria así como la más delicada del legislador. Si la libertad en todas sus diversas aplicaciones prácticas está sujeta, por el bien mismo de los asociados, a limitaciones más o menos estrechas ¿por qué no ha de estarlo la de cultos que es quizá la más trascendental, desde que el fanatismo religioso es el más temible y el más cruel de todos los fanatismos?».

«La absoluta libertad de cultos conduciría inevitablemente al desorden; y no puede comprenderse que en ningún país civilizado, se consientan los cultos estrafalarios y las extrañas predicaciones de algunas sectas. Sería preciso consentir al lado, por ejemplo, de la moral doctrina del catolicismo, la de los Mormones que admite la poligamia y la celebración de los misterios de Isis. Si es necesaria una ley o un decreto para conferir a un particular el derecho de vecindad ¿cómo querer la naturalización libre y sin trabas de todas las religiones?».

Como es fácil notar, el primero de estos argumentos descansa en un error. La legislación impone trabas a las libertades públicas, pero esas trabas son necesarias para la conservación del orden. Temer los efectos del fanatismo porque en una sociedad se permita el culto público de varias religiones, es temer un mal que puede sobrevenir con el ejercicio de una sola religión; buena prueba nos da de esta verdad, la sangrienta y lúgubre historia de la Inquisición nacida y fomentada en pueblos cristianísimos.

Deberes y atribuciones de la administración.— Pasemos ahora a examinar los deberes y atribuciones de la administración en materias de religión.

La autoridad eclesiástica es, en el círculo de sus atribuciones, enteramente independiente de la potestad civil. La autoridad civil debe procurar la observancia de las leyes del país que arreglan aquéllas, debe proteger a la sociedad eclesiástica y también a los particulares en la conservación de la libertad de conciencia.

En el orden legislativo, la Iglesia o su cabeza visible, no puede expedir bulas, breves ni rescriptos que sean de observancia en el Perú, si no se les

concede el pase por el ejecutivo, con asentimiento del congreso, y oyendo previamente a la corte suprema de justicia, si fuesen relativos a asuntos contenciosos.⁽⁴⁾

Se entiende por *concordatos*, los pactos hechos entre el sumo Pontífice como cabeza de la Iglesia, con el jefe de un Estado. El Presidente de la República tiene facultad para celebrar concordatos, arreglándose a las instrucciones del congreso.⁽⁵⁾ Esos convenios convertidos en leyes, como todos los tratados internacionales, no tienen observancia desde que cualquiera de las partes falte a lo pactado.

Pertenecen también al orden legislativo, el establecimiento de Tribunales que entiendan en los negocios eclesiásticos. Ya hemos indicado los que existen en el Perú, desde que la carta fundamental del Estado abolió los fueros personales.⁽⁶⁾

La división de las diócesis ha sido una cuestión muy debatida, se ha sostenido por algunos que ésa era una atribución especial del Papa, pero, es casi generalmente aceptado el principio de que la administración de un Estado está en mejor aptitud de conocer y satisfacer sus necesidades, y que hecha una demarcación conveniente, puede declarar en los presupuestos, el número de Obispos a quienes asigna renta; claro es que en este caso la autoridad eclesiástica tendrá que limitarse a sancionar esa demarcación.

Abolido el diezmo eclesiástico, contribución que gravaba sobre la agricultura y cuyos productos se destinaban al sostenimiento de los Obispos y de los miembros de sus catedrales, el erario público satisface esos gastos.

El Presidente de la República tiene la facultad de presentar a su santidad, para Arzobispos y Obispos a los que fueren electos según la ley.⁽⁷⁾

La ley a que ese precepto constitucional se refiere, fue dictada por el Congreso con la mira de «dar a la iglesia Obispos dignos, lo cual sólo podía conseguirse aproximando su elección, en lo posible, a la forma primitiva establecida por los cánones»⁽⁸⁾, y desde su publicación sólo un Obispado se ha proveído con arreglo a ella, pues en los diversos casos de sede vacante el Ejecutivo ha presentado Arzobispos y Obispos bien de propia autoridad o bien de acuerdo con el Congreso.

(4) § 19. Artículo 94. Constitución de 1860.

(5) § 18, del mismo artículo.

(6) Art. 6, Const. de 1860.

(7) § 16, Art. 94, Const. de 1860.

(8) Ley de 10 de diciembre de 1851.— Véase en el apéndice.

Compete igualmente a la administración, reglamentar los conventos de clérigos regulares,⁽⁹⁾ expedir decretos para la policía y orden del interior de los conventos sin mezclarse en las distribuciones religiosas que prescriban los estatutos de la orden;⁽¹⁰⁾ detallar el plan de estudios de los regulares,⁽¹¹⁾ y para la elección de prelados locales;⁽¹²⁾ reglamentar las funciones religiosas y muy especialmente las que se celebran en las calles, como las procesiones, para evitar cuanto pudiera ceder en desdoro del culto.

Es también atribución del poder público, determinar la edad en que las personas de ambos sexos pueden pronunciar votos religiosos, y nuestra actual legislación prohíbe que se hagan antes de haber cumplido veintiún años.⁽¹³⁾

El Estado debe proteger el dogma previniendo en la ley de imprenta que los escritos que versan sobre él no se publiquen sin el consentimiento del diocesano.⁽¹⁴⁾ En una palabra, el jefe de Estado ejerce el patronato nacional en materia religiosa; fomenta los templos y los seminarios, pero vela también porque en la cátedra de la predicación no se abuse por los eclesiásticos de modo que perjudique al Estado, y su más especial cuidado debe consistir en que todos los eclesiásticos tengan las cualidades de moralidad e instrucción que las leyes y los cánones prescriben.

«La religión puede considerarse como un sentimiento y como una necesidad del ser moral, y tanto en uno como en otro caso, es preciso conservarla a toda costa, porque contribuye sobremanera al bienestar y a la felicidad de la nación. La religión influye así mismo en las costumbres públicas, y las autoridades administrativas deben procurar sacar todo el partido posible del espíritu religioso y de la influencia de los párrocos sobre los feligreses. Su primer deber consiste en robustecer esa influencia para utilizarla en beneficio de la sociedad».⁽¹⁵⁾

Instrucción pública.— La instrucción pública es el pan moral de los pueblos y la garantía más eficaz del orden interior. Si la fe religiosa nos

(9) Decreto de 28 de setiembre de 1826.

(10) Oficio 29 de setiembre de 1829.

(11) Decreto de 5 de agosto de 1837.

(12) Decreto de 3 de agosto de 1837.

(13) Art. 87, Cód. civ.

(14) Véase el artículo *Imprenta*.

(15) Madrazo.

inspira el sentimiento moral, la instrucción forma la conciencia intelectual del hombre. La inteligencia es el auxiliar de la fuerza y por lo mismo la instrucción es la aliada del trabajo.⁽¹⁶⁾

La instrucción primaria debe considerarse como una necesidad social o como el complemento de la libertad obtenida por las clases inferiores del Estado. Divídese en pública y privada, se llama pública cuando la enseñanza se da en escuelas sostenidas por los fondos públicos, y privada cuando la niñez la recibe de maestros particulares.⁽¹⁷⁾

Dirección.— El Gobierno supremo de la instrucción pública corresponde al Ministro del ramo auxiliado por una dirección especial.

La dirección general se compone de un director, un inspector y un secretario, nombrados por el gobierno, y su acción se extiende a todos los establecimientos nacionales y particulares.

Las atribuciones de la dirección son entre otras: formar proyectos del plan general de estudios; intervenir en la provisión de cátedras y en la remoción de profesores; autorizar las obras de texto y los programas cuando las lecciones sean exclusivamente orales; procurar la creación y conservación de bibliotecas, museos y gabinetes; proteger las sociedades científicas y literarias; proponer la distribución de las rentas destinadas para la instrucción pública, en el presupuesto del Estado.

Comisiones locales.— Para secundar las disposiciones de la dirección general, el reglamento de instrucción⁽¹⁸⁾ ha creado comisiones departamentales, provinciales y parroquiales. Las primeras se componen del Prefecto y de dos personas distinguidas por sus luces, nombradas por el gobierno; las segundas se componen del Sub-Prefecto y de dos personas nombradas por las comisiones departamentales; las terceras se componen del cura, del síndico y de una persona nombrada por la Municipalidad.

Las atribuciones de las comisiones departamentales de instrucción pública son: secundar a la dirección general de estudios en todo lo que se refiera a la instrucción pública del departamento; aplicar sus circulares a los establecimientos del departamento, dando cuenta de las ampliaciones que exijan las circunstancias locales; remitir con informe

(16) Madrazo.

(17) Id.

(18) Decreto de 7 de abril de 1855.

a la dirección general de estudios, los presupuestos que presenten los rectores de los Colegios, Universidades e Institutos, y aprobar las cuentas de estos establecimientos; nombrar suplentes en las vacantes de profesores y pedir al Gobierno, por medio de la dirección general de estudios, la provisión de las cátedras; expedir el título a los maestros de escuela y removerlos por justa queja de las comisiones parroquiales.

Las atribuciones de las comisiones provinciales son: examinar a los maestros de escuela y proponer los aprobados a la comisión departamental; informarle sobre los maestros cuya separación pidan las comisiones parroquiales y suspenderlos en caso urgente; proveer interinamente la vacante de las escuelas; cuidar de que se observen todos los reglamentos y circulares en las escuelas de la provincia; aprobar los presupuestos hechos por las comisiones parroquiales y revisar las cuentas de las escuelas.

Las atribuciones de las comisiones parroquiales son: inspeccionar la escuela o escuelas de la parroquia, nacionales o particulares; formar el presupuesto de las escuelas nacionales, someterlo a la aprobación de la comisión provincial y remitirle las cuentas; cuidar de que la municipalidad, y por falta de ésta el gobernador, proporcione un local para el maestro y para la escuela, los útiles de enseñanza, una asignación al maestro y, donde sea posible, un terreno que sirva para el aprendizaje de los trabajos rurales; recaudar los fondos propios o fiscales de la escuela, la cuota que paguen los padres no exceptuados por razón de pobreza, y las multas que impongan, conforme al reglamento. La comisión será auxiliada con tal objeto por la municipalidad, y en su defecto por el gobernador, distribuir los fondos de la escuela en la asignación del maestro, en la mejora del establecimiento y en auxilio de los niños pobres, influir con todo su prestigio para que los padres, guardadores o patronos, cumplan con el deber de mandar a la escuela a sus hijos, pupilos o sirvientes menores de catorce años; ayudar al maestro en la disciplina, y esforzarse porque las calidades personales de éste y la opinión de las familias, le den la consideración necesaria para que desempeñe su útil misión con provecho de la sociedad; proponer a la comisión provincial la separación de aquellos maestros que por falta de capacidad, contracción o moralidad no cumplan con sus deberes.

Clasificación de los establecimientos de instrucción.— La instrucción pública se divide en tres grados; la instrucción popular, la instrucción media y la instrucción profesional. La primera se facilita a todos los ciudadanos; la segunda a los que puedan recibir una cultura liberal o se preparen a las carreras científicas; y la tercera a los que abracen una facultad o quieran seguir por principios una profesión.

Universidades.— La universidad es la reunión de las facultades de teología, jurisprudencia, medicina, filosofía y letras y matemáticas y ciencias naturales. En el Perú existen seis Universidades, una en cada uno de los departamentos de Lima, Arequipa, Cuzco, Ayacucho, Puno y Trujillo. La Universidad se compone del rector, vice-rector, los profesores titulares de las facultades, los doctores, los licenciados, los bachilleres incorporados a su claustro y los alumnos.

La dirección inmediata de la Universidad está encomendada a una junta directiva que se compone del rector de la Universidad, de los rectores de los establecimientos en que se enseñan las cinco facultades; de un profesor titular por cada una de éstas y de un secretario.

Las funciones universitarias son especialmente: dar enseñanza de las facultades; conferir los grados académicos; procurar se emprendan trabajos literarios sobre ramos de la enseñanza y en especial sobre alguna época notable de la historia nacional; favorecer las publicaciones científicas y la formación de sociedades sabias.

Institutos.— Con el nombre de institutos se conoce los establecimientos destinados a la educación científica de algunas profesiones; tales son las escuelas de ingenieros, militares, de marina, de pintura y dibujo, de minería y de agricultura. No hay establecidos en el Perú más institutos que una escuela náutica militar. Los establecimientos de esta clase no están bajo la dependencia de la dirección general de instrucción pública, sino únicamente en cuanto a la parte literaria, mas no en cuanto a la disciplina y administración.

Legislación.— No existe en la legislación peruana, en la parte que respecta a la instrucción pública sino el reglamento general, y los reglamentos de las Universidades y colegios; después de expedido aquél, se han reformado los de algunos colegios notándose desde luego que a pesar de esas reformas, subsistan ciertas diferencias esenciales en cuanto al plan de enseñanza y régimen administrativo de los establecimientos.

Sensible es que aún no se haya dado en el Perú un código de instrucción pública a pesar de haberse nombrado por la representación nacional, una comisión que lo formara.

La cuestión de si la enseñanza debe ser libre o monopolizada por el Estado ha motivado serias discusiones.

Los partidarios de la libertad de enseñanza invocan el derecho natural y preexistente de la familia. El padre, dicen, debe poder educar a sus hijos según los votos de su corazón y de su conciencia; cada ciudadano

debe ser admitido a poner al servicio de las familias sus luces y su experiencia. Fundar la libre competencia. «Si sólo las Universidades enseñasen, ha dicho Richelieu, sería de temer que volviesen con el tiempo a su antiguo orgullo, que sería para el porvenir tan funesto y tan perjudicial como lo fue para el pasado».

Una corporación exclusiva y oficialmente encargada de dar la instrucción, se encontraría, por su propia naturaleza, privada del sentimiento de emulación que comunica a las instituciones, así como a los individuos, la necesidad de perfeccionarse continuamente. En fin, por medio de la libertad y bajo la garantía de una rivalidad fecunda, la enseñanza, varia en su naturaleza, se volverá verdaderamente nacional.

Los adversarios de esa libertad reconocen, con los antiguos publicistas y el mismo Montesquieu, el derecho que tienen los gobiernos de usar de su poder para dirigir la educación pública en un sentido conforme a sus miras. Ese modo de ver, supone naturalmente que los hombres son instrumentos destinados a satisfacer las pasiones de los gobernantes, y es justamente condenado por el buen sentido.⁽¹⁹⁾

No debe sin embargo, proclamarse como absoluta y sin límites la libertad de enseñanza. Esa libertad es uno de los ramos innumerables de la libertad propiamente dicha, debe ser de derecho común y tiene por necesario complemento la libertad de elección de preceptores. Pero si el objeto esencial de la política es asegurar la prosperidad de los pueblos y de los individuos que los componen, como la enseñanza y la educación contribuyen muy seriamente a fundar esa prosperidad, el deber del gobierno es no permanecer neutro a presencia de esos grandes intereses; debe pues velar porque la enseñanza tenga por objeto difundir la verdad tanto cuanto lo permita el último estado de los conocimientos humanos, y porque la educación de la juventud tienda a inculcar nociones exactas, a formar un sano juicio y a inspirar hábitos de honradez y de benevolencia. Para alcanzar esos resultados, no necesita apropiarse el monopolio de la enseñanza pública, ni violentar las familias y la inclinación de los padres. Debe sólo abrir sus escuelas bajo la garantía de la competencia libre de rivales de capacidad y de moralidad, ejercer un derecho de vigilancia sobre la enseñanza y alentar con premios y recompensas así el trabajo y contracción de los buenos profesores, como los progresos extraordinarios de los estudiantes.

(19) Pradier Fodéré.

Hasta ahora muy pocos años, el profesorado no tenía estímulo alguno en el Perú; los que a él se dedicaban en los colegios nacionales, no podían consagrarse como a una carrera que les ofreciera un porvenir. Una ley novísima declaró el profesorado carrera pública con los goces y preeminencias que las leyes conceden a los empleados nacionales, y semejantes disposición legislativa ha sido sin duda una medida de adelanto y de fomento en el importante ramo de la instrucción pública.

Imprenta.— A la maravillosa invención de la imprenta deben las sociedades modernas los progresos de su civilización y adelantamiento científico. Un siglo se enriquece con los trabajos hechos en el anterior, y las sociedades humanas hubieran permanecido en un estado estacionario si la imprenta no hubiera venido a unir los siglos, las generaciones y los pueblos.

Los más importantes descubrimientos científicos, abandonados al simple poder de la tradición, apenas hubieran durado lo que dura una generación, y recorrido un pequeño espacio del mundo. Los pueblos aislados, no hubieran llegado a estrechar sus relaciones hasta el punto de interesarse, como hoy sucede, los unos en la suerte de los otros. Imprenta, vapor y telégrafo, he aquí las tres poderosas palancas que han conmovido el mundo moral y científico.

Mientras el pensamiento no pasa de la esfera íntima de la conciencia del hombre, no puede ser reputado como criminal y punible; pero desde que reviste las formas de la palabra o de la escritura, si daña a otros o perjudica el orden público, está la sociedad obligada a reprimirlo y castigarlo. La ley debe pues racionalmente y sin que pueda tachársela de tiránica, vigilar la palabra y la prensa y castigar sus extravíos.

La Constitución de la República garantiza a los ciudadanos la libertad de hacer uso de la imprenta para publicar sus escritos, sin previa censura, pero bajo la responsabilidad determinada por la ley.

La ley a que esta disposición se refiere es la de 3 de noviembre de 1823, que determina los casos en que se abusa de la libertad de imprenta; el modo de proceder en los juicios que sobre tales abusos se promuevan, los jueces que de ellos deben conocer y las penas que deben aplicarse a los responsables del abuso.

La libertad de hacer uso de la imprenta sin previa censura tiene la limitación de que los escritos que versan sobre los libros de la Santa Escritura, sobre los artículos y dogmas de la religión de la república y sobre la disciplina esencial de la iglesia, no pueden publicarse sin la expresa licencia del ordinario eclesiástico.

Abusos de imprenta.— Se comete abuso de la libertad de imprenta:

- 1º. Publicando máximas o doctrinas que conspiran directamente a trastornar o destruir la religión de la república, o su constitución política;
- 2º. Publicando doctrinas o máximas dirigidas a excitar la rebelión o a la perturbación de la tranquilidad pública;
- 3º. Incitando directamente a desobedecer alguna ley o autoridad legítima o provocando a esta desobediencia con sátiras o invectivas;
- 4º. Imprimiendo escritos obscenos o contrarios a las buenas costumbres;
- 5º. Injuriando a una o más personas con libelos infamatorios que tachen su vida privada, mancillen su honor y buena reputación.

Denuncias.— Se entiende por *denuncia* la acusación que, ante la competente autoridad, se hace de un impreso en que se ha cometido abuso de imprenta. Son personas hábiles para denunciar los escritos subversivos, sediciosos obscenos o contrarios a las buenas costumbres, todos los peruanos; y en los casos de injurias personales, sólo los individuos agraviados o sus representantes legales.

En todos los casos, de abuso de imprenta, excepto el de injurias, deben denunciar de oficio los fiscales o los síndicos del ayuntamiento.

Jueces de imprenta.— El juzgamiento de las causas sobre abusos de imprenta está encomendado a jurados que anualmente se nombran por los colegios electorales, y los procedimientos a que deben sujetarse, están, como se ha dicho, minuciosamente detallados en la ley citada al principio de este artículo.

Impresores.— Todo el que quiera, puede establecer una imprenta en la República y fundar un periódico; las formalidades que para ello se exigen son que se solicite licencia de la municipalidad, y que se dé por el empresario una garantía para responder, en ciertos casos, por las multas en que pueda incurrir.

Toda publicación debe llevar al pie el nombre de la imprenta y el del administrador, y el año en que se hace, y de cuanto se imprima en la capital, se debe dar dos ejemplares para la biblioteca nacional, y tanto en la capital como en las provincias, un ejemplar a cada uno de los funcionarios que, por razón de oficio, deben denunciar todo escrito sedicioso, subversivo e inmoral.

Beneficencia.— El gobierno no sólo debe a los ciudadanos protección en cuanto a su seguridad personal y vigilancia en cuanto a sus bienes y

propiedades; no sólo está en la obligación de fomentar los diferentes ramos de industria que forman el comercio humano y ligan a las naciones por los vínculos de un común interés; no sólo tiene que ser un despierto vigilante de la independencia, seguridad y orden del estado; desempeña también un papel eminentemente sagrado y paternal. El indigente a quien la desgracia privara de los medios de subsistencia o, lo que es más grave, redujera a la imposibilidad de buscar en el trabajo el necesario alimento, tiene en todas las sociedades bien organizadas, asilos en donde la miseria y el dolor encuentran una mano consoladora.

La vigilancia de la autoridad tiene, sin embargo, que ejercitarse en distinguir la miseria de la vagancia, y la enfermedad verdadera de la criminal astucia de los que a favor de artificios más o menos ingeniosos, ofrecen en sus personas, tristes pero falsos cuadros de invalidez y de sufrimiento. Si la caridad para el menesteroso y para el enfermo no deben tener más límites que los que marquen los recursos de que la nación puede disponer; la severidad para con los que fraudulentamente explotan la caridad pública debe ser excesiva desde que el ocio es un camino que corrompe la moral pública y conduce a todo género de vicios y de crímenes.

Administración.— La legislación peruana registra en sus abundantes colecciones de leyes, mil medidas saludables, muchas de las cuales desgraciadamente no han pasado de letra muerta. Después de varios sistemas de organización intentados para establecer las juntas de Beneficencia en todos los pueblos del Estado, se expidieron los decretos de 9 de setiembre y 28 de octubre, reglamentando esas sociedades, el primero en la Capital de la República y el segundo en las Capitales de Departamentos y Provincias.

En la República existen hospicios para los enfermos de ambos sexos; asilos para niños expósitos y para insanos, casas de maternidad y cementerios. Esos establecimientos están bajo el cuidado de aquellas juntas que los vigilan por medio de miembros de su seno, elegidos anualmente y a quienes titula mayordomos e inspectores.

Las juntas de Beneficencia administran con independencia las rentas del ramo, bien que estén naturalmente sujetas a la obligación de presentar sus cuentas.

Aunque el reglamento de Beneficencia recomienda la creación de casas de corrección para ambos sexos, de hospicios para pobres e incapaces de trabajar y de lazaretos para los casos de epidemias, no se han erigido semejantes establecimientos quedando así, en esta materia un vacío de no poca consideración. En efecto, nada es más conmovedor ni más repugnante, que ver las calles pobladas de pordioseros que ostentando sus

mugrientos harapos, pretenden con voces lastimeras conmover los sentimientos de piedad de los transeúntes, y ningunas medidas son más urgentes que las que se encaminen a reprimir la vagancia; sostener a los inválidos obligándolos a consagrarse a trabajos compatibles con el estado de su salud; y a recoger a los niños, hijos de padres verdaderamente indigentes para dedicarlos a profesiones industriales que les aseguren un no desastroso porvenir.

Diversiones públicas.— Así como la administración tiene que desplegar una constante vigilancia y una inexorable energía para desterrar la vagancia y la ociosidad; así como debe tender, merced a estudiosas determinaciones, a fomentar todos los ramos de la industria humana, para que todos los ciudadanos se entreguen al trabajo, base de la moralidad, y por lo mismo esencial apoyo del orden público, así mismo debe no sólo consentir, sino fomentar los espectáculos públicos que sirvan de solaz al pueblo y le ofrezcan agradable descanso de sus diarias fatigas.

Los primeros legisladores del mundo instituyeron las diversiones públicas como parte del orden y de la felicidad general, y los israelitas combinaron ese principio con el ceremonial religioso.

«No basta, dice Jovellanos, que un pueblo tenga pan y viva tranquilo, sino que es necesario además que esté contento, porque la tranquilidad puede ser el resultado de la opresión y de la fuerza; pero el contento sólo puede serlo de la libertad y de la paz pública que el gobierno y la administración, con prudencia y tolerancia, pueden proporcionar a sus administrados».

Algunos tratadistas y entre ellos el citado Jovellanos, son de opinión que debe permitirse al pueblo aun las diversiones más ridículas, como los disfraces y mojigangas, con tal que sean públicas. Otros, por el contrario, concediendo a esas diversiones un carácter no sólo de recreo sino también moralizador, creen que nada sería más perjudicial al pueblo que alentar su inclinación a los juegos y diversiones groseras, repugnantes y aun crueles, que como las corridas de toros se conservan en España y en algunos de los pueblos que fueron sus colonias.

Si en las diversiones públicas se consultan las condiciones que las hagan higiénicas, se dispensa al pueblo un doble servicio, por tal motivo la administración debe fomentar de preferencia los ejercicios de fuerza, de agilidad y destreza, los paseos, las carreras, etc.

Entre los espectáculos de más alta importancia, ocupan el primer lugar las funciones teatrales. El gobierno que trabaje en el verdadero sentido de la civilización popular, debe fomentar teatros en que, dándose a la

plebe funciones apropiadas a su inteligencia, se vayan perfeccionando su gusto y dulcificando sus costumbres. Como los teatros están sujetos a una legislación especial, les consagraremos un artículo.

En materia de diversiones públicas no registra nuestra legislación sino el precepto de que corresponde a los Presidentes de las Municipalidades conceder o negar el permiso para las diversiones para los espectáculos públicos, y presidirlos, cuando lo tengan por conveniente».⁽²⁰⁾

Teatros.— El teatro ejerce una indisputable y grande influencia en la moralidad y en las costumbres públicas. El objeto de las representaciones dramáticas no se limita a ofrecer al pueblo un mero pasatiempo. Para que llenen el fin más importante, se requiere que corrijan las malas costumbres a favor de una crítica fina y persuasiva, que enaltezcan los actos de virtud y pinten al vicio y al crimen con tal naturalidad que conmoviendo el ánimo de los espectadores, los estimule a practicar los primeros y les inspire aversión y horror hacia los segundos, y que finalmente tiendan a introducir el buen gusto merced a la corrección y belleza del lenguaje, y a la naturalidad de situaciones en que la fantasía del poeta coloque a los personajes. La autoridad tiene pues que intervenir en los teatros, de varios modos.

Erección de teatros.— La inspección y vigilancia de los teatros, su protección y fomento, corresponden al gobierno, por el Ministerio del Interior. No puede establecerse ningún teatro en la Capital de la República, sin permiso de la autoridad suprema y previa presentación del proyecto sobre el cual deben emitir su opinión dos ingenieros del estado; aunque el teatro sea de empresa particular, el gobierno tiene derecho de hacer inspeccionar los trabajos de construcción, para que el edificio ofrezca las necesarias condiciones higiénicas y las de seguridad y comodidad.

Para el establecimiento de teatros en las Provincias, se necesita licencia de los Prefectos, quienes la concederán, previas las mismas formalidades, y ejerciendo por sí en las capitales de departamento o por los funcionarios de su dependencia, en los demás lugares de su jurisdicción, el derecho de inspección y de examen. Donde no haya ingenieros deben emitir su dictamen las personas que sean más competentes a juicio del Prefecto.

Censura teatral.— La legislación peruana ha encomendado en las capitales de departamento, a una junta de tres miembros, y en los pueblos de Provincia, a un solo individuo, la censura de las piezas que deben representarse en los teatros. La jurisdicción de la censura abraza no sólo las

⁽²⁰⁾ § 5, Art. 45 de la Ley de 3 de mayo de 1861.

piezas dramáticas o líricas, sino todos los espectáculos públicos, inclusive los pantomímicos y mudos, que con la competente autorización puedan exhibirse en los teatros destinados a aquéllos.

Los censores deben impedir que se profanen los misterios y ceremonias religiosas, las imágenes de Dios, de los santos, y demás objetos venerables del Culto, reproduciéndolos en la escena, y representando en ella los templos o altares de la divinidad, para servir a hechos impropios de su sagrado destino.

Deben también los censores impedir que se representen aquellas obras que directa o indirectamente hagan la apología del incesto, del adulterio, de la violencia, del asesinato, del suicidio y de otros crímenes que si bien pueden ofrecerse en espectáculo con la sobriedad conveniente como cuadros de costumbres, narraciones históricas o ficciones poéticas, no deben presentarse sino acompañados de la reprobación y como resultado de la perversión moral, de los vicios de la educación o de otro cualquier origen odioso.

No debe tampoco la censura permitir la representación de obras en que se agiten las pasiones políticas o se declame contra las autoridades e instituciones nacionales, ni de las que contengan alusiones ofensivas a determinadas personas, aun cuando no se les designe por sus nombres.

Dirección de los teatros.— Para el gobierno exterior y régimen interno de los teatros, existe una junta compuesta, en las capitales de Departamento, del Prefecto, alcalde municipal y censor de turno; y en las capitales de provincia del Sub-Prefecto, alcalde y censor.

Las atribuciones de estas juntas son exigir de las empresas teatrales todas las garantías que reputen necesarias, para que puedan llenar sus compromisos; decidir como jueces árbitros toda cuestión que se suscite entre los actores, entre éstos y los empresarios, y en una palabra entre todos los empleados del teatro, y que verse sobre cumplimiento de contratos o interpretación de sus cláusulas, distribución de papeles, orden de beneficios, separación de actores y dependientes; e imponer las multas que el reglamento de teatros⁽²¹⁾ señala a los infractores de sus disposiciones.

Policía de los teatros.— Los días de funciones teatrales deben ser determinados por los Prefectos de acuerdo con los empresarios, cada dos meses. Las funciones son presididas por el alcalde municipal, pero tanto él

⁽²¹⁾ Reglamento de 3 de mayo de 1963.

como cualquier individuo de la Junta Directora, tiene el derecho de intervenir y resolver en todo acontecimiento, que pueda ocurrir durante la representación sea entre los espectadores o sea entre los actores.

Caja de ahorros.— Con el objeto de poder socorrer a los artistas indigentes e inválidos, dispone el reglamento de teatros que se forme una caja de ahorros, cuyos fondos son parte de las multas impuestas a los actores y empresarios, el monto de un descuento mensual hecho a los artistas de sus salarios, y el cuatro por ciento de las funciones de baile u otros espectáculos dados por compañías ambulantes que trabajen en los teatros por su cuenta, sin estar contratadas por la empresa.

Propiedad de las obras dramáticas.— La ley garantiza en general la propiedad intelectual, así es que sin la previa licencia de sus autores, no se pondrá en escena en los teatros de la República, las producciones dramáticas del país. El reglamento asigna la parte de utilidades que las empresas teatrales deben dar a los autores, y traductores y a los compositores de música cuyas obras merezcan la aprobación de la censura.

Premios.— Con el objeto de estimular a los ingenios del país, fomentar los trabajos literarios y formar una galería dramática nacional, se han establecido premios que deben concederse, una vez al año, en concurso de autores, por la junta directiva.

CUARTA PARTE

DE LOS DERECHOS DE LA ADMINISTRACIÓN SOBRE LAS PERSONAS Y COSAS

CAPÍTULO PRIMERO

Necesidades del Estado.— Gendarmería.— Guardia nacional.— Ejército permanente.— Reclutamiento.— Reclutamiento forzado.— Enganche.— Quintas.— Cargos concejiles.

Necesidades del estado.— En dos grupos pueden clasificarse las necesidades del Estado. Las que se derivan de la conservación de su independencia, de la integridad de su territorio y del orden público, y las que nacen de la obligación de sostener a los individuos que se consagran a su servicio en los diversos ramos de la administración.

La vida y las propiedades de los ciudadanos se ven amenazadas por los malhechores y por los que buscan en el ocio y en el vicio los medios de subsistencia; para contener a esa clase de hombres nocivos, la sociedad crea un cuerpo armado cuya misión es velar por la seguridad pública; ese cuerpo se conoce con el nombre de *gendarmería* o *fuerza de policía*. El orden público puede ser alterado por esfuerzo de los motinistas, conspiradores y revolucionarios; la sociedad se precave contra éstos, organizando un cuerpo de que forman parte todos los ciudadanos, con algunas excepciones, y cuya misión es conservar el orden en el interior de las poblaciones, y

que se titula *Guardia Nacional*. El Gobierno constituido, puede ser atacado a mano armada por revolucionarios o facciosos que han logrado levantar fuerzas; la nación puede ser atacada por otra nación extranjera; su territorio puede ser invadido, y amenazada su independencia; para tales casos, tiene la nación un cuerpo armado que sujeto a severa disciplina y constantemente en estado de acción, se titula *Ejército permanente*.

La nación tiene pues la obligación de velar por su propio orden y seguridad; su elemento son los hombres, y de ese elemento tiene que valerse para llenar aquellos grandes fines; pero como la sociedad confiere al Gobierno la misión de dirigirla y de atender a sus necesidades, le confiere por el mismo hecho el poder de disponer de los hombres para la vigilancia, custodia y conservación de sus más importantes garantías.

El Gobierno tiene pues facultad de compeler a los ciudadanos al servicio de las armas en las tres clases de cuerpos que hemos indicado. Ese derecho, como todos los que el Gobierno tiene, está sujeto en su ejercicio, a las prescripciones de la ley.

Según lo hemos visto, al tratar de la materia administrativa, la administración exige un numeroso personal a quien confía las diversas funciones cuyo conjunto compone lo que llamamos *gobierno*: tiene además que fundar y sostener establecimientos científicos, literarios y de beneficencia; construir caminos, etc.. Para estos objetos, necesita naturalmente de fondos que no pueden salir sino de la fortuna privada de los asociados. La administración tiene pues derecho a una parte de esa fortuna, y el de apoderarse, previa indemnización, de una propiedad particular, cuando la utilidad pública lo exija; este último se llama *expropiación*.

Gendarmería.— La gendarmería es una fuerza instituida para velar por la seguridad pública y para conservar el orden y ejecución de las leyes. Una vigilancia continua y represiva forma la esencia de su servicio. Su acción se ejerce en toda la extensión del territorio del Estado, y le está especialmente confiada la seguridad de los campos y de los caminos.

En el Perú los cuerpos de gendarmería son organizados por el Ministerio de Gobierno, de quien dependen y a quien compete el nombramiento de los jefes y oficiales de esos cuerpos.⁽¹⁾ Para nosotros esa completa dependencia del Ministerio del Interior, es viciosa, y algo embarazosa a la prontitud con que en casi todas las ocasiones debe obrar la gendarmería. En Francia la naturaleza mixta de esos cuerpos, los coloca

(1) Decreto de 7 de abril de 1856.

bajo la dependencia del Ministerio de Guerra que los organiza, manda y reglamenta; de el de Gobierno que les prescribe las medidas que deben observar para la conservación de la tranquilidad y del orden, y para la ejecución de las leyes y reglamentos, así como para la seguridad de los caminos. Considerados los oficiales de gendarmería, como funcionarios de policía judicial, reciben instrucciones del Ministerio de Justicia para los casos de *infraganti delito*; en fin, el Ministerio de Guerra les da las órdenes relativas a la vigilancia de los marineros de guerra, persecución de desertores, conducción de reos a los presidios, escoltas de condenados, etc.

Varias disposiciones registra la legislación peruana referentes a la organización y servicio de los cuerpos de gendarmería, siendo la última el decreto de 30 de diciembre de 1860, que formó para la capital de la República una compañía de celadores a cuyo cargo debía correr el cuidado, conservación y manejo de las bombas de apagar incendios. Esta compañía presta su servicio, sin perjuicio del asignado a los diversos cuerpos de gendarmes de a pie y de a caballo organizados en la República. Otro decreto de la misma fecha reglamentó los cuerpos de policía de la capital y determinó las calidades personales de los individuos que a esos cuerpos debían pertenecer.

Guardia nacional.— El objeto de esta institución es conservar, en los casos precisos, el orden público y aun la integridad del territorio. En los países en que existen ejércitos permanentes las guardias nacionales forman parte de la fuerza pública y concurren con aquéllos a la defensa de las fronteras y de las costas en los casos de invasión y de guerra exterior.

Los ejércitos permanentes han sido el objeto de serios ataques por parte de ciertos publicistas que ven en ellos más que un elemento de orden, de seguridad y de respetabilidad nacional, el origen de varios males sociales. El ejército, dicen, es la reunión de hombres entregados habitualmente al ocio y arrastrados con frecuencia al vicio; es una institución que consume sin provecho gran parte de la renta pública, y que quita muchos brazos a la agricultura y a las más provechosas industrias.⁽²⁾

En contraposición a este sistema, las guardias nacionales, proclamadas por aquellos como la institución más útil, nada dispendiosa y suficiente para llenar los fines del ejército permanente, han sido enérgicamente combatidas como perjudiciales a ese orden público de que se suponen defensoras. En los países, aún no bien constituidos, dicen los últimos, en donde

(2) García Calderón, Dic. de Leg. Peruana.

no se ha robustecido suficientemente el principio de autoridad; en donde las instituciones no muy radicadas, son combatidas por el espíritu de partido, y en donde, en fin, el orden público puede ser alterado por el más atrevido aspirante, el armar a los pueblos equivale a poner en manos de los mismos enemigos del Gobierno los medios de derribarlo. Estos peligros son mayores, aun en las Repúblicas en que la voz de la pasión se deja oír con más facilidad que en las Monarquías.⁽³⁾ Además, en los casos urgentes, no puede nunca contarse con la prontitud de acción que los acontecimientos pudieran exigir, si la defensa de la patria está confiada a las guardias cívicas no sometidas, como los ejércitos permanentes, a una severa disciplina y a la más pasiva obediencia.⁽⁴⁾

Diversas leyes y decretos se han expedido en el Perú para organizar y reglamentar las guardias nacionales, pero hoy no está ninguna en observancia. La Convención Nacional dispuso, en la Constitución de 1856, que en todas las provincias hubiese, cuando menos, un cuerpo de milicias, y de acuerdo con esta disposición dio en 2 de marzo de 1857 la ley reglamentaria de guardias nacionales. La Constitución reformada en 1860, declara que las guardias nacionales forman parte de la fuerza pública, y que su organización debe arreglarse a una ley que hasta hoy no se ha dado.⁽⁵⁾ Una de las atribuciones del Presidente de la República es la de disponer de la Guardia Nacional en sus respectivas provincias, sin poder sacarla de ellas sino en caso de sedición en las limítrofes, o de guerra exterior.⁽⁶⁾

Ejército permanente.— El ejército permanente se compone de los individuos que forman cuerpos militares en constante estado de acción, que viven reunidos y regimentados y que no tienen ni pueden tener, durante el tiempo de su enrolamiento en filas, más ocupaciones que las del servicio. Ningún Estado puede ser verdaderamente respetable en el exterior, si no conserva un ejército en actitud de repeler toda invasión y de castigar todo insulto hecho a su honra o a su integridad e independencia. Por más que las sociedades humanas avancen en civilización, por muchos que sean los vínculos que entre ellas hagan nacer las relaciones del comercio y de la industria, es evidente que el derecho no es en muchas ocasiones respetado si se sabe que no existe una fuerza dispuesta a sostenerlo en todo trance. No es esta, seguramente, la teoría de los que creen de buena fe que ha llegado el feliz tiempo en que la razón y los principios imperan en las sociedades cultas; si en verdad el abuso

(3) Marbeau.

(4) Jounin.

(5) Artículos 120 y 121, Const. de 1860.

(6) Art. 94.

de la fuerza, traducido por conquistas y por otros actos injustificables de violencia, no se presenta tan frecuentemente como en antiguos tiempos, no por ello han desaparecido del mundo los hechos injustos que arrastran desgraciadamente a los pueblos a buscar en la guerra la reivindicación de un derecho usurpado o la satisfacción de un insulto inmerecido.

El objeto de la fuerza pública dice la Carta Política del Perú, es asegurar los derechos de la Nación en el exterior, y la ejecución de las leyes en el orden interior. La obediencia militar será arreglada a las leyes y ordenanzas militares.⁽⁷⁾ La última Constitución introdujo en este precepto una novedad con la cual pretendió conciliar los mandatos de la anterior Constitución con el principio de que la fuerza pública debe ser obediente, sin poder en ningún caso deliberar.

La Constitución de 1856 fue sancionada por la Convención Nacional, bajo el imperio de ciertas ideas, cuya bondad en el terreno de las teorías no seremos capaces de poner en duda, pero que aplicadas a las exigencias del orden social son insuficientes para dar a la administración esa marcha segura tan necesaria para llenar sus altos fines. La Convención estableció por base en la materia que tratamos, que no siendo el soldado otra cosa que el ciudadano encargado de sostener la Constitución y las leyes, condenarlo a una ciega obediencia importaba tanto como convertirlo en instrumento y degradar su condición de ciudadano. Sin embargo, no es así como opinan los más autorizados escritores; la obediencia ciega para ellos es tan inseparable del severo principio de subordinación, que forma la esencia de la institución militar, que dar al ejército el derecho de deliberar equivaldría a concederle el de oponerse a los mandatos del Gobierno, supuesto que las razones de ciertas medidas cuya ejecución se ordena, no están ni deben estar al alcance del mero ejecutor. Caso llegaría en que el ejército calificase de inconstitucional un mandato gubernativo y se opusiera a su ejecución, y no sería el menor daño que de ello resultara el de echar por tierra la responsabilidad del jefe del Estado, porque nadie puede ser responsable de los actos que practica o que deja de practicar por efecto de la coacción.

El Presidente de la República organiza las fuerzas de mar y tierra, las distribuye y dispone de ellas para el servicio de la República,⁽⁸⁾ pero la

(7) Art. 119, Const. de 1860.

(8) Art. 94, Const. de 1860.

elevación de esas fuerzas y el número de generales deben ser determinados por una ley.⁽⁹⁾

Reclutamiento.— Para reemplazar las bajas del ejército, existen tres medios: el *reclutamiento forzado*, el *enganche voluntario*, la *quinta* o *sorteo*.

Reclutamiento forzado.— El reclutamiento forzado consiste en tomar indistintamente al individuo a quien se reputa apto, por su edad y por su aspecto físico, para el servicio de las armas; ese medio bárbaro e injusto ha sido desgraciadamente muy empleado durante las contiendas civiles del Perú: el reclutamiento forzado es el más brusco ataque a la libertad personal; recaía generalmente en el forastero y en el padre de familia, e imponía lo que se llama *contribución de sangre*, con tal desigualdad e injusticia que no siendo soportada por todos los ciudadanos aptos para el servicio, arrancaba violentamente del seno de una familia quizá a su único sostenedor. Disposiciones legislativas y gubernativas más o menos enérgicas en sus términos, pero siempre eludidas en la práctica, se han expedido con frecuencia para evitar el reclutamiento forzado, y la Constitución vigente declara: «que la fuerza pública no puede ser aumentada ni renovada sino conforme a ley, y que el reclutamiento es un crimen que da acción a todos para ante los jueces y el Congreso, contra el que lo ordenare».⁽¹⁰⁾

Enganche.— El *Enganche* consiste en el compromiso voluntario que contrae un individuo con el Estado para servir por cierto tiempo en el ejército o en la marina, mediante cierta suma que por ello recibe.

Los decretos de 1° de diciembre de 1830 y 6 de julio de 1847, han reglamentado el enganche, estableciendo sus condiciones, tiempo y premios.

El enganche es sin duda el medio más ventajoso para el ciudadano; pero si el reclutamiento forzado tiene los inconvenientes que hemos indicado, el enganche ofrece el de ser ineficaz para reemplazar las bajas del ejército. Pocos son, en efecto, los individuos que quieren abandonar la tranquilidad doméstica para entrar bajo el severo régimen de la disciplina militar y soportar las fatigas de una campaña: y tan convencidos están los gobiernos de esta verdad, que es casi universalmente empleado el medio de la *quinta* o *sorteo*.

Quinta.— El deber de defender la independencia nacional y de contribuir al sostenimiento y respeto de las instituciones es universal, recae so-

⁽⁹⁾ Art. 120, Const. de 1860.

⁽¹⁰⁾ Art. 123.

bre todos los ciudadanos con excepción de aquellos a quienes, por razón de su edad, profesión, estado o invalidez, exonera la ley de esa obligación.

Para que no el capricho sino la misma ley señale al ciudadano que debe tomar las armas, se ha establecido la *quinta* o *sorteo* en el cual entran todos los individuos aptos para el servicio.

La quinta, según la ley de 21 de diciembre de 1847, debe realizarse del modo siguiente:

Luego que los Prefectos reciban las órdenes del Ministerio de Guerra en que se determine el número de reclutas asignado a cada departamento, harán la distribución de los que debe dar cada provincia. Los subprefectos practicarán del mismo modo la distribución entre los distritos, poniéndose previamente de acuerdo con los síndicos procuradores de las capitales de provincia.

En las capitales de distrito se reunirán la autoridad local, el síndico procurador y el cura de la parroquia o su teniente, quienes, nombrando cuatro padres de familia honrados, y exigiendo en el acto su asistencia, procederán al sorteo de todos los individuos solteros del distrito que hayan cumplido diez y ocho años y no pasen de cuarenta.— Esta junta comprenderá previamente a pluralidad absoluta de votos, en el número de reclutas, a aquellos individuos que no tengan ocupación, ni se ejerciten en ninguna industria, ni sean útiles a sus familias. El resto de reclutas hasta el completo del contingente se sacará por suerte.

Para verificar el sorteo se inscribirán en cédulas los nombres de los individuos aptos para el servicio militar; depositadas en una ánfora, se removerá suficientemente, y se extraerá de ella por un niño el número bastante a cubrir el contingente del distrito. Los transeúntes de cualquiera procedencia y los indígenas contribuyentes no deben entrar en el sorteo.

Sólo los individuos solteros deben entrar en el sorteo, según esta ley y el artículo 178 del Código Civil.

Se exceptúan del reclutamiento los abogados, escribanos, procuradores, médicos, boticarios, los hijos de padres ancianos si su número no excede de dos, los de viudas si no tienen más que uno, los empleados por la Nación, los alumnos de los colegios y escuelas, los tonsurados y sirvientes conocidos de las iglesias, los mayordomos, mayoresales y camayos, yanaconas de las haciendas y chacras, y los operarios de minas o ingenieros en las haciendas minerales.

Los individuos matriculados en las Islas de Chíncha, y demás personas que se ocupen en el carguío del guano, están exceptuados del recluta-

miento militar. Igual garantía se ofrece a todos los que se presten a servir en el carguío del guano de dichas islas.

De la misma garantía gozan los operarios del gas, del agua, de la penitenciaría y de los ferrocarriles.

La operación preparatoria para el sorteo es formar un censo general de los habitantes de cada pueblo. El empadronamiento es una de las operaciones estadísticas que más dificultades ofrece, y por lo mismo la ley que la reglamenta debe ser el objeto de un profundo estudio de las costumbres y de las condiciones especiales del país. No puede concebirse la marcha regular del Gobierno en un pueblo que carece de censo y de catastro, documentos sin los cuales es imposible conocer el número de ciudadanos aptos para los cargos públicos ni hacer una justa distribución de impuestos.

La ley de 24 de mayo y el reglamento de 19 de noviembre de 1861 que establecen el modo de formar el censo general de la República y la lista de ciudadanos en ejercicio, adolecen de tales defectos y son tan opuestos a las recomendaciones de la ciencia, que es imposible que sus aplicaciones prácticas produzcan resultados que no sean viciosos e inútiles. Basta decir que sin atender a las condiciones topográficas de nuestros pueblos, se comisiona a un solo individuo para formar el censo de cada provincia, faltando así al principio de instantaneidad, base esencial de un buen censo.

Cargos concejiles.— No sólo están obligados los ciudadanos a prestar, como soldados, sus servicios a la patria. Otros cargos gravitan sobre ellos, y soportarlos es un deber que nadie puede eludir si la exención no se deriva de la ley.

Los cargos concejiles son: las judicaturas de paz, que se confieren por los Prefectos a propuesta de los jueces de primera instancia; la duración de ese cargo es de un año, y ningún ciudadano puede excusarse de aceptarlo sino en caso de reelección: los de conjueces y adjuntos a los tribunales, nombrados por estos mismos; todos los abogados están obligados a aceptarlos: los de jurados de imprenta, elegidos por los colegios electorales, y cuya duración es de un año, los de gobernadores y tenientes gobernadores nombrados por los Prefectos y sub-Prefectos, cuya duración es de dos años, y de los cuales no pueden excusarse sino los nombrados después de haber servido un período, los mayores de cincuenta años, y los que padecen de alguna enfermedad crónica que los inhabilite para el servicio, y los que se hallen encargados de algún establecimiento de utilidad pública. Son también concejiles, obligatorios y forzosos, los cargos municipales, y sólo renunciabiles en caso de reelección.

CAPÍTULO II

Contribuciones.— Contribución personal.— Contribución predial.— Catastro.— Alcabala.— Patentes.— Papel sellado.— Derechos de aduana.— Expropiación.

Contribuciones.— El gobierno no tiene como principal ingreso sino aquella parte de la fortuna privada que los particulares le dan periódicamente para que con ella haga frente a las necesidades del Estado. Esas necesidades, como ya lo hemos dicho, son de varias clases: sostenimiento de los empleados públicos; creación y fomento de establecimientos de beneficencia y de instrucción pública; construcción y conservación de obras de utilidad pública, entre las cuales se cuentan en primer lugar los puentes y caminos que exigen frecuentes gastos de conservación y refacción; pago de intereses y amortización de la deuda pasiva. Esa porción pagada por los particulares se llama impuestos, derechos o contribuciones.

Unas contribuciones están destinadas a las exigencias generales del Estado y se llaman *nacionales*; otras sirven para los gastos de los pueblos y se llaman *municipales*, de *proprios*, o de *arbitrios*.

Las contribuciones son *directas o indirectas*; las primeras pueden recaer sobre las personas o sobre las cosas y, por esta razón se dividen en *personales y reales*. Son contribuciones directas el tributo personal, la contribución predial, la patente y la alcabala.

Son contribuciones indirectas los derechos de aduana, el mojonazgo, la sisa y demás impuestos municipales con que se gravan los artículos de consumo.

Contribución personal.— Con el nombre de contribuciones de castas y de indígenas, se creó un impuesto capital titulado *tributo*; la primera fue abolida desde el año de 1839 y la segunda, que consistía en una tasa que

abonaban semestralmente los indígenas, se extinguió por decreto dictatorial de 1854. A pesar de varios proyectos para establecer, en reemplazo de la abolida contribución personal, otra que gravase a todos los ciudadanos con más igualdad y equidad que aquélla, el Perú es, sin duda, la única nación que vive careciendo del ingreso que figura como el principal en todos los Estados. Favorecido el país, con una riqueza natural que tantos millones ha producido y puede aún producir, los legisladores han descuidado el porvenir y alentado, hasta cierto punto, los hábitos de ocio que dominan en los pueblos del interior. Uno de los principales estímulos que alentaban al indio al trabajo era la necesidad de contribuir, y desde que ella ha desaparecido, se entrega sin cuidado alguno a la holganza y a la ociosidad. La contribución personal y el también abolido impuesto llamado *diezmo* que consistía en una parte de frutos pagados por el agricultor, bastaban casi completamente para llenar las necesidades de las provincias, para sostener al alto clero y para ayudar a los establecimientos de beneficencia; hoy todas esas cargas caen sobre el tesoro cuyo más importante ingreso consiste en los productos de la venta del *guano*, en los mercados extranjeros.

Contribución predial.— Este impuesto consiste en el cuatro por ciento que el propietario de un fundo rústico o urbano debe pagar del producto neto de la renta. Se entiende por producto neto lo que queda al propietario deducidos, en los fundos rústicos, los gastos de cultivo, de exploración y de conservación, y en los fundos urbanos, la cuarta parte de los arrendamientos que percibe, como indemnización por desmejoras y gastos de refacción.

La avaluación de esos impuestos se hace cada cinco años por encargados especiales que forman las matrículas de propietarios y les asignan la suma que cada uno debe pagar.

Los propietarios descuentan a los censualistas una parte proporcional de la cuota que pagan. Sólo se exceptúan del pago de contribución predial los propietarios de fundos notoriamente improductivos.

Catastro.— Al tratar del servicio militar indicamos que en el Perú no era conocido el documento que, con el nombre de catastro, sirve en los países bien organizados para hacer el reparto de contribuciones prediales con toda la regularidad necesaria.

El catastro consiste en una serie de operaciones cuyo objeto es levantar los planos de todas las porciones de terrenos existentes en cada común, establecer divisiones, por clases, de los cultivos; avaluar la cuota que debe imponerse a cada una de ellas, y colocar, en fin, cada porción en las diferentes clases.

El catastro debe comprender todo el territorio del Estado y ser rectificado en determinadas épocas para comprobar las modificaciones que las fincas pueden haber sufrido por causa de la traslación de dominio o por otros motivos.

Los planos de cada departamento son levantados por un geómetra en jefe que procede con los necesarios auxiliares, a la *demarcación* de límites de cada común; a su *división en secciones*, a su *triangulación* y a su *medida*. Después de levantado el plano viene la *clasificación* o división de las propiedades en clases. El número de clases no puede exceder de cinco en cada especie de cultivo. En las comarcas rurales las casas pueden dividirse en dos clases, y en las urbanas cada casa se avalúa por separado.

Después de la clasificación se forma la *tarifa de evaluaciones* para cada clase. Esa tarifa se hace por clasificadores y debe ser aceptada por el Consejo Municipal y aprobada por el Prefecto. Los clasificadores asociados al contralor de las contribuciones directas proceden a la *división en clases*, es decir, a la separación de las diversas clases de propiedades. Para manifestar, por medio de un ejemplo, cada una de las operaciones del catastro, dice Cabantous: que la *clasificación* forma las cajuelas, la *evaluación* las rotula y la *división en clases* las llena. El director de contribuciones directas aplica a la división por clases, la tarifa de evaluaciones, y redacta para que sirvan de base a la matriz catastral, los estados de las parcialidades comprendidas en cada una de las secciones en que el geómetra en jefe ha dividido el común. Estos estados, llamados *estados de las secciones*, indican el nombre del propietario de cada parcialidad, el número del plano, el lugar señalado, la naturaleza y estado de la propiedad, la designación de la clase y la contribución que debe imponerse. La matriz catastral que con aquellos estados parciales se forma, debe contener, por orden alfabético, los nombres de los propietarios y la indicación de todas las parcialidades que posee en las diversas secciones. Los estados de las secciones y las matrices se remiten después a los distritos al mismo tiempo que el padroncillo catastral. Cada propietario recibe aviso de esa remisión y puede reclamar en el caso de no creer justa la clasificación de sus fundos.⁽¹⁾

Alcabala.— Esta contribución consiste en un dos por ciento que se paga al fisco sobre el valor de los inmuebles que se venden o permutan, y de las donaciones, legados y herencias en favor de parientes transversales o de

(1) Fodéré. — Cabantous. — Lafon.

personas extrañas. Los escribanos están obligados a dar parte a los sub-Prefectos y a los administradores del tesoro de los instrumentos que otorguen en todos los casos en que debe pagarse alcabala.

Patentes.— Esta contribución consiste en el cuatro por ciento de la utilidad que anualmente produzca toda industria y sólo están exonerados de pagarla los artesanos o trabajadores que no ganen al año más de doscientos pesos.

La tasa de las patentes para cada gremio, se determina anualmente por diputados nombrados por los Prefectos; su recaudación incumbe a los administradores de las tesorerías.

Papel sellado.— La forzosa obligación de usar el papel timbrado con el escudo de armas de la República, en los asuntos judiciales, en las representaciones elevadas al Ejecutivo y al Congreso, en los documentos de obligación y en los contratos, impone a los particulares una contribución indirecta semejante a la que, con el nombre de *Derechos de timbre*, existe en Francia. Los sellos se dividen en seis categorías; el sello sexto es el de menor precio. Leyes especiales determinan el sello que corresponde a los diferentes usos del papel timbrado.

Derechos de aduana.— La importación de mercaderías extranjeras y la exportación de los productos nacionales están gravados con impuestos llamados *derechos de aduana*. La tasa de esos derechos es variable y se determina en los aranceles que periódicamente se forman por los empleados de hacienda a quienes se comisiona para el efecto. El principio que debe regir en los aranceles es facilitar cuanto se pueda la introducción de los artículos más necesarios para la vida y de las materias primeras que se emplean en las manufacturas del país y gravar tanto más los objetos, cuanto su necesidad y utilidad sean menos demostradas. Por esta razón se imponen derechos muy pequeños o se concede entera libertad de entrada a los instrumentos científicos, a los libros, a las herramientas de agricultura y a otros objetos semejantes.

Los derechos de aduana tienen diversa aplicación así como proceden no sólo de la importación o exportación, sino también de su permanencia en los depósitos fiscales; así se conocen derechos de *arbitrios*, de *consolidación*, de *almacenaje*, etc.

Los reglamentos de policía de los puertos y los de comercio imponen a los buques mercantes otros gravámenes cuyo producto se destina a la conservación de los muelles, aparatos de descarga, etc., estos impuestos de puerto toman los nombres de derechos de aguada, de muellaje, de pescante y de toneladas, etc.

Es un principio constitucional que las contribuciones generales directas o indirectas no pueden imponerse en el Perú sino en virtud de una ley, en proporción a las facultades del contribuyente, y para el servicio público; y que sólo al Congreso compete crear contribuciones y suprimir las existentes.⁽²⁾

Las Municipalidades tienen la atribución de proponer al gobierno, por conducto de las respectivas Prefecturas, nuevos arbitrios e impuestos, los cuales nunca pueden establecerse sin la sanción del Cuerpo Legislativo.⁽³⁾

Expropiación.— La propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria o artística; a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública, probada legalmente y previa indemnización justificada.⁽⁴⁾ Cuando el gobierno toma la propiedad ajena en los términos previstos por la disposición constitucional que acabamos de copiar, ejerce el *derecho de expropiación*. La legislación civil del Perú detalla las formalidades que deben preceder a la expropiación entre las cuales se cuenta la formación de un expediente en que se pruebe la necesidad y utilidad de la obra pública que exija la expropiación y la imposibilidad de ocupar para la obra otro terreno.

Los trámites que el código de procedimientos en materia civil establece para los casos en que el propietario se oponga a la enajenación, dejan tan ancha puerta a la demora y a la complicación de incidentes, que no trepidamos en atribuir a ese defecto, en la legislación, la dificultad con que en el país se forman empresas que acometan obras en que se haga preciso tomar propiedades particulares. Es un principio generalmente seguido en materia de obras públicas, y muy especialmente en ferrocarriles, que el gobierno delega a las empresas el derecho de expropiar, y difícil es que los interesados se resignen a principiar experimentando las molestias de un pleito, sostenido, más de una ocasión, como medio de alcanzar mayores ventajas en la venta.

La legislación francesa ha sufrido desde 1807 notables modificaciones sobre el importante punto de la enajenación forzada, el principio de la inviolabilidad de la propiedad privada fue consignado en la declaración de los derechos del hombre hecha por la Asamblea nacional, y repetida en las Constituciones posteriores. La facultad de declarar la utilidad de una

(2) Arts. 8 y 59, Const. de 1860.

(3) Art. 44, Ley de 3 de mayo de 1861.

(4) Art. 26, Const. de 1860.

obra pública, de entrar en posesión de los inmuebles que se consideraban necesarios para ella y de determinar la indemnización debida al dueño, residía en el Ejecutivo, hasta que la ley de 8 de marzo de 1810 encomendó esas facultades al Poder Judicial. Los inconvenientes no menos graves que las solemnidades y formas de los juicios presentaban en los casos de expropiación, dieron lugar a la ley de 1841 en la cual, dando a los propietarios garantías contra los abusos del poder, se creó el jurado de expropiación y se estableció una sustanciación más sumaria que la existente.

El sumario, según la última ley, para comprobar la necesidad de la expropiación, se forma ante la autoridad administrativa, y una vez decidida se comunica a los interesados, señalándose un corto término para que se opongan si se creen con justicia para ello. En este caso la autoridad de la justicia no se extiende sino hasta cambiar o modificar los decretos del Prefecto; no puede resolver que no se haga la expropiación, porque su poder se limita a examinar si se han llenado las formalidades de la ley. En una palabra conoce de la forma y no del fondo del asunto.

Declarada la necesidad de la expropiación, sin reclamación de parte o después de ella, si el propietario conviene con el Prefecto en el precio de la venta, se realiza ésta sin necesidad de más diligencias que las que exige la naturaleza del contrato. Cuando los propietarios consienten en la cesión, pero no están de acuerdo con el Prefecto sobre el precio, el tribunal designa al magistrado director del jurado sin que sea preciso pronunciar sentencia de expropiación.

Del veredicto expedido por el jurado declarando que no ha habido irregularidad, ni omisión ni infracción en el decreto prefectural y disponiendo por consecuencia que se verifique la expropiación, no hay apelación, pero puede ocurrirse al tribunal supremo en los casos de vicio de las formas del juicio, incompetencia o excesos del poder. La corte suprema procede a resolver ese recurso en un término corto y sin todos los trámites exigidos en los asuntos comunes.

CAPÍTULO III

Administración de las rentas públicas.— Presupuesto general.— Contabilidad administrativa.— Oficinas de contabilidad administrativa.— Contabilidad judicial.

Administración de las rentas públicas.— La *contabilidad pública*, en su más amplio sentido, comprende las operaciones legislativas, administrativas y judiciales referentes al manejo de las rentas públicas.

La contabilidad se divide, con relación a sus agentes, en *legislativa, administrativa y judicial*; y con relación a su destino, en contabilidad general y contabilidades especiales.

La contabilidad legislativa comprende esencialmente la autorización dada al Ejecutivo para recaudar los fondos y emplearlos en las diferentes exigencias de los ramos administrativos.

Presupuesto general.— La autorización de que acabamos de hablar es el objeto de una ley llamada de *Presupuesto General*. El presupuesto general, como lo indica su título, es la enumeración de todas las entradas y rentas con que el Estado debe contar y la distribución de esos ingresos en los diversos ramos del servicio. La naturaleza de esa ley le da un carácter transitorio y periódico cuya duración se limita a un año en algunos países y es de dos años en el Perú.

Al Ministro de Hacienda toca presentar al Congreso la cuenta general del bienio vencido y el proyecto de presupuesto para el bienio venidero.⁽¹⁾

(1) Art. 102, Const. de 1860.

La ley de presupuesto se discute separadamente en cada una de las cámaras como las demás leyes y comprende la enunciación detallada de todos los ingresos con la aproximada apreciación de sus valores y la distribución de esos ingresos en los cinco ministerios. Generalmente se asignan a cada ramo tres partidas: *gastos ordinarios* que consisten en los salarios de empleados y pensionistas y la compra de todos útiles necesarios al servicio; *gastos suplementarios* o *extraordinarios* que son los que originan las nuevas obras públicas o las concesiones hechas por una sola vez; y *gastos imprevistos* que son los motivados por los acontecimientos que pudieren sobrevenir o por ocurrencias momentáneas del servicio.

El modo de votar las partidas de gastos del presupuesto ha sido el objeto de diversas medidas en la legislación de algunos países. Intentado el sistema de discusión y votación de cada partida, fue dado de mano por el más sencillo de votar sumas para cada ramo del servicio, como por ejemplo, tal cantidad para gastos de justicia y tal otra para obras públicas; a este sistema que es el más aceptado, se intentó sustituir el de votación de sumas para cada ministerio dejando así en libertad al Ejecutivo para aplicar a cada ramo de los comprendidos en ese Ministerio, las sumas que creyere oportuno.

En el Perú la ley hace en sus artículos aplicaciones especiales a cada empleado y a cada objeto de gasto ordinario y extraordinario. Sólo al Congreso compete suprimir y crear empleos públicos y asignarles dotación.⁽²⁾

Terminada la sanción del Presupuesto General, se manda cumplir la ley por el ejecutivo y desde entonces empieza la contabilidad administrativa.

Contabilidad administrativa.— La variada naturaleza de los ingresos de un Estado supone la diversidad de oficinas colectoras; tales son las administraciones de correos, receptorías de contribuciones, aduanas y tesorerías.

Oficinas de contabilidad administrativa.— Con el nombre de *Dirección General de Hacienda* existe una oficina central encargada de hacer cumplir religiosamente el presupuesto, de dirigir la contabilidad en todas las tesorerías y aduanas y llevar la cuenta general de entradas y gastos de la Nación. La dirección, luego que recibe el presupuesto, pone en conocimiento de las tesorerías los gastos ordinarios que con arreglo a la ley pueden hacer, y de toda orden de pago que los Ministros expiden con designación de la partida del presupuesto a que haya de imputarse, debe tomarse

(2) Art. 29, Const. de 1860.

razón en la dirección. Sin este requisito, ordenado siempre por el Ministerio de Hacienda que manda cumplir las órdenes, no puede verificarse el pago por las tesorerías.

Las *Tesorerías* del Estado son oficinas departamentales en las cuales deben ingresar todas las rentas fiscales. Las tesorerías no pueden hacer más pagos que aquellos ordinarios que les han sido librados a principio del bienio por el Director General de Hacienda; para cualquier otro deben tener orden suprema, transmitida por esta oficina. Diversas leyes y decretos han reglamentado el servicio de las tesorerías; nuestra legislación en esta parte es complicadísima y cada día se hace más sensible la falta de un código de Hacienda que dé unidad y concierto a ese importantísimo ramo del servicio público.

Las *Aduanas* y *sus tenencias* son oficinas establecidas en los puertos legalmente abiertos al comercio; coleccionan los derechos señalados en los respectivos aranceles y en los reglamentos de policía de los puertos. De sus ingresos hacen los gastos exigidos por el servicio.

Las sub-prefecturas son también receptoras de ciertos impuestos en los lugares en que no son capitales de departamento.

La *Dirección General del Crédito Público* está encargada de recaudar e invertir las rentas destinadas al pago de intereses y a la amortización de la deuda nacional interna y la cuenta de la externa que a favor de varias transacciones económicas se paga en el extranjero. Tiene también a su cargo la cuenta referente al negociado del *guano*.

Estas son las principales oficinas que intervienen en la contabilidad administrativa.

Contabilidad judicial.— Todo empleado de Hacienda que maneja fondos está naturalmente sujeto a responsabilidad por los abusos que pudiera cometer; para que esa responsabilidad pueda hacerse efectiva les exige la ley, fianzas de un valor proporcionado a la importancia de su manejo. Los jefes de las aduanas, correos, tesorerías, etc. deben presentar periódicamente sus cuentas. Con el nombre de *Tribunal mayor de cuentas* existe una oficina general, especialmente encargada de examinar y juzgar las que anualmente deben presentar los administradores de rentas nacionales. El juzgamiento, sujeto a especiales procedimientos demarcados en el reglamento del tribunal, reconoce dos instancias y el recurso extraordinario de nulidad; los empleados de que consta tienen obligación de examinar las cuentas que les designe el presidente, y de vigilar sobre la vigencia de las fianzas y solvencia de los fiadores de los empleados de Hacienda.

Para constituirse en Tribunal y pronunciar su fallo sobre las cuentas examinadas, debe preceder un sorteo que designe a los jueces. El tribunal de 1ª instancia se compone de tres vocales del Tribunal, y el de segunda de dos vocales de la corte superior de Lima y dos del Tribunal; de los recursos de nulidad conoce la Corte Suprema de Justicia.⁽³⁾

Los casos en que los empleados de Hacienda, cometan los delitos de fraude, peculado u otros semejantes, son juzgados por los tribunales ordinarios con arreglo al código penal.⁽⁴⁾

(3) Reglamento de 1848.

(4) Títulos 9 y 10, Sección 5ª, Lib. II. Cód. Penal.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora Jurídica Grijley <grijley@speedy.com.pe>,
en el mes de mayo de 2008.



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)