

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

DIRECTOR

LUIS ELGUERA

SECRETARIO

AÑO 9, N° 16

ENERO - JUNIO 2008

16 / 2008

Revista Peruana de

Derecho Público

ESTUDIOS

Aspectos constitucionales de la identidad cultural
por **PETER HÄBERLE**

Ampliación del acceso a la Corte Constitucional e introducción
de un recurso directo de tutela de los derechos fundamentales.
Las experiencias italiana y española en contraste
por **ROBERTO ROMBOLI**

Los principios constitucionales ante el desafío de la globalización
por **JAVIER TAJADURA TEJADA**

El constitucionalismo actual
por **PEDRO J. FRÍAS**

Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos
del poder constituyente originario
por **JORGE TAPIA VALDÉS**

La teoría del proceso a la luz lánguida del Tribunal Constitucional peruano.
Sobre la presunta "autonomía procesal constitucional"
por **JUAN F. MONROY GÁLVEZ**

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 16 • Enero-Junio de 2008

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, André Ramos
Tavares
Chile : Humberto Nogueira Alcalá
Colombia : Carlos Restrepo Piedrahita, 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'echange

Correspondencia editorial:
Av. José Gálvez 200 (Corpac)
Lima 27 - PERU
E-mail: lcelguera@hotmail.com

Suscripciones, avisaje y distribución:
Editora Juridica 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

Aspectos constitucionales de la identidad cultural PETER HABERLE	13
---	----

Ampliación del acceso a la Corte Constitucional e introducción de un recurso directo de tutela de los derechos fundamentales: las experiencias italiana y española en contraste ROBERTO ROMBOLI	27
--	----

Los principios constitucionales ante el desafío de la globalización JAVIER TAJADURA TEJADA	43
---	----

El constitucionalismo actual PEDRO J. FRÍAS	81
--	----

Poder constituyente irregular: los límites metajuridicos del poder constitu- yente originario JORGE TAPIA VALDÉS	95
--	----

La teoría del proceso a la luz lánguida del Tribunal Constitucional peruano: sobre la presunta "autonomía procesal constitucional" JUAN F. MONROY GÁLVEZ	119
--	-----

NOTAS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, su naturaleza jurisdiccional: competencia y dificultades con el Perú VÍCTOR JULIO ORTECHO VILLENA	159
--	-----

Tercer Congreso Peruano de Derecho Administrativo ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA	165
--	-----

CRÓNICAS

VI Congreso de la asociación de constitucionalistas de España (ACE) (Cádiz, 24 y 25 de enero de 2008) GERARDO ETO CRUZ / JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO	173
Jornadas argentino, chileno y peruana de asociaciones de Derecho Constitucional (Buenos Aires, abril de 2008) MANUEL BERMÚDEZ TAPIA.....	181

DOCUMENTOS

La necesidad de la concertación nacional VALENTÍN PANIAGUA CORAZAO	187
---	-----

NECROLÓGICA

Antonio La Pergola (1931-2007) ALFONSO HERRERA GARCÍA	195
Juan Ferrando Badía (1926-2007) CARLOS FLORES JUDERÍAS	201

EDITORIAL

El primer semestre de 2008 ha estado signado por diversos acontecimientos. El régimen ha seguido su ritmo con un Congreso dividido y con todos los síntomas de que seguirá en ese estado, pero sin que ello debilite el sistema. Pero obligando al Ejecutivo a hacer alianzas, si bien transitorias, para obtener apoyo parlamentario.

El desarrollo del proceso penal que se le ha iniciado al expresidente Fujimori, y sobre el cual tendrá que escribirse con calma en algún momento, lo ha sido de manera impecable, a tenor de lo que expresan los observadores extranjeros. Es interesante el caso, al margen de cuáles sean sus resultados, porque resulta nada menos que del enjuiciamiento de un presidente que gobernó el país por más de diez años, y que al parecer goza aun de altos niveles de popularidad (si bien esto es frecuente en aquellos que gobernaron con mano dura, como pudo verse en el caso del general Odría, que casi alcanza por las urnas la presidencia de la República, por segunda vez, en 1962).

Aspecto importante que puede tener implicancias en todos los campos es la implementación del Tratado de Libre-Comercio con los Estados Unidos. Así como el otorgamiento de facultades legislativas al Poder Ejecutivo (Ley 29157) para su mejor implementación. Y que ha originado la sanción de gran cantidad de decretos legislativos en donde mucho irá de contrabando, como ha sucedido en épocas anteriores en que este fenómeno de delegación de facultades se hizo. De lo que se ha publicado hasta la fecha hay normas relacionadas con la simplificación del procedimiento administrativo y el sistema de contrataciones del Estado, y se han hecho ajustes a la legislación para protección del ambiente y de las áreas naturales protegidas, incluyéndose la creación del flamante Ministerio del Ambiente.

También, se ha expedido legislación sobre la represión de la competencia desleal y el sistema de protección al consumidor, así como una nueva ley de organización del Instituto de Defensa de la Competencia y Propiedad Industrial – INDECOPI. Saludamos toda mejora legislativa, pero pensamos que este paquete legislativo debe ser analizado con detenimiento, para corregir eventuales excesos.

De otro lado, en este semestre se ha expedido cierta legislación de interés constitucional. La Ley N° 29222 ha puesto fin a la situación de incapacidad civil que sufría todo ciudadano en cuyo Documento Nacional de Identidad (DNI) existiese información no actualizada; anteriormente esto implicaba la invalidez del documento, con lo que las personas quedaban impedidas de realizar actos jurídicos formales que requieren de identificación. También la Ley N° 29248 zanjó una antigua discusión relativa al servicio militar, que ahora solamente será voluntario y no obligatorio. Todo esto abona a favor de los Derechos Fundamentales de las personas.

En la parte dedicada a las necrologías, damos cuenta de la desaparición de dos colegas eminentes. El prof. Antonio La Pergola, a quien traté mucho tanto en México como en Italia, y a Juan Ferrando Badia, a quien conocí y frecuenté desde la década de los años ochenta del siglo pasado, en forma fluida y continuada, y quien nos visitó en varias oportunidades. Dictó un cursillo sobre jurisdicción constitucional en la Universidad de Lima (en 1987) y luego coincidimos en otros eventos más. Una penosa enfermedad lo tuvo alejado de todo, hasta su fallecimiento en diciembre último. De ambos decesos damos debida cuenta en el apartado correspondiente.

Lima, junio de 2008

El Director

ESTUDIOS

ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA IDENTIDAD CULTURAL *

Peter Haberle **

SUMARIO: I. Introducción y problemática. II. Inventario de textos constitucionales, europeos e internacionales. III. Un marco teórico. 1. El enfoque de la ciencia cultural. 2. La cuestión (filosófica) de la "identidad". 3. La cuestión de la identidad cultural como problema de referencia. 4. Ejemplos en campos concretos. IV. Perspectivas. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN Y PROBLEMÁTICA

La actualidad del tema es muy grande, en el plano nacional y en el europeo, incluso a escala planetaria. En vista, por un lado, de la "globalización" acelerada y, por el otro, de los procesos de "federalización" y "regionalización" que se desarrollan en muchos estados constitucionales, y ante las dudas que despierta el desbocado mercado (global), observamos a nivel mundial un retorno a la conciencia de la cultura como fuerza

(*) A la memoria de L. Favoreu. – Ponencia presentada al Congreso Internacional "Culturas y sistemas jurídicos comparados" y VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 6-10 de febrero de 2006). La traducción del alemán al castellano se debe a Héctor Fix-Fierro.

(**) Director del Bayreuther Institut für Europäisches Recht und Rechtskultur, así como de la Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht, Universidad de Bayreuth, Alemania.

generadora de identidad, a la libertad cultural como libertad directamente referida a la dignidad humana (en contraste con la libertad económica y su significado puramente instrumental), a la diferencia cultural (desde la diversidad hasta a la protección de minorías). La "cultura", que es una creación de Cicerón, desarrolla una impresionante carrera temática en muchos campos: piénsese, por ejemplo, en la lucha a favor de la protección de la identidad cultural del ser humano (lucha visible también en la protección de los datos personales), de la diversidad de minorías de pueblos o regiones enteros en Europa o Latinoamérica, o a favor de la convención de la UNESCO, por lo pronto fracasada, sobre la "diversidad cultural". Otras palabras clave al respecto son "cosmopolitismo a partir del arte y la cultura", "cultura de la libertad", religión, arte y ciencia como triada de las libertades fundamentales que caracterizan al ser humano, pero también la oposición entre cultura y naturaleza como aquello que no ha sido creado por el hombre, pero que es indispensable para éste. También debemos mencionar mis propios conceptos de "cultura" de los derechos humanos o de la Constitución. Por lo que se refiere a Alemania, resulta central el concepto de "patriotismo constitucional", acuñado por D. Sternberger; a nivel general lo es el de "cultura jurídica". Según el presidente alemán, Horst Dörner, la responsabilidad por la Shoah —el Holocausto del pueblo judío— es "parte de la identidad alemana" (*Frankfurter Allgemeine Zeitung*, del 3 de febrero de 2005, p. 1).

Sin duda no es casualidad que, precisamente en Italia, el *Consiglio Nazionale delle Ricerche* lleve a cabo, bajo la dirección de A. D'Atena, un proyecto con el título de "Identidad Cultural", pues prácticamente ningún otro país del mundo puede vivir, como Italia, de su rica herencia cultural; ningún otro contribuye tanto, personal y financieramente, a la protección de los bienes culturales; ningún otro ha creado tantos paisajes culturales e imágenes urbanas o ha vivido tantos periodos artísticos (piénsese en el Renacimiento y el humanismo en Florencia, o el barroco en Roma), y quizá ningún otro país, como Italia, ha hecho tantas aportaciones al patrimonio cultural de la Humanidad de la UNESCO. Ciertamente van en contra de ello algunas iniciativas del actual gobierno en Roma, el cual, en virtud de su "divinización" del mercado y la competencia, de su política monopolista en materia de medios de comunicación, así como de su orientación primaria hacia el poder económico y la "eficiencia", causan irritación a muchos amantes de Italia —como el autor de este ensayo— y aún los ponen a "prueba". Inclusive la ciencia, las universidades, tienen que laborar de manera económica y eficiente, como una empresa. ¡Vaya desconocimiento de su misión!

Resulta evidente, pues, que el tema de la "identidad cultural" solo puede tener éxito en un diálogo interdisciplinario. Sin embargo, esta exi-

gencia sobrepasa las limitadas posibilidades del autor, el cual, a partir de un enfoque basado en la ciencia de la cultura,⁽¹⁾ pero en parte siguiendo también las huellas de una tradición alemana, es capaz solamente de plantear algunas cuestiones jurídico-constitucionales y abrir algunas puertas, pero sin cruzarlas él mismo.

II. INVENTARIO DE TEXTOS CONSTITUCIONALES, EUROPEOS E INTERNACIONALES

Siguiendo el programa de una teoría de la Constitución nacional y europea concebida como "ciencia jurídica de los textos y la cultura", comencemos con un inventario de textos jurídicos. Tales textos pueden servir de "inspiración" para la ciencia —si así se quiere, incluso para "encenderla"—, y justamente esta base de los textos escritos, junto con sus "etapas textuales", es la que puede controlar los posibles vuelos (especulativos) de la teoría. En los tres campos se encuentran ejemplos de conjuntos de normas y grupos de textos, los cuales constituyen una expresión de las ideas de la identidad cultural: en el derecho constitucional nacional, en el derecho constitucional europeo, y en el derecho internacional, el cual se encuentra, en algunos sectores, en camino hacia su "constitucionalización". En lo particular nos referimos a:

- Cláusulas sobre el patrimonio cultural *européo*: la temprana Convención Cultural Europea de 1954: artículos 1º y 5º sistematizados ya hace trece años);⁽²⁾ por último el artículo 128, incisos 1 y 2 del Tratado de la Comunidad Europea de 1992; I artículo 3 inciso 3 y III artículo 181 hit. B inciso 3 del proyecto de Constitución Europea de 2004.
- Patrimonio cultural: artículo 8, inciso 3 de la Constitución de Albania; artículo 23 de la Constitución de Bulgaria; artículo 44, inciso 2 de la Constitución de la República Eslovaca (1992); artículo 3 de la Constitución de Eslovenia; preámbulo y artículo 143, segunda frase, de la Constitución de Guatemala de 1985.
- Cláusulas sobre el patrimonio cultural *nacional*: artículo 6, inciso 1, de la Constitución de Polonia (1997): "igual acceso a los bienes de la cultura que son fuente de la identidad, continuidad y desarrollo de la

⁽¹⁾ Fundamentado en los libros *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982) y *Kulturpolitik in der Stadt* (1979).

⁽²⁾ Cfr. Häberle, P., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 267, 284, 326, 330, 646 y siguientes.

nación. . .”; véase también el preámbulo de la Constitución del Níger (1990): preocupación por la “identidad cultural y espiritual”.

- Cláusulas sobre la identidad nacional: artículo 46 de la Constitución española; artículo 34, inciso 2, de la Constitución de Brandemburgo; sobre todo en y a partir del derecho constitucional europeo, por ejemplo, los artículos F, inciso 1, y 6, inciso 3, del Tratado de la Unión Europea,⁽³⁾ el Tratado de la Constitución Europea de 2004 (preámbulo), así como la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 (preámbulo); preámbulo y artículo 3 de la Constitución de Albania; artículo 2 de la Constitución de Sao Tome y Príncipe (1990).
- Cláusulas sobre la identidad europea: preámbulo y artículo 2 del Tratado de la Unión Europea.
- Protección de los bienes culturales nacionales: artículo 78, inciso 2, lit. c, de la Constitución de Portugal (“identidad cultural común”).
- Cláusulas sobre identidad referidas a la protección de minorías: por ejemplo, el artículo 25, inciso 1, de la Constitución de Brandemburgo; artículo 5, inciso 2, y artículo 6 de la Constitución de Sajonia; artículo 48, inciso 2, de la Constitución de Macedonia (1991); artículo 76, inciso 1, de la Constitución de Montenegro (1992); artículo 35, inciso 2, de la Constitución de Polonia; artículo 16 de la Constitución de Rumania (1991); artículo 64, inciso 1, de la Constitución de Eslovenia (1991); véase también el artículo 114 de la Constitución de Letonia (1992/94): “particularidades culturales”.
- Cláusulas sobre identidad referidas a iglesias y comunidades religiosas: por ejemplo, I artículo 51, inciso 3 del proyecto de Tratado de la Constitución Europea de 2004.
- Cláusulas relativas a estatutos de autonomía: artículo 147, inciso 2, lit. a de la Constitución española (“identidad histórica”).
- Cláusulas sobre comunidad e identidad relativas a determinadas regiones del mundo: por ejemplo, en relación con Latinoamérica, el preámbulo de la Constitución de Colombia de 1991; artículo 6, inciso 2, de la Constitución del Uruguay de 1992; o en forma de declaraciones sobre África y su “unidad”: *cfr.* los preámbulos de la Constitución de Burundi de 1992, de la Constitución de Mali de 1992 y de la Constitución del Senegal de 1992.

⁽³⁾ Al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en *B VerfGE* 89, 155 (189).

- Cláusulas sobre protección e identidad relativas al individuo (La persona, el "sujeto"): artículo 26, inciso 1, de la Constitución de Portugal; artículo 58 de la Constitución de Guatemala; artículo 10 de la Constitución de Moldova de 1994 (derecho a la "identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa").

Este inventario, hasta ahora no elaborado, constituye, hasta donde tengo conocimiento, mucho más que una mera "cantera".

De estas "cláusulas de identidad" *abiertas* o declaradas hay que distinguir las cláusulas "ocultas", es decir, las que no trabajan expresamente con el concepto de "identidad", pero que están marcadas por este concepto a través de la interpretación del conjunto textual. Aquí pertenecen, además de los artículos sobre el idioma y los fines de la educación,⁽⁴⁾ las garantías sobre días festivos, los nacionales —como el 4 o el 14 de julio, o recientemente el 3 de octubre como "día de la unidad alemana" (y que a fines del 2004 el canciller y el ministro de finanzas alemanes propusieron eliminar, como si se tratara de una mercancía)— o mundiales, como el primero de mayo. Luego están los himnos nacionales —a nivel europeo la "Novena" de Beethoven— las banderas,⁽⁵⁾ los escudos de armas y las monedas, en algunos países también las "ciudades capital"⁽⁶⁾ (por ejemplo, artículo 1, inciso 3, de la Constitución de Sajonia-Anhalt, artículo 11 de la Constitución de Portugal: "símbolo de la unidad e integridad"; véase también el artículo 169 de la Constitución de Bulgaria (1991); artículo 17 de la Constitución de Letonia (1999): "antigua capital histórica de Letonia"; § 74 de la Constitución de Hungría (1949/90).

Solamente a través de un enfoque más profundo —de carácter culturalista— es posible reconocer de qué modo estas normas o instituciones fundamentan y marcan la identidad de un pueblo y del Estado constitucional nacional. Así, por ejemplo, la "cláusula de eternidad" del artículo 79, inciso 3, de la Ley Fundamental alemana constituye una garantía de identidad del Estado constitucional⁽⁷⁾ (véanse también los artículo 288

(4) Al respecto mi ensayo en el volumen de homenaje a Pedrazzini: "Sprachen-Artikel und Sprachenprobleme in westlichen Verfassungsstaaten", 1990, pp. 105 y siguientes; Häberle, P., *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981.

(5) Cfr. BVerfGE 81, 278 (297).

(6) Cfr. Häberle, P., "Die Hauptstadtfrage als Verfassungsproblem", *DÖV* 1990, pp. 989 y siguientes.

(7) Al respecto, Häberle, P., "Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien", en *Festschrift Haug*, 1986, pp. 81 y siguientes.; Kirchhof, P., "Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten", en *HdBStR*, vol. I, 1987, pp. 775 y siguientes.

de la Constitución de Portugal de 1976; 148 de la Constitución de Rumania de 1991; 130 de la Constitución de Guinea-Bissau de 1993; 225 de la Constitución del Chad de 1996). Dicha identidad circunscribe el consenso fundamental. La lengua nacional, ya sea en singular o en plural (como en Suiza) —protegida de diversas formas en los correspondientes artículos (por ejemplo, artículo 74, inciso 2, lit. h de la Constitución de Portugal; artículo 3 de la Constitución española; § 17 de la Ley Fundamental de Finlandia de 2000), pertenecen a este conjunto, lo mismo que la remisión a la historia constitucional y a sucesos especiales como las revoluciones o la unidad nacional, tanto como las grandes incluso utópicas expectativas en el futuro, como sucedió entre 1949 y 1989 con la unidad alemana, o sucede actualmente con la irlandesa.

Tales bienes fundamentales están fijados frecuentemente en los *preámbulos*,⁽⁸⁾ los cuales, en tanto "género literario" constitucional y por su forma lingüística, se ocupan frecuente y ampliamente de los elementos de la identidad cultural, contribuyendo así a la constitución de la comunidad política. Por tanto, resulta evidente formular la tesis de que de la Constitución interpretada y de sus partes se deriva también la identidad cultural. Especialmente productivas son las cláusulas "en el espíritu de" (por ejemplo, artículo 33 de la Constitución de Renania-Palatinado; artículo 30, inciso 1, de la Constitución de Berlín; artículo 131, inciso 3, de la Constitución de Baviera; preámbulo de la Constitución de Hamburgo), un pedazo de Montesquieu en los textos constitucionales. Por último, en el artículo 35, inciso 1, del Tratado de la Unificación Alemana de 1990 se "esconde" una pieza de la identidad de Alemania ("En los años de la división alemana, constituyeron el arte y la cultura... el fundamento de la permanencia de la unidad alemana").

III. UN MARCO TEÓRICO

1. El enfoque de la ciencia cultural

Aquí solamente podemos esbozar el marco teórico, el cual se apoya en el "enfoque de la ciencia cultural" que el autor ha aplicado desde 1978/82 y que aquí recapitulamos en conceptos clave. El punto de partida es un concepto abierto y pluralista de cultura que abarca las categorías, mutuamente receptoras, de "alta cultura" (de lo verdadero, lo bueno y lo bello) y de "cultura popular", especialmente viva en Latinoamérica (indígenas) y

(8) Al respecto Häberle, P., "Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen", *Festschrift Broermann*, 1982, pp. 211 y siguientes.

en Suiza (por ejemplo, como folklore), así como de las culturas alternativas y las subculturas (desde el fútbol hasta los Beatles, o más bien al revés). Las mezclas las encontramos en los conceptos de cultura cortesana, burguesa o proletaria. El objetivo del enfoque de la ciencia cultural es captar los elementos profundos que se encuentran "detrás" de los textos normativos, pues el conjunto de reglas jurídicas constituye solamente una dimensión. De este modo puede hacerse presente la dimensión histórica, por ejemplo, la memoria colectiva cultural de un pueblo, así como sus "conquistas", sus traumas y sus heridas ("destino"), como sucede en Ucrania con Chernobil (palabra clave: "ciencia de la experiencia"). De la historia constitucional proviene o se condensa un pedazo de identidad ("patriotismo constitucional", D. Sternberger). Por tanto, no son suficientes las explicaciones, los textos, las instituciones y los procedimientos jurídicos. La Constitución no solamente es un orden jurídico para los juristas, el cual éstos tienen que interpretar conforme a las viejas y nuevas reglas del oficio, sino que sirve también, de modo esencial, como lineamiento para los no juristas, para los ciudadanos. La Constitución no es solo un texto jurídico o un "conjunto de reglas" normativas, sino también expresión de un estado de desarrollo cultural, medio para la automanifestación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Las constituciones *vivas*, como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad, constituyen, por su forma y su fondo, más bien una expresión y una comunicación de la cultura, un marco para la (re)producción, recepción y acumulación de "informaciones", experiencias, vivencias y sabiduría culturales tradicionales, y en la misma medida será la profundidad de su validez cultural. Esto lo expresa bellamente una imagen de Goethe retomada por H. Heller, en el sentido de que la Constitución es "forma marcada, que se desenvuelve de manera vital".

Ello no significa que se hayan vuelto obsoletas las concepciones tradicionales sobre la Constitución, como por ejemplo, la noción de la Constitución como "norma y tarea" (U. Scheuner), como "incentivo y restricción" (R. Smend), como limitación y garantía de un proceso vital en libertad (H. Ehmke), hasta llegar a la nueva concepción de la "Constitución como proceso público" (1969), aunque sí conservan un valor indispensable pero relativo.

En Europa resulta importante entender el proceso de unificación legitimado paulatinamente a partir de 1957 ("Roma", "Brúcelas", por último "Niza") como proceso cultural y no como fenómeno primariamente económico. Los ejemplos relevantes son la controversia todavía abierta sobre la referencia a Dios en una Constitución europea y sobre la integración de Turquía, y quizá en un futuro también la de Ucrania. Desde el punto de

vista metodológico, este enfoque franquea el camino a la "comparación constitucional cultural" (1982), como elaboración de las similitudes y las diferencias, a la idea de la comparación jurídica como "quinto" método de la interpretación (1989), tesis ahora recibida y practicada por el tribunal constitucional de Liechtenstein (2003). Desde el punto de vista sustantivo será posible entender el surgimiento, gracias a la política y a la Constitución, de un espacio público europeo a partir de un espacio público cultural ya existente, y así otorgar un valor especialmente elevado al derecho constitucional de la cultura en las constituciones nacionales y en la europea, en el contexto de los artículos sobre valores fundamentales y sobre la base de las libertades de los ciudadanos, así como de las competencias culturales de la *res publica*. Conceptos tales como "cultura constitucional" o "cultura de los derechos fundamentales" (1979/82) solamente pueden esbozarse y utilizarse dentro de este marco teórico. El concepto de "cultura jurídica", referido también al derecho civil y al penal, resulta contiguo. La cultura jurídica europea se constituye a partir de seis elementos: historia, ciencia, independencia de la jurisdicción, neutralidad confesional del Estado, diversidad y unidad, particularidad y universalidad.

2. La cuestión (filosófica) de la "identidad"

La cuestión de la identidad (traducible quizá como "independencia", "particularidad", "esencia" o también como "integridad") tiene que ser acomodada en este contexto. Hay que rechazar las teorías filosóficas de la identidad, desde Platón hasta Hegel, porque están comprometidas con un enfoque holista y porque fácilmente desembocan en ideologías totalitarias. En mi opinión, el texto clásico en este sentido es el racionalismo crítico de Popper, el cual franquea también el camino para toda clase de pluralismo: desde la "Constitución del pluralismo" (1980) hasta el pluralismo de los sujetos de la cultura (1979), en relación, por ejemplo, con los medios de comunicación, los grupos sociales, las iglesias y otras asociaciones. Dicho en otras palabras: en el Estado constitucional como tipo, lo mismo que en la Europa en proceso de constitución, existe una *diversidad de identidades* en todos los planos y en múltiples campos. No hay, sin embargo, nada que las abarque a todas, nada que deba explicarse desde la "filosofía de la identidad". Ninguna interrogante sobre la identidad debe permitirse caer en la trampa de la totalidad. La pregunta por la "esencia", puntual y referida a un problema particular, sigue siendo posible e incluso necesaria (por ejemplo en la garantía sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 19, inciso 2 de la Ley Fundamental

alemana, ahora normada en varios países de Europa oriental),⁽⁹⁾ pero no se trata de la observación fenomenológica de una esencia, sino de labor jurídica concreta sobre principios y reglas, sobre casos y precedentes. Lo mismo puede decirse respecto del artículo 19, inciso 3, de la Ley Fundamental alemana ("esencia")⁽¹⁰⁾ y las normas que se inspiran en él (artículo 5, inciso 3, de la Constitución de Brandemburgo; artículo 37, inciso 2, de la Constitución de Sajonia; artículo 3 de la Constitución peruana de 1979; palabra clave: vigencia de los derechos fundamentales para las personas jurídicas). Otro tanto es aplicable a las "cláusulas en el espíritu de", vale decir "Montesquieu", aunque desafortunadamente todavía no se ha escrito un libro sobre "El Espíritu de las constituciones".

3. La cuestión de la identidad cultural como problema de referencia

La cuestión aquí planteada sobre la identidad cultural es preciso abordarla, por principio, con modestia y de manera concreta, no en términos de una "filosofía de altos vuelos". Siempre hay que restablecer la *referencia hacia algo concreto*: los seres humanos o los ciudadanos, también las minarlas o los grupos (su identidad), los estados constitucionales y sus formas de estructuración interna (tales como regiones y estados, también los municipios), regiones más amplias como "Latinoamérica" o Europa, y en algunos sectores del derecho internacional incluso el "mundo" (palabra clave: patrimonio cultural de la Humanidad, derechos humanos universales), pero también el individuo (su identidad como ciudadano de un Estado). De los textos mencionados y sus contextos se puede "aprender". Así, por ejemplo, del § 50 de la Constitución de Estonia en cuanto dispone: "Las minarlas tendrán derecho, en los intereses de su cultura nacional, a establecer instituciones de autogobierno..."; el preámbulo de la Constitución de Georgia de 1995 cuando se refiere a "las seculares tradiciones del Estado de la nación georgiana y los principios básicos de la Constitución de Georgia de 1921" (!); el preámbulo de la Constitución de Croacia de 1990 cuando hace mención de la "idea de un Estado nacional, fundada en

⁽⁹⁾ Las referencias en Haberle, P., *Europäische Verfassungslehre*, 3a ed. 2005: por ejemplo: artículo 17, inciso 2, de la Constitución de Albania (1998); § 11 de la Constitución de Estonia. Una cláusula de identidad se encuentra en el artículo 3^o de la Constitución de Afganistán: "No puede expedirse ninguna ley que sea contraria a la fe islámica y a los valores fundamentales del Islam".

⁽¹⁰⁾ El inciso citado reza: (3) "Los derechos fundamentales tendrán validez también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su esencia, sean aplicables a éstas".

el derecho histórico de la nación croata..."; el preámbulo de la Constitución de Lituania de 1992 cuando remite al "espíritu (sc. del pueblo), su lengua nativa, su escritura y sus costumbres", y el artículo 25, inciso 1, de la Carta de la República Checa de 1992 que garantiza su "lengua materna" a las minorías. Llama la atención que sea sobre todo en Europa oriental y en los países en desarrollo en donde están normadas las nuevas cláusulas de identidad. Hungría ha encontrado la etapa textual más madura, en términos de filosofía de la identidad, en su Constitución de 1949/1990, en la medida en que el § 68, inciso 2, menciona los elementos de la protección de minorías: la participación "colectiva" en la vida pública, el cultivo de su cultura propia, el uso de su lengua materna, la instrucción en este idioma y el derecho al uso de su nombre según se escribe y se pronuncia en su propia lengua. El artículo 11 de la Constitución de Ucrania (1996) habla de los "caracteres esenciales de todos los pueblos establecidos y las minorías nacionales de Ucrania". También la clásica expresión "we, the people..." (véase por último el preámbulo de la Constitución de Albania de 1998) debe mencionarse en este sentido.

En suma, el resultado no es un cuadro "global y de conjunto" de la identidad, sino una pluralidad de partes, que está fundada culturalmente y que permanece puntual. Se podría hablar de un "mosaico" que ciertamente carece de un marco imperativo, pero que está constituido por la Constitución del pluralismo. La "identidad" solo es posible a través de la cultura, no por medio de la economía. Aunque el concepto está quizá "ideologizado", con frecuencia es posible manejarlo jurídicamente, y no solamente ahí donde hay que interpretarlo como texto escrito obligatorio.

4. Ejemplos en campos concretos

Los ejemplos en campos concretos ofrecen forma y color al enfoque aquí adoptado. Algunos ya han sido mencionados. Hay que subrayar específicamente la identidad que puede derivar de los *municipios*, tangible en las "ciudades europeas"⁽¹¹⁾ que han sido designadas como "capitales culturales de Europa" (por ejemplo, Atenas, Lille, Thessaloniki, más recientemente Cork), las cuales son "imágenes urbanas" (como un gran número de municipios en Italia). Hay que mencionar la así llamada teoría cultural del Estado federal, aplicable a las regiones de España e Italia y crecientemente a Gran Bretaña, en el sentido de "regionalistic papers". Sobre todo

⁽¹¹⁾ Häberle, P., "Die europäische Stadt — das Beispiel Bayreuth", Bay VB1., n.º 6, 2005.

en Alemania del sur reconocemos, a partir de la transición de 1989 en Alemania oriental, la productividad de una concepción del federalismo a partir de la *diversidad de la cultura* (Turingia con Goethe y Schiller, Sajonia con J.S. Bach en Leipzig).

Los elementos particulares de la "creación" de identidad cultural, su "acuñación", son abiertos, constituyen un proceso, dependen del cambio histórico. Quizá se dé la paradoja de que la "identidad" también se transforme. También se encuentra abierto el círculo de los participantes, así como los procedimientos formales e informales. Es así que la obra de vida de grandes personajes, como la de Nelson Mandela en el proceso de "nation building and Constitution making" de Sudáfrica, puede crear una identidad nacional o generar un "sentimiento de nosotros": George Washington en los Estados Unidos, en Italia un Verdi con el Nabucco como "himno nacional secreto". Respecto de Francia habría que mencionar el mito de Juana de Arco. El proceso constituyente y la reforma constitucional son procedimientos formalizados para una posible transformación de la identidad. La "memoria cultural" de un pueblo debe ser rica a fin de "mantenerla unida en su interior" en el curso de la historia (a ella se refieren frecuentemente los preámbulos). Sus esperanzas con vistas hacia el futuro (en Ucrania quizá el giro hacia Europa gracias a la revolución "naranja" mediante la cual el pueblo conquistó a fines del 2004 su derecho al sufragio, y la "mesa redonda" como gen cultural de la "Humanidad", como se presentó en Polonia en los años ochenta) tienen que ser creíbles, aunque siempre puede haber un "quantum de utopía". En Alemania, la frase de Thomas Mann sobre la "Alemania europea" se ha convertido en un *texto clásico* creador de identidad,⁽¹²⁾ mientras que, en virtud del euro como moneda unificadora, se ha hecho obsoleta la frase de Jürgen Habermas sobre el "nacionalismo del marco alemán". En general, los textos clásicos son un tesoro de creación de identidad cultural: en Francia los derechos del hombre de 1789; en Israel la Declaración de Independencia de 1948, a pesar de la frecuencia con la que ha sido y es violada; en Suiza el "Guillermo Tell" de Schiller y el federalismo tradicional. La poco conocida Declaración de Independencia de Israel de 1948 reza:⁽¹³⁾

El Estado de Israel... promoverá el desarrollo del país para beneficio de todos sus habitantes; estará fundado en los principios de libertad, justicia y

(12) *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

(13) Citada por D. Barenboim, "Das Versprechen der Väter", *Süddeutsche Zeitung*, núm. 111, 2004. (el texto en inglés de la declaración puede consultarse en www.yale.edu/lawweb/avalon/mideast/israel.htm).

paz, enseñados por los profetas hebreos; protegerá la plena igualdad social y política de todos sus ciudadanos, sin distinción de raza, credo o sexo; garantizará plena libertad de conciencia, culto, educación y cultura...

En la Europa en proceso de unificación resulta conveniente una prudente "política de identidad": sin eurocentrismo y sin exclusión (por ejemplo, hacia los Estados Unidos). La "ciudadanía de la Unión" es un elemento de la "identidad europea", sobre todo el sufragio. El preámbulo del proyecto de Constitución de 2004 es un pedazo de "política de identidad", pero también aquí tiene validez la frase de Claudio Magris (*Die Welt* del 26 de marzo de 2004, p. 6): "Europa es la dignidad del individuo frente a todo lo totalitario".

IV. PERSPECTIVAS

En estos ejemplos se manifiesta también el modo como el enfoque de la ciencia cultural depende de las contribuciones de otras disciplinas, como la historia y la sociología. En Roma, o más precisamente cerca de Roma, se realizó a fines de los noventa, en la Villa Mondragone, un foro de discusión altamente exitoso (con la participación destacada de A. D'Atena).⁽¹⁴⁾ Quizá sea posible repetir y continuar, en una dimensión más reducida, esta serie de conferencias.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBRECHT, A., "Politik der Differenz oder Politik des Universalismus?", *Trans-Internet. Zeitschrift für Kulturwissenschaften*, núm. 15, 2003.

BAUMANN, H. y M. EBERT (eds.), *Die Verfassungen der frankophonen und lusophonen Staaten des subsaharischen Afrika*, 1997.

BOGDANDY, A. von, "Europäische und nationale Identität", *VVDStRL*, vol. 62, 2003, pp. 156 y siguientes.

———, *Europäische Identität und die europäische Verfassung*, 2004

D'ATENA, A., "Die Subsidiarität: Werte und Regeln", en *Liber Amicorum für P. Häberle*, 2004, pp. 327 y siguientes.

⁽¹⁴⁾ Cfr. los volúmenes de A. D'Atena, *L'Italia verso il "federalismo"*, 2001, y como editor, *Le regioni e l'unione europeo*, 2002 y *Federalismo e regionalismo in Europa*, 1994.

ELM, R. (ed.), *Europäische Identität: Paradigmen und Methodenfragen*, 2002.

HÄBERLE, P., *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

———, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1a ed. 1987, 2a ed. 1998.

———, *Europäische Verfassungslehre*, 3a ed. 2005.

HEIT, H., "Europäische Identitätspolitik in der EU-Verfassungspräambel", *Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie* 2004, pp. 461 y siguientes.

ROGGEMANN, H. (ed.), *Die Verfassungen Mittel- und Osteuropas*, 1999.

SCHÄFER, M., *Verfassung, Zivilgesellschaft und Europäische Integration*, 2003.

SUTTER, P. y U. ZELGER (eds.), *30 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz*, 2005.

VITZTHUM, W. von, "Die Identität Europas", *EuR*, vol. 37, 2002, pp. 1 y siguientes.

AMPLIACIÓN DEL ACCESO A LA CORTE CONSTITUCIONAL E INTRODUCCIÓN DE UN RECURSO DIRECTO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LAS EXPERIENCIAS ITALIANA Y ESPAÑOLA EN CONTRASTE *

Roberto Romboli **

1. Las siguientes observaciones están dedicadas a reflexionar sobre la hipótesis que implica la ampliación del acceso a la Corte Constitucional, a través de la creación de un recurso directo para la mejor realización y tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, teniendo en consideración las diversas propuestas creadas sobre tal propósito y, en particular, por la Comisión Bicameral, la cual tuvo el encargo, mediante Ley Constitucional 1/1997, de modificar completamente la segunda parte de la Constitución (que comprende a la justicia constitucional).

Concluidos los trabajos preparatorios de la Asamblea Constituyente y después de las discusiones realizadas en el seno de esta última, parecía evidente la posibilidad de configurar un juicio constitucional dedicado, esencialmente, a la eliminación de las leyes que colisionaran con los prin-

(*) El presente texto nos lo entregó su autor durante su visita a Lima en octubre de 2005. La traducción del italiano al castellano la ha llevado a cabo Edgar Carpio Marcos y la revisión es Gorki Gonzales. (N. del E.)

(**) Profesor Ordinario de Derecho Constitucional en la Universidad de Pisa.

principios constitucionales y sobre todo, como garantía y tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos por la Constitución. Esta alternativa venía inevitablemente a condicionar la elección de las modalidades para el ejercicio del juicio de constitucionalidad y, en particular, para la elección entre un modelo de tipo concentrado y uno de tipo difuso.

En Italia, se descartó la solución a favor de un sistema difuso, pues la naturaleza marcadamente innovadora del texto constitucional respecto de la legislación ordinaria heredada del régimen fascista —y todavía en gran parte vigente a causa de la inercia del Parlamento—, hizo temer que se produjese aquello que ha sido definido como la “explosión normativa” de la Constitución, con la consiguiente excesiva exposición política de parte de la magistratura, la cual habría terminado por fungir de “contrapeso” a las elecciones políticas del parlamento. A ello se agrega la consideración de que la ausencia, en el ordenamiento italiano, del valor vinculante del precedente habría podido causar, especialmente en un primer momento, una situación de incertidumbre, seguramente peligrosa.

La elección de un sistema concentrado, con la consiguiente previsión de una competencia única en manos de la Corte Constitucional, fue en buena parte atenuada, en sus efectos, por la previsión de una iniciativa a “nivel difuso”.

En la elección a favor de un sistema concentrado y no difuso, de control de las leyes de competencia única de la Corte Constitucional, las modalidades de instauración de tal control asignaban, en efecto, un rol de decisiva importancia al juez, el cual asume la función de “portero” (para usar la célebre expresión de Calamandrei) de la Corte Constitucional, siendo llamado a evaluar la efectiva incidencia sobre el proceso que está conduciendo (relevancia) y la seriedad (no manifiestamente infundada) de la cuestión de constitucionalidad propuesta por una de las partes en la causa o propuesta de oficio.

Como consecuencia de tal previsión y, sobre todo, del concreto funcionamiento del sistema de justicia constitucional en Italia, se ha producido, de un lado, el efecto de una suerte de redimensionamiento o atenuación del principio de la necesaria subordinación del juez a la ley. Esta, en efecto, no representa más el único y el mejor grado de legitimidad, sino al lado y en el nivel de la legalidad y en posición de superioridad respecto a ella, se coloca aquel de la constitucionalidad, en nombre del cual el juez viene pues autorizado a no aplicar la ley, cuando sospecha su contradicción con los principios constitucionales, y suspende su propio juicio en espera de una decisión sobre el punto de parte del Juez de la Ley.

De otro lado, ello ha tenido el efecto de acercar al juez a los nuevos principios y valores constitucionales, haciendo que éstos pudiesen concretamente realizarse en la aplicación práctica de la ley, además, de poner a todos los jueces sobre el mismo plano, atribuyendo a todos la misma e idéntica capacidad (sin distinción de grado o de otra consideración semejante) con relación al poder de interpretar las disposiciones de la ley y la Constitución, a fin de interponer una excepción de constitucionalidad ante la Corte Constitucional.

Un similar reconocimiento en manos de cualquier juez en el sistema de justicia constitucional italiano, asume un significado muy particular, derivado del hecho que casi exclusivamente en el ejercicio de tal iniciativa, se desarrollará la función de control de las leyes por parte de la Corte Constitucional.

Al preverse las formas de conocimiento de la Corte de una cuestión de constitucionalidad fueron, en efecto, descartadas las hipótesis de un recurso directo de parte del ciudadano como tal o como portador de un interés calificado, de las minorías parlamentarias o de un procurador de la Constitución.

Con ello se ha revalorado particularmente el rol de juez común y su iniciativa, y se ha producido una apuesta sobre la sensibilidad del mismo respecto de los nuevos valores constitucionales, pues lo contrario habría causado la ausencia de ejercicio de la iniciativa (a través de la expedición de órdenes de remisión de cuestiones de constitucionalidad) y, por tanto, el vaciamiento substancial del juicio de constitucionalidad sobre las leyes por parte de la Corte, por falta de materia prima.

La experiencia de los años sucesivos, y la formación de una eficaz relación entre la Corte y los jueces, permiten asumir que la apuesta ha logrado sus objetivos, y que las diferencias entre el sistema difuso y el sistema concentrado de control de las leyes —como resultado de la compenetración entre la interpretación de la ley y la interpretación de la Constitución—, en la experiencia italiana, se han atenuado al punto, que, en muchos aspectos, ha terminado por confundirse y casi a desaparecer.

2. El juicio sobre la oportunidad de una ampliación del acceso a la Corte y la introducción de un recurso directo para la tutela de los derechos fundamentales, depende, en buena cuenta, de los resultados que, al mismo fin, se hayan obtenido a través del actual juicio sobre las leyes activado por los jueces en vía incidental, es decir, de cuales y cuantas situaciones hayan quedado sacrificadas en los limitados y estrechos espacios de la vía incidental.

Sobre el particular, no es ciertamente aconsejable razonar en vía puramente abstracta, prescindiendo de las formas, como hasta hoy se ha expresado la justicia constitucional en Italia, de las relaciones que se han instaurado entre la Corte y los otros poderes del Estado y de los resultados que se han perseguido. Por el contrario, deberíamos expresar un juicio positivo sobre cualquier forma e hipótesis de ampliación de las vías de acceso a la justicia constitucional, en cuanto se trataría de un enriquecimiento (siempre en abstracto) para la posibilidad de tutela de los derechos fundamentales.

Para poder expresar un juicio de mérito, parece necesario evaluar también y sobre todo, cómo la nueva vía de acceso se inserta y reacciona sobre el sistema de control hasta ahora previsto y realizado; cuáles son, en otros términos, las posibilidades de recaer sobre el sistema mismo y, por tanto, las presumibles ventajas y defectos. Es importante tener bien claro cuáles son las principales características que el sistema italiano de justicia constitucional ha asumido en estos años de práctica aplicación del mismo y aún más, si es el caso, qué modelo diverso se intenta realizar.

Desde hace algún tiempo se ha puesto de relieve el carácter ambiguo o híbrido de nuestra Corte Constitucional, debido a la misma naturaleza del juicio de constitucionalidad, del hecho de juzgar sobre actos particularmente políticos como son las leyes, pero de hacerlo a través de modos y formas típicamente jurisdiccionales, en la observancia de reglas y principios propios de los procedimientos jurisdiccionales. De ello surge la idea de una Corte con una doble faz. La primera, la aproxima al legislador, y viene valorada todas las veces que ésta parece ponerse sobre un plano similar o instaura un diálogo más estricto con el Poder legislativo; y, la otra, en cambio, la sitúa en el papel de un juez, especialmente por el respeto de las reglas procesales y la línea de contacto y de colaboración que se ha instaurado con los jueces comunes.

En sentido parcialmente análogo, la importancia del requisito de la relevancia y, por tanto, de la concretización de la cuestión de constitucionalidad, ha hecho poner el acento sobre el rol de la Corte en la garantía de los derechos de los ciudadanos, mientras la autonomía que el juicio constitucional tiene respecto del proceso común —del cual el primero toma las líneas generales—, y la valorización de la naturaleza objetiva de los intereses en juego, han calificado a la Corte, principalmente, como garante de la constitucionalidad del ordenamiento, a través de la eliminación de las leyes inconstitucionales.

También en consideración a ello, las características de nuestro sistema de tutela de los derechos fundamentales y, por tanto, los límites y lagunas

del mismo, así como la necesidad de introducir nuevas formas de acceso con el objetivo de superarlas, deben ser derivadas más que del modelo resultante de la legislación constitucional, ordinaria y reglamentaria, del modo como se ha realizado en la práctica tras más de 40 años de funcionamiento. También la característica aparentemente más segura de nuestro sistema, aquella del carácter concentrado del control de constitucionalidad, aparece en la práctica -como diré mejor luego- menos clara, con muchos elementos que acercan nuestro modelo a las características propias del control difuso.

Una evaluación en orden a la necesidad-oportunidad, a los fines de una mejor tutela de los derechos fundamentales, de una ampliación del acceso a través de la introducción de un recurso directo, no puede prescindir de la constatación de la situación y del sistema en el cual éste vendría a ser implantado. Ello también con el objeto de producir una elección entre los diversos tipos de recurso directo, los cuales son mucho más numerosos y diferenciados entre sí, de cuanto aparentemente puede parecer.

Por esto creo que tenga escaso significado la genérica referencia hecha con frecuencia por muchos colegas, ciertamente reconocidos, a la experiencia de justicia constitucional de otros países, respecto de ciertas instituciones. En efecto, es decisivo el contexto en el cual ciertos institutos logran introducirse y sobre todo el momento histórico en el cual esto se produce. No obstante ello, y con estas reservas, entiendo indicativa, por muchos aspectos que la acercan a la italiana, la experiencia recientemente madurada sobre el particular en España y por esto, antes de desarrollar algunas consideraciones, quisiera referirme a algunos datos y elementos, a mi juicio, significativos.

3. Como se ha puesto de relieve por cierto sector de la doctrina española (Perez Tremps, Aragón, Revenga Sánchez), la disciplina contenida en la Constitución y, sobre todo, en la Ley Orgánica 2/79 del Tribunal Constitucional, denota un claro sentido de desconfianza por parte del legislador constituyente y orgánico en relación con la magistratura, formada bajo el régimen franquista y del respeto por parte de esta última de la legalidad. Esta consideración encuentra soporte, más allá de la elección a favor de un sistema concentrado, antes que difuso, también sobre el rol reconocido al Tribunal Constitucional y a los jueces comunes en la interpretación de la Constitución y de la ley de la primera.

Sobre este específico aspecto, la normativa orgánica española es particularmente precisa. El Tribunal Constitucional está definido expresamente como "intérprete supremo de la Constitución" (art. 1 LOTC) y se establece

que los jueces deberán interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos según los principios fijados en la Constitución, "conforme a la interpretación de los mismos que resulta de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional en cualquier tipo de proceso" (art. 5, 1º Ley Orgánica 6/85 del Poder Judicial). El artículo 40, 2º, LOTC, establece además que "la jurisprudencia de los tribunales de justicia relativa a las leyes, disposiciones o actos juzgados por el Tribunal Constitucional, deben entenderse modificados (corregidos) por la *ratio* de las sentencias o de las ordenanzas que decidan sobre los recursos o sobre las cuestiones de inconstitucionalidad". Tal disciplina reconoce, por tanto, a las decisiones del Tribunal Constitucional, y del mismo modo a las *rationes decidendi* en ellas contenidas, la naturaleza de fuentes del derecho, con la consiguiente reducción del poder interpretativo de los jueces comunes y de su posición constitucional de independencia. Parece, en efecto, que los jueces deban necesariamente atenerse a la interpretación realizada por el Tribunal, pudiéndose, en caso contrario, activar en sus relaciones el instrumento del Amparo constitucional, el cual, como diré inmediatamente, no obstante sus características de subsidiaridad y extraordinariedad respecto a la intervención en la protección de los derechos fundamentales por parte del juez, ha devenido esencialmente en un medio de impugnación de las decisiones de los jueces comunes.

Entre las formas de acceso a la justicia constitucional española se ha previsto, como se sabe, la vía incidental por parte del juez en el curso de un proceso, según formas y reglas escritas en modo similar, si no idénticas, a las establecidas en Italia para la misma vía de acceso a la Corte Constitucional. También en España se ha hablado del juicio incidental como de un "control concreto impropio" (Cruz Villalón), en el mismo significado y por las mismas razones en base a las cuales, entre nosotros, se ha definido el sistema incidental como control concentrado de iniciativa difusa (Onida, Romboli); y, así en Italia, se le ha atribuido abstractamente una duplicidad de significados: por un lado, el juicio concreto —derivado de la misma manera al iniciar el procedimiento de un caso real, donde están en juego específicos intereses— y, por otro, el juicio abstracto, en cuanto se prescinde, al juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes, de cualquier referencia a los hechos del juicio y a la cuestión sustancial allí presente.

Es, por lo tanto, interesante notar cómo, partiendo de una previsión normativa formalmente análoga, el control de constitucionalidad de las leyes en vía incidental ha asumido en el caso español un rol y un significado profundamente diverso respecto de lo ocurrido en Italia. En especial, es de considerar la absoluta prevalencia que ha asumido el aspecto objetivo respecto al subjetivo del juicio.

El control de las leyes en vía incidental ha sido, en efecto, configurado en la jurisprudencia constitucional española "como un mecanismo de depuración del ordenamiento jurídico, a fin de evitar que la aplicación de una norma con fuerza de ley por parte del juez produzca decisiones contrarias a la Constitución, en cuanto tal es la norma de ley aplicada" (sent. 127/87) y el Tribunal Constitucional frecuentemente ha señalado el carácter objetivo del juicio que, también naciendo de una situación concreta (aquella hecha valer en el proceso *a quo*), viene después a prescindir totalmente de la misma a los fines de la decisión de la cuestión de constitucionalidad.

Un carácter similar encuentra ulterior confirmación en el hecho de que, en el proceso constitucional instaurado en vía incidental, las partes del juicio *a quo* no pueden constituirse ante el Tribunal Constitucional, como también en la atenuación del principio de coherencia de las sentencias con relación al momento de la identificación del parámetro al cual se confronta la ley impugnada. La ley orgánica prevé, en efecto, que el Tribunal Constitucional pueda fundar la declaración de inconstitucionalidad sobre cualquier precepto constitucional, haya sido invocado o no en el proceso constitucional o en el auto de introducción del mismo (art. 39).

El examen de los datos cuantitativos de los juicios constitucionales en España, muestra, como por muchos se ha puesto de relieve, que los jueces han hecho un uso cuando menos moderado de la cuestión de constitucionalidad, hecho que algunos han vinculado a la escasa sensibilidad de los mismos —formados bajo el franquismo—, a los nuevos valores constitucionales o bien a la posibilidad de no elevar la cuestión de constitucionalidad con relación con las leyes pre-constitucionales. Los jueces habrían preferido seguir un *iter* más directo y rápido, procediendo a la inmediata desaplicación de las leyes inconstitucionales, en lugar de limitarse a suspender el juicio en espera de la intervención del Tribunal Constitucional. Sobre la base de tal justificación, sin embargo, se tendría que haber producido un progresivo aumento de las cuestiones elevadas en vía incidental después de la sustitución de las leyes aprobadas bajo el ordenamiento precedente por las leyes postconstitucionales. Cuestión que, en concreto, no parece haberse verificado.

Una influencia decisiva, sin embargo, se deriva de la existencia del instrumento del recurso de amparo, a través del cual, la parte defiende directamente los derechos fundamentales tutelados por la Constitución.

La presencia del Amparo, sin lugar a dudas, ha influido en la valoración del aspecto objetivo y abstracto del juicio incidental sobre las leyes, a despecho del aspecto concreto (emblemática es la recordada exclusión de las

partes del proceso *a quo* del proceso constitucional) y a reducir, consecuentemente, también la utilización del instrumento por parte de los jueces.

4. Como se sabe, el recurso de amparo, también en consideración de la amplia legitimación activa y no obstante la amplia determinación de los actos recurribles, constituye el instrumento que de lejos ha sido el más utilizado en el ámbito de los juicios de competencia del Tribunal Constitucional español.

El recurso de "amparo constitucional" (donde lo adjetivo tiene la finalidad de distinguir el mismo del "amparo judicial u ordinario" de competencia de la autoridad judicial) está previsto por la Constitución para la tutela de algunas libertades y derechos fundamentales expresamente señalados por la misma.

Un análisis de la jurisprudencia constitucional de los años 1980-1998, muestra como en el 80.9% de los recursos se ha invocado la violación de un mismo derecho fundamental, vale decir, aquel de la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución española; mientras el principio de igualdad ha sido invocado en el 24.2% de los recursos, y solamente en el 15.9% de los casos de amparo éste se ha fundado sobre la presunta violación de otros derechos y libertades.

Acerca de los actos recurribles, la LOTC (art. 41, 2º) habla de "disposiciones, actos jurídicos o simples comportamientos de los poderes públicos estatales o autonómicos o de los otros entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, como también de sus funcionarios o dependientes". La expresión "actos de los poderes públicos" ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional de manera bastante amplia, al punto de entenderse excluidas sólo las leyes y los actos con fuerza de ley, para cuyo control de constitucionalidad se ha previsto el juicio en vía incidental como en vía principal.

Entre los actos impugnables se ha indicado expresamente el acto o también la omisión de autoridad judicial, la cual produzca de manera "inmediata y directa" la violación del derecho constitucional (art. 44 LOTC).

El recurso contra los actos jurisdiccionales está subordinado a tres condiciones:

1. Que se hayan agotado todos los remedios existentes en el ámbito de la tutela judicial ordinaria;
2. Que la violación del derecho o de la libertad sea imputable en modo inmediato y directo a un acto u omisión del órgano jurisdiccional, independientemente de los hechos que han dado origen al proceso;

3. Que en el curso del proceso se hayan formalmente invocado el derecho constitucional que se supone violado, en el primer momento en el cual, conocida la violación, le ha sido posible hacerlo.

Las características más saltantes del amparo constitucional pueden, por tanto, sintetizarse en la naturaleza, al mismo tiempo subjetiva y objetiva del mismo, además de las características de extraordinariedad y subsidiaridad del recurso.

Sobre el primero de ellos, también como consecuencia del número siempre creciente de los recursos de amparo presentados y de la necesidad de proceder a una selección de los mismos, estamos asistiendo a una evolución del instituto que, por no descuidar la importancia de las vicisitudes a asumir en este juicio, tiende a valorizar mayormente el momento objetivo, ligado al interés general y público sometido al recurso particular.

La naturaleza extraordinaria del amparo prevista en el art. 53.2 de la CE, señala, para los derechos fundamentales establecidos en los artículos 14-30 CE, una forma particular de tutela ante la autoridad judicial, a través de un procedimiento inspirado por los principios de preferencia y sumariedad (amparo judicial). Esto representa en el diseño constitucional, el instrumento "ordinario" de tutela, al cual se agrega, en función alternativa o sucesiva, aquel "extraordinario" del amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional.

El carácter ordinario de la tutela de los derechos fundamentales por parte de la magistratura, y aquel extraordinario de la misma función reconocida al Tribunal Constitucional, sin embargo, parece contradecirse con el altísimo número de los recursos de amparo efectivamente presentados, y sobre todo, con el hecho de que en la mayoría de los mismos, se denuncian violaciones derivadas de las decisiones jurisdiccionales, de modo que los mismos jueces que deberían ser los garantes de los derechos fundamentales en la vía ordinaria, resultan, en realidad, ser con gran frecuencia responsables de haberlos violado.

La condición establecida para la admisibilidad del amparo constitucional, por el artículo 44 de la LOTC, según el cual es necesario que el recurrente haya agotado todos los remedios existentes en el ámbito de la tutela jurisdiccional ordinaria, fija el carácter "subsidiario" del amparo constitucional, confirmando su carácter de medio extraordinario y, así mismo excluye que el amparo constitucional pueda ser configurado como un ulterior grado del juicio.

5. El número de las demandas de amparo constitucional presentadas cada año ha aumentado; así, si en 1980 se presentaron 218, en 1985 se

presentaron 970; 2,910 en 1990, 4,173 en 1994 y 5,441 en 1998, y nada hace pensar que esta tendencia cambiará en los años siguientes. El examen de los recursos de amparo ha terminado por convertirse en el trabajo absolutamente prevalente del Tribunal Constitucional, terminando en alguna medida por sofocar las otras competencias, constriñendo al Tribunal Constitucional de ocuparse de microconflictos, de problemas de escaso relieve e importancia, especialmente ligados a presuntas violaciones de las reglas procesales, en el sentido del artículo 24 de la CE.

El alto número de los recursos de amparo implica un notable alargamiento de los tiempos de respuesta por parte del Tribunal Constitucional a las cuestiones a él sometidas, como en el caso de la ley sobre la procreación asistida, impugnada por la minoría parlamentaria en 1989 y decidida solamente en 1996. Una intervención del entonces Presidente del Tribunal Constitucional, Pedro Cruz Villalón, ha recordado cómo el Tribunal, al inicio de 1999, recién estaba "cerrando" el año 1989 por el pleno; y el año 1994 por las Salas, con un retardo de 10 ó 5 años respectivamente, y ha lanzado una señal de alarma con relación a las consecuencias derivadas del altísimo número de demandas de amparo, a las que ha considerado "almas en pena", pues son 2,500 las demandas que desde hace un año están aún pendientes de saber si el propio recurso será declarado admisible o no.

En base a tales consideraciones y bajo este aspecto, el amparo constitucional ha sido considerado como un "elemento perturbador" (Requejo Pagés), y en los últimos años, como se ha observado (Iacometti), el interés principal se ha concentrado sobre el examen de los males del instituto y sobre las hipótesis de una reforma del mismo.

El alto número de los recurso de amparo y la necesidad de disponer de un procedimiento más rápido y sencillo para la selección de los mismos, es la razón principal de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/1988, con la cual se ha facultado a la sección competente del Tribunal Constitucional (compuesta por 3 jueces) de declarar la inadmisibilidad de un recurso de amparo con procedimiento no motivado, tomado sobre la base de un trabajo preparatorio desarrollado por una comisión de pre-admisión, de la cual forman parte 36 asistentes del Tribunal. La sección puede declarar, *in limine*, la inadmisibilidad del recurso por ausencia de los requisitos requeridos para el amparo, cuando viene denunciada la violación de derechos constitucionales diversos de aquellos tutelables con el instrumento del amparo o bien cuando la cuestión haya sido analizada y resuelta por el Tribunal y, en fin, cada vez que el recurso aparezca "manifiestamente carente de contenido".

Es esta última la hipótesis sobre la cual, la Sección ha operado mayormente y al respecto es necesario señalar que ésta ha estado referida no tanto (o no sólo) a la ausencia de lesión de un derecho fundamental, cuanto (también) al hecho de que, no obstante se haya producido una lesión de un derecho fundamental, el daño material sufrido se haya entendido cualitativamente no significativo. Es clara, en efecto, la peligrosidad de una solución semejante, que introduce una forma de seleccionar tan libremente en sus presupuestos sustanciales. A partir de la citada reforma, el número de las inadmisibilidades pronunciadas por las secciones han sido bastante elevadas, constituyendo, cada año, siempre más del 90% de las decisiones que, en el mismo año, son resueltos en los recursos de amparo presentados.

De todos modos, los resultados obtenidos por la reforma de 1988 no son satisfactorios, por lo que ha continuado el debate sobre la eventual reforma del amparo y diversas son las propuestas avanzadas sobre el particular, que van de una tan radical y minoritaria supresión del instituto, a aquella de eliminar el derecho de defensa de los derechos "amparables", así como las tendencias a reforzar la estructura organizativa del Tribunal, también si el problema de fondo aparece ligado principalmente a la naturaleza subjetiva u objetiva del amparo y al rol por asignar a los jueces comunes en la defensa de los derechos fundamentales.

La progresiva sensibilización de la magistratura a los nuevos valores y principios constitucionales en los 20 años transcurridos desde la entrada en vigor de la Constitución, han generado una reflexión sobre la necesidad de revisar la disciplina de la justicia constitucional en España y, en particular, del instituto del amparo. Así, se ha afirmado la necesidad de potenciar y hacer más eficaz la protección de los derechos fundamentales ante los jueces comunes a través del amparo judicial, de modo que el aspecto subjetivo del amparo encuentre aquí la principal sede de satisfacción, consintiendo por tanto que el amparo constitucional se empeñe mayormente sobre los aspectos objetivos del mismo (Aragón Reyes).

En esta línea se ha sostenido que la inevitable obra de selección ocurra preferiblemente una vez que el caso ha obtenido ya una respuesta de los jueces, sin que el Tribunal Constitucional deba nuevamente expresarse sobre la misma, antes que en la discrecional afirmación que la demanda de amparo carezca de algún fundamento (Cruz Villalón). Ello con la finalidad de redireccionar al juez constitucional a su tarea de contralor del legislador (antes que la de los jueces), respecto a la actividad de la cual él se coloca como único e insustituible garante.

6. Con relación, en cambio, a la situación italiana, la tendencia que emerge de la más reciente jurisprudencia constitucional y, en general, la relación que se ha venido formando en estos últimos años entre jueces comunes y la Corte Constitucional, parece con certeza andar sobre una continua y progresiva valorización de los momentos que caracterizan los sistemas difusos de control de constitucionalidad, sobre la base, entiendo, de un juicio positivo respecto de la función de los jueces y su demostrada sensibilidad a los valores constitucionales. Puede entenderse, en efecto, superada aquella desconfianza sobre los jueces, a la cual algunos hacen referencia para justificar la elección realizada en 1946 a favor del sistema concentrado y puede hoy decirse, con Alessandro Pace, que "ahora ya no existe más, desde el punto de vista de la sensibilidad al derecho constitucional, un juez "bueno" (la Corte Constitucional) y tantos jueces "malos" (los jueces "comunes"). Cuanto más los valores constitucionales penetran en la cultura individual de los jueces, tanto más la tutela de los derechos constitucionales termina difusa y a cualquier nivel de la jurisdicción".

7. Junto a este punto, si nos preguntáramos cómo se podría insertar, en el sistema italiano actual y real de justicia constitucional, un recurso directo del mismo tipo del amparo español, creo que es evidente que ello sería en un sentido exactamente opuesto a la tendencia antes evidenciada. Opuesto a una valorización de los rasgos característicos de los sistemas concentrados y una reducción del rol del juez común que se vería transformado de "portero" y colaborador esencial de la Corte (y, por tanto, co-autor del resultado final) a "responsable" de haber violado los derechos fundamentales a cuyo cuidado también se había confiado (con un resultado final que parece, pues, sonar como condena o como absolución del propio operador).

Igualmente, la ampliación de las formas de acceso en manera amplia a grupos o sujetos políticos (como las minorías parlamentarias), sin prefijar límites, no podría sino aumentar el grado de politicidad de la actividad de la Corte Constitucional, alejándola inevitablemente del carácter jurisdiccional de la misma y debilitando su vínculo con el juez, además de crear el riesgo de una deformación de la Corte por la política.

Algunos se han preguntado si nuestro sistema de justicia constitucional, tal como ha sido configurado, ya ha cumplido su tiempo y tal vez sea el momento de cambiarlo o de integrarlo, proponiendo, entre otros, la introducción de un recurso directo sobre el tipo de amparo español. Al respecto, al comparar las dos experiencias analizadas en las páginas precedentes, se observa que mientras en España, pese a la mayor sensibilización de los

jueces respecto de los valores constitucionales, se ha propuesto modificar el amparo por cuanto no es más necesario el fin de "controlar" a los jueces; puede parecer curioso, entonces, que, en Italia, después de haber vencido la apuesta sobre la capacidad de los jueces para acercarse a los nuevos valores constitucionales, logrando en forma unánime un juicio altamente positivo sobre la actividad de la Corte Constitucional (y, por tanto, también de su relación con los jueces), se pida la introducción de un instrumento tendiente a "controlar" a los jueces. Esta última finalidad resulta, en efecto, absolutamente clara y explícita en quienes consideran el referido instrumento necesario para el "siempre más frecuente abuso de los jueces" en sede de deliberación sobre las cuestiones de constitucionalidad y "de frente al uso arbitrario del poder judicial que se transforma en lesión de los derechos fundamentales de la persona humana".

Por cierto, como resultado de la modificación del sistema electoral en función del sentido mayoritario, ocurrida en Italia en 1993, parecería además lógica la necesidad de reforzar el aspecto "jurisdiccional" de la Corte, antes que el "político"

Excluida la necesidad de contar con un instrumento de "control" sobre la actividad de los jueces y de la consiguiente introducción, en nuestro ordenamiento, de una especie de jurisdicción de cuarto grado, es seguramente oportuno evaluar la posibilidad de hacer el sistema más eficiente en una fase tan importante como el de la protección de los derechos fundamentales. Ello significa también verificar, entre otras cosas, el "estrangulamiento" del sistema incidental que impide en algunos casos que el control de ciertas leyes pueda llegar al conocimiento de la Corte Constitucional. Para alcanzar este fin, algunos pasos adelante podrían provenir de la misma justicia constitucional, en lo que se refiere a la interpretación de algunas nociones que determinan una mayor o menor facilidad de acceso derivado de la manera como éstas han sido entendidas por la Corte.

Para tal objeto, se podría intentar trabajar con cuidado las nociones de "juez" y de "juicio", las cuales podrían ser entendidas en una forma particular, esto es "a fines restringidos" del acceso a la Corte y para el objeto de superar el "estrangulamiento", como ha ocurrido con la Corte de Cuentas en la sede de control (se piensa en las autoridades administrativas independientes, en los árbitros, en los órganos del Ministerio Público, etc.) Lo mismo podría decirse de los "actos con fuerza de ley", por los cuales, una cierta interpretación de las fuentes primarias en conexión con las reglamentarias —en cuanto se refiere a la posible confirmación de la constitucionalidad del resultado normativo que en conjunto es derivada

para el ordenamiento—, podría superar los peligros que podrían derivar de la “desaparición” de la ley y de los actos con fuerza de ley a favor de las fuentes secundarias o también a través de una ampliación de la confrontación en el juicio constitucional que admita una participación más amplia de los sujetos portadores de intereses calificados.

La eventual previsión de una ampliación del acceso a la Corte Constitucional por medio de la introducción de una forma de recurso directo, pareciera tener un carácter integrativo del sistema actual y debido a ello ser homogéneo. Se podría, por lo tanto, pensar en un recurso individual habilitado cuyo objeto sea solamente la ley y los actos con fuerza de ley, pero no respecto de los actos jurisdiccionales. Este recurso sería ejercitable en la hipótesis en la cual no sea posible llegar a la Corte a través de la vía jurisdiccional, así como el recurso de la minoría parlamentaria podría interesar a la protección del estatuto de la oposición o para que se controlen los vicios relativos al procedimiento de formación del acto normativo (ausencia de los presupuestos constitucionales del decreto – ley, violación de los principios de la ley delegada por mandato del decreto del legislativo, falta de respeto a los reglamentos parlamentarios cuando puedan funcionar como una norma intermedia entre la fuente primaria y la Constitución, etc.).

Para una mejor y más eficiente protección de los derechos fundamentales, reflexionando siempre sobre la experiencia española pero manteniendo firme las características de nuestro sistema de justicia constitucional, se podría pensar en continuar la evolución indicada anteriormente en el sentido de la valorización del carácter “difuso” de nuestro sistema, a través de la introducción de un tipo de recurso de “amparo judicial”, o más bien un procedimiento más rápido y ágil con el cual se pueda hacer valer, frente a la autoridad judicial competente la supuesta violación de los derechos fundamentales. El papel desempeñado por el juez hasta este momento en el control sobre las leyes y la progresiva sensibilización a los valores constitucionales, ha adquirido actualmente carácter de fuente del derecho asumido en la Constitución, de manera que se podría aceptar que la institución funcione adecuadamente en nuestro país, a diferencia de lo que ha ocurrido en España donde la previsión constitucional de un procedimiento con el carácter de “preferencia y sumariedad” todavía está a la espera de ser ejecutado en su totalidad.

En el ámbito del juicio para la protección de los derechos fundamentales el juez ordinario, en tanto concurren las condiciones, podría interponer ante la Corte Constitucional una cuestión de constitucionalidad en contra de la ley o acto con fuerza de ley, considerado en posible contraste con un

derecho fundamental y se podría pensar también en la posibilidad, para un ciudadano que no ha podido encontrar en los diversos niveles del juicio ningún juez dispuesto a elevar la cuestión, de un recurso directo a la Corte Constitucional por el cual podría hacer valer el mismo asunto. Se trataría evidentemente en este caso de un recurso cuyo objetivo no es la sentencia del juez o la denuncia de una violación de parte de éste de los derechos fundamentales (un recurso, que transformaría, como se ha dicho, a la Corte en juez de grado ulterior), sino el contraste entre una ley o acto con fuerza de ley y la Constitución. Esta propuesta resulta armónica con la disciplina actual, en la parte en que excluye la inimpugnabilidad de las decisiones del juez común que adolecen de manifiesta carencia de fundamentos, pero permite a la parte presentar nuevamente la misma excepción en las etapas ulteriores del proceso.

Siempre en la línea de valorar el carácter "difuso" del sistema, se podría pensar también del mismo modo sobre el reconocimiento al juez del procedimiento especial para la tutela de los derechos fundamentales, de la posibilidad de conceder una forma de tutela cautelar inmediata, evitando de esta manera que se puedan determinar daños irreparables. Fundada sobre el control difuso de constitucionalidad de la ley, se reenvía a la fase de mérito la remisión de la cuestión de constitucionalidad a la Corte Constitucional o bien para reconocer la tutela cautelar y contemporáneamente reenviar la cuestión a la Corte Constitucional.

A propósito de este asunto, resulta muy interesante una reciente decisión de la asamblea plena del Consejo de Estado, la cual ha intervenido sobre una jurisprudencia de carácter diverso, que se formó dentro de la misma IV^o sección del Consejo, con relación a la admisión de las pruebas escritas para el concurso de la magistratura a aquellos que habían cometido un solo error en la prueba preselectiva del examen. Las dudas de legitimidad de los recurrentes acabaron, en esencia, por referirse principalmente a la disciplina contenida en los actos con fuerza de ley, por lo tanto, en algunas decisiones la Sección ha considerado conceder la suspensión, admitiendo con reserva a los postulantes a la prueba escrita; en otros casos del mismo modo (en una composición diferente) se ha considerado obligatorio en estos casos presentar la cuestión de constitucionalidad, no pudiendo "desaplicar" una causa de acto con fuerza de ley.

La asamblea en pleno, con la citada decisión (Ord. n. 2 de 1999), ha afirmado expresamente que "en la presente fase cautelar, con el propósito de conciliar el carácter concentrado del control de la constitucionalidad de las leyes, cuando concurren los presupuestos, con el principio de efectivi-

dad de la tutela jurisdiccional, no se pueden excluir, cuando los intereses en juego lo reclamen, una forma limitada de control difuso que permite la medida de suspensión, reenviando a la fase de mérito, al cual el procedimiento cautelar está instrumentalmente vinculado, el control de la Corte Constitucional, con efectos *erga omnes*".

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ANTE EL DESAFÍO DE LA GLOBALIZACIÓN

Javier Tajadura Tejada *

Quien destruya al Estado de hoy (el Estado Constitucional) provocará el caos y nadie puede desde el caos crear cosa alguna.

(Hermann Heller)

Una de las grandes cuestiones que se yerguen frente al siglo xxi es la interacción entre un mundo en el que existe el Estado y otro en el que no lo hay.

(Eric Hobsbawm)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La crisis del constitucionalismo: la sustitución de "la ideología del constitucionalismo" por la "ideología de la Constitución". 3. El Estado Constitucional ante el reto de la globalización: del Estado nacional a la aldea global. 4. Tecnocracia vs democracia: la tensión entre razón económica y razón política en el contexto de la mundialización. 5. La sociedad de mercado: el mito del orden natural y la subordinación de la política a la economía. 6. La inviabilidad de los principios constitucionales en el contexto de la aldea global. 6.1. La negación del principio liberal. 6.2. La negación del principio democrático. 6.3. La negación del principio de supremacía constitucional. 7. A modo de conclusión: la 'resistencia constitucional'. 7.1. La defensa de la soberanía y del Estado. 7.2. El rechazo de la mitología neoliberal. 7.3. El rescate del Poder Constituyente

(*) Universidad del País Vasco (España)

1. INTRODUCCIÓN

En sentido moderno, técnico y actual, sólo puede hablarse de Constitución, y constitucionalismo, a partir de un momento histórico muy concreto: el determinado por las grandes revoluciones liberal-burguesas, americana y francesa, de finales del siglo XVIII. Fue entonces cuando, con la confrontación de los principios teóricos de la ideología liberal encarnada en la obra de Montesquieu, y los del pensamiento político democrático, magistralmente formulados por Rousseau, hicieron su aparición en la historia los primeros textos que podemos denominar constitucionales. Textos que asumen la convergencia de los tres principios básicos del constitucionalismo contemporáneo: el principio democrático basado en la afirmación de que el titular del Poder Constituyente es el Pueblo; el principio liberal basado en la defensa y garantía de los derechos y libertades de la persona mediante las declaraciones de derechos y la separación de poderes; y el principio de supremacía constitucional que afirma la sujeción del gobernante y del resto de los poderes constituidos y de todos sus productos normativos a la Constitución. Aunque de todos esos principios, incluido el democrático, podemos encontrar valiosos antecedentes en la Historia de las Ideas Políticas, lo cierto es que nunca hasta entonces habían desplegado efectos concretos en la realidad y en la historia. Doscientos años después, en este comienzo de siglo y milenio, caracterizado por cambios de notable intensidad y envergadura, y que se suceden además a ritmo vertiginoso, y en el que, según algunos, se ha operado el tránsito de la Era Moderna a la Era Global,⁽¹⁾ los mencionados principios atraviesan una profunda crisis.

En este sentido, el propósito de mi modesta contribución a este VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, que, gracias a la afortunada iniciativa del profesor Pérez Royo respaldada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional nos brinda la ocasión de reunirnos en esta bella ciudad de Sevilla, a constitucionalistas de ambos lados del Océano, para celebrar juntos el vigésimo quinto aniversario de la Constitución Española, no es otro que poner de manifiesto el significado y alcance de la profunda crisis que atraviesan los principios constitucionales en el contexto de lo que se ha dado en llamar globalización o mundialización económica. Crisis que, como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina (De Vega, Ruipérez), podría incluso ocasionar la desapa-

(1) ALBROW, M. (1996) *The Global Age*. Cambridge: Polity Press. Pág. 89.

rición del Estado Constitucional como forma histórica de articulación de la convivencia política.⁽²⁾

El único propósito de estas páginas, que contienen una exposición necesariamente sintética sobre la crisis del constitucionalismo, es —tanto por la gravedad y trascendencia para el futuro de la libertad de los seres humanos que el tema encierra, como por la generalidad de sus consecuencias, en la medida en que, de una u otra forma, afecta a todos los Estados Constitucionales del Planeta⁽³⁾— suscitar la reflexión, el debate, y el siempre fructífero y enriquecedor intercambio de opiniones entre los participantes en este evento.

2. LA CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO: LA SUSTITUCIÓN DE “LA IDEOLOGÍA DEL CONSTITUCIONALISMO” POR LA “IDEOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN”

Debemos comenzar precisando qué es lo que queremos expresar con el sintagma crisis del constitucionalismo. Con ello en modo alguno pretendemos hacer referencia a la falaz teoría de que la Constitución está en crisis porque las circunstancias de nuestro presente histórico son muy distintas de las que concurrieron a finales del siglo XVIII.⁽⁴⁾ Antes al contrario, nuestro punto de partida es el mantenido por el profesor Hans Peter Schneider,

(2) DE VEGA, P. (1998) “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual” En: *Revista de Estudios Políticos* núm. 100. Pág. 13-56. RUIPEREZ, J. (2003) “¿La Constitución en crisis?. El Estado Constitucional Democrático y Social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático” En: *Revista de Estudios Políticos* núm. 120. Pág. 127-171. La lectura de los citados trabajos resulta imprescindible para comprender el verdadero significado y alcance de la crisis que atraviesa el constitucionalismo. Ambos recogen lúcidas y autorizadas reflexiones sobre el particular, y es de justicia reconocer públicamente que las páginas que siguen son, en gran medida, deudas de los planteamientos y de las conclusiones de los citados ensayos.

(3) Y ello porque como acertadamente nos advertía el profesor Valadés en el discurso que pronunció con motivo de la inauguración del anterior (VII) Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, “Los problemas del Estado Constitucional son comunes en todas las áreas del planeta. El embate contra el Estado y contra el concepto de soberanía es común en todas las latitudes; como lo es, en contraste, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y de sus garantías, y de las instituciones judiciales y democráticas. El Estado y la soberanía se sostendrán, en tanto los ordenamientos constitucionales incorporen y desarrollen al máximo esos derechos fundamentales y esas instituciones democráticas”. VALADES, D. (2002) “Discurso de inauguración” En: *Conclusiones y relatorías del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México D. F.: UNAM. Pág. 150

(4) RUIPEREZ, J. “¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 137.

cuando nos advierte que “el fácil sofisma de que con la evolución del Estado liberal de Derecho hacia un Estado democrático social ha llegado también el fin del Estado constitucional, no sólo parece ser el reflejo de una metafísica conceptual ahistórica, sino que, sobre todo, desconoce el hecho de que el Estado de prestaciones de la sociedad industrial, precisamente para garantizar sus funciones sociales de ordenación y distribución, no puede renunciar de ninguna manera a un consenso constitucional respecto de las formas y procedimientos para construir la unidad política”.⁽⁵⁾ En el mismo sentido, en nuestra doctrina, el profesor De Vega defiende también la vigencia del Estado Constitucional, y así, acertadamente, nos recuerda que “las ideas de libertad y democracia, siguen estando presentes en el espíritu humano y aunque las Constituciones hayan dado pruebas bastantes de su impotencia, continúan, no obstante, representando la única vía razonable a través de la cual esas ideas pueden realizarse en la historia. Así se explica que (...) a pesar de los pesares, la Constitución no haya desaparecido definitivamente. *De lo que se trataría (...) no es de negar los supuestos en que reposa todo el constitucionalismo, sino de procurar que esos supuestos no queden convertidos en letra muerta de la ley*”.⁽⁶⁾

Cuando nos referimos a la crisis de la Constitución y del constitucionalismo, aludimos a una situación real, dramática y grave. Naturalmente que esta afirmación podrá sorprender e incluso extrañar. En este sentido advierte el profesor Ruipérez que “no faltará quien se pregunte que cómo puede afirmarse que el Estado Constitucional democrático y social está en un grave peligro cuando nunca ha existido otra época en la que el discurso de la clase política contenga más referencias a la Constitución y a la necesidad de procurar su mantenimiento. Hecho éste que, naturalmente, nadie está en condiciones de desmentir”.⁽⁷⁾

Ahora bien, lo que importa es comprender bien el significado real de esas invocaciones a la Constitución. Los gobernantes del presente apelan continuamente a la Constitución como criterio legitimador de su acción política. Pero se trata “de una Constitución que alejada de los presupuestos históricos y de las bases sociales en los que debería encontrar su fundamentación, como consecuencia del debilitamiento del principio democrático,

(5) SCHNEIDER, H.P. (1991) “La Constitución. Función y estructura” En: *Democracia y Constitución*. Madrid: CEC. Pág. 36.

(6) DE VEGA, P.(1979) “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución” En: *Revista de Estudios Políticos*. núm. 7. Pág. 108.

(7) RUIPEREZ, J. “¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 139.

tiene que buscar en si misma y en su condición de gran programa político de la libertad la propia razón de su existencia".⁽⁸⁾

Es así como la "ideología del constitucionalismo" ha sido sustituida por la "ideología de la Constitución": la defensa de la Constitución como medio para hacer verdaderamente efectivos los valores y principios fundacionales del constitucionalismo moderno, y singularmente las ideas de Libertad y Democracia, ha sido sustituida por la práctica consistente no en la realización de esas nobles ideas, sino en "la defensa numantina de un determinado y concreto Texto, convertido de alguna manera, en una suerte de fetiche mágico-mítico cuyo contenido ha de ser indescifrable".⁽⁹⁾ Sustitución que, a su vez, es la que permite explicar la paradójica circunstancia de que los grandes detractores del constitucionalismo democrático y social se presenten formalmente como sus principales garantes.

Desde la anterior perspectiva es desde donde puede comenzar a comprenderse el significado y alcance de la crisis del Estado Constitucional. El profesor De Vega lo ha expuesto con clarificadoras palabras, que por compartirlas plenamente creo oportuno reproducir. Así, el ilustre catedrático de la Universidad Complutense ha denunciado el hecho de que en la actualidad nos encontramos con que al mismo tiempo que niegan la posibilidad misma de la existencia del Estado Constitucional, "con inteligencia y astucia los ideólogos de la mundialización no se presentan como adversarios dispuestos a entrar en competencia con el sistema de valores y principios que históricamente definieron la realidad constitucional, sino que, a la inversa, al proclamar el fin de las ideologías (Bell) y con él el fin de la historia (Fukuyama), lo que pretenden es dar por buena y consagrar como eterna una realidad constitucional que el propio proceso de mundialización está aparatosamente aniquilando. El mantenimiento y la defensa de esa realidad fingida será lo que, a la postre, permita ocultar el sistema de poderes efectivos que, actuando en el mercado mundial, se están transformando a pasos agigantados en la auténtica Constitución material de todos los Estados".⁽¹⁰⁾

(8) DE VEGA, P. "Mundialización y Derecho Constitucional... *ob. cit.* Pág. 35.

(9) RUIPEREZ, J. "¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 140.

(10) DE VEGA, P. "Mundialización y Derecho Constitucional... *ob. cit.* Pág. 34. "Llevando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias bien se podría sostener que el Derecho Constitucional comienza a quedarse sin realidad constitucional". Pág. 35

3. EL ESTADO CONSTITUCIONAL ANTE EL RETO DE LA GLOBALIZACIÓN: DEL ESTADO NACIONAL A LA ALDEA GLOBAL

El origen de la crisis del Estado Constitucional puede situarse, sin dificultad, en los años setenta de la pasada centuria.⁽¹¹⁾ El mundo desarrollado, desde el siglo XVI hasta los años sesenta del siglo XX, se había caracterizado por una tendencia, continua e ininterrumpida, de fortalecimiento de los Estados nacionales. Este proceso tuvo lugar con independencia de las características ideológicas de los Estados, especialmente a partir del siglo XVIII. El Estado cada vez era más capaz de definir el área y la población sobre las que gobernaba; disponía de mayor información para ejercer su soberanía y actuaba de forma que pudiera desarrollar una actividad administrativa cada vez más eficaz. Es decir, que adquiría conocimientos, conquistaba poder y ensanchaba sus ambiciones y la gama de iniciativas y responsabilidades que había decidido asumir. Como nos recuerda el insigne historiador británico, E. Hobsbawm, el Estado "antes que nada, asumió el monopolio de la ley, la transformó en ley del estado; luego la política se convirtió en política nacional y todas las demás formas fueron subordinadas a ella o se hicieron depender de ella. Finalmente, el estado emprendió una amplia gama de actividades: desde la posesión de un ejército —por lo menos a partir del siglo XVII— hasta gestionar las industrias y planificar la economía toda, de tal suerte que ya nada escapaba a su control". La tendencia de los Estados a incrementar su precisión, su conocimiento, su capacidad técnica, su poder y sus ambiciones, continuó ininterrumpidamente, incluso durante el periodo de la política del liberalismo mercantil hasta finales de los años sesenta del siglo XX. Entonces este proceso alcanzó su apogeo, de modo que eran muy pocas las materias que escapaban al control del Estado.⁽¹²⁾

(11) Fue entonces, como expondremos en el epígrafe 6 de este trabajo, cuando el principio democrático fue puesto en cuestión, en la medida en que podría perjudicar el futuro del capitalismo.

(12) HOBBSAWM, E. (2000) *Entrevista sobre el siglo XXI* (al cuidado de Antonio Polito) Barcelona: Crítica. Pág. 48. La lectura de esta entrevista a quien puede ser calificado como uno de los mejores historiadores de la Edad Contemporánea proporciona muchas claves para entender las profundas transformaciones políticas, sociales e ideológicas que marcan el tránsito del siglo. Hobsbawm pone diversos ejemplos para ilustrar el "éxito" del Estado a lo largo del siglo XIX: La posibilidad de realizar un censo eficaz o de delimitar con precisión las fronteras; El traslado del monopolio de los medios de coerción a sus propias instituciones desarmando al pueblo con la excepción de Estados Unidos que pudo pero no quiso hacerlo; O, sobre todo, el grado de orden público alcanzado en los Estados desarrollados de Europa. Finalmente, el grado de lealtad o de subordinación del ciudadano al Estado sin el cual no hubieran sido posible las guerras basadas en el reclutamiento. HOBBSAWM, E. *Entrevista...* ob. cit. pág. 48-50.

Ahora bien, a partir de los años sesenta del siglo xx esa tendencia se agotó. “No sé si se ha invertido —señala Hobsbawm— pero lo cierto es que se ha agotado el impulso que la movía. Pero entendámonos, lo que se reduce no es el poder del estado, por lo menos en teoría. Hoy en día, su capacidad de saber y controlar cuanto ocurre en su territorio es mayor que nunca”.⁽¹³⁾ Lo que ocurre es que aunque el Estado no haya perdido poder, sí ha perdido el monopolio de los medios de coerción, ha sufrido un deterioro del orden público, y ha visto como se institucionalizaba la protesta social hasta el punto de que como advierte el ilustre historiador al que seguimos en esta exposición “los ciudadanos están menos dispuestos a obedecer las leyes del Estado de lo que lo estaban en el pasado”.⁽¹⁴⁾ Si esto, que puede ser aplicable a la inmensa mayoría de los Estados desarrollados de Europa, los Estados constitucionales, resulta sumamente preocupante⁽¹⁵⁾ qué decir de aquellas otras zonas del mundo en las que tiende a desaparecer cualquier traza de Estado⁽¹⁶⁾. La toma de conciencia de esta realidad, de esta crisis del Estado, lleva a E. Hobsbawm a formular una conclusión que compartimos plenamente: “Una de las grandes cuestiones que se yerguen frente al siglo xxi es la interacción entre un mundo en el que existe el Estado y otro en el que no lo hay”.⁽¹⁷⁾

Este fenómeno se ve potenciado en el actual proceso de mundialización o globalización y reforzado por la ideología neoliberal, dirigida explícitamente contra el Estado con el fin de debilitarlo y de invertir deliberadamente

(13) Hobsbawm ilustra también esta afirmación con abundantes ejemplos: así se señala como el Estado puede hoy escuchar cualquier conversación o, mediante la profusión de telecámaras, controlar cada espacio de la vida social las veinticuatro horas del día. HOBSBAWM, E. *Entrevista... ob. cit.* pág. 50.

(14) HOBSBAWM, E. *Entrevista... ob. cit.* Pág. 51.

(15) Y no me refiero a preocupante desde un punto de vista meramente teórico, sino preocupante por las graves secuelas que se han manifestado, principalmente, en el Estado que lideró esa involución, el Reino Unido, pero cuyas consecuencias en muchos casos trascienden sus fronteras. A título de ejemplo: la crisis de la seguridad alimentaria (vacas locas), el deterioro de la seguridad de los ferrocarriles o el todavía más preocupante hundimiento de su sistema nacional de salud.

(16) En la actualidad existen grandes zonas de África y considerables de Asia occidental y central en las que no cabe hablar de un Estado que funcione. Argelia y Colombia, por poner dos ejemplos geográfica y culturalmente más próximos, se encuentran en la cuerda floja. Pero es que incluso en Europa, los Balcanes nos ofrecen otra lamentable expresión de este nuevo fenómeno: ¿Existe hoy un Estado albanés?. La pregunta no es retórica y, guste o no, es preciso admitir que hasta el hundimiento del comunismo en Albania existía un Estado como había Estado en el Cáucaso septentrional y ahora ya no lo hay.

(17) HOBSBAWM, E. *Entrevista... ob. cit.* Pág. 54.

la tendencia histórica de que su papel en la economía fuera cada vez más importante, y, de un modo general, de debilitarlo en todas sus funciones. El derrumbe del bloque comunista a finales de los años ochenta aceleró vertiginosamente ese proceso de debilitamiento del Estado y de la política. Como ha advertido el profesor Ruipérez en su brillante y sugerente trabajo sobre este tema, al haber desaparecido la política de bloques, el Estado nacional ha dejado de tener sentido. En este contexto, continúa el Catedrático de la Universidad de La Coruña, lo que se nos propone "es abandonar aquel viejo modelo y, de manera pronta, poner (nos) a trabajar en la construcción de la llamada 'aldea global'" (18) Es precisamente este concepto de "aldea global" el que resulta radicalmente incompatible con el Estado Constitucional como forma histórica de convivencia y como instrumento de emancipación humana.

"Al producirse el desmantelamiento del sistema comunista —escribe el profesor Ruipérez— y, con ello, haber desaparecido del horizonte político el clima de 'guerra fría', aparecerá la idea de que los esquemas conceptuales del viejo Derecho Constitucional, nacido en el marco de una realidad social harto distinta, pierde todo su significado y sentido. Siendo así, lo que se nos propondrá es la sustitución del, según dicen, acabado modelo por uno nuevo, que sea capaz de organizar la convivencia en una sociedad única para todo el orbe. El Estado nacional, afirmarán, deberá ser sustituido, no ya por aquel 'Estado continental' que, aunque comenzado a defender en los primeros años del siglo xx, alcanzaría su máxima expresión en la Europa de la segunda posguerra, y que, en cualquier caso, se presenta ya como un molde estrecho y raquíptico para las necesidades contemporáneas, sino por la aldea global" (19).

Aunque el proyecto de crear una estructura política mundial única no sea novedoso y cuente con relevantes antecedentes en la historia del pensamiento, por lo que a nuestro tema interesa, baste subrayar que la tesis de la aldea global renace con inusitada fuerza en los últimos años de la pasada centuria. Y lo hace en un contexto determinado por dos circunstancias que es preciso tener muy presentes. De un lado, la victoria electoral de Thatcher en el Reino Unido y de Reagan en los Estados Unidos; de otro, el ascenso a la secretaría general del PCUS de Gorbachov y la puesta en marcha de la 'Perestroika', proceso que si bien perseguía la modernización del sistema comunista, para lo que en realidad sirvió fue para alcanzar su

(18) RUIPEREZ, J. "¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 141.

(19) *Ibidem.*

definitiva aniquilación. “La concurrencia de ambos episodios —escribe Ruipérez— fue lo que contribuyó, y no poco, a la negación práctica y real de la ideología del constitucionalismo, y su substitución por la ideología de la Constitución”,⁽²⁰⁾

En todo caso, lo cierto es que desde los más diversos espectros políticos, la mundialización se va asumiendo de manera acrítica como un proceso no solamente inexorable e irreversible, sino también positivo. Y en la medida en que el proyecto de creación de una aldea global acaba configurándose como algo positivo, en él se han embarcado ya las derechas y las izquierdas.⁽²¹⁾

Muchos son los juristas que se han aventurado ya a certificar por su cuenta y riesgo la defunción del sistema de Westfalia, entendiendo por tal aquel modelo político que surgido tras la guerra de los Treinta Años (1648) sirvió para sentar las bases del Derecho Público moderno. Fue entonces cuando asumió el Estado, desde el punto de vista del derecho interno, el monopolio de la legislación y de la jurisdicción; y cuando, desde la perspectiva del derecho internacional se convirtió en el único sujeto y en protagonista indiscutible. Ello implicaba que, directa o indirectamente, toda regulación jurídica, ya fuera interna o internacional, encontraba siempre en el Estado su referente básico y principal.

La situación hoy es muy distinta. Nadie podrá negar hoy que, junto al derecho estatal, creado conforme a los principios democráticos del Estado Constitucional, existe un inmenso corpus normativo producido extra muros

(20) RUIPEREZ, J. “¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 143-144.

(21) Porque como el profesor Valadés advierte “la nueva izquierda europea (...) no parece dispuesta a dar una lucha formal a favor de la recuperación de las funciones tutelares y prestacionales a cargo del Estado”, VALADES, D. “Las cuestiones. . . *ob. cit.* pág. XIV. De modo que la historia ha venido a dar la razón al profesor Pedro De Vega, y a confirmar su tesis formulada ya en 1969, sobre las crisis de los partidos socialistas: la pérdida de apoyo electoral por parte de los partidos socialistas y socialdemócratas acaba generando un proceso de crisis de la organización partidista que, sin embargo, sus gestores pretenden presentar como crisis de la ideología socialista. Comenzará entonces el debate sobre la conveniencia de mantenerse fieles a los presupuestos fundacionales del socialismo, o la necesidad de renovar la ideología para adecuarla a los nuevos tiempos. Alternativa esta última que en lo que en realidad se traduce, como norma general, no es sino en el intento de recuperar a los votantes perdidos. Para lograr tal fin, lo que se hace es introducir en el programa electoral contenidos propios de las opciones partidistas (liberales, conservadoras, nacionalistas) hacia las que se ha desplazado el voto. Ocurre con frecuencia que esta táctica, lejos de servir para superar la crisis del partido, para lo que en verdad sirve es para agudizarla, ya que no sólo no se recupera el apoyo perdido, sino que, además, suele perderse otra parte del electorado a favor de otros partidos a la izquierda o la abstención. DE VEGA, P.(1987) “La crisis de los partidos socialistas” en el vol. *Estudios político constitucionales*. México D. F.: UNAM. págs. 46-69.

del Estado que está integrado por numerosas reglas de dudosa condición democrática y que obedecen y responden a exigencias de la razón económica. Y tampoco podrá negarse que son estas últimas las que operan e inciden de manera mucho más decisiva en el sentido y calidad de nuestras vidas. El Estado ha dejado de ostentar no sólo el monopolio de la legislación sino también, en cierto modo, el de la jurisdicción. El auge del procedimiento arbitral, sobre todo en la contratación internacional, es una buena prueba de ello. Y probablemente como consecuencia inexorable de lo anterior, el Estado ha acabado renunciando también al monopolio de la violencia física legítima, en el cual viera Weber una de sus señas de identidad básicas. En la España actual el número de guardias privados de seguridad ha superado ya al de efectivos de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Sobre las consecuencias de esto último volveremos después.

Esa renuncia al monopolio de la violencia ha provocado conmociones notables en la escena internacional. Hoy en día asistimos a guerras declaradas por los Estados a entes no estatales, las organizaciones terroristas transnacionales. Y contemplamos también que la conducta de muchos Estados, aun los más poderosos, viene condicionada, e incluso determinada, en muchas ocasiones, por los intereses de los poderes privados representados por las grandes corporaciones multinacionales. Poderes cuya influencia real en las relaciones internacionales supera ampliamente la ejercida por numerosos Estados del Planeta.⁽²²⁾

En este contexto, por tanto, no podemos sorprendernos de que haya juristas que hablen del ocaso de Westfalia, pero sí debemos mostrar nuestra perplejidad cuando algunos de ellos olvidan advertir las dramáticas y fatales consecuencias que el final del modelo de Westfalia, inevitablemente, provoca. El profesor De Vega se ha hecho eco de ellas con palabras claras y rotundas: "No se puede ni se debe ignorar que, cuando las normas que se generan extramuros del Estado, esto es, en los ámbitos regidos por la *lex mercatoria* propia de la mundialización económica, entran en colisión con las normas producidas democráticamente en los ámbitos del Estado, la ten-

(22) Según algunos cálculos citados en el documentado ensayo de la tristemente desaparecida, STRANGE, S. (2001) *La retirada del Estado*. Barcelona: Icaria, en el mundo operarían unas 35.000 empresas multinacionales que absorberían el 70 por ciento del comercio mundial y entre un cuarto y un tercio de la producción económica total; Sólo las operaciones de las 200 multinacionales más poderosas superan la tercera parte del comercio mundial. Con algunos ejemplos se comprenderá mejor el alcance y dimensiones reales de esta situación: el volumen de negocios de la General Motors equivale al PIB de Indonesia, país que cuenta con una población de más de 200 millones de habitantes; el de Siemens, al de Venezuela, y el de Mobil Oil, al de Portugal o Israel.

sión entre economía y política, entre razón económica y razón política, queda automáticamente transformada, se quiera o no, en la pavorosa confrontación entre democracia y antidemocracia, entre despotismo y libertad".⁽²³⁾

4. TECNOCRACIA VS DEMOCRACIA: LA TENSIÓN ENTRE RAZÓN ECONÓMICA Y RAZÓN POLÍTICA EN EL CONTEXTO DE LA MUNDIALIZACIÓN

La creación de una aldea global como marco de referencia alternativo al del Estado supone, pura y simplemente, la sustitución de la lógica política democrática por la lógica económica de la globalización.⁽²⁴⁾

La ruptura del nexo fundamental Estado-nación-mercado, esto es, de la simetría entre el espacio político configurado por el Estado nacional y el espacio económico determinado por el mercado global, ha provocado una pérdida notable de la soberanía de los Estados en la determinación de sus políticas económicas. Realidad esta que nadie está en condiciones de desmentir. La dimensión internacional de los mercados provoca que los Estados no dispongan ya de los instrumentos que las Constituciones nacionales ponían tradicionalmente en sus manos para dirigir globalmente el proceso económico. La liberalización completa del mercado de capitales, la liberalización del comercio de bienes y servicios, la ruptura del vínculo que unía a los Estados con las empresas, los procesos de deslocalización de las grandes corporaciones multinacionales y el gobierno efectivo del ciclo económico mundial por parte de estas últimas "han mutado los presupuestos para un gobierno político-estatal de lo económico".⁽²⁵⁾

El resultado de todo ello es bien conocido: privatización del sector público de la economía, pérdida del control de la política monetaria, crisis del sistema fiscal dada la dimensión nacional de la imposición y la dimensión internacional de la riqueza, flexibilidad y precariedad del trabajo, etc. En definitiva, y como ha señalado el profesor Mercado Pacheco, a lo que

⁽²³⁾ DE VEGA, P. (2002) "Prólogo" a Dromi San Martino, Laura. *Derecho Constitucional de la Integración*. Madrid-Buenos Aires: Marcial Pons-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Editorial Ciudad Argentina. Pág. 21.

⁽²⁴⁾ RUIPEREZ, J. "¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 146. DE VEGA, P. "Mundialización y Derecho Constitucional... *ob. cit.* Pág. 18.

⁽²⁵⁾ MERCADO PACHECO, P. (2003) "La 'Constitución imposible': el gobierno de la economía en la experiencia constitucional española" En *Las sombras del sistema constitucional español*, edición de J. R. Capella, Madrid, Trotta. Pág. 301. Se trata de una de las más lúcidas y sugerentes síntesis sobre las profundas mutaciones experimentadas por nuestra Constitución económica así como de sus causas y consecuencias.

todo lo anterior nos ha conducido ha sido a la "instauración de una nueva forma de gobierno de la economía no antagonista con los imperativos de la globalización"⁽²⁶⁾ pero radicalmente contraria, y absolutamente incompatible, añadimos nosotros, con los principios del constitucionalismo moderno.

Como ha recordado el profesor De Vega es cierto que son muchos y muy encomiables los intentos intelectuales de humanizar la globalización, esto es de dar un sentido político y moral al proceso de mundialización económica. Entre ellos destacan muy particularmente los de aquellos que partiendo de la consideración de la globalización económica como un hecho irreversible apelan a la configuración de formas de organización políticas universales. Ahora bien, todas esas construcciones intelectuales entre las que la obra de David Held⁽²⁷⁾ ocupa un lugar muy destacado, por no abordar las verdaderas causas del problema que nos ocupa, difícilmente van a proporcionarnos respuestas operativas y eficaces para resolver la crisis actual de la democracia constitucional. Todas estas propuestas olvidan, interesadamente o no, que la pérdida de espacios políticos en el seno del Estado no se ha producido por una incompatibilidad entre la realidad económica mundial y las realidades políticas geográficamente limitadas. Esto es, el problema no viene determinado por la mayor o menor extensión de una y otras. Si así lo fuera, la solución propuesta, ampliar el marco de la realidad política, tendría su sentido. Ocurre, sin embargo, que la incompatibilidad que subyace entre la mundialización económica y el Estado no es cuestión de límites espaciales, sino mucho más profunda. Se trata de la incompatibilidad existente entre la lógica del Estado que es la lógica de la política, esto es la de los valores, y la lógica de la vida económica, que es la del cálculo y de la ganancia.⁽²⁸⁾ Ampliar el ámbito de la organización política supondría por tanto, única y exclusivamente, en el mejor de los casos, trasladar ese conflicto al nuevo ámbito así surgido, pero en modo alguno implicaría su resolución.

El reto que la globalización y la crisis del constitucionalismo nos plantea no es otro que el de la desmercantilización de la sociedad. Es preciso anteponer las necesidades de las personas a las exigencias de los mercados. Y ello por ser una exigencia derivada de la dignidad del ser humano, principio este que se configura como el presupuesto axiológico de todo Estado Constitucional.⁽²⁹⁾ Como ha subrayado el profesor De Vega, "porque

⁽²⁶⁾ *Ibidem.*

⁽²⁷⁾ HELD, D. (1998) *Democracia y orden global*. Barcelona: Paidós.

⁽²⁸⁾ DE VEGA, P. "Mundialización y Derecho Constitucional... *ob. cit.* Pág. 18.

⁽²⁹⁾ El artículo 10 de la Constitución española (inspirado, sin duda, en la Ley Fundamental de Bonn) establece que la dignidad de la persona es el fundamento del orden político.

en el proceso de mundialización de los mercados todo se transforma en mercancía (incluso el propio Estado y los comportamientos políticos) *es la esencia misma de la mundialización la que choca frontalmente con la esencia del Estado y de la política*"⁽³⁰⁾

En un Estado Constitucional, los derechos, en modo alguno pueden configurarse como mercancías. Y esto es lo que ha ocurrido en España, no sólo en el ámbito de numerosos derechos sociales, como puede ser el de "una vivienda digna y adecuada" (art. 47 CE) y otros que pueden estar en la mente de todos, sino que la mercantilización se ha extendido a todos los ámbitos del Estado, incluso a aquellos que ni siquiera los liberales del siglo XIX pudieron imaginar. Tal es el caso de la seguridad pública. Como ya expuse páginas atrás lo de menos es poner de manifiesto el dato de sobra conocido de que el número de agentes privados de seguridad sea superior al de los efectivos públicos. Lo que importa subrayar es que, de esa forma, la seguridad misma ha dejado ser concebida como un bien común y se ha convertido ya en una mercancía más, en un producto que se compra y que se vende en el mercado.⁽³¹⁾

5. LA SOCIEDAD DE MERCADO: EL MITO DEL ORDEN NATURAL Y LA SUBORDINACIÓN DE LA POLÍTICA A LA ECONOMÍA

Retomando la acertada afirmación del profesor De Vega de que en el proceso de mundialización de los mercados todo se transforma en mer-

Sobre el tema resulta de interés la obra del profesor Häberle, P. (2001) *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Lima: Universidad Pontificia de Perú. Y en la doctrina española LUCAS VERDU, P. (1984) "Persona, derechos fundamentales y pluralismo en la Constitución de 1978" En: *Curso de Derecho Político*. Volumen IV. Madrid: Tecnos. Pág. 318-325; así como la monografía de ALEGRE MARTINEZ, M. A. (1996): *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León; y el estudio de FERNANDEZ SEGADO, F (1995). "La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español" En: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 43. Pág. 49-80.

⁽³⁰⁾ DE VEGA, P. "Mundialización y Derecho Constitucional... *ob. cit.* Pág. 35. En el mismo sentido, PISARELLO, G. (2000) "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico" En: *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, (De Cabo, A. y Pisarello, G. eds.), Alicante, Universidad de Alicante. Pág. 28: "Desde un punto de vista jurídico-político, en la medida en que los derechos de una parte de la humanidad son enunciados, cada vez más como mercancías, y no como auténticos derechos, esto es indisponibles e innegociables, la globalización contradice y usurpa el principio ilustrado de universalidad concebido como un ideal de emancipación humana y, en este sentido, de progreso moral".

⁽³¹⁾ MERCADO PACHECO, P. "La Constitución imposible... *ob. cit.* Pág. 317.

cancia, debemos analizar brevemente las causas y consecuencias de tan grave fenómeno.

Así, y con relación a las primeras, podemos afirmar que la crisis de los principios constitucionales no puede explicarse, únicamente, en función de los cambios operados en la realidad económica. Sin poner en cuestión su decisiva importancia como factor crucial para explicar la crisis actual del constitucionalismo social, no creo sin embargo que dicha crisis pueda explicarse y comprenderse, exclusivamente, desde esa perspectiva, esto es, desde la economía. Comparto con el profesor Mercado Pacheco la convicción de que, para que la economía se haya convertido en elemento explicativo del cambio de paradigma y en definitiva de la crisis del constitucionalismo, ha sido precisa la transformación del 'imaginario' colectivo, esto es del complejo de ideas, convicciones, razones y pasiones, que sobre el hombre y el mundo, guían la cultura y la política.⁽³²⁾ "Estoy convencido —escribe el autor citado— de que la apoteosis de lo económico a la que asistimos es el triunfo no tanto del neoliberalismo y de las políticas de desregulación, de privatización de los derechos sociales y de los servicios públicos, sino (...) de aquel imaginario que representa la vida social como un espacio de mercado aunque no existan transacciones mercantiles", esto es, el triunfo de la sociedad de mercado. Entendiendo por sociedad de mercado aquella en la que el mercado se constituye "en paradigma de toda acción política y social".⁽³³⁾

Las consecuencias del establecimiento de este modelo de sociedad son las siguientes:

- a) En primer lugar, la redefinición de la frontera entre el sector mercantil y el no mercantil de la economía, en el sentido de que determinados bienes y servicios que antes se consideraban imprescindibles y esenciales para la sociedad, y que dado que el mercado no estaba en condiciones de proveer, eran organizados y suministrados por el Estado, han entrado ya en el ámbito de la competencia mercantil: la energía,

⁽³²⁾ Lo que confirma la advertencia formulada por el profesor De Vega de que "no son los cambios de la legalidad los que provocan las transformaciones sociales, sino que son las transformaciones operadas en la realidad las que han determinado siempre las grandes revisiones de la legalidad". DE VEGA, P. "Mundialización y Derecho Constitucional... *ob. cit.* Pág. 33.

⁽³³⁾ MERCADO PACHECO, P. "La Constitución imposible... *ob. cit.* Pág. 315. "La idea de sociedad de mercado, su poder sobre el imaginario colectivo, no consiste únicamente en mostrar las ventajas de la libre competencia en sectores que todavía no son mercantiles, sino la de representar la vida social como un espacio de mercado". Pág. 316.

los transportes, las comunicaciones, los servicios postales, la educación, la seguridad pública, etc.⁽³⁴⁾

- b) En segundo lugar, la sociedad de mercado implica la conversión del trabajo y de la experiencia del trabajo en una variable cada vez más dependiente del mercado.⁽³⁵⁾ El principio de vertebración y legitimación de nuestro mundo ya no es el trabajo sino el consumo.
- c) En tercer lugar, la sociedad de mercado desvaloriza la decisión política e impone la sustitución del gobierno democrático de la economía por un gobierno técnico mundial del mercado también mundial que no es otra cosa que la dictadura de las grandes corporaciones transnacionales que como denunciaba Pedro De Vega, amenaza con convertirse “en la verdadera constitución material de todos los Estados”.⁽³⁶⁾ Y es que, efectivamente, esa redefinición de las fronteras entre lo público y lo privado, va a tener consecuencias nefastas sobre el principio democrático. Aunque sea este un tema que abordaremos después, es preciso anticipar ya algunas consideraciones. La retórica neoliberal justifica el proceso de mercantilización en nombre del principio de eficacia, que según ella se ve favorecido por el sistema de libre competencia. Ahora bien, lo que importa es subrayar que para el neoliberalismo actual lo verdaderamente relevante no es tanto la titularidad, pública o privada, de los servicios en cuestión, como la forma en qué dichos servicios se prestan y los principios que rigen su gestión. Dicho con otras palabras, los servicios podrían continuar siendo de titularidad pública y haberse mercantilizado por la forma de gestionarlos.⁽³⁷⁾

“La crítica neoliberal al proceso de administrativización de las pretensiones e intereses sociales en el modelo del Estado del bienestar —escribe

⁽³⁴⁾ Como supuestos extremos de esta mercantilización de las actividades estatales cabe citar la privatización de las instituciones penitenciarias en determinados Estados de la Unión norteamericana.

⁽³⁵⁾ Esta cuestión desborda el objeto de este trabajo. Remito al lector interesado a la brillante y sugerente monografía del profesor Maestro. MAESTRO, G. (2002) *La Constitución del trabajo*, Granada, Comares. En dicha obra se analizan, con rigor y detalle, las profundas transformaciones operadas en lo que el autor denomina *Constitución del Trabajo* en el contexto del sistema constitucional español.

⁽³⁶⁾ DE VEGA, P. “Mundialización y Derecho Constitucional... *ob. cit.* Pág. 34. Lo que provoca que “las Constituciones dejan de ser en la práctica obra del pueblo y fiel reflejo de la realidad social, para convertirse en creación de poderes constituyentes ocultos y misteriosos”. Pág. 46.

⁽³⁷⁾ TAJADURA, J. (2002) “Empresas públicas y Unión Europea” En: *Sistema*, núm. 166. Pág. 31- 59.

Mercado Pacheco— se ha construido sobre la base de que la burocracia se combate con técnicas de mercado. La Administración es, sólo puede ser, administración de empresas”.⁽³⁸⁾ Es así como se opera la transformación del Estado en una empresa. Por un lado, se privatizan todas aquellas funciones que el Estado no debe desempeñar de modo exclusivo. Por otro, se somete a la Administración Pública a los criterios de eficiencia, economía, flexibilidad, y competitividad propios del mundo empresarial. En este contexto no importa que un hospital o una escuela sean de titularidad pública o privada, lo relevante es que sean gestionados conforme a criterios mercantiles. Así las cosas, y transformado el Estado en una empresa, nada tiene de extraño que el ciudadano quede convertido en un mero cliente, consumidor o usuario.

Ahora bien, a pesar de su aparente novedad y como han advertido, con lucidez y acierto, los autores a los que seguimos en nuestra exposición (De Vega, Ruipérez, Mercado Pacheco) este discurso tiene poco de original. En la Era Global, lo que el neoliberalismo tecnocrático pretende resucitando el mito del mercado como el escenario propio de las leyes naturales y benéficas, es legitimar la subordinación de la política a la economía, finalidad esta perseguida ya por el liberalismo clásico: “Si la economía es natural, entonces lo que hace falta son los expertos que estudien y describan sus leyes, no los políticos inmersos en guerras ideológicas: el gobierno técnico-económico es el lugar de la neutralidad y del cálculo racional de los expertos”.⁽³⁹⁾

La aldea global que se nos propone como organización social mundial (mercado mundial) recuerda mucho al sistema político liberal. En este sentido, resulta tributaria de aquella concepción del mundo que condujo al Estado liberal a su definitivo derrumbe, y a su sustitución por el Estado Social, en la segunda posguerra mundial. Y es que, efectivamente, como con meridiana claridad y acierto pleno han puesto de manifiesto los profesores De Vega y Ruipérez, el neoliberalismo tecnocrático resucita la falacia fisiocrática que inspiró la construcción del Estado liberal.⁽⁴⁰⁾ La concepción liberal partía de la consideración de la sociedad y del Estado como dos realidades no sólo distintas y separadas, sino también enfrentadas. A cada una de ellas se le reconocía la capacidad de regularse autónomamente. Surgió así junto a la Constitución, como Estatuto fundamental de lo público, el

⁽³⁸⁾ MERCADO PACHECO, P. “La Constitución imposible... *ob. cit.* Pág. 316.

⁽³⁹⁾ MERCADO PACHECO, P. “La Constitución imposible... *ob. cit.* Pág. 318-319.

⁽⁴⁰⁾ QUESNAY, F y DUPONT DE NEMOURS, P.S. (1985) *Escritos fisiocráticos*. Madrid: Tecnos.

Código Civil, como Estatuto fundamental de la Sociedad.⁽⁴¹⁾ Ahora bien, la valoración que se hacía de esas dos realidades era muy diferente: se afirmará a la sociedad como una entidad natural donde reina la libertad, mientras que el Estado, surgido del contrato y, como tal, una creación artificial, será combatido como el enemigo de la libertad y el reino de la arbitrariedad.

Los liberales clásicos resolvieron así el conflicto entre sociedad y Estado recurriendo al mito del orden natural, según el cual “hay un orden inmanente al mundo del que la sociedad participa y que permite explicarla como una creación espontánea y ajena a cualquier tipo de consideraciones políticas”.⁽⁴²⁾ De esta forma los filósofos y economistas escoceses, con Ferguson a la cabeza, llevaron a cabo la más profunda revisión de la función de la Política desde los tiempos de Aristóteles. “La explicitación y concentración de la idea de sociedad civil en las actividades de producción y de cambio de bienes materiales, presididas por la mano invisible del mercado —escribe Pedro De Vega— implicaba la revisión más profunda producida en la historia de las funciones de la política y del poder, tal y como se habían planteado desde los tiempos de Aristóteles. El poder soberano del Estado dejaba de ser el regulador del orden social y de la convivencia, que pasaban a entrar en la esfera del orden natural en el que mítica y milagrosamente se armonizaban las pasiones e intereses de los hombres”.⁽⁴³⁾

Partiendo de esas premisas, el objetivo pretendido por los liberales no era otro que asegurar a los individuos el mayor grado de libertad posible. Libertad que disfrutarían en el ámbito de la sociedad y frente al Estado. Dos fueron los medios arbitrados para lograr tal finalidad. Por un lado, se dotó a la sociedad del mayor grado de autonomía posible. Por otro se subordinó el Estado a la sociedad civil de modo que aquel quedó reducido al papel de “vigilante nocturno” (Lasalle) cuya única actividad era asegurar a los burgueses el pleno disfrute de sus derechos de libertad y de propiedad.⁽⁴⁴⁾

En este contexto, lo de menos es denunciar las fatales consecuencias que todas esas míticas construcciones provocaron así como la completa falsedad de las mismas. Nadie en su sano juicio puede sostener seriamente

(41) DE VEGA, P. (1994) “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales) En *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Murcia, núm. 6. Pág. 43.

(42) DE VEGA, P. “Mundialización y Derecho Constitucional... *ob. cit.* Pág. 19.

(43) DE VEGA, P. “Mundialización y Derecho Constitucional... *ob. cit.* Pág. 19-20.

(44) HESSE, K. (1983) *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: CEC. Pág. 33-45.

que confiando el desarrollo del capitalismo a la mano invisible del mercado se derivará un creciente bienestar para todos, por la sencilla razón de que, como nos advierte Pedro De Vega, la realidad y la historia nos han demostrado lo contrario: "A partir de las actuaciones proletarias de 1830 y 1840 queda patente que las desigualdades y egoísmos sociales, lejos de traducirse en beneficios públicos y a través de la competencia social, lo que generan realmente son injusticias y desigualdades cada vez mayores. Es entonces cuando la concepción liberal burguesa sufrirá una conmoción notable (...) La imagen de la sociedad como un todo homogéneo donde existen intereses comunes, se sustituye por una versión hobbesiana de confrontación y lucha de intereses irreconciliables".⁽⁴⁵⁾

Lo que nos importa es subrayar que, el discurso de los neoliberales presenta una diferencia notable con respecto al de los liberales clásicos. Dan un paso más con unas consecuencias mucho más graves. Aunque los viejos liberales subordinaban el Estado a la sociedad, ello se hacía, sin embargo, reconociendo la autonomía de lo político respecto de lo económico.⁽⁴⁶⁾ Y esta autonomía de la política es justamente la que desaparece con la globalización puesto que los neoliberales proceden al sometimiento de la política a las exigencias y los dictados de la razón tecnocrática e instrumental.⁽⁴⁷⁾ Razón ésta que explica que todas las grandes medidas en la política económica y social se hayan legitimado por ser las únicas posibles.⁽⁴⁸⁾

Si, como hemos dicho fue la realidad la que vino a desmentir la utópica construcción liberal, es esa misma realidad la que desmonta la idílica utopía del neoliberalismo tecnocrático. El mercado mundial, que por haberse construido sobre la base de una idea de sociedad como algo contrario al

⁽⁴⁵⁾ DE VEGA, P. (1988) "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social" En: Corcuera, J. y García Herrera, M. A. (eds.) *Derecho y economía en el Estado Social*. Madrid: Tecnos. Pág. 123. Cuando se plantea hoy el tema de la sociedad civil, aunque pueda parecer inexplicable y resultar ininteligible, lo cierto es que sigue haciéndose con los mismos esquemas que utilizó Ferguson hace más de dos siglos. Como nos advertía Tomás y Valiente, el resultado de todo ello es "la debilitación de lo público en aras de una santa sociedad civil o mercantil, adorada por quienes no saben muy bien qué es ni a quién favorece cuando la invocan". TOMAS y VALIENTE, F. (1996) "Prólogo" a *A Orillas del Estado*. Madrid: Taurus. Pág. 9.

⁽⁴⁶⁾ RUIPEREZ, J. "¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 148.

⁽⁴⁷⁾ Situación ésta que como advierte De Vega "genera la paradójica situación de que, en un mundo donde se ensanchan y universalizan los espacios económicos y sociales de los hombres en proporciones desmesuradas, al mismo tiempo, y con igual desmesura, se reducen o aniquilan escandalosamente los espacios políticos". DE VEGA, P. "Mundialización y Derecho Constitucional... *ob. cit.* Pág. 15.

⁽⁴⁸⁾ MERCADO PACHECO, P. "La Constitución imposible... *ob. cit.* Pág. 319.

Estado, ha pasado a regirse por unas leyes propias, e innecesario debiera ser recordar que en modo alguno democráticas, lejos de proporcionar a la Humanidad mayores cotas de bienestar, lo que ha provocado es un crecimiento desmesurado de las desigualdades y de la miseria. En modo alguno resulta exagerado afirmar, como lo hace el profesor De Vega que, "como contrapunto a la nueva Arcadia del crecimiento, aparece el hecho pavoroso de la universalización de la miseria y del hambre que recorre en paralelo a la universalización de los mercados más de las tres quintas partes del planeta". Y, a su vez, continúa el Catedrático de la Universidad Complutense "incluso dentro de los países más desarrollados, como secuelas lacerantes y corolarios inevitables del sistema, adquieren de día en día más intensidad fenómenos tan hirientes como la marginación y el paro estructural. Si a ello se añaden los hechos generalizados de violencia, corrupción, polución y destrucción del medio ambiente, inseguridad ciudadana, y un largo etcétera que no vale la pena recordar, a nadie en su sano juicio se le ocurriría pensar que su vida transcurre en el mejor de los mundos posibles".⁽⁴⁹⁾

6. LA INVIABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL CONTEXTO DE LA ALDEA GLOBAL

La mundialización en la medida en que destruye los esquemas jurídicos y políticos surgidos en Westfalia, niega "todos y cada uno de los principios y valores del constitucionalismo moderno".⁽⁵⁰⁾

6.1. La negación del principio liberal

Una de las grandes paradojas del neoliberalismo tecnocrático es, precisamente, la negación del principio liberal en nombre de la Libertad. En nombre de una incierta libertad económica de unos pocos se renuncia a la libertad política de la mayoría. Se renuncia a la condición de ciudadanos libres en el seno del Estado a cambio de adquirir la condición de consumidores del mercado mundial, que no es otra cosa que la de súbditos de las grandes empresas trasnacionales.

Naturalmente, la retorica neoliberal no se expresa en estos términos. Lo que ésta nos ofrece es un sistema en el que, desde la separación entre el Estado y la sociedad, y como consecuencia del funcionamiento de ésta conforme a las leyes del mercado, el individuo habrá de disfrutar del

⁽⁴⁹⁾ DE VEGA, P. "Mundialización y Derecho Constitucional... *ob. cit.* Pág. 16.

⁽⁵⁰⁾ RUIPEREZ, J. "¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 152.

máximo grado de libertad posible. Lo de menos es denunciar ahora la profunda falsedad que subyace en esos discurso. Lo que me importa es exponer cómo los dos mecanismos o procedimientos concretos a través de los cuales el constitucionalismo ha pretendido garantizar la efectividad y vigencia del principio liberal se encuentran hoy en crisis. Me refiero claro está a la separación de poderes y a la garantía de los derechos.

A) El control del poder político por el poder económico

El profesor Ruipérez ha advertido cómo hoy en día no existe una auténtica separación de poderes.⁽⁵¹⁾ Ahora bien, esa inexistencia, en modo alguno tiene su origen como suele decirse con tanta frecuencia como con escaso fundamento, en la actuación de los partidos políticos. Antes al contrario, son precisamente los partidos políticos, los que articulando una relación dialéctica entre mayorías y minorías, y haciendo posible la alternancia política, otorgan un contenido efectivo y real al principio de separación de poderes.⁽⁵²⁾

El hecho de que en numerosos Estados Constitucionales del presente no se verifique una auténtica división del poder no se debe, por tanto, al protagonismo indiscutible que los partidos han adquirido, sino que obedece a un problema de mucha mayor gravedad. En los Estados Constitucionales configurados como Estados Sociales y en los que la distinción entre Estado y Sociedad ha dejado de tener sentido, la articulación de un sistema en el que "el poder frene al poder" no puede ya establecerse sobre la distinción entre Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en la medida en que todos ellos conforman un único poder, sino que habrá de materializarse en la confrontación entre poder político, poder económico y poder comunicativo o mediático.⁽⁵³⁾ Confrontación que,

(51) RUIPEREZ, J. "¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 155.

(52) HELLER, H. (1985) "Europa y el fascismo" En: *Escritos Políticos*. Madrid. Pág. 72 y ss. RUIPEREZ, J. "¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 155. Y ello porque, como con su habitual lucidez nos advierte el profesor De Vega, "cuando los partidos desaparecen, los que les sustituyen son los grupos de presión, los magnates de las finanzas o los demagogos con vocación de dictadores". DE VEGA, P. (1998) *Legitimidad y representación en la crisis de la Democracia actual*. Barcelona. Pág. 26.

(53) RUIPEREZ, J. "¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 156. DE VEGA, P. Legitimidad y representación en la crisis... *ob. cit.* Pág. 30. La notable influencia y la creciente intensidad del poder ejercido por los medios de comunicación no puede ser obviado por el Derecho Constitucional. Del tema se ha ocupado, con brillantez y rigor, el profesor Jorge Carpizo. CARPIZO, J. (1999) "El poder: su naturaleza, su tipología y los medios masivos de comunicación" En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Tomo XXXII, Nueva Serie, núm. 96, UNAM, México. Pág. 743-764. También en (2003) "Los medios masivos de comunicación y el Estado de Derecho" En: *Defensa de la Constitución. Libro en reconocimiento al Dr. Germán*

a la postre, a lo que acaba reduciéndose es a la dialéctica entre poder público y poder privado.

Y, en este contexto, y desde esta perspectiva, resulta difícilmente discutible que, enfrentados a la dialéctica poderes públicos-poderes privados, a lo que estamos asistiendo es a "la más absoluta y pavorosa concentración del poder" en la medida en que "el poder económico controla todo el devenir político".⁽⁵⁴⁾ Fenómeno este que se presenta en una doble dimensión. Por un lado, y como lúcidamente advirtiera hace ya cuatro décadas el insigne jurista italiano G. Lombardi, en un trabajo clásico y pionero en este tipo de reflexiones,⁽⁵⁵⁾ este dominio de los poderes privados se lleva a cabo porque los titulares del poder económico se insertan en la estructura estatal de forma tal que de su actuación depende la vida de los ciudadanos (sindicatos, asociaciones empresariales, bancos, aseguradoras, medios de comunicación, etc.). Por otro lado, y esto reviste, obviamente mayor gravedad, porque los titulares del poder económico ocupan directamente, o mediante persona interpuesta, los otros dos poderes, y de esta suerte, monopolizan el proceso decisorio estatal. La Italia de S. Berlusconi representa un caso paradigmático de concentración del poder político, económico y mediático en una sola persona, líder de un gran grupo empresarial.⁽⁵⁶⁾ Los Estados Unidos de G. Bush se configuran también como un significativo ejemplo de dominio de las grandes empresas (petroleras y energéticas, particularmente) del proceso político a través de personas interpuestas.⁽⁵⁷⁾ Y por poner un ejemplo

J. Bidart Campos. Buenos Aires: Ediar. Pág. 441-457. "Los medios masivos de comunicación son un poder porque poseen los instrumentos y los mecanismos que les dan la posibilidad de imponerse; que condicionan o pueden condicionar la conducta de otros poderes, organizaciones o individuos con independencia de su voluntad y de su resistencia". Pág. 442 del último trabajo citado.

(54) RUIPEREZ, J. "¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 156.

(55) LOMBARDI, G. (1967) "Potere privato e potere negativo" en el volumen *Autonomia de diritto de resistenza*, Sassari; (1970) *Potere privato e diritti fondamentali*, Turin; y, (1997) "Poder privado, media y derechos individuales" En: *Ciudadanos e Instituciones en el Constitucionalismo actual* (Asensi, J. coord.) Valencia: 1997.

(56) En peste sentido, el pasado 23 de octubre los representantes de los distintos grupos del Parlamento Europeo acordaron solicitar a la Comisión de Derechos y Libertades de la Eurocámara, la elaboración de un informe sobre la situación de la libertad de expresión en la Unión Europea, con especial referencia a Italia, donde la concentración de medios, públicos y privados, en manos del Primer Ministro, había sido denunciada ya, en dos ocasiones, sin que las autoridades italianas hubiesen adoptado medida alguna al respecto.

(57) El libro recientemente publicado en España por la Editorial Crítica: *La mejor democracia que se puede comprar con dinero*, escrito por el prestigioso periodista Greg Palast (colaborador de The New York Times, The Washington Post, The Guardian y la BBC) ofrece abundantes

más próximo, evidente resulta que la política de privatizaciones llevada a cabo en los últimos ocho años en España ha producido efectos similares de peligrosa concentración del poder.

B) La inoperancia de los sistemas de garantía de la libertad al margen del Estado

El segundo de los elementos que configuran el principio liberal como principio estructural del Estado Constitucional, la garantía de los derechos, se encuentra también en crisis. Crisis agudizada de forma alarmante por el neoliberalismo tecnocrático. Y es que, no podemos olvidar que la única garantía efectiva de los derechos fundamentales de la persona es el Estado,⁽⁵⁸⁾ y que sólo un Estado fuerte es capaz de proteger realmente los mencionados derechos.⁽⁵⁹⁾ Tesis esta que fue defendida, con meridiana

ejemplos de la corrupción que afecta a los EE. UU. En última instancia todos ellos ponen de manifiesto que son intereses empresariales los que guían y explican las actuaciones de la Administración Bush. Del mismo modo que fueron intereses económicos los que impulsaron el proceso de acoso y derribo al que fue sometido el Presidente Clinton y que provocó la activación del procedimiento del impeachment para su destitución. Afortunadamente, y a pesar de los miles de millones de dólares invertidos por las empresas de seguros médicos que veían peligrar sus intereses con el programa de salud pública del Presidente, el impeachment no prosperó. De haberlo hecho, hubiera significado, sin lugar a dudas, uno de los mayores fraudes a la Constitución norteamericana en su larga historia. Y, ello, por la razón evidente de que ningún jurista razonable puede equiparar una conducta absolutamente privada y sin repercusiones públicas y que pertenece a la más estricta intimidad de la persona, con una acción equiparable, en su gravedad y trascendencia jurídica, con los delitos de cohecho y alta traición. Ahora bien, sea de ello lo que fuere, lo cierto es que la reforma sanitaria proyectada por la Administración Clinton no fue llevada a efecto.

⁽⁵⁸⁾ Como acertadamente ha recordado el profesor Hesse en un brillantísimo estudio sobre "El significado de los Derechos Fundamentales": *"Derechos fundamentales y Estado fuerte no se excluyen recíprocamente; antes al contrario, son mutuamente dependientes (...) Si los derechos fundamentales (...) son las piedras angulares que legitiman ese orden (estatal)(...) son entonces un factor decisivo para la existencia del Estado y del orden estatal, y el robustecimiento de los derechos fundamentales no puede sino redundar a favor del Estado"*. HESSE, C. (1996) Manual de Derecho Constitucional, (Benda y otros), Madrid, IVAP-Marcial Pons. Pág. 114. Aunque el autor se refiere a la Ley Fundamental de Bonn, su discurso es extrapolable a cualquier Estado Constitucional y pone claramente de manifiesto que, el debilitamiento del Estado provocado por la globalización, no puede sino redundar también en un debilitamiento de los derechos fundamentales y de sus garantías.

⁽⁵⁹⁾ Por el contrario, "cuando el Estado muestra su limitación e impotencia hasta el punto de no poder garantizar los más elementales derechos, empezando por el más sagrado de todos, como es el derecho a la vida, y cuando la política como espacio de la libertad y reino de las alternativas se somete a la disciplina del pensamiento único que marca la lógica del crecimiento, resulta plenamente comprensible que el ciudadano se reite a la pasividad de su vida privada y desde un utilitarismo bárbaro y elemental procure satisfacer por sí mismo lo

claridad e indiscutible acierto, por el doctor Jorge Carpizo en la ceremonia de clausura del anterior (VII) Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: "Se comete el grave error de identificar democracia con gobierno (Estado) débil (...) se toman medidas que persiguen terminar con la destrucción del Estado o, cuando menos, debilitarlo, para que su papel y funciones sean detentadas por fuerzas de naturaleza diversa, aunque la de moda sea la del mercado".⁽⁶⁰⁾

Resulta por ello imprescindible subrayar, como lo hace el profesor Ruipérez, que para que cualquier sistema de garantía de la libertad sea efectivo, es preciso que concurren estas dos condiciones:⁽⁶¹⁾

- a) En primer lugar, dado que lo que J Wise denominó "libertad civil" se concreta en aquella parte de la "libertad natural" –la que corresponde al hombre por el mero hecho de serlo– que permanece en poder de los individuos una vez que estos se integran en la comunidad política por ellos creada mediante la verificación del pacto social, toda la problemática de los derechos fundamentales ha de plantearse no en el marco de una difusa sociedad civil universal, sino en el seno de un Estado concreto y determinado.
- b) En segundo lugar, que, al menos por lo que a los Estados constitucionales del Continente europeo se refiere, los derechos fundamentales son sólo efectivos cuando despojándose del carácter iusnaturalista que les atribuyó el seudoconstitucionalismo liberal decimonónico, fueron incorporados a una Constitución normativa que como obra del Poder Constituyente se impone por igual a gobernantes y gobernados. Dicho con otras palabras: "Ha sido tan sólo en el constitucionalismo democrático y social donde la eficacia de los derechos fundamentales se ha hecho verdaderamente real".⁽⁶²⁾

En ese contexto, fácilmente se comprende que la renuncia al Estado y su sustitución por la aldea global, o, dicho con otras palabras, nuestra conversión de ciudadanos del Estado en ciudadanos del mundo que no es otra cosa que en consumidores del mercado mundial, implica, simple

que en la sociedad civil no encuentra y lo que el Estado tampoco le proporciona". DE VEGA, P. "Mundialización y Derecho Constitucional... *ob. cit.* Pág. 16.

⁽⁶⁰⁾ CARPIZO, J. "Palabras del Doctor Jorge Carpizo en la ceremonia de clausura" En: Conclusiones y relatorías del VII Congreso... *ob. cit.* Pág. 159

⁽⁶¹⁾ RUIPEREZ, J. "¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 157-158.

⁽⁶²⁾ RUIPEREZ, J. "¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 158.

y llanamente, hacer inviable y convertir en imposible la articulación de cualquier sistema efectivo de garantía de la libertad. El profesor De Vega lo ha expresado con gran brillantez: "Lo que significa que nuestra obligada conversión en ciudadanos del mundo a la que, por necesidad, mandato y exigencia del mercado nos vemos sometidos, sólo puede producirse a costa de la renuncia cada vez más pavorosa de *nuestra condición de ciudadanos en la órbita política del Estado, dentro de la cual el hombre es, ante todo portador de unos derechos (...)* que en todo momento puede hacer valer frente al poder. Difuminada la ciudadanía en una organización planetaria, difícilmente podrá nadie alegar derechos y esgrimir libertades (...) ante unos poderes que sigilosamente ocultan su presencia".⁽⁶³⁾

La catástrofe del "Prestige" acaecida en la costa de Galicia el pasado año, se configura como un lamentable y triste ejemplo, pero sumamente significativo e ilustrativo de la referida situación. En esta caso han convergido la ineficacia e inoperancia de un Gobierno obsesionado por el déficit cero, la incompetencia de una Administración ignorante de las consecuencias ecológicas de ese tipo de accidentes, y el desmedido ánimo de lucro de unas empresas que vulneran impunemente la legalidad vigente. El resultado de todo ello no necesita ser recordado. Los medios de comunicación (a pesar de la manipulación informativa llevada a cabo por el Gobierno) no han podido ocultar la magnitud de la tragedia. Pero por lo que a nuestro tema interesa baste subrayar, como ha hecho el profesor Ruipérez, refiriéndose al caso, lo siguiente: "A pesar de todas las convenciones internacionales sobre derechos de los hombres, el ciudadano se encuentra en la más absoluta indefensión ante la actuación de lo que, en un acertadísimo juicio, la clase política francesa ha denominado las mafias internacionales que circulan libremente por nuestros mares".⁽⁶⁴⁾

C) Globalización, delincuencia económica y corrupción

Además, el ejemplo referido conecta con la tercera cuestión que, en este epígrafe sobre la negación del principio liberal por la teoría y la práctica de la globalización, quería apuntar. Dicha cuestión formulada en términos claros y contundentes es la siguiente: la globalización favorece la impunidad del crimen organizado y de la delincuencia internacional. Creo oportuno, a estos efectos, transcribir algunos párrafos de la Memoria de la Fiscalía Anticorrupción del último año. La simple lectura de la Memoria desvela una realidad más que evidente, el carácter trasnacional de la delincuencia

⁽⁶³⁾ DE VEGA, P. "Mundialización y Derecho Constitucional... *ob. cit.* Pág. 17.

⁽⁶⁴⁾ RUIPEREZ, J: "¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 157.

económica globalizada, en la que los Estados, incluso en la Unión Europea, continúan todavía con una posición autárquica y retrasada en la respuesta penal ante dicha delincuencia. La Memoria redactada por el Fiscal Jefe Anticorrupción Jimenez Villarejo,⁽⁶⁵⁾ antes de su destitución, señala: “Los instrumentos nacionales son ineficaces y los Convenios Internacionales y las instituciones como Eurojust y la Red Judicial Europea –sin dudar del avance que representan– son ineficaces para combatir el crimen organizado, que circula sin fronteras, con el refugio de los paraísos fiscales, el secreto bancario y otras ventajas propias de una comunidad global de intereses económicos a la que, finalmente, le favorece la ausencia de armonización normativa de los sistemas nacionales. Ciertamente estamos lejos de una respuesta punitiva uniforme que sería exigible ante formas graves de criminalidad, como la delincuencia económica y la corrupción. Pero resulta necesario dejar constancia de los efectos negativos que ello implica (...) *Necesitamos que el impulso globalizador no conduzca a un desarme de los Estados frente a la delincuencia grave*”.⁽⁶⁶⁾

Naciones Unidas ha denunciado que por tráfico de drogas, la venta ilícita de armas, el contrabando de materiales nucleares y otras actividades controladas por organizaciones mafiosas (prostitución, juego, mercado negro), los ingresos mundiales anuales de las organizaciones criminales transnacionales equivalen al PNB de todos los países calificados de “ingreso débil” según la categorización de la banca mundial y en los que viven más de tres mil millones de personas. En todo caso, estos cálculos no incluyen las inversiones que las organizaciones criminales realizan en vastos sectores de la economía legal.⁽⁶⁷⁾ El peligro que estas organizaciones suponen para

⁽⁶⁵⁾ Este excelente jurista, de convicciones profundamente democráticas, y cuya actuación al frente de la Fiscalía Especial ha supuesto un hito en la lucha contra la corrupción en nuestro país, ha señalado que “en España el Estado de Derecho está en descomposición”. No es este el lugar para exponer pormenorizadamente si esa afirmación es o no hiperbólica, que no lo es tanto, pero sí para dejar constancia de que, como han puesto de manifiesto ilustres Magistrados del Tribunal Supremo y Fiscales de Sala, las reformas legales producidas en los últimos años y, entre las que ocupa un lugar destacado la Reforma del Ministerio Fiscal, han hecho retroceder a España en su lucha contra la corrupción, en la medida en que dificultan u obstaculizan su persecución. Por todos, ANDRES IBÁÑEZ, P., y MARTIN PALLIN, J.A. El fiscal insoportable. EL PAIS, 30 de octubre de 2003.

⁽⁶⁶⁾ Memoria de la Fiscalía General del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003. Pág. 532. Más adelante y con relación a la existencia de paraísos fiscales se subrayan “los gravísimos peligros que para las instituciones democráticas y la legalidad internacional” representan. Pág. 540.

⁽⁶⁷⁾ CHOSSUDOVSKY, M. (1997) “La corruption mondialissé” en Géopolitique du Chaos. Manière de Voir, núm. 3. Paris, Le Monde diplomatique. PISARELLO, G. (2000)

la estabilidad democrática y la supervivencia del Estado de Derecho no requiere ulteriores comentarios. Su capacidad de corromper las estructuras administrativas y judiciales de los Estados es enorme.⁽⁶⁸⁾

6.2. La negación del principio democrático

Desde la década de los cincuenta del pasado siglo, los teóricos de la tecnocracia venían predicando el adelgazamiento del Estado y el correlativo ensanchamiento de una sociedad regida por las leyes del mercado. Desde esas premisas, la democracia sólo resulta un régimen deseable en la medida en que garantice la estabilidad y la seguridad del sistema capitalista. En ese contexto la "governabilidad" de la economía capitalista se eleva a la condición de valor supremo. Como ha destacado el profesor Pisarello, dicha gobernabilidad se consigue por dos vías: mediante la prioridad conferida a la acumulación de capital en relación a la distribución social y mediante la limitación de la participación ciudadana, con el objeto de no "sobrecargar" el régimen democrático con demandas sociales que puedan poner en peligro la prioridad de la acumulación sobre la redistribución.⁽⁶⁹⁾

Fueron precisamente esas voces de alarma en torno al peligro de "sobrecarga democrática" que podía desembocar en una "crisis de gobernabilidad" las que explican las profundas transformaciones que la teoría y la práctica democrática han experimentado desde los años setenta de la pasada centuria.⁽⁷⁰⁾

"Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico" en *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, (De Cabo, A. y Pisarello, G. eds.) Alicante: Universidad de Alicante. Pág. 29.

⁽⁶⁸⁾ VALLESPIN, F. (2000) *El futuro de la política*. Madrid: Taurus. Págs. 107 y ss. CASTELLS, M. (1998) *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura* (3 volúmenes) Madrid: Alianza Editorial. Vol II. Págs 288 y ss. La penetración de las organizaciones criminales en las estructuras estatales es expuesta con rigor y detalle por STRANGE, S. (2001) *La retirada del Estado*. Barcelona: Icaria. Pág. 161-177.

⁽⁶⁹⁾ PISARELLO, G. (2003) "Constitución y gobernabilidad: razones de una democracia de baja intensidad" en *Las sombras del sistema constitucional español*, edición de J. R. Capella. Madrid: Trotta. Pág. 130.

⁽⁷⁰⁾ Estas tesis fueron formuladas en el célebre Informe de la Comisión Trilateral preparado por M. Crozier, S. Huntington y J. Watanuki en 1975. Según estos autores, la inclusión de los grupos tradicionalmente excluidos de la vida pública, había generado una serie de demandas sociales 'excesivas' que ponían en riesgo la gobernabilidad de los regímenes democráticos. Ello exigía una doble operación correctora: Por un lado, los excesos en las demandas sociales debían ser corregidos mediante políticas de ajuste económico, privatizaciones, y flexibilización y minimización del Derecho del Trabajo entonces vigente; por otro

Pese a su debilidad teórica, la tesis de la contención democrática como condición de gobernabilidad ejerció una notable influencia durante el último cuarto del pasado siglo. Y como ya hemos dicho antes, las victorias electorales de Thatcher en el Reino Unido y de Reagan en los EE. UU., junto con el desmoronamiento de la Unión Soviética, vinieron a reforzar el discurso aunque con una leve variación semántica. El concepto de "governability" fue reemplazado por el de "global governance". Pero lo cierto es que, a pesar del intento de diferenciación terminológica, como ha destacado Pisarello, "las tesis de la ingobernabilidad de las democracias estatales y de la gobernabilidad global parecen haber venido a cumplir, cada una en su contexto, funciones similares".⁽⁷¹⁾ Si en los años setenta se decía que para volver gobernable la democracia hacía falta menos democracia, en los noventa se afirmará que para mantener las democracias vigentes es preciso renunciar a cualquier propósito reformista que se niegue a aceptar el predominio de aquellos que garantizan la gobernabilidad global (corporaciones transnacionales, bancos centrales independientes, organismos financieros internacionales, etc.). Dicho con otras palabras: "mientras en los años setenta se trataba de alentar una democracia restringida que permitiera dismantelar los elementos garantistas presentes en el Estado Social, lo que ahora se defiende es la conveniencia de mantener las condiciones internacionales que consienten esa situación".⁽⁷²⁾

En este contexto y en el momento presente, la crisis que atraviesa el principio democrático, principio fundamntador del constitucionalismo contemporáneo, no puede ser más profunda y grave. En el plano interno la democracia queda reducida a la celebración de comicios periódicos carentes de conflictividad y cuyo resultado incide cada vez menos en la calidad de vida y el destino de los ciudadanos.

Y es que entre las consecuencias de la globalización adversas para el régimen democrático cabe subrayar una que, a medio o largo plazo, podría

lado, los excesos en la apertura de espacios democráticos debían remediarse reduciendo la participación política a la celebración de elecciones periódicas relativamente competitivas y controladas. Si la puesta en práctica de tales "operaciones correctoras" lo requiriese, los EE. UU se reservaban el derecho de utilizar las vías de presión y de fuerza necesarias, que llegado el caso podrían incluir el recurso al golpe de Estado. CROZIER, M, HUNTINGTON, S., y WATANUKI, J. (1975) *The crisis of democracy. Report on Governability of Democracies to Trilateral Commission*. New York: New York University Press. En la Italia de Aldo Moro y el Chile de Salvador Allende, estas tesis encontraron su realización práctica.

(71) PISARELLO, G. "Constitución y gobernabilidad... *ob. cit.* Pág. 131.

(72) PISARELLO, G. "Constitución y gobernabilidad... *ob. cit.* Pág. 132.

llegar a provocar la desaparición del Estado Constitucional: el predominio de los poderes privados (oligárquicos y defensores de intereses igualmente privados) sobre los poderes públicos estatales (democráticos y defensores del interés general). Como ya hemos anticipado páginas atrás (al hablar de la crisis del principio de separación de poderes) en el contexto de la mundialización económica, es un hecho, fácilmente perceptible, que el poder de los representantes legítimos del pueblo, elegidos por él en el ejercicio del derecho de participación política, resulta cada vez más reducido. Esto es, la vida de los ciudadanos no depende ya tanto de las decisiones políticas que tomen sus representantes, como de las decisiones que adopten otros poderes, privados, (las grandes corporaciones económicas transnacionales) y muchas veces ocultos. Estos poderes invisibles, pero no por ello menos reales, son los que gobiernan la economía y, por ende, determinan la calidad y las condiciones de vida de los ciudadanos y, a veces, el destino de enteros Estados.

A lo anterior hay que añadir el hecho de que incluso dentro del propio Estado proliferan por doquier las llamadas Administraciones Independientes, esto es sectores de la Administración que, en nombre de la razón tecnocrática, se dejan en manos de unos gestores que no han de rendir cuentas a los ciudadanos.⁽⁷³⁾ Como ya anticipamos en páginas anteriores, resucitando la falacia fisiocrática, lo que el neoliberalismo tecnocrático propone no es otra cosa que "el total y absoluto sometimiento de la política a los dictados de la razón tecnocrática e instrumental".⁽⁷⁴⁾ Lo cual se traduce, inevitablemente, en la pretensión de que el Estado se organice según la lógica empresarial. Pretensión esta cuyas consecuencias desde el punto de vista del mantenimiento del principio democrático no pueden pasar inadvertidas. Como ha advertido el profesor Ruipérez, lo anterior no significa otra cosa que "así como en el mundo empresarial son los técnicos, y no todos los trabajadores, los que adoptan las decisiones, también en el Estado ha de existir una élite dirigente que, en base a su formación técnica, controle el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales".⁽⁷⁵⁾

⁽⁷³⁾ RALLO, A. (2002) *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*. Madrid: Tecnos.

⁽⁷⁴⁾ RUIPEREZ, J. "¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 159.

⁽⁷⁵⁾ RUIPEREZ, J. "¿La Constitución en crisis?... *ob. cit.* Pág. 159. El momento actual del proceso de creación de una Europa Unida nos ofrece un ejemplo, significativo y notable, de lo que acabamos de expresar. Los miembros de la Convención que en los últimos meses han redactado el proyecto de la denominada Constitución europea, no han sido reclutados por el voto directo del Pueblo sino que han sido designados como supuestos técnicos por los órganos políticos de los Estados Miembros. Sobre tan importante cuestión remito al lec-

Nada de extraño tiene que, bajo estas circunstancias, los márgenes de actuación política se reduzcan y los programas de los partidos tiendan a converger. Convergencia que se produce en mayor medida por asumir las fuerzas de izquierda elementos de los programas conservadores (privatizaciones, bajadas de impuestos, etc.). Consecuencia inevitable de lo anterior es el alejamiento de los ciudadanos de la política, al no encontrar interés alguno en verse relegados a la menesterosa condición de espectadores de una realidad que aquellos a los que correspondería transformarla, la presentan, por el contrario, como inmutable.⁽⁷⁶⁾

6.3. La negación del principio de supremacía constitucional

Como ha escrito el profesor De Vega en una obra ya clásica, y difícilmente superable sobre el tema, el principio político democrático fundamenta el principio jurídico de supremacía constitucional.⁽⁷⁷⁾ Nada tiene de extraño que siendo esto así, la negación del principio democrático por parte de la teoría y la práctica de la globalización ha de provocar como consecuencia, tan nefasta como ineludible, la negación del principio jurídico de supremacía constitucional sobre el que se han levantado los Estados Sociales europeos surgidos de la Segunda posguerra mundial.

Por todo lo expuesto hasta ahora no puede sorprendernos ya la gran paradoja a la que, en última instancia, nos conduce la sustitución de la ideología del constitucionalismo por la ideología de la Constitución. El profesor Mercado Pacheco en un muy sugerente estudio titulado gráficamente "La Constitución imposible" y al que ya hemos hecho referencia anteriormente la expone así: "Precisamenre cuando se celebra el constitucionalismo y el Estado constitucional de derecho como un nuevo paradigma dentro de la teoría del derecho, precisamente cuando se pregona que las constituciones

tor a RUIPEREZ, J. (2000) *La Constitución europea y la teoría del Poder Constituyente*. Madrid: Biblioteca Nueva.

⁽⁷⁶⁾ Por lo que a la vigencia y eficacia reales del principio democrático en España se refiere, Juan Ramón Capella ha formulado un muy negativo juicio que debería hacernos reflexionar. El Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona ha denunciado "el palmario fracaso, desde un punto de vista democrático, del sistema político español" en la medida en que éste ha demostrado "su incapacidad para impedir que un gobierno materialice una política contraria a la opinión de su ciudadanía en una cuestión capital como la guerra". CAPELLA, J. R. "Una soberanía apacentada" en *Las sombras del sistema constitucional español... ob. cit.* Pág. 15.

⁽⁷⁷⁾ DE VEGA, P. (1985) *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos.

han dejado de ser un mero conjunto de principios programáticos orientadores de la vida pública y se convierten en fuente de preceptos con valor jurídico inmediato, en norma jurídica apta para establecer los más fuertes mecanismos de limitación y control del poder, incluido el del legislativo, justo en ese momento, una parte de la Constitución, *la 'constitución económica' corre un riesgo serio de convertirse en mera proclamación de principios formales que se mantienen y defienden en los textos legales con valor simbólico, pero que han dejado de tener el peso ideológico, jurídico y funcional que los constituían en norma fundamental del gobierno de lo económico'*.⁽⁷⁸⁾

En realidad, y como la exposición del citado profesor pone claramente de manifiesto, no es que la constitución económica corra el riesgo de convertirse en mera declaración de principios, sino que ese riesgo se ha transformado ya en realidad y la constitución económica española establecida por el constituyente de 1978⁽⁷⁹⁾ ha dejado de estar vigente como consecuencia de la mutación constitucional operada con la ratificación del Tratado de la Unión Europea. Tratado que consagra alguno de los dogmas fundamentales del neoliberalismo tecnocrático.

Los Tratados de la Unión Europea en sus últimas versiones de Maastricht, Amsterdam y Niza, han avanzado en la determinación y concreción del soporte axiológico y finalístico de la construcción institucional⁽⁸⁰⁾ y lo han hecho invirtiendo las coordenadas propias del Estado Social. El artículo 9. 2 de la Constitución española, de la misma forma que el artículo 3 de la Constitución italiana, explicita el fin fundamental del Estado Social español, forma histórica adoptada por el constituyente de 1978. Dicha disposición se configura como la más clara concreción de los enunciados preambulares. Porque preciso es recordar que nuestra Constitución contiene una declaración ejemplar cuya potencialidad no ha sido suficientemente desarrollada, probablemente por estar ubicada en el Preámbulo de la misma y por la poca importancia que, aunque con muy relevantes excepciones (Pérez Serrano, Lucas Verdú o Häberle) la doctrina ha concedido a los preámbulos constitucionales.⁽⁸¹⁾ Función esencial de un Preámbulo es recoger el techo

⁽⁷⁸⁾ MERCADO PACHECO, P. "La Constitución imposible... *ob. cit.* Pág. 295.

⁽⁷⁹⁾ Véase, DE JUAN ASENJO, O. (1985) *La Constitución económica española. Iniciativa pública versus iniciativa privada en la Constitución española de 1978*. Madrid: CEC; y BASSOLS COMA, M. (1985) *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos.

⁽⁸⁰⁾ GARCIA HERRERA, M. A. (1998) "Rigidez constitucional y Estado social" En: VV. AA: *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*. Madrid: Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial. Pág. 79.

⁽⁸¹⁾ TAJADURA, J. (1997) *El Preámbulo constitucional*. Granada: Comares.

ideológico del régimen y en ese sentido sintetizar los fines de un Estado constitucional dado. En el caso español el constituyente de 1978 proclamó como objetivo primordial el establecimiento en España de una sociedad democrática avanzada lo cual exige, inexcusablemente, el correspondiente deber de los poderes públicos de lograr la igualdad sustancial de los ciudadanos (art. 9. 2).⁽⁸²⁾

Ahora bien, el Estado español al que el constituyente le fijó como objetivos esenciales identificadores de su misma forma histórica, el establecimiento de una sociedad democrática avanzada, y el logro de la igualdad sustancial de todos los ciudadanos, asume ahora la obligación de subordinarlos a las exigencias del respeto a los principios de economía de mercado y de libre competencia (art. 4. 1 TUE) y al mantenimiento de la estabilidad de los precios (art. 4. 2. TUE). Dicha subordinación implica que los verdaderos fines del Estado son hoy estos últimos (estabilidad de precios, libre competencia..., etc.) y no los fijados por el constituyente. Innesario resulta recordar que el poder constituyente derivado no ha tomado parte en esta trascendental operación y no lo ha hecho porque no se han activado los procedimientos de reforma constitucional sino que, una vez más, se ha recurrido a la modificación no formal del Texto fundamental, esto es a su mutación.

Con meridiana claridad y evidente acierto, el profesor García Herrera, uno de los más cualificados estudiosos del Estado Social y de su crisis, ha señalado como la novedad que se ha producido consiste en la transformación radical de las finalidades de nuestra Constitución: "Si en el Estado Social es admisible, dentro del marco constitucional como límite, la realización de políticas alternativas que modulen la forma de cumplimiento de los fines del art. 9.2, la normativa europea cancela dicha posibilidad al establecer el marco único de funcionamiento y establecer los fines de la Comunidad Europea en términos no coincidentes con los propios de la Constitución. En este sentido es nítida la contradicción entre la estrechez de posibilidades del primado exclusivo de la economía de mercado y de la libre competencia frente al abanico de opciones constitucionales que va desde la economía de mercado del art. 38 CE a la reserva al sector público del art. 128. 2 CE y la programación democrática del art. 131 CE".⁽⁸³⁾

⁽⁸²⁾ TAJADURA, J. (1998) "La noción de sociedad democrática avanzada en la Constitución española de 1978" En: *Sistema*, núm. 147.

⁽⁸³⁾ GARCIA HERRERA, M. A. "Rigidez constitucional... *ob. cit.* Págs. 80-81. En el mismo sentido, MERCADO PACHECO, P. "La Constitución imposible... *ob. cit.* Pág. 302: "Se haya sido consciente o no por parte del legislador, la ratificación del Tratado de Maastricht tuvo la importancia de una 'elección de sistema' o, en otros términos, es una decisión constituyente".

La economía mixta o economía social de mercado ha sido sustituida por la economía abierta y en libre competencia. En este sentido, el Tratado de la Unión Europea no se limita a verificar un mero traspaso de competencias estatales a los órganos comunitarios sino que supone una modificación esencial del equilibrio de la Constitución, y ello, escribe el profesor Muñoz Machado, "bien porque el ejercicio de esas nuevas competencias se inspira en principios distintos de los que rigen en las constituciones internas, bien porque la traslación de los centros de decisión es tan sustancial que la estructura constitucional se conmueve y pierde algo sustancial de su disposición original".⁽⁸⁴⁾

7. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA RESISTENCIA CONSTITUCIONAL

En las páginas anteriores he intentado poner de manifiesto cómo los principios informadores del constitucionalismo moderno pueden resultar inviables en el contexto de un proceso de mundialización o globalización económica inspirado en los dogmas del neoliberalismo tecnocrático. Y ello por la sencilla razón de que el constitucionalismo, como ideología que encuentra en el principio democrático su inexcusable fundamento, nos exige la subordinación de la economía a la política, mientras que el neoliberalismo pretende justamente lo contrario.

La defensa de los principios constitucionales nos exige adoptar una actitud de "resistencia constitucional".⁽⁸⁵⁾ Lo que en nuestro caso, y como ha afirmado el profesor García Herrera en el magnífico trabajo antes citado, exige "mantener inhiesta la bandera de la Constitución de 1978, sus contenidos sociales, su carácter de norma jurídica suprema, la vigencia de sus procedimientos de reforma y revisión. Al fin y al cabo, su génesis fue el resultado de un proceso constituyente democrático que, con todas sus virtudes e insuficiencias, posibilitó que el pueblo español, como sujeto de soberanía, se dotara de una normativa que le dotaba de una unidad política basada en unas opciones que se sintetizan en la fórmula constitucional del Estado Social".⁽⁸⁶⁾

⁽⁸⁴⁾ MUÑOZ MACHADO, S. (1993) *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid: Alianza Editorial. Pág. 43.

⁽⁸⁵⁾ Sobre la noción de resistencia constitucional. TOMAS y VALIENTE, F. (1997) "La resistencia constitucional y los valores" en *Obras Completas*. Madrid: CEC. Volumen V, págs. 4435-4445. GARCIA HERRERA, M. A. (2002) "Estado, Comunidades Autónomas y Derechos sociales: relaciones y tendencias" En: *Anuario Jurídico de la Rioja*, Logroño. Pág. 140-144.

⁽⁸⁶⁾ GARCIA HERRERA, M. A. "Rigidez constitucional... *ob. cit.* Pág. 87.

Esta actitud de ‘resistencia constitucional’ que propugno, contiene una triple exigencia: En primer lugar, la de recuperar y rescatar el significado profundo y emancipador de la soberanía y el sentido liberador del Estado; en segundo lugar, desterrar los nuevos mitos y dogmas del neoliberalismo tecnocrático basados en la fantástica construcción del ‘orden natural’ (mercado o sociedad civil mundial); en tercer lugar, resituar en el lugar central que le corresponde en el debate constitucional de nuestro tiempo a la problemática del Poder Constituyente.

A) La defensa de la soberanía y del Estado

La actitud que hemos denominado “resistencia constitucional” exige, en primer lugar, y como presupuesto fundamental, la recuperación y rescate del significado profundo y emancipador de la soberanía y del sentido liberador del Estado. Frente a quienes desde el anarquismo político y el nihilismo jurídico lo combaten, es preciso recordar e insistir en que, a diferencia del resto de comunidades políticas que le precedieron en la historia, el Estado Moderno no fue concebido como una creación misteriosa de los dioses, sino como una obra racional de los hombres. En este sentido, la idea de soberanía que, constituye, innecesario es recordarlo, su nota definitoria y más característica, no debe centrarse exclusivamente en el hecho de tratarse de un poder que no reconoce a ningún otro como superior, sino en la circunstancia de tratarse de un poder que tiene en el pueblo su última y definitiva justificación.⁽⁸⁷⁾

Con toda razón afirmaba el Maestro Mario de la Cueva, en un texto que continúo releyendo y admirando por la sorprendente actualidad y vigencia de su discurso, que “la historia de la soberanía es una de las más extraordinarias aventuras de la vida y del pensamiento del hombre y de los pueblos por conquistar su libertad y hacerse dueños de sus destinos”.⁽⁸⁸⁾ Por ello, con notable lucidez e indiscutible acierto, en la vasta nómina de problemas constitucionales que el Estado contemporáneo ha de afrontar, el profesor Valadés coloca en primer plano, el de la soberanía: “Una vez más el problema de la soberanía aparece como cuestión central en el debate del Estado: Ya no es el enfoque de Bodino o de Rousseau; ahora se trata de enmarcar el concepto en un proceso denominado ‘globalización’, que implica modificaciones muy profundas al dogma jurídico-político que

⁽⁸⁷⁾ DE VEGA, P. “Prólogo” a Dromi San Martino, Laura. *Derecho Constitucional de la Integración... ob. cit.* Pág. 19.

⁽⁸⁸⁾ DE LA CUEVA, M. (1995) “Estudio Preliminar” a Herman Heller. *La soberanía*. México: FCE, 2ª edición. Pág. 8.

servió como base para edificar el Estado moderno". Y continúa el profesor Valadés con unas palabras que cito con frecuencia, por compartirlas plenamente, y porque no suelen encontrarse pronunciadas con tanta claridad y rotundidad: "Sin la idea de soberanía nacional se desplomaría toda la construcción teórica del Estado a partir del Renacimiento, y sin la idea de soberanía popular se vendría por tierra el sustento de la democracia moderna y contemporánea".⁽⁸⁹⁾ Quien así se pronuncia es sin duda un defensor del Estado Constitucional y quien esto escribe también. En el contexto histórico, político, e ideológico que, por fortuna o por desgracia, nos ha tocado vivir, esta defensa del Estado adquiere una importancia capital. El Estado Constitucional, en su forma histórica de Estado Social, que podemos considerar como la mayor obra civilizatoria realizada por el hombre en su milenaria historia como especie diferenciada, se encuentra sometido a un proceso de acoso y derribo desde los más diversos frentes (neoliberales, globalizadores y particularistas nostálgicos de un orden feudal afortunadamente periclitado...etc.) por parte de todos aquellos que pretenden hacernos olvidar el dato incontrovertible de que el Estado Constitucional basado en la soberanía del pueblo, en su dimensión de Estado Social, es hoy, como lo fue ayer, y cabe pensar que lo siga siendo en el corto y medio plazo, la principal instancia capaz de formular, expresar y garantizar lo que los escolásticos denominaron bien común y nosotros, desde el Renacimiento, conocemos como interés general. El Estado, como gran conquista histórica de la modernidad, ni puede, ni debe desaparecer. Por ello creo necesario subrayar en este epígrafe conclusivo la necesidad de seguir contando con el Estado Constitucional Democrático y Social, como único mecanismo capaz de organizar una convivencia civilizada entre los hombres. En este sentido, puedo terminar con las mismas palabras con las que el profesor Tomás y Valiente —que lamentablemente y como consecuencia de un criminal y vil atentado perpetrado por los enemigos del Estado y de la libertad no puede estar hoy entre nosotros— iniciara su obra "A orillas del Estado": quien esto escribe "cree en el Estado y no se avergüenza de hacer pública no su fe, pues no se trata de convicciones asumidas más allá de la razón, sino su creencia, en el sentido orteguiano".⁽⁹⁰⁾

B) El rechazo de la mitología neoliberal

Por otro lado, la resistencia constitucional nos exige liberarnos de los nuevos mitos del mercado y de la razón técnica, mitos basados en construcciones

⁽⁸⁹⁾ VALADES, D. (1999) "Las cuestiones constitucionales de nuestro tiempo" en *Cuestiones Constitucionales*, num. 1, México, UNAM, pág. XI.

⁽⁹⁰⁾ TOMAS Y VALIENTE, F. (1996) *A orillas del Estado*. Madrid: Taurus. Pág. 9.

tan fantásticas como las del orden natural, que ya fueron aniquiladas por la historia el siglo pasado, y que, sorprendente e inexplicablemente resurgen, y amenazan con provocar catástrofes no menores que las que produjeron en el pasado. Pero es que, además, el discurso de los neoliberales presenta una diferencia notable con respecto al de los liberales clásicos. Aunque los viejos liberales subordinaban el Estado a la sociedad, ello se hacía, sin embargo, reconociendo la autonomía de lo político respecto de lo económico. Y esta autonomía de la política es justamente lo que desaparece con la globalización puesto que los neoliberales proceden al sometimiento de la política a las exigencias y los dictados de la razón tecnocrática e instrumental. Razón ésta que explica que todas las grandes medidas en la política económica y social se hayan legitimado por ser las únicas posibles. Ahora bien, si, como hemos dicho fue la realidad la que vino a desmentir la utópica construcción liberal, es esa misma realidad la que desmonta la idílica utopía del neoliberalismo tecnocrático. El mercado mundial, que por haberse construido sobre la base de una idea de sociedad como algo contrario al Estado, ha pasado a regirse por unas leyes propias, e innecesario debiera ser recordar que en modo alguno democráticas, lejos de proporcionar a la Humanidad mayores cotas de bienestar, lo que ha provocado es un crecimiento desmesurado de las desigualdades y de la miseria. La 'resistencia constitucional' se concreta así en una exigencia de desmercantilización de la sociedad, basada en la convicción de que es preciso anteponer las necesidades de las personas a las exigencias de los mercados.

Lo que la resistencia constitucional pretende con la subordinación de la economía a la política no es otra cosa que recuperar el carácter normativo de la Constitución. Creo oportuno traer a colación las fecundas reflexiones del Maestro argentino, profesor Bidart Campos, quien desde la defensa permanente del Constitucionalismo Democrático y Social ha puesto de manifiesto la amenaza que para su supervivencia representa el discurso neoliberal: "Las políticas y medidas socioeconómicas no son, pues, indiferentes, porque la constitución no es neutral, y si la Constitución es derecho —o es jurídica— su supremacía irradia efectos también a ese ámbito tan sensible de la economía. Ni los gustos, ni las modas, ni la globalización, ni la mundialización, ni los virajes periféricos hacia los centros del poder económico y político, internos e internacionales, tienen aptitud para esquivar a la Constitución, *para romper el anclaje que la economía le debe a su programa imperativo y vinculante*". Y continúa con palabras que compartimos plenamente: "Es hora de que, desde el Derecho Constitucional (...) nos volvamos enfáticos en proclamar y exigir que *cualquier variabilidad ocasional de las políticas socioeconómicas deba subordinarse*

a la Constitución".⁽⁹¹⁾ Dicho con otras palabras, es la Constitución, emanada del Pueblo, y no los mercados (esto es unos poderes invisibles y ocultos) la que debe gobernar la economía.

C) El rescate del Poder Constituyente

En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, esto es si recuperamos el significado emancipador de la soberanía (popular) y desterramos el determinismo económico (neoliberalismo), la actitud de 'resistencia constitucional' que propugnamos nos exigirá, ineludiblemente, retomar y afrontar la problemática del Poder Constituyente.⁽⁹²⁾ En este sentido, el xxv aniversario de nuestra Constitución, —feliz efeméride que explica la celebración de este VIII Congreso Iberoamericano en esta bella ciudad de Sevilla—, coincide en el tiempo con el proceso de elaboración de una "Constitución" europea. Proceso este que suele ser aplaudido con un acrítico y sorprendente fervor y que, por el contrario, debería ser valorado y enjuiciado, tomando como parámetros, los principios constitucionales básicos, empezando por el principio democrático que afirma el Poder Constituyente del Pueblo. Europa puede ser el lugar para ejercitarlo. Europa puede y debe ser todavía

⁽⁹¹⁾ BIDART CAMPOS, G. J. (1997) "El constitucionalismo social: esbozo del modelo socioeconómico de la Constitución reformada de 1994" En: *Economía, Constitución y Derechos Sociales*. Buenos Aires: Ediar. Pág. 181.

⁽⁹²⁾ Así lo han señalado también los profesores De Vega y Ruipérez en los trabajos de referencia citados en nota 2. Por otro lado, en su brillante y sugerente discurso de inauguración del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, al que ya hemos hecho alguna referencia, el profesor Valadés afirmaba, con claridad y acierto que "la alienación del derecho es un mal de nuestro tiempo" Efectivamente, la alienación del derecho es el nefasto resultado de la negación del principio democrático y del principio de supremacía constitucional por el proceso globalizador, y sintéticamente descrito en las páginas anteriores. En este sentido, continuaba el Maestro citado: "El Estado de derecho tiene dos limitaciones paradójicas: un Estado periclitante y un derecho misterioso y confuso. *Es tiempo de retornar a los orígenes y de valorar los principios clásicos del poder constituyente, para involucrar a las sociedades en la conformación de sus normas supremas*" Si bien es cierto que muchas normas, por el grado de complejidad técnica de la materia regulada, exigen que sean elaboradas por especialistas y para especialistas, no ocurre lo mismo en el ámbito de las normas constitucionales. En ellas no tenemos que alejarnos de los patrones técnicos y lexicográficos que las hagan inteligibles para los ciudadanos. Las palabras del profesor Valadés son plenamente aplicables, en un sentido profundamente crítico, al Proyecto de Constitución Europea en curso: "Las Constituciones casuistas y reglamentarias son un producto de la desconfianza que entre sí tienen los agentes del poder, y las normas que resultan de la desconfianza, transmiten desconfianza (...) las Constituciones pierden esa dimensión histórica y política, para incorporarse al conjunto normativo como un texto más, dejan de representar un valor social cohesivo y sin la Constitución como referente, las sociedades tienden a la anomía" VALADES, D. "Discurso de... ob. cit. Pág. 148 y 149.

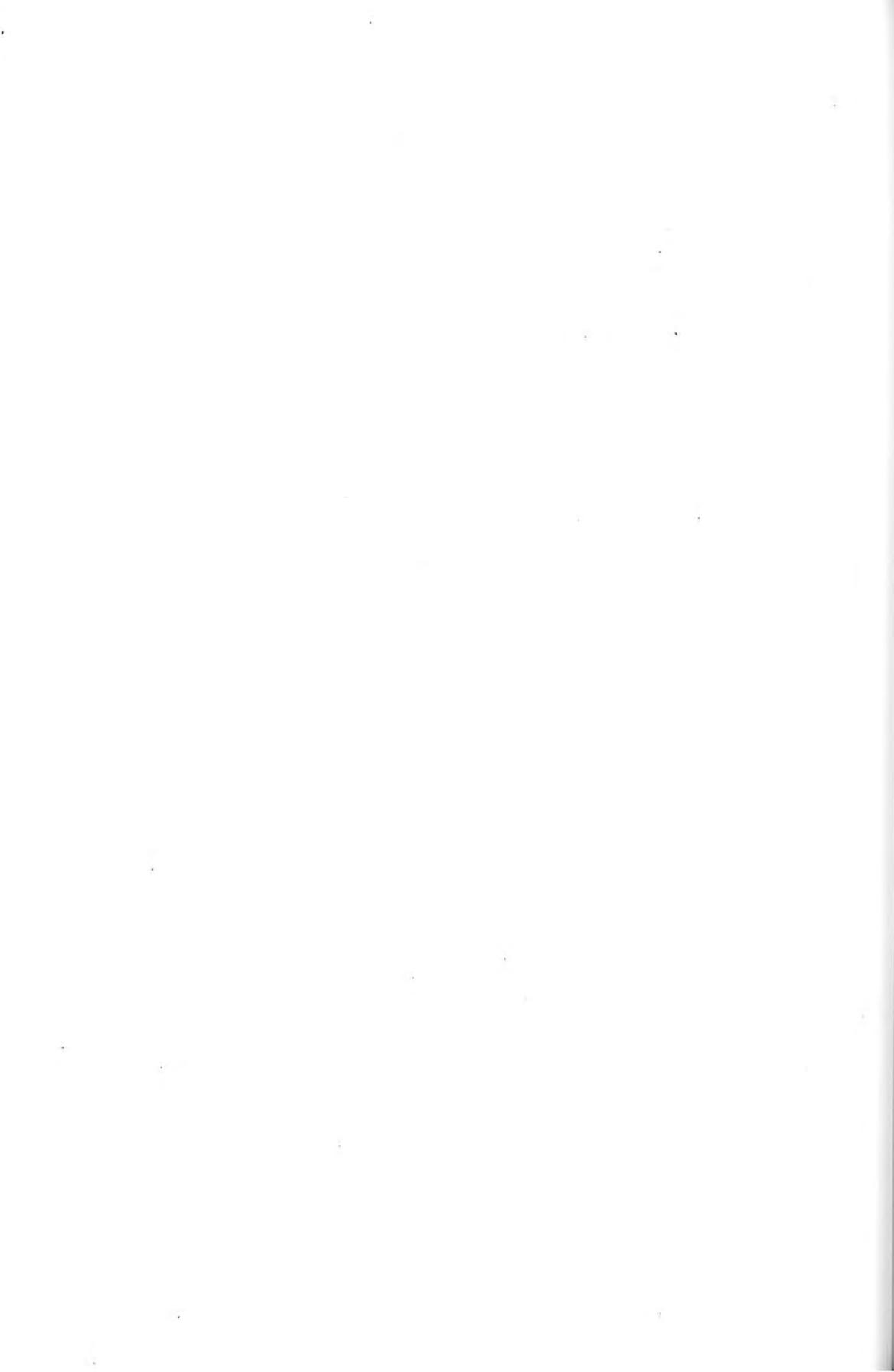
el lugar en el que hacer posible un gobierno político de lo económico, en el que las decisiones económicas retornen al ámbito de la decisión política democrática, no por un perverso afán intervencionista, sino para establecer los fines, valores y derechos a los que la economía debería servir siempre de instrumento. En definitiva, como ha señalado el profesor Ruipérez "si la Unión Europea tiene que ser que lo sea. Pero que lo sea con los presupuestos del constitucionalismo democrático y social"⁽⁹³⁾. En la medida en que dichos presupuestos, hoy por hoy, no se cumplen, la 'resistencia constitucional' nos exige, por un lado, denunciar esa realidad, y, por otro, situar en el centro del debate constitucional europeo la problemática del Poder Constituyente, como requisito previo e ineludible para la elaboración y aprobación de cualquier Texto que pretenda ser legítimamente calificado de 'Constitucional' y que aspire a ser tomado como referente para futuros procesos de integración supranacional al otro lado del Atlántico.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que lo ocurrido en Europa no es un supuesto excepcional. Antes al contrario, como la mejor doctrina ha puesto de manifiesto (Valadés, De Vega), uno de los problemas constitucionales más serios de nuestro tiempo consiste en que en las democracias contemporáneas el pueblo ejerce la función electoral pero no la función constituyente. Los ciudadanos eligen libremente a sus representantes y gobernantes pero, para el ciudadano medio, el ejercicio real del poder constituyente es algo distante y ajeno, y las Constituciones se convierten entonces en el producto de acuerdos entre los agentes del poder. A esto es, a lo que, en definitiva, ha conducido la sustitución de la ideología del constitucionalismo por la ideología de la constitución.

La resistencia constitucional implica una lucha por rescatar el principio democrático según el cual el Pueblo, y sólo él, es el único sujeto legitimado para decidir el modo y la forma en que quiere ser gobernado. Son los ciudadanos y no los técnicos, como pretende el neoliberalismo tecnocrático o, peor aun, los poderes invisibles que se ocultan tras el velo del mercado mundial, los que deben adoptar las decisiones constituyentes de las que dependerá su libertad y su futuro.

Bilbao, 5 de noviembre de 2003

⁽⁹³⁾ RUIPEREZ, J. La 'Constitución... *ob. cit.* Pág. 172.



EL CONSTITUCIONALISMO ACTUAL

Pedro J. Frías *

SUMARIO: 1. Advertencia. 2. El constitucionalismo en transición. 3. El Estado de derecho, novedad del siglo XX. 4. El tiempo de los derechos. 5. Asignaturas pendientes. Derechos económicos y sociales. 6. Valores, cultura y educación. 7. Los poderes. 8. El control como función y como poder. 9. Epílogo

1. ADVERTENCIA

Intento una lectura del constitucionalismo finisecular desde la experiencia, sin acumulación de datos y autores. Los hechos dramáticos de nuestro fin de siglo no se describen, pero están presentes, porque muertas las utopías revolucionarias ha sido el Estado constitucional la novedad del siglo xx.

Examino las presiones de la sociedad posindustrial sobre el constitucionalismo y su modo de recepción que no alterará el equilibrio actual, cuando además se advierte que la democracia mayoritaria, con sus espasmos eventuales, está reabsorbida por el Estado constitucional pluralista.

Cuando crece el "derecho a tener derechos", estoy atento a su operatividad en orden a los obligados en los derechos públicos subjetivos y a las políticas en que se sustentan ciertos derechos por analogía.

(*) Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

Valores, cultura y educación arraigan en una confluencia cultural, donde actúan las creencias y la secularización, la ciencia y la reflexión crítica, la prioridad de los padres y el Estado docente.

En los poderes del Estado apenas insinuó los debates actuales entre presidencialismo y parlamentarismo o sobre el Poder Judicial. Muchos temas han quedado fuera: la descentralización administrativa y la territorial del poder, de que he escrito casi demasiado. Las cuestiones sobre la democracia me ocuparon hace poco tiempo. Las reflexiones que siguen no son pues exhaustivas, si es que hubieran podido serlo...

2. EL CONSTITUCIONALISMO EN TRANSICIÓN

El Derecho es el orden del Orden Social, no todo el Orden, y el derecho constitucional lo es por antonomasia. Las alteraciones del Orden Social se proyectan, tarde o temprano, en intensidad diversa, sobre el derecho. Las transferencias entre Orden Social y derecho no son automáticas, porque el derecho tiene su propia resistencia. Modera a veces los cambios o es insensible a ellos o también puede acelerarlos.

El constitucionalismo liberal preside la era constitucional. Fue la respuesta adecuada a sistemas políticos que procuraban gobernar para el pueblo, pero sin el pueblo. Ese constitucionalismo aseguró los derechos personales y un poder limitado, controlado y compartido.

La Gran Depresión Mundial cambió desde la década del 30 el escenario. El Estado se torna regulador, empresario y comerciante. Asume los "buenos sentimientos" que se formalizan después en el Estado de bienestar (*Welfare State*), como prestaciones que dan un crédito a los más débiles contra el Estado.

Fue el constitucionalismo social la respuesta estructurada por la Depresión y la Segunda Guerra. Ese constitucionalismo social suma a la propiedad privada su función social, a la iniciativa económica la solidaridad, a la representación política la participación popular. Lo exteriorizan los derechos sociales, alguno de los cuales no son sino derechos personales que hemos puesto a cargo del Estado.

Dije que el Estado de bienestar es la versión asistencial del Estado social de derecho. Sobre él se ha perdido la inocencia: las aspiraciones sociales crecen más que los recursos. Se ha hablado maliciosamente de un estado de malestar...

Su frustración es lugar común aún entre los socialdemócratas. Juan Pablo II en "Centesimus Annus" ha reconocido que fue paliativo para algunas necesidades pero acrecentó el aparato burocrático del Estado.

¿Un constitucionalismo posindustrial?

En la dialéctica entre constitucionalismo y Orden Social se precisan pues el constitucionalismo liberal y sucesivamente el constitucionalismo social. ¿Hay para el constitucionalismo un tercer tiempo histórico? La revolución científica y técnica, el derrumbe del comunismo, ¿están cambiando el constitucionalismo? ¿La sociedad posindustrial se mimetiza en un constitucionalismo posindustrial?

En un estudio lúcido y denso lo afirma así Juan Fernando Segovia.⁽¹⁾ Mi conclusión es más atenuada. Comparto la descripción de Daniel Bell que permite sugerir las transferencias que los cambios en curso provocan al constitucionalismo, pero el movimiento no es en una sola dirección. Hay que tener en cuenta la consistencia del derecho constitucional como compromiso normativo fundamental sobre el orden social querido para una comunidad.

La sociedad, según Bell, se encuentra fragmentada en tres estructuras que responden a principios distintos. Primero, la estructura social (economía, trabajo, tecnología). Segundo, la estructura política (distribución del poder, justicia) penetrada de participación y de igualdad. Tercero, la estructura cultural (valores y significados) que crece desde el sujeto hacia su autorrealización.

Estas estructuras, sí, se transfieren al derecho constitucional. La estructura social se traduce particularmente en la universalización de la economía de mercado o economía libre o economía de empresa. La estructura política busca nuevos controles y formas de participación. La estructura cultural, a su turno, se traduce en el "derecho a tener derechos", en los derechos de tercera generación —al ambiente, al desarrollo, a la paz—, en el resguardo de la "diferencia", en la liberación.

La recepción por el derecho constitucional

Ya he dicho que el derecho constitucional no es el depósito inerte de esos cambios de clima. Veamos algunas precisiones:

(1) "Nuevas tendencias del constitucionalismo" en Dardo Pérez Guilhou y otros. *Derecho Público Provincial*. Mendoza: t.i, 1990. p. 105. Las citas Bell son de Segovia en *El advenimiento de la sociedad posindustrial*. Madrid: Alianza Editorial, 1986.

- Ninguna reforma del Estado nos tomará desprevenidos para defender las dos funciones esenciales del Estado: Promover el bien común como gerente y asegurar las reglas de juego de la sociedad como garante. Pero es cierto que las funciones del Estado tendrán otra lectura.
- Ningún descreimiento en la clase política logrará por ahora la sustitución de los partidos, aunque deban compartir las decisiones con la democracia semidirecta y otras formas de consulta. (En la Argentina el sistema de partidos está destruido. Hay 700 partidos).
- Ninguna exaltación individualista podrá ignorar la naturaleza social de la Constitución; ninguna secularización irá tan lejos como para desconocer los derechos de la conciencia religiosa; ninguna planificación cultural dejará de contar con el pluralismo de escuelas. Podemos creer, por ahora, que el constitucionalismo social pueda entrar en una fase posindustrial o posmoderna pero los cambios de contenido no son automáticos. El derecho constitucional tiene su modo de recepción de los cambios, según la centralidad de la persona humana, la subsidiariedad pero necesidad del Estado y quizás refleje siempre —aún sin quererlo— un orden moral objetivo. Considerémoslo en transición, como puede estarlo una identidad fuerte abierta a los signos de los tiempos. Al fin, la vida es un movimiento especificador para todos.

3. EL ESTADO DE DERECHO, NOVEDAD DEL SIGLO XX

Caídas las utopías revolucionarias, el Estado de derecho del siglo XIX sigue siendo la novedad del siglo XX. La economía planificada centralizadamente no ha producido crecimiento. El socialismo real no ha conjugado la libertad con la igualdad. El Estado de clases se ha demostrado hostil para todos, excepto para la "nomenclatura".

El Estado de derecho se formó como réplica al capricho del soberano. Es la limitación del poder por el derecho, con garantías fundamentales de las libertades públicas, protección del orden democrático, ordenamiento jurídico, control de la constitucionalidad de las leyes. El Estado de derecho implica reglas constitucionales que se imponen a todos (Oliver Duhamel). En un primer nivel resalta el Estado de policía, pero no entendido como despotismo, sino como regulación del Poder Ejecutivo, legalmente centrado en el derecho administrativo como derecho de personas desiguales, porque primero es necesario obedecer y recién después impugnar. El segundo nivel es el Estado legal, con soberanía de la ley y ya no de la regulación ejecutiva. Adviene la institución representativa, con el parlamentarismo grandilocuente entre las dos guerras.

La precariedad de esta construcción encontró remedio en el Estado constitucional, o constitucional pluralista, como lo definió Raymond Aron. Tenemos entonces la pirámide de normas que Kelsen construyó con tanta sutileza como fragilidad. ¿Por qué? Porque el Estado de derecho supone un juego político bajo reglas que lo mantienen en el dominio pacífico del arbitraje, del autocontrol; el vencedor no debe ir demasiado lejos. Emeri⁽²⁾ a quien sigo en apretada síntesis, vuelve a Aron o a Robert Dahl: la democracia pluralista, una lucha limitada. Tiene que mediar entonces consenso sobre esta limitación y esta condición necesaria vincula el tema con los procesos de comunicación social. El vínculo es jurídico y el meollo opinión.

El vínculo es jurídico —digo— y de naturaleza constitucional y por eso, por arriba de los actores cotidianos de la competición política, dada la rigidez constitucional. En tiempos de integración hay que tener en cuenta que por sobre el bloque constitucional nacional irá emergiendo el supranacional. Hay pues ya un Estado de derecho europeo que se impone a los Estados-miembro.

Los garantes del Estado de derecho son los jueces: o el control de constitucionalidad de los americanos y de algunas Cortes latinoamericanas o el control concentrado en las Cortes Constitucionales.

No faltan los “estados de alma” críticos para esta intervención de los jueces, pero felizmente para el Estado de derecho entre nosotros no es así. Podrá haber momentos de desconfianza en la institución judicial, pero nadie propone alternativas para su misión de contralor.

4. EL TIEMPO DE LOS DERECHOS

Las degradaciones que el hombre ha sufrido en pleno siglo xx han provocado una reacción afortunada a partir de las experiencias totalitarias, las guerras subversivas y las represiones dictatoriales; las disciplinas del espíritu han consagrado los derechos humanos; más aún: se han universalizado e internacionalizado.

Que ha sido así es evidente a nuestra conciencia; menos claro puede ser el proceso histórico: primero, los derechos fundamentales del hombre de las revoluciones liberales; luego los derechos sociales nacidos de la depresión

(2) CLAUDE EMERI. *L'Etat de droit: état de la recherche et problèmes actuels*. Comunicación al XV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política. Buenos Aires: 1991.

junto con el constitucionalismo social; por fin los de tercera generación, adscriptos a la sociedad posindustrial.

Los primeros —como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad— se suponen anteriores al Estado, son operativos, reconocen sujetos pasivos constitucionalmente obligados; son derechos públicos subjetivos. Los segundos —derecho a la salud, a la vivienda, a la sindicación— no suelen ser directamente operativos, porque requieren alguna intermediación estatal; los terceros —derecho a la paz, al ambiente sano, al desarrollo— no sólo no son operativos, sino que son derechos por analogía, pues son expectativas humanísimas confirmadas a veces por compromisos constitucionales.

No siempre los derechos son predicados para todos; crece el reconocimiento del derecho a la diferencia —minorías étnicas, lingüísticas, sexuales— y aún otras diferencias más sutiles de Guy Sorman ha descrito pintorescamente en el marco de algunas universidades americanas.

Los debates no son tan simples ni de fácil pronóstico. Por ejemplo, ¿tienen algún fundamento los derechos humanos? Aquí se entrecruzan las convicciones: muchos acudirán a la entraña misma del ser humano para recordar que fue creado "a imagen y semejanza de Dios". Pero los positivistas no concuerdan, como es sabido: un distinguido filósofo analítico ha escrito que ese fundamento es imposible porque Dios no tiene derechos humanos... En *El tiempo de los derechos*, Norberto Bobbio⁽³⁾ dice que nacen de la experiencia histórica. Pero este debate —por importante que sea— pertenece a la filosofía política, no al derecho constitucional, que ya bastante tiene con poner orden.

Orden en los derechos

El primer atributo de ese orden lo expresa de este modo Bidart Campos.⁽⁴⁾ Un derecho subjetivo debe estar formulado así: 1) en favor de quien se reconoce, es decir, quién es el sujeto activo titular; 2) contra quién resulta oponible, o sea el sujeto pasivo; 3) cuál es la obligación que grava al sujeto pasivo; de omitir, de dar o de hacer; 4) cuál es la vía de ejecución del derecho.

El segundo atributo de ese orden es una asignatura pendiente: suponer que hay titulares de derechos que no reconocen un sujeto pasivo, un deudor.

(3) Madrid: Editorial Sistema, 1991.

(4) Entre otras obras de Bidart Campos, *Constitución y derechos humanos*. Bs. As.: Ediar, 1991, p.61.

El tercer atributo es la universalización que acompaña como su sombra a la tendencia de universalización del modelo de Estado constitucional democrático.

El cuarto atributo es la internacionalización, formalizada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el Pacto de San José de Costa Rica, y cuya experiencia es ilustrada en libros diversos, como los de Héctor Gros Espiell, canciller del Uruguay, y Hortensia Gutiérrez Posse.

Si quisiéramos sintetizar —no sin riesgo— la fase actual de este tiempo de derechos diríamos que universalizados e internacionalizados, algunos derechos corresponden con obligaciones constitucionales y otros son expectativas humanas pendientes de políticas postuladas para el Estado y la comunidad internacional. Como escribe Juan Fernando Segovia se trata del derecho a tener derecho.⁽⁵⁾

5. ASIGNATURAS PENDIENTES. DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

La economía social de mercado ha precedido en los hechos a las Constituciones. Se ha impuesto el efecto de lo público que ha caracterizado al período 1930-1989 con el fracaso del socialismo real. O hay economía social de mercado o hay socialismo de mercado según el modelo escandinavo.

La clase política ha dejado la marca de sus vacilaciones en las leyes fundamentales más recientes. Dudo de adscribir las nuevas Constituciones de Brasil y Colombia a la economía social del mercado, pero los hechos van titubeantes en esa dirección. No es que la función social tenga tanto relieve como la propiedad privada, sino que es la opacidad de la iniciativa privada la que despierta mis dudas. La mayoría de las reformas de doce Constituciones provinciales argentinas hacen economía social de mercado sin decirlo, como aquel personaje de Molière que hablaba en prosa sin saberlo.

En la transición entre el ciclo de lo público y el ciclo actual de lo privado, los conceptos de subsidiariedad del Estado y de economía de mercado han sido ocultados. Es un pudor inevitable pero mal entendido. Algunos no lo han tenido. Cuando Michel Rocard asumió la jefatura del gobierno francés, dijo: "Je suis un gauchiste de marché libre". Y cuando Felipe González debió girar recordó a WEBER: "hay que pasar de la ética de los principios a la ética de las responsabilidades". Y cuando el Presidente argentino Menem

⁽⁵⁾ "Aproximación al estudio de los derechos constitucionales" En: *Derecho Público Provincial*. Mendoza: Depalma, 1990. p. 329.

transformó las líneas del justicialismo, optó por la economía de mercado. "Marx ha muerto, la revolución ha muerto y la socialdemocracia no se siente demasiado bien".

Esta descripción es provisoria y resulta más útil plantearse las cuestiones disputadas.

Las interrogaciones pendientes

Hay pues un ordenamiento económico-social. ¿Pero todas las prescripciones son normas jurídicas vinculantes? El debate puede sintetizarse así. Para algunos no son todas normas jurídicas, porque no son una orden, mandato o prohibición o no delimitan derechos y deberes entre sujetos. Para otros son mandatos imperativos, con proposiciones finalistas o de resultados para los poderes públicos, imponiéndoles un estándar de actuación cuya determinación no está siempre en la norma, sino que se atribuye a los órganos habilitados.

Y sin resolver el debate, se insinúa otro: ¿son programáticas o directamente operativas? ¿Son completas o incompletas? Según la Constitución de Salta son directamente operativas; según la de Córdoba, lo son si no requieren legislación complementaria; otras han preferido una redacción de finalidad programática. Me parece atinado lo que dice la Constitución española de los "principios rectores" de la economía: "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos", pero bien entendido que "sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

¿Y si el poder público no desarrolla las normas para que los titulares de derechos puedan ejercerlos? La inconstitucionalidad por omisión podría autorizar a los tribunales a integrar el orden normativo o a fijar indemnización si no es posible. ¿Pero es oportuno acosar a un sector público ya exhausto por sus promesas incumplidas?

¿Hay un modelo? Uno está pensando en la economía social de mercado. ¿O las constituciones son neutras? Si hay interrelación entre los protagonistas y los factores de producción, hay sistema. Y si hay sistema, el modelo está cerca. Hablará más bien de la economía libre como paradigma de explicación de las relaciones. Aún en los "paraísos artificiales" que inventa la Constitución de Brasil, tan voluntarista, tan ingenua, quizás tan utópica.

No quisiera que estos debates de derecho indujeran al pesimismo. Si se plantean es porque las aspiraciones humanas buscan la eficacia de las normas. Pero cuando el grado de desarrollo o la mala asignación del gasto público o la

falta de solidaridad no permite satisfacerlas, los derechos económicos-sociales son seguridades que, paradójicamente, aumentan la incertidumbre.

6. VALORES, CULTURA Y EDUCACIÓN

El constitucionalismo actual elige los valores para la cultura y la educación en una confluencia de tensiones: para los valores, entre las creencias y la secularización; en cultura hay que agregar ciencia y técnica y en educación la tradición más o menos rigurosa del "Estado docente".

Dios no ha muerto para las Constituciones más recientes, como las de Brasil y Colombia; al hombre se le reconoce un destino trascendente y esta afirmación es menos equívoca que la apelación al humanismo o la ciencia o a la capacidad crítica, todas ellas valiosas.

Con buena voluntad, la lectura antropológica es correcta. Los fines se inclinan más a la plenitud del ser que a la liviandad del ser. Pero el secularismo ha erosionado las convicciones y cobra sus precios.

Con alguna excepción menor, ya no hay Estados confesionales en Occidente. Si el tema tiene recepción constitucional, las relaciones entre Iglesia y Estado se formulan sobre dos claves: la autonomía y la cooperación.⁽⁶⁾ De parte de la Iglesia media la doctrina del Concilio Vaticano II; de parte del Estado, una legítima secularización. Hay una cooperación abierta para el bien común y otra más institucionalizada en las cuestiones mixtas: educación religiosa, asistencia espiritual en las fuerzas armadas y en las cárceles, uso a favor de la Iglesia del sistema recaudatorio del Estado.

La cultura es una conquista personal, pero también un derecho para postulantes que no encuentran otro obligado que las promesas explícitas, pero en la realidad esquivas, aunque cada pueblo es un taller de culturas en que el hombre se manifiesta.

La educación pública —estatal y privada— se define por el pluralismo de escuelas, por la universalización de la enseñanza privada en homenaje al derecho de los padres, a veces recortado por el Estado docente. Lo que no siempre hay es pluralismo en la escuela estatal, diversificada entre una

(6) PEDRO J. FRIAS. *Gobiernos, sociedad e Iglesia en América Latina*. Bs. As.: Ed. Claretiana, 1977; LUIS PRIETO SANCHIS. "El Derecho Eclesiástico en la década constitucional" En *Revista de Estudios Políticos*, N° 66, oct. 1989, p. 95; DIONISIO LLAMAZARES FERNÁNDEZ. "El principio de la operación del Estado con las confesiones religiosas". En: *idem*, mayo 1989, p. 199.

enseñanza neutra, religiosa y moral. A veces la Constitución es explícita, como en Brasil que prevé la matrícula religiosa, u otras que la definen como laica; pero también hay textos que guardan silencio, reservando a la ley la cuestión disputada.⁽⁷⁾

Interpretando la cultura de la posmodernidad, el Tribunal Constitucional de España dijo que hay que "relativizar las creencias". Por mi parte, creo que hay que ponerlas en diálogo pero no relativizarlas. El futuro se juega entre estas dos actitudes.

7. LOS PODERES

En la superficie del constitucionalismo actual emerge el debate sobre el presidencialismo y a veces la opción entre presidencialismo y parlamentarismo.

Ya en 1938 Emile Giraud pronosticaba el predominio del Poder Ejecutivo en América Latina, sólo que la supremacía del Ejecutivo no se ha materializado únicamente porque sea "una individualidad la que debe eclipsar y subyugar a las asambleas", como anotaba Giraud hace más de medio siglo. No sólo la sociedad andaba en busca de líderes. También la historia, su aceleración, el cambio debían alterar los roles.

El barroco latinoamericano se proyecta sobre nuestro presidencialismo, como una disipación casi siempre vistosa, con su exceso de energía, con su carga instintiva más que ejercicio de razón.

Presidencialismo o parlamentarismo

Argentina e Italia podrían ejemplificar direcciones opuestas en la opción entre régimen presidencial o régimen parlamentario.

En la Argentina, el Consejo para la Consolidación de la Democracia, durante la presidencia del Dr. Alfonsín, hizo aportes substanciales en la propuesta de parlamentarización del presidencialismo. Aunque no lograron convencer a la dirigencia política ni a los cultores del derecho público, quedó clara la preferencia por un presidencialismo atenuado, con un ministro-coordinador —no primer ministro— que, nombrado por el Presidente, pudiese ser destituido por la Cámara de Diputados sin necesidad de recurrir al juicio político.

(7) "El derecho a la educación". Número especial de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, N° 7, 1983. En el derecho público provincial argentino, cfr. FRÍAS. *Las Nuevas Constituciones provinciales*. Bs.As.: Depalma, p. 57.

En Italia la ejemplificación es al revés. El Presidente Cossiga no responde ya a la estatua en que el régimen parlamentario lo encierra y el Partido Socialista postula con convicción el tránsito hacia la república presidencial; pero el modelo no es americano, es francés.⁽⁸⁾

Este debate tiene resonancias diversas que sugieren dos posibilidades: un presidencialismo moderado,⁽⁹⁾ o un parlamentarismo moderado, con o sin primer ministro.⁽¹⁰⁾

Los jueces

En miscelánea, la actualidad mira hacia el *Conseil Constitutionnel* de Francia, donde se cierra un debate para reabrirlo con la propuesta del Presidente Mitterrand de abrir el acceso a los pronunciamientos del Consejo. En España son notorias las denuncias por la politización. En Estados Unidos la Corte Suprema se vuelve conservadora, sin que se crea por ello que abandonará la defensa de la persona o de la privacidad.⁽¹¹⁾ Las sospechas sobre la fragilidad de los jueces forman parte del imaginario colectivo con más frecuencia que la confianza convencida.

El tema mayor es el control de constitucionalidad y el sistema de designación de los jueces. Se apuesta al sistema americano de control difuso o más bien al austriaco de control concentrado, que el derecho iberoamericano ha combinado. Preocupan la acción popular de constitucionalidad, las cuestiones políticas y su razonabilidad, los estados de emergencia.

8. EL CONTROL COMO FUNCIÓN Y COMO PODER

En el Estado contemporáneo el "control" es una función, pero también es —orgánicamente— un "poder", y un poder del Estado mismo. Puede ocurrir que sus roles correspondan a más de un órgano estatal, pero ello no empece a que su imbricación lo sitúe junto a los demás poderes del

(8) "Mondoperaio", en *Revista del Partido Socialista Italiano*, ha abierto el debate en sus N° 10 y ss. de 1991, en el que han intervenido LUCIANO CAVALLI, ANTONIO LANDOLFI, MACCANICO Y VALIANI.

(9) La bibliografía es demasiado extensa. Cfr. HUMBERTO NOGUEIRA-ALCALA y las ponencias del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Madrid. La bibliografía anglosajona en "Presidencialismo e democracia maggioritaria" de Arend Lijphart. En: *Rivista Italiana de Scienza Política*, dic. 1989.

(10) La adversidad parece empujar a Venezuela en 1992 a incorporar el primer ministro.

(11) BERNARD SCHWARTZ. "La Corte Suprema norteamericana" En: *El derecho y los problemas contemporáneos.*, Córdoba: Academia N. de Derecho de Córdoba, 1991. p. 133.

Estado. Puede afirmarse que los "poderes" que resultan del proceso gubernamental se proyectan en las siguientes fases: 1) asesoramiento (un verdadero "poder de consulta", según Duverger); 2) decisión (*policy determination*); 3) ejecución (*policy execution*); 4) control, y responsabilidad (que es emergente de la función de control). En líneas generales puede sostenerse que la tradicional trinidad orgánica de los poderes es reemplazada conceptualmente por una división funcional, que corresponde mucho más exactamente a la dinámica del Estado contemporáneo (Vanossi, J.R.A. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba, Bs. As., 1987, p. 91).

A mayor abundamiento, Vanossi⁽¹²⁾ cita a Kelsen para poner de relieve la publicidad como control.

Kelsen era concluyente en lo relativo a la íntima relación existente entre control y Estado de Derecho. Sobre el particular afirmaba que: "Como la democracia tiende fundamentalmente a la seguridad jurídica y, por tanto, a la legalidad y previsibilidad de las funciones estatales, existe en ella una poderosa inclinación a crear organizaciones de control, que sirvan de garantía de la legalidad. De estas garantías, la más firme es el principio de publicidad. La tendencia a la claridad es específicamente democrática, y cuando se afirma a la ligera que en la democracia son más frecuentes que en la autocracia ciertos inconvenientes políticos, especialmente las inmoralidades y corrupciones, se emite un juicio demasiado superficial o malévolo de esta forma de política, ya que dichos inconvenientes se dan lo mismo en la autocracia, con la sola diferencia de que pasan inadvertidos por imperar en ella el principio opuesto a la publicidad. En lugar de claridad impera en la autocracia la tendencia a ocultar: ausencia de medidas de control —que no servirían más que para poner frenos a la acción del Estado—, y nada de publicidad, sino el empeño de mantener el temor y robustecer la disciplina de los funcionarios y la obediencia de los súbditos, en interés de la autoridad del Estado" (Kelsen, H. *Esencia y valor de la Democracia*, reimpresión, Ed. Nacional, México, 1974, pág. 145).

9. EPÍLOGO

Los hechos históricos de este fin de siglo no han modificado el contenido del constitucionalismo occidental, pero lo han universalizado, con las sabidas excepciones. En diez tesis podría sintetizar las pulsiones del constitucionalismo finisecular.

(12) Como diputado nacional, Vanossi ha propuesto en la Argentina la creación del Consejo de Control de los Órganos de Fiscalización del Poder Ejecutivo.

Primero: si la sociedad está en cambio, también cambiará el derecho constitucional, pero las transferencias no son automáticas. El derecho —todo derecho— puede acelerar, retrasar o despreocuparse de los cambios sociales.

Segundo: el Estado de Derecho, la novedad del siglo pasado, es también la novedad del siglo xx, una vez caídas las utopías revolucionarias. Porque las sociedades prefieren un juego político que el Estado de Derecho mantiene en el domino pacífico del arbitraje, del autocontrol, de la lucha limitada. Y debe agregarse que el Estado de Derecho ha reabsorbido las convulsiones siempre posibles de la democracia mayoritaria de Rousseau. Se prefiere el consenso, pero si es necesario acudir a la mayoría, se piden excusas y se invoca a la democracia y a la Constitución.

Tercero: vivimos en el tiempo de los derechos: los fundamentales del hombre de las revoluciones liberales; los sociales a partir del 30; los de tercera generación, por fin, que nos prometen paz, desarrollo y ambiente sano. Sintetizando no sin riesgo, la fase actual de este tiempo de derechos, diríamos que universalizados e internacionalizados, algunos derechos se corresponden con obligaciones constitucionales y otros son expectativas humanas, pendientes de políticas postuladas para el Estado y la comunidad internacional.

Cuarto: los derechos económico-sociales son asignaturas pendientes, no en cuanto sean catálogos de ilusiones, sino por el debate no concluido sobre su naturaleza de normas y su operatividad. Aunque deban inspirar toda gestión pública, parece preferible que no puedan ser invocados ante la jurisdicción sino cuando hayan sido desarrollados legislativamente.

Quinto: los valores que nutren la educación y la cultura nacen de una confluencia muy sometida a los "estados del alma" de la sociedad, en que se entrecruzan creencias y secularización, ciencia y conciencia crítica, derechos de los padres y Estado docente. Interpretando la cultura de la posmodernidad, el Tribunal Constitucional de España dijo que hay que "relativizar las creencias". Por mi parte, creo que no hay que relativizarlas sino ponerlas en diálogo. El futuro se juega entre estas dos actitudes.

Sexto: el régimen político vacila entre el presidencialismo y el parlamentarismo. Mientras en la Argentina se postula un sistema presidencial moderado, como sería la introducción de un ministro coordinador nombrado por el Presidente pero posible de destitución por los diputados, en Italia el Partido Socialista pugna por la república presidencial de los franceses. En México, el Ejecutivo ha sido "desacralizado". En todo caso, el cesarismo barroco suscita resistencia.

Séptimo: es recurrente la atención que se presta en todas partes al sistema electoral, y no siempre por descontentos de coyuntura; las correcciones de cosmética al Poder Legislativo; cierta insatisfacción sobre el Poder Judicial, sobre sus sistemas de designación, su independencia y su eficacia. Pero habría que reconocer que todo sistema electoral tiene efectos no deseados; que el parlamento es una asamblea y las asambleas no tienen la concentración de decisión del Ejecutivo y que, finalmente, las sociedades han transferido demasiados conflictos al Poder Judicial.

Octavo: el control se va insinuando como función y como poder dentro del Estado mismo. El proceso gubernamental se proyecta como asesoramiento, decisión, ejecución y control más responsabilidad. Pero el control se instala con más fragilidad que la ejecución.

Noveno: a fines de este siglo, el Estado se manifiesta demasiado pequeño para ciertas responsabilidades y demasiado grande para otras. En el primer caso, crece la integración regional y continental, que requiere transferencias de decisiones a órganos supranacionales. En el segundo caso, la descentralización es una palabra clave, para bajar las obras y servicios hacia las bases sociales. Crece la autonomía del municipio, los espacios homogéneos se organizan en regiones y el federalismo proporciona sus formas para cada situación, en la plenitud o en la adversidad de cada Estado.

Décimo: la herejía del siglo xx fue el totalitarismo. ¿El siglo xxi? No desearía anticiparme. Si el pluralismo degrada en relativismo y el *ethos*, o sea los valores vividos en la vida emotiva de la gente, lo construyen la televisión y las tecnoestructuras, podemos temer un agotamiento de la democracia, a lo menos una formalización.

Las diez tesis precedentes, a pesar de su insuficiencia, exploran nuestra actualidad. No excitan el pesimismo ni prometen utopías. El zócalo constitucional del Estado de Derecho está firme.

PODER CONSTITUYENTE IRREGULAR: LOS LÍMITES METAJURIDICOS DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO *

Jorge Tapia Valdés **

SUMARIO: 1. Globalización, soberanía y poder constituyente. 2. Sobre la idea de "ejercicio irregular" del poder constituyente. 3. Naturaleza y límites del Poder Constituyente Originario. 4. Límites genéricos del poder constituyente originario. 5. Derechos de las minorías y la sociedad multicultural como límites específicos del Poder Constituyente Originario. 6. Poder Constituyente Originario, dictadura de la mayoría y derecho de insurrección. 7. Poder constituyente originario irregular: Un problema normativo sin solución jurídica.

1. GLOBALIZACIÓN, SOBERANÍA Y PODER CONSTITUYENTE

En los últimos 15 años, partiendo desde las polémicas en torno a los alcances del poder constituyente a que dio origen la reforma de 1994 de la Constitución argentina, y culminando con los llamados a Asambleas Constituyentes en Venezuela (1999), Bolivia (2006) y Ecuador (2007), se ha

(*) Texto revisado de la ponencia presentada en las *Jornadas Argentino, Chileno, Peruanas de Asociaciones de Derecho Constitucional*. Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 16-18 de abril de 2008.

(**) LL. M., Ph. D., Universidad Nacional "Arturo Prat", Iquique (Chile).

intensificado el debate entre demoliberales de base empirista y formalista y neoconservadores de visión decisionista, acerca de las circunstancias en que el ejercicio del poder constituyente originario se torna irregular. El debate ha supuesto reexaminar, primero, la naturaleza del poder soberano y segundo, los límites que podrían pesar sobre el ejercicio del poder constituyente originario. Un hecho de no menor importancia ha sido que el debate se ha dado dentro del marco de un discurso pro-democrático, al que recurren por necesidad que la época impone, tanto liberales como conservadores, así como socialistas, nuevos movimientos sociales y aun simples caudillos populista-autoritarios. Mirados desde la perspectiva recién enunciada, los casos de Asambleas Constituyentes que han tenido lugar en los últimos diez años en Sudamérica resultan seguir patrones clásicos demoliberales. Cuando intentaron exceder esos límites, los respectivos líderes quedaron atrapados en la magia del lenguaje democrático, que no puede ser traicionado sin que se pierdan las vestiduras. Por ello, la red institucional y de opinión pública generadas por el sistema de principios democráticos que esos líderes han querido utilizar, les hicieron ver sus errores y los llevaron a admitir su derrota cuando ella fue evidente. En otras palabras y a nuestro juicio, Chávez, Morales o Correa no son confirmaciones palmarias del dictum hobbesiano, "Auctoritas non veritas facit legem". Sólo han representado una suerte de "decisionismo de izquierda" —por cierto muy ajeno a todo socialismo democrático como el que ellos han preconizado—, usado instrumentalmente para rebelarse ante y resistir a la penetración globalizante y su consiguiente efecto de prevalencia del Derecho internacional sobre el derecho interno. Simplemente, dichos caudillos usan el Derecho Constitucional clásico y su concepto absoluto de soberanía como barreras ante el tsunami globalizante.⁽¹⁾

(1) Posiciones más radicales a este respecto se encuentran entre organizaciones de base, especialmente en Bolivia. La CSUTCB (Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia) mostró en su momento su escepticismo frente a la convocatoria a Asamblea Constituyente, arguyendo que probablemente ella sería manejada por la elite política de siempre de acuerdo a la voluntad de las transnacionales, que tienen en sus manos al Estado. Se reconoce no obstante la convocatoria como una legítima demanda social: "Nosotros siempre hemos peleado para que exista una Asamblea Constituyente, pero que sea originaria". Vamos a proponer una Asamblea Constituyente que "reconstituya el kollasuyo, que sea el Estado Indígena; el Estado Boliviano tiene que desaparecer, la gran propiedad privada también; las grandes transnacionales tienen que entregarnos los recursos..." (Entrevista a Rufo Colle y Felipe Quispe citados en García Linera, Álvaro et al. *Sociología de los Movimientos Sociales en Bolivia*. La Paz: 2005. pgs. 201 a 203). Importante advertencia formulan los autores respecto de estos proyectos: "Se trata, no cabe duda, de la propuesta de transformación de la Constitución Política del Estado más audaz y radical de las que se vienen discutiendo en el escenario político; y más que su aprobación en la Asamblea Constitucional se ve a esta instancia como

Hoy, además de prestar atención al campo de lo metajurídico y a las variables socio-históricas que influyen en las soluciones al choque entre valores, principios e intereses, el problema clásico de si el poder constituyente originario tiene fuerza absoluta o relativa debe ser replanteado en un escenario como el de la globalización. Ello obliga a cambiar radicalmente los supuestos y las variables políticas del análisis y supera el poder explicativo de las teorías clásicas sobre la materia. Necesitamos resituar la Teoría del Poder Constituyente en el escenario del Estado, el Derecho y la soberanía operando dentro del proceso de globalización, fenómeno que no alcanzó a ser considerado por los grandes clásicos del tema, como Segundo V. Linares Quintana, Jorge R. Vanossi, Carlos Sánchez Viamonte y Alejandro Silva Bascuñán, que lo trataron en la segunda mitad del siglo xx.⁽²⁾

Teubner describe las características actuales del problema en acertada síntesis: la diferencia entre una altamente globalizada economía y una débilmente globalizada polis o sociedad política, ha generado el desarrollo de un derecho global que no consiste en legislación propiamente tal, ni tiene constitución política ni una jerarquía normativa políticamente ordenada. Esto obliga a repensar la doctrina tradicional sobre fuentes del derecho. Cuando el marco de la jerarquía normativa clásica, que exhibe la legislación constitucionalmente legitimada en la cima, se quiebra bajo la presión de la globalización, el nuevo marco que lo reemplaza resulta por necesidad, desjerarquizado. Desplaza de su sitio privilegiado al proceso político de formación de la ley, poniéndolo al mismo nivel que otros tipos de formación social de la ley".⁽³⁾ Según ello, podría afirmarse, como lo hace Ferrajoli, que uno de los efectos de la globalización es el apareamiento de "una suerte de anarcocapitalismo mundial que ha hecho de la falta de reglas —o, agregamos, de la imposición de la regla de excepción—, su nueva y particular "Grundnorm".⁽⁴⁾

una plataforma de difusión ideológica de un proyecto que se considera se lo cumplirá solo por medio de nuevas rebeliones indígenas". García Linera, Alvaro *et al. op. cit.* pg. 204.

⁽²⁾ Segundo V. Linares Quintana. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: 1953. T. II. Ver también Carlos Sánchez Viamonte. *El poder constituyente*. Buenos Aires: 1957; Alejandro Silva Bascuñán. *Tratado de Derecho Constitucional*. Santiago: 1963. T. I y III; Jorge Reinaldo Vanossi. *Teoría Constitucional*. Buenos Aires: 1975 (2000). T. I; y Alberto Antonio Spota. *Origen y naturaleza del poder constituyente*. Buenos Aires: 1970.

⁽³⁾ Teubner, Gunther. *Global Law Without a State*. Aldershot, Dartmouth: 1997, pg. xiv. Ver también Gessner, Volkmar and Budak, Ali Cem. "Introducción" En: *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*. Oñati: 1998.

⁽⁴⁾ Ferrajoli, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho" En: Carbonell, Miguel *et al.* (Coords.). *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: UNAM, 2002, pg. 196.

Compartimos la opinión de quienes piensan que la globalización producida en la sociedad del conocimiento no acarrea consigo la desaparición del Estado Nación y su soberanía; pero si cambios profundos en los objetivos y modalidades de su uso, sujeto cada vez más a normas del Derecho Internacional y a las reglas de una economía global.⁽⁵⁾ Esta tendencia conduce de modo empírico a un afianzamiento del monismo en materia de relaciones entre derecho interno y externo que, haciendo extemporáneo el mantenimiento de las formalidades de un dualismo decimonónico, convierte al Estado en un coadyuvante de las instituciones y empresas económicas globales en la sujeción del respectivo territorio a una suerte de nueva constitución internacional. Podemos ver estos procesos, por una parte, como un debilitamiento jerárquico del Estado y del gobierno nacional en cuanto al alcance de su poder, y por otro, como un fraccionamiento de la nación y de la soberanía, que debilita la unidad de su capacidad de decisión y acción. Entre los factores más evidentes de estos cambios, todos ubicados en el marco del proceso de globalización y dirigidos a la modernización del Estado, están la consagración de la multiculturalidad dentro del Estado; el apareamiento de la etnopolítica y de nuevas formas de autodeterminación, y la acción de los nuevos movimientos sociales de carácter a la vez nacional e internacional.

Por otra parte, transformado en la principal fuerza burocrática de cada nación, el sector privado ha debido asumir facultades transfronterizas de regulación de una serie de actividades, a fin de evitar las colisiones entre *partners* y aun entre competidores capaces de destabilizar el funcionamiento del sistema. Más claro aun: "La configuración actual de la economía mundial no hace ya posible un equilibrio de democracia y capitalismo en un solo país, a menos que se deje el país a merced del poder económico global desterritorializado".⁽⁶⁾

De hecho, de forma aparentemente misteriosa, sin reforma constitucional ni revolución, el sistema de competencias creado por el poder constituyente originario clásico ha sido trastrocado. Por la vía de la autorregulación y de la elevación de la regla técnica a la categoría de norma jurídica se ha logrado complejizar el derecho. Ello ha sido el resultado del aumento de los

⁽⁵⁾ Ver Tapia Valdés, Jorge. "Derecho Constitucional vs. Ius Mercatorum Internacional" En: XXXV Jornadas Chilenas de Derecho Público. Universidad de Valparaíso 2005. Valparaíso: 2006. pgs. 477 a 500.

⁽⁶⁾ Mercado Pacheco, Pedro. "Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?" En: *Globalización y Derecho*. Manuel Cancio Meliá (Editor). Madrid: 2006. pg. 135.

niveles de indeterminación —o abandono de las normas de carácter general— debido a la esfumación de las fronteras entre lo público y lo privado, de las fronteras político-territoriales y de la cuestión de extraterritorialidad de la ley, pero sobretodo, del obscurecimiento de la diferencia entre norma jurídica y regla técnica. Todos estos procesos socio-empíricos se sitúan en la base de cualquier análisis de las limitaciones que hoy condicionan el ejercicio de la soberanía e influyen inevitablemente en la reflexión semántica acerca del significado de la idea de “poder constituyente irregular”.

2. SOBRE LA IDEA DE “EJERCICIO IRREGULAR” DEL PODER CONSTITUYENTE

La relativización de la soberanía en el período de la globalización supone de modo lógico el apareamiento de nuevos criterios y fórmulas limitantes del poder constituyente originario. Pero tememos que en la aun prevaleciente visión clásica del Derecho Constitucional todavía no hay espacio para dar cuenta del hecho de que, al amparo de una semántica y unas técnicas jurídicas alteradas, un cierto supremo poder constituyente informal funciona irregular y cotidianamente ante nuestros propios ojos, sin rozar una letra de las Constituciones ni producir asomos de control de parte de los Tribunales Constitucionales.

El hecho es que cada vez resulta más notorio que la globalización ha provocado un aumento gradual pero firme de “creación no política del Derecho”, lo que sería consecuencia de y supone una crisis de la ley como fuerza reguladora del orden económico: “...el ordenamiento de la sociedad postindustrial no reclama, como reclamó el ordenamiento de la sociedad industrial, profundas reformas legislativas. El cuadro del Derecho resulta inmodificado. Pero permanece inmutado porque son otros, no ya las leyes, los instrumentos mediante los cuales se realizan y desarrollan las transformaciones jurídicas.⁽⁷⁾/⁽⁸⁾ La totalidad de este proceso que altera radicalmente las competencias jurídico-políticas supone el ejercicio de poderes soberanos, pero como en la especie no se ha ejercitado formalmente el poder constituyente, originario o constituido, el profundo cambio teórico y práctico en materia de atribución de competencias no podría analizarse

(7) Galgano, F. “La fonti del diritto nella società postindustriale” En: *Sociologia del Diritto*, 1990, N° 1 y 2. Citado por Mercado Pacheco. *op. cit.* pg. 132.

(8) Saskia S. Sassen. “Para que funcione la economía global: el papel de los estados nacionales y los organismos privados” En: *Globalización. Org.*: 1999, pg. 5. Ver también *Losing control? Sovereignty in an Age of Globalization*. Columbia University Press, 1996.

como el resultado de “ejercicio irregular” del poder constituyente. Los operadores y agentes que trabajan en ese campo —posiblemente el ámbito en que el ejercicio irregular de un poder constituyente “implícito” en cuanto opera como “competencia para atribuir competencias”, se presenta en mayor medida— no encuentran lugar ni tiempo para plantearse cuestiones de principio como la de la titularidad del poder constituyente. Su respuesta es de tipo decisionista.⁽⁹⁾

¿Cuándo, entonces, podemos hablar de ejercicio irregular del poder constituyente en el correcto sentido que la expresión tiene? Nuestro intento por contribuir a esclarecer el punto nos lleva, primero, a precisar qué casos están definitivamente fuera de la denominación de “ejercicio irregular” de poder constituyente, para en seguida abordar tres casos probables, de los cuales solo el último parecería caer dentro de la categoría en estudio

2.1. Cuestiones sometidas a control de constitucionalidad

Deben dejarse fuera de consideración en la especie los casos sometidos al control del Tribunal o Corte Constitucional, porque ellos se refieren al examen del ejercicio irregular de otras competencias que las del poder constituyente. Aun en los casos excepcionales en que el Tribunal Constitucional examina la constitucionalidad de una reforma constitucional, durante su tramitación en las Cámaras o al ser sometida a plebiscito, tampoco puede darse un caso de ejercicio irregular de poder constituyente porque la competencia entregada al Tribunal Constitucional existe precisamente para evitar que ello acontezca. En otras palabras, si están sometidos al control de un Tribunal o Corte Constitucional todos los poderes estatales

⁽⁹⁾ Como lo explica Fabián Bosoer, el decisionismo, que hoy pretende rescatar el carácter absoluto de la soberanía, supone sin embargo una refutación a fondo de los argumentos contractualistas y racionalistas, lo que abre paso al protagonismo del caudillo o líder a cargo del Estado, capaz de mantener la legitimidad —y el orden, agregamos— en un sistema sin reglas permanentes y conocidas del juego. Debido a ello, el neoconstitucionalismo contemporáneo puede verse como una resurrección del decisionismo schmittiano, que favorece el resurgimiento de la idea de institución (o grupo intermedio), reconfigurándola como nuevo centro de la toma de decisiones cuyos efectos se extienden también al campo público. Pero hoy se comprueba que el decisionismo estatista de los años 20 y 30 del siglo pasado, se ha transformado en los años 80 y 90 en un “decisionismo antiestatista”, gracias a su aparente éxito para resolver la crisis general de gobernabilidad resultante del desafío de la globalización y el predominio de los paradigmas de la liberalización neoliberal. Ver Bosoer, F. “Maquiavelo, Schmitt, Gramsci y el decisionismo de los años 90: viejos y nuevos príncipes” En Tomás Várnagy. *Fortuna y virtud en la república democrática*. Buenos Aires: 2000. pgs. 118 a 123.

constituidos o derivados, incluido el poder constituyente en la forma de Asamblea Constituyente con facultades para reformar totalmente la Carta Fundamental, no existen ni restan casos posibles normativamente previstos o previsibles de ejercicio irregular de poder constituyente.

2.2. Casos de mutación constitucional.

Podría pensarse que el concepto es aplicable a casos de “mutación constitucional”, es decir, aquellos que dejan intocado el texto de la Carta Fundamental mientras en la práctica se superpone a ella otra “Constitución real” proveniente de cambios en las costumbres y prácticas políticas, acompañados o no de legislación subordinada, que suponen un cambio de la forma de Estado o del régimen de gobierno. Un caso ya antiguo lo exhibe la historia constitucional de Chile, luego de la llamada Revolución o Guerra Civil de 1891. El triunfo de las fuerzas nucleadas en torno al Congreso Nacional hizo posible que, sin cambiar una letra de la vigente Constitución de 1833, el régimen presidencial se transformara en un parlamentarismo no reglamentado, que imperó hasta 1925. Para ello bastó condicionar la aprobación de las leyes periódicas sobre impuestos, presupuesto y fuerzas armadas, y la composición del gabinete, —por la simple vía de la práctica o costumbre parlamentaria— a la voluntad de la mayoría imperante en las Cámaras.

Otro caso de “mutación constitucional” lo denuncia una publicación del Dr. A. Rolando Muñoz, el que se habría podido producir a raíz de la aprobación de 4 leyes por la Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco, Rep. Argentina, el año 2004. A juicio del autor su aprobación cambiaría la forma Federal de Estado, acrecentando el avance del poder central sobre las autonomías provinciales. Tal sería el efecto de una “mutación constitucional” producida a través de una “reforma irregular”. La mutación operaría “por fuera del sistema de reformas autorizadas por nuestro ordenamiento, fenómeno que hasta podría implicar el falseamiento del orden constitucional.....”.⁽¹⁰⁾

Ambos casos no provienen de decisiones de gobiernos de facto sino, el primero, de un gobierno revolucionario y, el otro, de un gobierno regular y legítimo. No se pueden explicar, por tanto, a la luz de la Teoría del Gobier-

⁽¹⁰⁾ Sobre el caso Chileno ver Palma G., Eric. *Historia del Derecho Chileno: (1808-1924)*. Santiago: 2006 (especialmente pgs. 323 a 325). En el caso Argentino ver Muñoz, A. Rolando (Dr.). Publicación del Centro de Estudios e Investigación Social “Nelson Mandela” – Resistencia Chaco. 4/5/2000.

no de Facto. En efecto, en el caso de revolución, podría haber no un caso de "gobierno de facto" sino de "Estado de facto", a cargo de un gobierno legítimo o en legitimación y en claro camino a convertirse en "gobierno de jure" luego de que se ha ejercitado poder constituyente originario para dictar su "primera constitución". En el segundo caso, el gobierno es "de jure" y su acto constituyente no puede transformarse en "irregular" en función de juzgar "segundas intenciones". Pero en ambos casos parece haber cambios de los centros hegemónicos dentro de las mismas elites a partir de la confrontación de doctrinas políticas alternativas más que opuestas, lo que da origen a un tipo de contienda que podría considerarse normal o regular dentro de los procesos de evolución constitucional. De no ser así, nos enfrentaríamos al serio problema de etiquetar como "irregulares" una gran parte de los cambios constitucionales habidos en el Reino Unido y en los Estados Unidos y que se expresan en una diferencia entre texto escrito y constitución real. No cabe duda que la "mutación constitucional" reclama un estudio más a fondo de parte de la teoría constitucional que abarque los casos de "obsolescencia" y posterior re-aplicación de viejas disposiciones constitucionales. Sólo así podrá distinguirse entre situaciones de modificación o cambio "subrepticio" de la Constitución, y ejercicio normal de poder constituyente, sea originario, sea derivado.

2.3. Casos de gobiernos de facto que asumen poder constituyente⁽¹¹⁾

La situación que explica el apareamiento de un gobierno de facto es generalmente una de ingobernabilidad producida por decadencia y colapso del gobierno precedente, generalmente unido a un golpe de estado y a veces a una guerra civil, en muy pocos casos de orientación revolucionaria. Como lo hemos dicho en obra citada más abajo, la doctrina argentina sentada al respecto "se origina en la "Acordada sobre reconocimiento del Gobierno surgido de la revolución de 6 de septiembre de 1930", revolución que derrocó al régimen del Presidente Irigoyen (CSN, t. 158, p. 290)". El texto de esa Acordada fue reiterado cuando otro gobierno de facto reemplazó al régimen constitucional del Presidente Castillo en junio de 1943, y ha sido citado en muchos fallos dictados durante la gestión de posteriores gobiernos de facto. Su premisa inicial afirma que "procede constatar la instauración

⁽¹¹⁾ Albert Constantineau (1910). *Tratado de la doctrina de facto*. Buenos Aires: 1945. Ver también Sagües, Nestor Pedro. "Las cláusulas de salvaguardia de la constitución" En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx; y Tapia Valdés, Jorge. *Hermenéutica Constitucional*. Santiago: 1973. pgs. 62 y 63.

de un Ejecutivo de facto que se encuentra en posesión de fuerzas militares y policiales y cuenta con el reconocimiento del país, en cuanto es capaz para proteger la libertad, la vida y la propiedad de las personas". Dada esta circunstancia y como única fuente efectiva de poder, el gobierno de facto está capacitado para realizar todos los actos necesarios, particularmente los legislativos, para el cumplimiento de sus fines en interés público y de la continuidad del Estado.

El gobierno de facto, a menos que derive en tiranía o en gobierno revolucionario, no asume poderes constituyentes, sino meramente ejecutivos y legislativos en el marco de la constitución vigente. Por lo mismo no cabría que se colocare en situación de ejercicio irregular del mismo. Tanto los casos a que se refiere A. Contantineau en su conocida obra sobre los gobiernos de facto, como en la jurisprudencia y precedentes de numerosos países latinoamericanos a lo largo de la primera mitad del siglo xx, aparece como rasgo distintivo de tal tipo de gobierno que asume para cumplir una tarea restauradora o conservadora del orden constitucional y social precedente, partiendo por el reemplazo del gobierno de jure en ejercicio. El gobierno de facto, sin duda uno de los tantos tipos de autoritarismo, presenta como la mayoría de estos las características de un "Estado Dual" en el sentido que E. Fraenkel da al término y que generalmente supone la criminalización de la política y el otorgamiento de garantías y seguridad a la actividad económica.⁽¹²⁾ Por ello el gobierno de facto no tiene vocación revolucionaria, ni constituyente, de modo que cuando uno de ellos incursiona en el campo constitucional nos encontramos frente a un caso de "gobierno de facto irregular" cuyas normas serán respetadas apenas temporalmente y sólo gracias al peso de las circunstancias.

2.4 Nacimiento de Estados y cambios de sistema político o de tipo de legitimidad

Ninguno de los casos hasta aquí analizados pueden considerarse de ejercicio de poder constituyente originario, y por lo mismo no cabe aplicar a su respecto el calificativo de modo "regular o irregular" de ejercicio. La situación variaría si esos procesos experimentaren cambios cualitativos de tal envergadura que pasaren a tener carácter revolucionario o independentista, o tuvieran por fin y desde un comienzo un cambio general del sistema

(12) Ernst Fraenkel. *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*. New York: 1941. Ver también sobre el particular Tapia Valdés, Jorge. *Nacional Security, The Dual State and the Rule of the Exception*. Erasmus Universiteit Rotterdam, 1989. Chapter VI.

político preexistente, incluyendo el cambio del tipo de legitimidad en que se sustenta dicho sistema. Siendo así, el título temático nos lleva necesariamente en una única dirección lógica: la búsqueda de casos de poder constituyente originario irregular requiere el estudio de las variables que pueden imponer límites al propio poder constituyente originario, debiendo subentenderse que la existencia de tales límites coloca en la situación de "ejercicio irregular" a aquellos pueblos o líderes soberanos que reemplazan el orden constitucional preexistente por otro nuevo que no respeta dichos límites. Nos referimos, por tanto, a casos en que efectiva e indudablemente se pone en ejercicio el denominado poder constituyente originario, por naturaleza definible como poder fundacional no sujeto a normas ni procedimientos establecidos y preexistentes. En otras palabras, nos encontramos frente a situaciones de gestas independentistas, escisión de Estado, apareamiento de un nuevo Estado o revolución dentro de un Estado.

La calificación de "irregular" de un proceso de cambio constitucional a nivel de poder originario no está determinada, en consecuencia, por la sola existencia de problemas de procedimiento o de una inadecuada lectura de los antecedentes lógico-jurídicos, sino que está referida a criterios de validez en que los agentes se mueven en un campo fronterizo y limítrofe entre política y derecho.

3. NATURALEZA Y LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

La pregunta relativa a la fuente de la Primera Constitución o Nueva Constitución no es parte de ni proviene del ámbito jurídico, sino del ámbito del poder político, preexiste al ordenamiento jurídico. Lo que está en cuestión es el "proceso causal, socio-político que lleva a y permite establecer la norma", y no su conformidad formal, de procedimiento o sustantiva con el orden jurídico preexistente.⁽¹³⁾ El problema —como lo explica de

⁽¹³⁾ De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: 1995, pg. 69. El tema en consideración nos conduce a la polémica sobre el fundamento iusnaturalista que podría tener este tipo de validación y el conjunto de libertades, un tema que hoy deberíamos considerar superado tanto porque ellos han sido positivizados en la forma de convenciones multilaterales sobre los mismos, cuanto porque una parte importante de la doctrina asigna a los derechos subjetivos un carácter objetivo, en cuanto "norma principio". Una "norma principio", en el sentido que le da R. Alexy, —cuyo aporte en esta materia es reconocido— es un mandato de optimización en cuanto ella puede realizarse en diferente grado o medida, que depende tanto de las posibilidades reales como de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas de realización es determinado por la entidad de los principios y reglas que actúan en sentido opuesto. Los derechos fundamentales exhiben, según se ha explicado,

Otto— no puede plantearse en términos normativos, dado que se trata de un problema de hecho: los fundamentos de validez del ordenamiento constitucional preexistente han desaparecido. Por ello, el proceso constituyente de tipo originario no se ubica en el campo de las normas, sino principalmente de los valores y principios: *pacta sunt servanda*, libertad, igualdad, justicia, irretroactividad de la ley penal, *non bis in idem*, dignidad del ser humano, etc.

Según Francisco Zúñiga, quien concuerda en la materia con Capelletti, el ejercicio del poder constituyente originario provoca, al igual que la jurisdicción constitucional, una alteración del principio de separación de poderes. En efecto, ambos poderes están al margen de revisión política, jurídica o judicial, y ambos, por la naturaleza de las cosas, están fuera del ángulo analítico y contencioso de las llamadas “cuestiones políticas”.⁽¹⁴⁾ Siendo así, cabe concluir que la puesta en práctica del poder constituyente originario supone el ejercicio de un poder político concentrado e incondicionado, de modo que sus límites dependen únicamente de sus propias condiciones de racionalidad y efectividad y por consiguiente, de validez. Esos límites son, por tanto, internos y de principio, nunca externos o heterónomos o jurídicos o normativos.

Lo anterior obliga a concluir que el poder constituyente originario adquiere forma e importancia precisamente cuando el orden constitucional preexistente sufre una ruptura. Siendo así, también puede afirmarse que el llamado “poder constituyente irregular” es precisamente el poder constituyente originario cuando se ejerce en situaciones extra-constitucionales, negando su propio antecedente y origen constitucional. Esto reafirma la idea de que parte esencial de la Teoría del Poder Constituyente consiste en establecer el “origen de la validez” de la Constitución, y que de Otto expresa así: “la Constitución es válida porque procede de quien tiene el poder de

una estructura dual, ya que “junto a los derechos fundamentales como derechos subjetivos tradicionales frente al poder público aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que establecen un correlativo sistema de valores”. Negar estos hechos supone que el investigador confunde la posición iusnaturalista con los metalenguajes y, posiblemente, con la hermenéutica la lingüística y la ideología, con las doctrinas políticas. Ver Bockenforde, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: 1993, pgs. 101, 102 y 107; y sobre todo Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: 2007 (especialmente los capítulos tercero y cuarto y pgs. 67 y 68).

⁽¹⁴⁾ Zúñiga Urbina, Francisco. “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional” En: *Estudios Constitucionales*. Año 4, N° 2, CECOCH, Universidad de Talca. Santiago: 2006. pg. 416.

darla, y es válida incondicionalmente porque ese poder no tiene limitación alguna ya que, en cuanto poder originario, no está sometido a normas".⁽¹⁵⁾ La consideración de ambos tipos de factores legitimantes son esenciales para la eficacia de la doctrina, que debe ser capaz de explicar y justificar la validez de procesos que son su mayor desafío, esto es, aquellos en los que tras el colapso del orden político institucional anterior se procede a elaborar democráticamente una nueva constitución que no es resultado de la reforma de la anterior. En tales casos el constituyente originario escapa del ámbito de las "normas-principio" que regulan el poder constituyente derivado, pero no puede eludir los "principios que norman" su propio y directo ejercicio de la soberanía popular que en él reside. De hacerlo, no logrará un resultado racional, metodológica y sustantivamente consistente con su lógica interna y consustancial ni con la realidad en que está inserto.

La perspectiva que proponemos sectorializa el problema dando a cada tipo de poder constituyente —carismático, religioso, tradicional o democrático— su propio marco de principios normativos de validez y legitimidad, lo cual resguarda en natura y esencia la visión y práctica democrática inherente a una soberanía residente en el pueblo. Ello no se logra con una fórmula decisionista ya que Schmitt, al incorporar la excepción como parte esencial del orden político y jurídico, adhiere a un concepto dictatorial de autoridad soberana o poder constituyente originario.⁽¹⁶⁾ En consecuencia, si efectivamente la Teoría del Poder Constituyente es la formulación en términos de dogmática constitucional del principio de legitimación democrática, cabe concluir que no cualquier contenido democráticamente acordado en términos procedimentales por un movimiento revolucionario o independentista, es suficiente para validar y legitimar la constitución, ya que cada forma de sistema político tiene una lógica interna que de no ser respetada lleva al aborto constitucional y no a una nueva constitución. Por ello, un cambio de la naturaleza popular-nacional de un sistema democrático constitucionalmente catalogable como tal, equivaldría a renunciar a una potestad permanente e irrenunciable, y supondría, si se impone por la vía plebiscitaria, una dictadura de la mayoría, o como lo dice Nogueira, una situación de "mutación constitucional que solo podría regir gracias al respaldo directo de la fuerza."⁽¹⁷⁾ Pero es claro que, cuando se dan las

⁽¹⁵⁾ De Otto, I. *op. cit.* p. 53.

⁽¹⁶⁾ Ver Negretto, Gabriel. "El concepto de decisionismo en Carl Schmitt. El poder negativo de la excepción" En: *Revista Sociedad*, UBA. Buenos Aires: 1994. pg. 4.

⁽¹⁷⁾ Nogueira Alcalá, Humberto. *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica del Sur en la alborada del siglo XXI*. Santiago: 2005. pg. 217.

condiciones para decir que un poder es revolucionario fundacional, tanto desde la perspectiva política como de la jurídica, probablemente nos encontramos —desde la perspectiva constitucional— ante un caso de poder constituyente “irregular”, y que éste es el estado normal y regular del poder constituyente originario.

4. LIMITES GENÉRICOS DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Sabemos que el ejercicio del poder constituyente originario no está sujeto a límites normativos procedentes del sistema constitucional, ya que no es un fenómeno jurídico, sino socio-político y de poder, y que por lo tanto los únicos límites que puede reconocer proceden del metalenguaje a que está sometido. Es ese lenguaje y discurso metajurídico el que justifica y legitima su existencia o reconocimiento, el que al mismo tiempo construye sus propósitos y sus límites. En la medida que ese metalenguaje es el propio del sistema democrático constitucional acerca del poder político, y en cuanto el mismo provee empírica, histórica y teóricamente requisitos, condiciones y lineamientos reconocidos e infaltables, estamos frente a un metalenguaje fácilmente identificable y generalmente conocido y sujeto a crítica por los pueblos que ya lo aceptan y practican. De alguna manera esto es lo que significa y explica la llamada Cláusula Democrática del sistema latinoamericano de naciones.

Establecido lo anterior, deberíamos definir, primero, los límites de tipo genérico que impone el metalenguaje vigente, y luego la relación existencial entre poder constituyente originario y derechos de la minoría, principalmente a la luz de los principios de consociación y subsidiariedad. A continuación habría que analizar el tipo de situaciones en las cuales el ejercicio del poder constituyente originario podría conducir a la existencia de una dictadura de la mayoría y acarrear el apareamiento del derecho de resistencia a la opresión y del de insurrección. Lo anterior prepara la vía para la conclusión principal del estudio: los casos de posible ejercicio irregular del poder constituyente originario son aquellos que constituyen dictadura de la mayoría en cuanto violan, al ejecutar el acto político de crear la nueva constitución, los términos y límites de su propio metalenguaje. Por ello, una teoría decisionista de la soberanía y de la política que conduzca a la instauración de “the rule of the exception” como principio rector, representaría un caso de poder constituyente originario irregular.

Genéricamente considerados, los límites del poder constituyente originario a que nos referimos podrían agruparse en tres categorías: 1) derechos fundamentales del ser humano, tanto individuales como colectivos;

2) principios consubstanciales al sistema político y a la forma del estado democrático y de derecho; y 3) Principios de *Ius Cogens* y Derecho Internacional Público consuetudinario y convencional que, según la opinión mas general, prevalecen sobre la voluntad y la soberanía del Estado-Nación. La inexistencia de discrepancias fundamentales en esta materia así como en los respectivos campos conceptuales, hace innecesario extenderse sobre ella, por lo cual nos limitaremos a precisar ciertos puntos que parecen de importancia dentro del tema de este trabajo.

En lo que se refiere a los derechos fundamentales y su centralidad para identificar un sistema como democrático, basta referirse al famoso contenido del Artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: "Toda sociedad en la cual la garantía de derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución". Contemporáneamente, ello ha sido ratificado por la aceptación general de la idea que el deber de no intervención de un Estado —en realidad, del organismo multifuncional que los representa— en los asuntos internos de otro Estado, puede ser suspendido en caso de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, lo que pone de manifiesto la naturaleza y valor supranacionales y suprasoberanos de los derechos fundamentales.

En materia de principios e instituciones consubstanciales a la democracia, es ilustrativa una opinión de prosapia conservadora: "Hay ciertas reformas constitucionales que el Poder Constituyente jamás podría hacer. Por ejemplo, si decidiera autoelegirse; si resolviera, mediante el arbitrio espúreo de una reforma constitucional, contrariar la voluntad popular estableciendo que los actuales congresales serán vitalicios en el desempeño de sus cargos, evidentemente se estaría contrariando no solo el espíritu y la letra de la Carta Fundamental, sino una cosa que es mucho más importante: la raíz de nuestro derecho público, (raíces) de suyo tan trascendentales que sin ellas el régimen desaparecería totalmente." La opinión fue expresada por un ilustre diputado conservador chileno en el curso de un debate sobre reforma constitucional, y es citada en su Tratado por A. Silva Bascañán.⁽¹⁸⁾

Dada esta toma de posición de la derecha conservadora, ya no resultaría aceptable en esta materia que una opinión menos conservadora afirmase que nos movemos en un terreno tan oscuro o pantanoso que no permite determinar cuáles son los principios e instituciones consubstanciales al sistema político democrático, que funcionan como límites del poder consti-

(18) Silva Bascañán, Alejandro. *op.cit.* T. X. pg. 262

tuyente originario. Esta es simple ceguera, o poca fe democrática porque sí es posible identificar los elementos fundamentales del sistema democrático de Estado y gobierno y, dentro de ellos los consubstanciales o esenciales.

Tomando como base la variedad de modelos históricos y vigentes que nos ofrece el Derecho Político Comparado de los países democráticos, y la teoría constitucional, son elementos fundamentales pero no límites al poder constituyente originario las formas de Estado (federal o unitario), los tipos de gobierno (republicano o monárquico), y los regímenes de gobierno (presidencial, parlamentario o de asamblea). Todos ellos son compatibles con la democracia. Tampoco cabría entre los límites el tipo de organización y funcionamiento del órgano legislativo, en tanto mantenga su carácter representativo, ni las formas de participación, en la medida que se respete el derecho de asociación con fines públicos o políticos. Son por el contrario consubstanciales o esenciales al sistema democrático y corresponde ubicar entre tales límites la soberanía popular (o nacional); la existencia de elecciones libres, informadas y periódicas; la alternancia en el poder; los principios de supremacía constitucional, legalidad, y Estado de Derecho, así como los derechos fundamentales, y la separación de los poderes del Estado, hoy reforzada a favor de la sociedad civil por los principios de consociación y subsidiariedad. Mientras en las primeras materias enumeradas la voluntad y decisión del poder constituyente originario será definitiva y última, jamás podrá serlo si se traspasan los límites constituidos por los principios e instituciones enumerados en segundo lugar.

Por último, en lo concerniente a las relaciones jerárquicas entre derecho interno e internacional, o más específicamente entre poder constituyente nacional y soberano, y *Ius Cogens*, hay que hacer lugar al nuevo derecho habitualmente denominado *Lex Mercatoria* o *Ius Mercatorum* Internacional en cuanto pretende definir esas relaciones yendo más allá de los límites definidos por el Derecho Internacional o, como dice Laporta, postulando que "el derecho global pretende ser algo más que un derecho internacional desarrollado".⁽¹⁹⁾

⁽¹⁹⁾ Laporta, Francisco J. "Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas" En: Manuel Cancio Meliá. *op. cit.* pg. 187. Sobre bibliografía relativa a la *Lex Mercatoria* ver Tapia Valdés, Jorge. *op.cit.* nota 5. Ver también Dasser, F. (2001) "Lex Mercatoria. Critical Comments on a Tricky Topic" En: Apelbaum, R. *et al. op. cit.* Fernández Rozas, J. C. (2003) "Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales" En: *Colegios Notariales de España*, Madrid: Tajadura Tejada, J. (2004). Ver también "¿El ocaso de Westfalia? Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización" En: *Revista de Estudios Políticos*. N° 123; y Wilkinson, V. (1995) "The New Lex Mercatoria" En: *Journal of International Arbitration*. vol. 12, N° 2.

La aceptación cada vez más amplia del monismo en materia de relaciones entre Derecho Internacional Público y derecho interno en el período de la globalización, es una demostración más del empequeñecimiento del concepto de soberanía, teórica y prácticamente considerado. El ordenamiento jurídico nacional está cada vez más expuesto a normas de aplicación directa de origen externo. El poder constituyente nacional, originario o derivado, enfrenta cada vez más limitaciones provenientes de normas externas.⁽²⁰⁾

Las restricciones impuestas por el Derecho Internacional Público al Poder Constituyente Originario no se refieren únicamente a los posibles casos o hipótesis de responsabilidad internacional del Estado frente a otros estados o sujetos de derecho internacional por las violaciones de sus obligaciones conforme el derecho internacional consuetudinario o convencional, bilateral o multilateral.⁽²¹⁾ Hoy se extienden a la necesidad de adaptar cuerpos jurídicos nacionales, aun fundamentales, a las exigencias del derecho y la jurisdicción internacionales. La circunstancia de que ello haya sido puesto de manifiesto primeramente solo en materia de derechos humanos y restricciones arancelarias, no cambia el hecho de que el Estado soberano y la nación en cuanto Poder Constituyente Originario, tienen hoy una posición de mayor subordinación respecto de la voluntad suprema manifestada en el *Ius Cogens* de la época de la globalización.

5. DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y LA SOCIEDAD MULTICULTURAL COMO LÍMITES ESPECÍFICOS DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Como lo expresa Gutiérrez en su prólogo a la edición española de "Derecho Constitucional para la sociedad multicultural",⁽²²⁾ el mundo del estado-nación soberana que sirvió de base a la teoría clásica del Estado y de la Constitución, entró en su ocaso. En la base de este cambio, que se prevé paradigmático, se encuentra el hecho de que la nueva multiculturalidad pone en cuestión la aspiración de integración social del constitucionalismo

⁽²⁰⁾ El tópico es extensamente expuesto en la 3ª Edición del libro de Javier el-Hage intitulado *Límites de Derecho Internacional para la Asamblea Constituyente*. Santa Cruz, 2006 (especialmente pgs. 345 a 349).

⁽²¹⁾ Sobre responsabilidad del Estado por actos del poder constituyente ver Vanossi, Jorge R. *op. cit.* T. I. pgs. 245 y ss. Sobre el tema general de la responsabilidad internacional del Estado ver Gutiérrez Espada, Cesáreo. *La responsabilidad internacional. (Las consecuencias del hecho ilícito)*. Murcia: 2005. pgs 27 a 49.

⁽²²⁾ Denninger, Erhard y Grimm, Dieter. *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: 2007. pgs. 9 y 10.

del estado-nación singular. Ello acentúa la tendencia a enfatizar que la legitimidad del derecho de ese Estado depende del escrupuloso uso de los principios procedimentales, una manifestación de racionalismo y diálogo que choca con la opinión schmittiana que tacha de ilícito el pluralismo en cuanto debilitaría esa unidad nacional en que debe fundarse su noción de "Estado Total".⁽²³⁾ A partir de esta reflexión, consideramos ahora, en el marco de los límites extrajurídicos de tipo genérico, la forma y fuerza que adquieren limitaciones de tipo concreto al Poder Constituyente Originario surgidas al amparo del clásico concepto de "derechos de las minorías", y que emergen en naciones multiculturales, con estructuras etnopolíticas y grupos intermedios o instituciones de la sociedad civil cuyas existencia, derechos y autonomía son considerados pre-constitucionales y pre-estatales, lo que los convierte desde su nacimiento en limitaciones al Poder Constituyente Originario. En este campo la variable jurídica es dependiente de variables históricas, antropológicas y sociológicas, lo que conduce al investigador al terreno de los derechos de tercera generación, al ámbito del "otro colectivo", de aquel que es diferente y que por ser diferente, aunque constituya la mayoría, no puede predominar. Superar tal situación se convierte en un mandato del *Ius Cogens*.

A lo largo de la historia, muchas naciones han tenido colonias "externas" e "internas" muchas de las cuales eran más numerosas que los grupos hegemónicos.⁽²⁴⁾ Como el apartheid sudafricano de su tiempo lo demostró, los casos más opresivos son los de colonias internas, es decir, grupos significativos o importantes dentro de un Estado a los que se niegan plenos derechos civiles y políticos, en función de la raza, sexo, idioma, riqueza o previas condiciones de servilismo, como en el caso de muchos pueblos indígenas de América Latina.⁽²⁵⁾

(23) Ver Hans Kelsen. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: 1995, pgs. 48 a 50, citando a C. Schmitt. *La defensa de la constitución*. Madrid: 1983. pgs. 125 a 166.

(24) Rhoodie, Nic. (Editor) *Intergroup Accommodation in Plural societies*. University of Pretoria. Londres: 1978. pgs. 23 y 24.

(25) Es tal vez paradójico que la soberanía sea limitada hoy y en su origen precisamente por la existencia de grupos o facciones cuyas guerras intestinas hicieron aparecer y dieron absoluta fuerza al concepto en el siglo XVI. Como nos dice van der Pot (p. 15), la construcción jurídica, política y ética que nos ofrece J. Bodino tiene por objeto encontrar una salida a los graves conflictos entre grupos religiosos, conflictos que amenazaban con hacer imposible la vida social, no solo porque desconocían la autoridad superior de los reyes, sino porque en su rebelión y lucha habían llamado a resistir al Estado y a sus reglas y costumbres, abriendo la puerta a la anarquía y el caos. Ver C. W. van der Pot. *Handboek van het nederlandse staatsrecht* (Bewerkt door Prof. Mr. A.M. Donner). Zwolle: 1983.

Los antecedentes expuestos indican que el Estado democrático y social de derecho se encuentra hoy con el desafío de una multiculturalidad fomentada por migraciones masivas, que han alterado el curso y resultado de sus políticas integracionistas y homogenizadoras al debilitar sus bases culturales originales.⁽²⁶⁾ La solución del problema se encuentra normalmente en la extensión del clásico derecho de las minorías a que se garanticen su existencia, libertades y derechos. El reconocimiento de la multiculturalidad es la base para terminar con las viejas discriminaciones y evitar las nuevas. Pero también es fundamental la profundización y la práctica transversal de actitudes pluralistas.

¿Qué derechos fundamentales son relevantes o funcionales para dar una solución positiva a los conflictos entre segmentos que buscan acomodo y/o ampliación de los espacios de consenso? Claramente no basta con invocar y garantizar el derecho de asociación, si no media un reconocimiento constitucional de la identidad grupal, como lo expresan Denninger y Grimm, quienes también creen que tendría mayor alcance práctico ampararse en la "libertad religiosa", en cuanto es de la esencia del proceso lograr y garantizar la "tolerancia" frente a la singularidad cultural. Hoy no son sin más aceptables soluciones como la asimilación impuesta por el Estado o grupos hegemónicos, aunque habría espacio para la integración, en la medida "en que no espera de los migrantes un pleno ajuste a los valores y las formas de vida de la sociedad de acogida."⁽²⁷⁾

Estas opiniones contemporáneas son un implícito respaldo a formulas y prácticas consocionalistas, en la línea de A. Lijphart. Implícitamente dentro de esa perspectiva, Teubner cree que la suprema centralidad de la constitución política al interior del Estado-Nación no deja ver las constituciones propias de sectores civiles, que en la visión clásica serían resultado de la Carta Fundamental. Lo nuevo y singular, sin embargo, es que esta invisibilidad también se manifiesta dentro del proceso de globalización con respecto a la constitucionalización de una multiplicidad de subsistemas autónomos de la sociedad mundial.⁽²⁸⁾ Tal vez ello se deba a que, en su

⁽²⁶⁾ Gutiérrez G., Ignacio en la "Introducción" al libro de E. Denninger y D. Grima. *op. cit.* pgs. 20 y 21. Ver también Simpson, Jerry. *The Difusión of Sovereignty: self-determination in the Post-Colonial Age*. Berg: 1996.

⁽²⁷⁾ Denninger y Grimm. *op. cit.* (en general y pgs. 57 a 60); y Cárdenas, Emilio J. y Cañas, María F. "Los límites del principio de autodeterminación" En: Adolfo Koutoudjan. *Geopolítica y Globalización. Estado, Nación, autodeterminación, región y fragmentación*. Buenos Aires: 2001.

⁽²⁸⁾ Teubner, G. *op. cit.* pg. 213. El tema de la democracia consocional ha sido puesto de moda en la segunda mitad del siglo XX por A. Lijphart. En: (entre otras de sus obras)

búsqueda de una alternativa al constitucionalismo centrado en el Estado, la constitución de la sociedad mundial no es resultado exclusivo de las instituciones supranacionales o intergubernamentales, ni se expresa en una única constitución global, sino que se genera de modo incremental a partir de la autorregulación de los subsistemas autónomos o grupos intermedios. En tal caso, en lugar de un orden piramidal, empieza a perfilarse una estructura concéntrica y horizontal del ordenamiento jurídico.

6. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO, DICTADURA DE LA MAYORÍA Y DERECHO DE INSURRECCIÓN

La expresión “dictadura de la mayoría” es un eufemismo que oculta el ataque a la soberanía del legislador y a la teoría de la representación democrática fundado en que constituirían potenciales amenazas respecto de los derechos fundamentales de tipo individual y subjetivo.⁽²⁹⁾ Es bastante paradójico que A. de Tocqueville, precisamente en su “La democracia en América”, exhiba tales temores respecto del riesgo de que el principio mayoritario tome rasgos dictatoriales. Acude incluso al pensamiento de Madison en relación con la dictadura de la mayoría que lleva a la minoría a la desesperación, algo de mucha importancia en las repúblicas.⁽³⁰⁾ No obstante, su capacidad para el análisis fino le permite ver que el sistema estadounidense ha encontrado un factor de moderación y freno respecto de la posible tiranía de la mayoría en una forma de Estado y de gobierno que, por su propia estructura, evita el centralismo, constituida como sabemos tanto por la forma federal del Estado central cuanto por la autonomía del gobierno local.⁽³¹⁾

Afirmamos, que una sociedad y Estado que adoptan decisiones que no respetan las condiciones consubstanciales de la democracia, puede convertirse en una dictadura de la mayoría. Hay que tener muy presente que no hay decisión democrática si, además del principio mayoritario, no se aplican simultáneamente los principios de derecho de las minorías, consociabilidad y subsidiariedad. En caso de no ser considerados, estaremos ante una situación de ejercicio irregular del poder constituyente originario.

Verzuiling, pacifikatie en kentèring in de nederlandse politiek. Leiden: 1968. Ver también “Majority Rule versus Democracy in Deeply Divided societies” En: Nic Rhoodie. *op. cit.* pgs. 27 y ss.

⁽²⁹⁾ Ver Palazzo, Eugenio. *op. cit.* “Proceso constituyente y participación” En: *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia.* Buenos Aires: 13/10/2006. pgs. 6 y 7.

⁽³⁰⁾ De Tocqueville, Alexis. *La democracia en América.* México: 1966. pgs. 257 y 265.

⁽³¹⁾ *Idem.* pg. 266

Sin los límites y condiciones metajurídicos a que nos hemos referido, el proceso de creación del derecho no solo carecería de legitimidad, sino que haría retroceder a la comunidad a un estado hobbesiano de naturaleza, en cuanto haría desaparecer la frontera entre fuerza y autoridad. Tales límites podrían resultar quebrantados si se alteran los quórum de votación y aprobación de la toma de decisiones fundamentales; si se crean cargos de poder soberano vitalicios; si se suprimen las elecciones periódicas; si se desconocen las autonomías o si se implantan políticas de apartheid. Es decir, si se traspasan los límites consubstanciales de la democracia, se generará efectivamente una dictadura de la mayoría que probablemente no será eficaz en la medida en que pese al dominio de los números, tendrá que recurrir de modo permanente a la fuerza. La Alemania Nazi y la URSS de Stalin y sucesores ideológicos son claros ejemplos de ello, como lo son en general los casos de totalitarismo político o religioso o el autoritarismo lingüístico.

El incumplimiento de aquellas condiciones probablemente abrirá el camino al derecho de insurrección. Vale la pena no olvidar que tanto la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos (1776) como la Declaración de la Asamblea Nacional Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789, art. II) y la Constitución Jacobina de 1793 (art.35), reconocieron los derechos de resistencia a la opresión y de insurrección, cualesquiera la forma que adoptare la dictadura resistida y especialmente si se amparaba en un estatuto jurídico de su poder arbitrario. Si se parte de una visión decisionista de soberanía y Poder Constituyente Originario, probablemente el derecho de resistencia a la opresión se perciba como antagónico con el concepto de Estado de Derecho,⁽³²⁾ pero más lo es una tiranía jurídicamente santificada. En esta materia, Schmitt sólo acepta de Sieyes el carácter absoluto de la soberanía, no así su origen popular. Siendo así, lo que está en situación antagónica con el Estado de Derecho es un poder soberano que se manifiesta a través de su capacidad para decidir sobre el estado de excepción, y su voluntad y fuerza para imponer la excepción como regla general y permanente. Esto último resulta intrínsecamente opuesto a la esencia de la soberanía democrática, lo que hace ver que resistencia e insurrección son el arma legítima contra una dictadura soberana no democrática, cualesquiera su origen. Resulta claro que el fin de la situación generada por el ejercicio irregular del Poder Constituyente Originario es o la invasión —fin del principio de no intervención en caso

(32) Vega Mendez, Francisco "Carl Schmitt: en torno a Hobbes y Spinoza" En: XXXV *Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Universidad de Valparaíso, 2006. pg. 95.

de violaciones derechos humanos— o la revolución, acciones sobre las cuales un constitucionalista poco puede decir. Mayor propiedad tiene, en cambio, afinar la reflexión y ensayar algunas conclusiones sobre la forma irregular de ejercicio del Poder Constituyente Originario.

7. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO IRREGULAR: UN PROBLEMA NORMATIVO SIN SOLUCIÓN JURÍDICA

Resumiendo, el Poder Constituyente Originario es expresión y función de un metalenguaje que esta más allá de y trasciende lo jurídico y que por tanto no tiene ni acepta controles orgánicos, estructurales, procedimentales o de contenido. Ello lleva por vía de consecuencia a otra conclusión fundamental: el Poder Constituyente Originario no puede incurrir en ejercicio irregular de sus poderes fundacionales del sistema constitucional, en relación con requisitos provenientes del propio ordenamiento jurídico, incluyendo las mentadas "clausulas petreas". Por tanto, la expresión poder constituyente irregular solo podría aplicarse al poder constituyente derivado o constituido, pero a su vez, ello solo tendría sentido lógico-jurídico en caso de no existir correctivos como una jurisdicción que vele por la supremacía de la Constitución, o de hacerse imposible el control preventivo de la irregularidad y se dé lugar a una mutación constitucional.

El problema del ejercicio irregular del Poder Constituyente Originario no se ubica en el campo de la supremacía de la Constitución y su defensa, sino de supremacía del poder soberano y su legitimidad. Esto permite ver que el tema es colateral tanto a la cuestión de control de constitucionalidad de la reforma constitucional como al problema de las "cuestiones políticas no justiciables"; pero no cabe confundirlo con ninguno de ellos. El Poder Constituyente Originario obra ejecutando cambios que reestructuran las relaciones de poder mediante el desplazamiento o inclusión de sectores y la transformación de sus intereses y valores en nuevas o en viejas teorías y doctrinas. Al tiempo que la revolución triunfante se transforma en fuerza conservadora, el Poder Constituyente Originario se transforma de "irregular" en "refundacional". Las condiciones de su reconocimiento y consolidación no dependen de los lujos hermenéuticos de un Tribunal Constitucional, sino de un encuentro de voluntades en la sociedad real y concreta, que demuestre que el acto no fue uno de mera fuerza política y física sino de reemplazo de una estructura y/o régimen ya en colapso, por un nuevo sistema político.

Lo que hemos puesto en discusión es la posibilidad de problemas jurídicos derivados de excesos en que pudiese incurrir el poder constituyente

originario, problemas que sin embargo no tienen solución jurisdiccional, sino sola y exclusivamente política. La hipótesis es perfectamente avalada por la circunstancia de que el ejercicio normal del poder constituyente originario, en cuanto excede los límites metajurídicos, no puede dar validez, legitimidad y vigencia efectiva a la pretendida nueva constitución sino en virtud de la fuerza. La violación del metalenguaje cae siempre en el campo de lo consubstancial al constitucionalismo democrático dando origen a un tipo de "Estado Dual", en que la política es colocada, relativamente, al margen del Derecho, mientras que se coloca el Estado por sobre el Derecho. Al mismo tiempo, siguen rigiendo los códigos que regulan las relaciones entre particulares. Si el ejercicio del Poder Constitucional Originario se convierte en una legitimación del uso de la fuerza y la violencia en lugar de legitimar y racionalizar el uso del poder político soberano, su obra no será una Constitución, sino un mero "Estatuto del Poder"

Afirmo, un tanto en la línea enunciada por Ferreira,⁽³³⁾ que aceptar el problema no significa que este tenga solución razonable y menos fácil. Lo probable es que conduzca al renacimiento del derecho de insurrección y por lo mismo al ejercicio, una vez más, del poder constituyente originario por parte de los ciudadanos y sus organizaciones.

Como lo dice Vanossi, todo acto político para-legal asume carácter "revolucionario" cuando dentro del sistema vigente no encuentra forma de anulación.⁽³⁴⁾ Dos elementos objetivos permiten verificar la culminación exitosa del proceso de cambio constitucional por la vía del ejercicio del Poder Constitucional Originario: primero, otra vez según Vanossi, el hecho de que no existe órgano, ni mecanismo ni competencia para anular el acto, y segundo, que la nueva estructura de poder da garantía y garantiza efectivamente el respeto de derechos, libertades, intereses, separación de poderes e independencia judicial.

Los casos de ejercicio irregular de carácter restaurativo o revolucionario no pueden verse como "fenómenos de "desconstitucionalización" —es decir, fenómenos como la reforma inconstitucional; la suspensión inconstitucional (*fancied emergency*); la supresión de la Constitución; la destrucción de la Constitución, equivalente a gobierno de facto que no da garantías; y el quebrantamiento de la Constitución, ignorándola o actuan-

⁽³³⁾ Ferreyra, Raúl G. "Sobre el control del proceso de reforma constitucional, según los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina" En: *Revista Constitucional*, CECOCH, U. Talca. *op. cit.* pgs. 506 a 507.

⁽³⁴⁾ *Idem.* pg. 142.

do expresamente en su contra. La real importancia de esta tipología de Schmitt estriba en que permite ver con claridad que no deben ni pueden confundirse posibles actos de ejercicio del Poder Constituyente Originario, con actos políticos del órgano encargado de la defensa de la constitución, porque el "Defensor de la Constitución", al tomar la decisión relativa al "caso de emergencia", no pretende cambiar la Constitución, sino ignorarla, hacer un acto inconstitucional que, si las instituciones funcionaren, serían anulado por el Tribunal Constitucional.

La eficacia del acto del poder constituyente originario que logra imponerse políticamente ha sido reconocida por algunos tribunales constitucionales de países latinoamericanos. En el caso chileno se ha manifestado expresamente así en las sentencias Rol 46 (21/12/1987) y 272 (18/3/1989).⁽³⁵⁾ En el caso de Perú puede citarse la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la demanda presentada por el Colegio de Abogados del Cusco contra la ley N° 27600, de 2002, y en el caso argentino, la sentencia de la Corte Suprema que reconoce el poder constituyente revolucionario en 1945.⁽³⁶⁾

Nada es más importante en las sentencia ya citadas de los Tribunales con jurisdicción constitucional de Argentina, Chile y Perú, reconociendo la validez y eficacia de actos constitucionales de gobiernos revolucionarios y su falta de atribuciones para anularlos, que el reconocimiento implícito de que el acto que merece el nombre de revolucionario es siempre un acto de ejercicio irregular del poder constituyente originario. Definitivamente, entonces, el acto irregular no pertenece al campo normativo, sino al político. Pero ello no nos ofrece una renovada Teoría del Gobierno de Facto, en la medida que no se trata de simples golpes de Estado para cambiar gobiernos, sino de una transición hecha por la sociedad política desde una situación de ingobernabilidad a nuevas y más profundas estructuras democráticas de poder, aunque no siempre de modo directo y acertado. En realidad, la teoría nos lleva a comprobar que ejercicio del poder constituyente originario y democracia directa están muy cerca el uno del otro.

⁽³⁵⁾ Reproducidos en Larraín Cruz, Rafael. "Fallos pronunciados por el Excmo. Tribunal Constitucional entre el 04 de Diciembre de 1985 y el 23 de Junio de 1992. Santiago: 1993. Ver también Renato, Cristi y Pablo Ruiz Tagle "La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano" Santiago: 2006.

⁽³⁶⁾ La sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de 2002, está reproducida en *Justicia Constitucional en Iberoamérica*, publicación del Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III, de Madrid, 2008. En caso Argentino ver Vanossi, Jorge R. *Teoría Constitucional. Poder Constituyente fundacional, revolucionario, reformador*. Tomo I. p. 52. (nota 31) que se refiere al caso Mayer fallado por la Corte Suprema en 1945.

Dentro del marco en uso, fluye también la conclusión de que el proceso de internacionalización y supranacionalización del derecho y de globalización de la economía y la política ha significado la imposición de limitaciones y restricciones sobre el Poder Constituyente Originario nacional, que aunque puedan catalogarse como empíricas y de facto dada su procedencia externa, no pierden su origen y naturaleza normativa de fuertes acentos jurídicos. Acto definitivamente irregular en cuanto ejercicio del Poder Constituyente Originario sería, por tanto, aquel que no solo desconoce la lógica de los antecedentes y que no puede ser comprendido y aceptado a la luz de la serie lógica de sus antecedentes dentro del ordenamiento jurídico nacional, como con tanta y convincente claridad lo ha expresado Vanossi,⁽³⁷⁾ sino el que quebranta y niega la lógica y la ética, así como la fuerza política, del supraordenamiento jurídico o metalenguaje proveniente de una sociedad mundial democrática globalizada.

Península de Cavancha, 06-05-2008

⁽³⁷⁾ Vanossi, Jorge R. *op. cit.* pg. 143.

LA TEORÍA DEL PROCESO A LA LUZ LÁNGUIDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO: SOBRE LA PRESUNTA "AUTONOMÍA PROCESAL CONSTITUCIONAL"

Juan F. Monroy Gálvez

*Un hombre que aspira a ser algo separado de sí mismo,
a convertirse en miembro del Parlamento, o en rico
empresario, o en abogado prominente, o en juez, o en
algo igualmente aburrido, invariablemente logra su
deseo. Ese es su castigo. Quien quiere una máscara
tiene que ponérsela.*

(Wilde).

SUMARIO: 1. Dos razones para la elección del tema. 2. Un intento de explicar la frase expresada en la sentencia. 3. La evolución de los estudios procesales. 4. La historia del proceso y su ubicación en sede nacional. 5. La "Autonomía Procesal" y el TC. 5.1. Una necesaria cuestión previa. 5.2. Una tendencia en el Derecho Comparado. 5.3. Descripción de la "Autonomía Procesal". 5.3.1. Primer fundamento de la "AP". 5.3.2. Segundo fundamento de la "AP". 5.4. Algunas precisiones y críticas a la "AP". 5.5. Una opinión. 6. La "Autonomía Procesal Constitucional" en sede nacional. 6.1. La "Autonomía Procesal Constitucional" según Mijail Mendoza. 6.2. La "APC" según el Presidente del TC. 6.3. Manifestaciones de AP del TC según el PL. 7. Concluyendo.

1. DOS RAZONES PARA LA ELECCIÓN DEL TEMA

Siempre hay un percutor para la elección de un tema a ser investigado. Cuando la atracción se produce, ya no se para hasta tener la hoja cubierta de signos, que no son más cosa que las huellas de la aventura espiritual vivida. El presente caso no es la excepción, salvo tal vez por el hecho de que han sido dos las razones que motivaron la escogencia.

La primera es que una sentencia del Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC) afirmó la existencia de serias limitaciones positivistas y de otra especie en las normas procesales⁽¹⁾ que le impiden cumplir su cometido. Los conceptos inferidos son tan abstractos y genéricos como para no saber si, como tales, constituyen o no una imputación. En cualquier caso, determinan un grado de incertidumbre en lo que parece ser una crítica que resulta mejor investigar.

La segunda es tan o más insinuante que la anterior. El TC sostiene que, como los estudios procesales desarrollan propuestas normativas que no son útiles para concretar los elevados objetivos que persigue, resulta imprescindible el empleo de una institución que, precisamente, ataca frontalmente las limitaciones generadas por las categorías procesales en sede constitucional. Esa institución recibe el nombre de Autonomía Procesal y es un producto singular del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF).

2. UN INTENTO DE EXPLICAR LA FRASE EXPRESADA EN LA SENTENCIA

Como las experiencias procesales suelen insertarse en la sociedad como un fenómeno social más, su actuación forma parte de las vivencias de muchas personas y, por cierto, de muchos especialistas en diversas disciplinas distintas al Derecho Procesal. El resultado de esta constatación es, en principio, positivo. Por eso, sobre "los juicios" casi todos tienen algo "qué decir" y, por consecuencia, hay mucho "qué escuchar".

Desde el Derecho ocurre lo mismo. Siendo el instrumento por excelencia para lograr la eficacia de los derechos llamados materiales, la información

(1) "Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y del proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de éstos a la aplicación de normas procesales autónomas, científicas y neutrales. De ahí que se haya señalado que la estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas por parte del Tribunal Constitucional..." (Sentencia No. 006-2006-PC/TC).

científica sobre el proceso, por lo menos la elemental, suele estar difundida hasta convertirse en una necesidad contar con datos preliminares sobre las líneas vectoriales de la actividad procesal. Y ello es positivo. No sería exagerado proponer que en los estudios de formación cívica de educación secundaria se incorpore la enseñanza de conocimientos básicos de derecho procesal, sobre todo constitucional.

Por otro lado, el rasgo instrumental del proceso no disminuye su importancia, simplemente refleja la esencia de su función. Un malentendido respecto de lo que la instrumentalidad significa genera dos distorsiones. Por un lado, la opinión de que el proceso es un saber de segundo grado. "Adjetivo" se le suele llamar, en tanto sólo es la herramienta para hacer eficaces los otros derechos. Los "que realmente importan", aquellos que titulan a los sujetos respecto de bienes, servicios u otros derechos son, en cambio, denominados "sustantivos". Regularmente suele ser simplona la gramática del desperdicio.

La segunda distorsión es, sin duda, la más perniciosa tal vez porque es groseramente pseudo-académica. Asumiendo que es un saber menor, la sistemática procesal —categorías, instituciones y desarrollos teóricos sobre ellos— es concebida como un conjunto de conocimientos precarios e intercambiables, y como una serie de especulaciones pasibles de ser enderezadas en el sentido que mejor corresponda al derecho material cuya eficacia puede estar requiriendo el especialista.

Puede no tomarse en serio el proceso desde múltiples ópticas jurídicas. Sin embargo, cuando esa liviandad ocurre en la construcción de una sentencia, estamos ante un gravísimo caso de culpa inexcusable.

En consecuencia, carece de veracidad la afirmación expresada por el TC en su sentencia, según la cual el proceso (siempre será mejor referirse a los estudios procesales) constituye *per se* un instrumento que limita sus posibilidades de actuación. Ni siquiera es posible saber si los jueces que redactaron el párrafo hicieron la búsqueda adecuada y fracasaron. Aunque sería mucho más grave que hayan llegado a la conclusión comentada sin haber intentado una investigación razonable.

Encima de su mesa los señores jueces del TC tienen una disciplina jurídica que brinda una diversidad de opciones a su actuación. Sea para que confirmen el actual estado de la situación o para que asuman un compromiso con la reforma de nuestras instituciones políticas, sociales y económicas, el proceso está apto para proveerle herramientas conceptuales de primer orden.

3. LA EVOLUCIÓN DE LOS ESTUDIOS PROCESALES

Todo el siglo XIX marca la etapa precursora de los estudios procesales a nivel científico. Si bien estas investigaciones se caracterizan porque sus cultores, fieles al método y contenido de los trabajos de los juristas de la época (comentarios puntuales al Digesto justiniano también llamado Pandectas, por lo que la escuela jurídica recibió el nombre de Pandectística⁽²⁾), efectuaban sus estudios sobre el proceso utilizando categorías del derecho privado —lo que es natural si atendemos a la naturaleza de la selección arbitraria que dio origen a las Pandectas— no queda la menor duda que se trataba de trabajos de excepcional calidad.

Prueba de ello es la *Zivilprozessordnung* (ZPO) alemana de 1877. Sin embargo, más importante fue la (ZPO) austriaca de 1895, conocida también como el Código de Klein. La gran diferencia de este Código con los trabajos surgidos de la escuela antes citada es que éstos se conectaban con el pensamiento liberal.⁽³⁾ Sin embargo, los trabajos de Klein, fieles a un movimiento filosófico, político y económico que irrumpía en su tiempo, nos referimos al marxismo, comprometió a los estudios procesales con la función jurisdiccional del Estado y, por cierto, con los derechos que tiene todo ciudadano de recibir un fallo justo y oportuno.⁽⁴⁾ Esta es la etapa fun-

(2) "Idea base di questa scuola è che l'ordinamento giuridico costituisca un *sistema completo*, chiuso. El che si adattava molto bene al nazionalismo dell'Ottocento e all'idea d'uno Stato sovrano, non comunicante con gli altri Stati che in modo formale, tramite le istituzioni legittimate a farlo. Quindi le eventuali lacune delle leggi non erano lacune del sistema che aveva sempre, nelle sue strutture logiche, i mezzi per colmarle.

Il giurista non doveva far altro che 'trovare' la soluzione già presente nel sistema.

Quest'ultimo avrebbe in sé la propria validità in quanto la sua logicità sarebbe garanzia di giustizia. In ciò si vede un chiaro influsso dell'idealismo del filosofo Hegel: per lui verà realtà sono i concetti e le proposizioni dogmatiche. Che il *dominio* (proprietà) sia 'elastico' è non una conseguenza di quanto dice la legge, ma un carattere reale, intimo, della proprietà; La più grande creazione della scuola fu però il *negozio giuridico*, non presente nel diritto romano, ma elaborato appunto da questa scuola partendo dai requisiti del contratto." (ASCHERI, Mario. *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo. Lezioni e documenti*. Torino: G. Giappichelli Editore. 2007. pp. 286 y 287).

(3) "Ma c'è anche qui, come in quella, una fondamentale *esigenza positivista* che consentì la saldatura della Pandettistica con le correnti liberali del tempo e fece sì che in Germania la codificazione si svolgesse alla sua insegna. Inoltre non va dimenticato che la Pandettistica ha svolto la funzione storica primaria di unificare culturalmente i giuristi tedeschi ben prima che la Germania fosse unificata politicamente grazie all'opera di Bismark — cosa che, com'è noto, ebbe luogo solo con la proclamazione del *Reich* nel 1871." (ASCHERI, Mario. Op. cit. p. 287).

(4) "La ordenanza procesal civil alemana del año 1877, estaba vinculada todavía a la ideología liberal. Regulaba el proceso y, particularmente, la posición de las partes en el mismo,

dacional de la ciencia del proceso muy poco difundida (salvo la célebre polémica entre Windscheid y Müther y la obra clásica de von Bülow), de muy buena factura en su desarrollo teórico, debiendo destacarse en su fase tardía, comprometida con una política jurisdiccional, sobre todo con el justiciable.

El enfoque sistémico propuesto por Chiovenda a los estudios procesales en la primera década del siglo xx recibió un reconocimiento pleno en el pensamiento jurídico contemporáneo, tanto que le dio nombre a la siguiente etapa. Es tan importante este momento que hay concordancia en admitir que se trata del punto de partida de los estudios científicos del proceso.

La diferencia entre el enfoque de Chiovenda y el propuesto por Klein es considerable. Si bien ambos asumen una concepción publicística del proceso, Chiovenda elaboró sus trabajos asumiendo la responsabilidad de construir una ciencia, es decir, estableciendo categorías básicas, métodos, clasificaciones, todos los cuales sirvieron para construir un sistema, razón por la cual esta etapa recibió el nombre de sistemática. Klein, en cambio, trazó también una estructura propia de la materia procesal, pero desde la perspectiva de construir un modelo que iguale a los justiciables que permita al juez conducir el proceso de manera tal que no sean factores externos los que determinen su resultado.

Probablemente los trabajos de la etapa sistemática hayan exagerado el desarrollo teórico durante toda la primera mitad del siglo xx. Sin embargo, la suma de los antecedentes glosados permite asegurar que estamos ante una ciencia que no sólo ha interrelacionado su materia con la de otras ciencias, sino que, además, ha construido un entramado conceptual que puede perfectamente ser usado con criterios y finalidades diversas.

sin tomar en consideración las relaciones sociales y las funciones de la comunidad jurídica. Al convertirse en fenómeno social, para Franz Klein incluso en 'mal social', el proceso no podía seguir siendo considerado como una cuestión privada entre las partes. Su interferencia con los intereses de la colectividad tenía que manifestarse, consecuentemente, en una nueva ordenación de las relaciones entre juez y partes. De esta manera la estructura del proceso se ajustó a los requerimientos sociales.

(...)

La superación del formalismo del pensamiento jurídico de la época del liberalismo mediante una 'nueva ética material de la responsabilidad', que acentúa la función social del derecho, constituye el principal fundamento de la nueva estructura del proceso. De esta manera pierde relevancia la postura ideológica que entendía el proceso solamente como conflicto de partes." (FASCHING, Hans Walter. *Liberalización y socialización del proceso civil*, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N^os. 13-14, Año V. Enero-Agosto de 1972. pp. 25 y 26).

Cuando en la década del cincuenta del siglo pasado, Calamandrei avizó que, o la ciencia del proceso se reconducía hasta convertirse en el instrumento por excelencia para garantizar la supremacía de la Constitución y de los derechos allí expresados o acabaría en una torre de Babel de teorías encontradas, castillos conceptuales inútiles contruidos por juristas entrenados para perder el tiempo, aunque con aguzado rigor y seriedad científicas, estaba creando las condiciones para considerar agotada la etapa sistemática.

Precisamente a raíz del cambio de timón propuesto por Calamandrei y en la línea de darle la importancia que corresponde al concepto de *potestad jurisdiccional*, trasladando el centro de gravedad de los estudios procesales de su lugar clásico (acción, pretensión, etc.) a la función del juez dentro del proceso, básicamente a sus potestades, se empezó a forjar lo que Denti dio en llamar la etapa postsistemática.⁽⁵⁾

Un rasgo peculiar de la etapa post sistemática está íntimamente ligado a lo que es materia del presente estudio. En efecto, se torna necesario admitir que las categorías e instituciones procesales requieren ser supervisadas por una suerte de control de validez formal consistente en cierto número de principios normativos de rango constitucional cuya presencia, expresa o implícita, resulta indispensable para asegurar la existencia de un ordenamiento procesal compatible con las exigencias de un Estado de Derecho en tránsito a un Estado Constitucional de Derecho. Estos principios empiezan a ser conocidos como las garantías constitucionales del proceso y desde la segunda mitad del siglo pasado son incorporadas a las constituciones escritas donde pasan a cumplir un rol preferente.

Tal vez los vaivenes descritos respecto de su material de investigación o de su capacidad para renovarse y enfrentar los nuevos retos que proponen las sociedades, es lo que ha permitido que a la fecha se pueda contar con una disciplina que se mantiene lozana y vivaz como todo saber científico pasible de cautivar a sus seguidores.

(5) "È possibile, dunque, parlare, di una fase post-sistemica degli studi processuali, che coincide con l'affermarsi, accanto alla elaborazione—già ricordata—dei principi costituzionali del processo e alle ricerche di ispirazione sociologica, dell'altra componente fondamentale dell'attuale fase degli studi: la comparazione. Naturalmente, il termine 'post-sistemica' ha una portata soprattutto temporale, intendendo fare riferimento alla fase degli studi che ha fatto seguito, nel tempo, a quella che si è convenzionalmente definita come 'sistemica'. Meglio sarebbe dire 'asistemica' se l'espressione non fosse in se stessa ambigua e priva di significato rigoroso. Quello che è certo è che la 'costruzione del sistema'—per usare le parole di Chiovenda—oggi ha perduto interesse per gli studiosi e non rappresenta più la loro massima ambizione". (DENTI, Vittorio. *Studi sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1999. pp. 28 y 29).

4. LA HISTORIA DEL PROCESO Y SU UBICACIÓN EN SEDE NACIONAL

Sería una negligencia inexcusable no establecer el correspondiente cotejo histórico entre el desarrollo descrito y lo ocurrido en el Perú. Sin embargo, no hay posibilidad de una correspondencia sincrónica.

Cuando el Código de Klein se convirtió en ley (1895), el Perú contaba con un Código de Enjuiciamientos en materia civil (1852) que seguía las pautas que había trazado la reforma napoleónica de la primera década del siglo XIX. Por otra parte, cuando Chiovenda lee su Prolusión en la Universidad de Roma en 1907, en el Perú se había empezado a trabajar la reforma de la ley antes citada. Esta reforma concluyó en 1909 y ya para 1912 tuvimos un nuevo Código vigente, con los mismos contenidos del Código anterior y sin ninguna posición filosófica —o por lo menos jurídica— correspondiente con la etapa sistemática, para esa fecha en su fase formativa.

El Código de Procedimientos Civiles de 1912 —en considerable medida una copia de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881— y los estudios procedimentales que motivó, son propios de una etapa anterior a la sistemática. Esta etapa estuvo caracterizada por el comentario exegético y puntual al enunciado normativo en base a un intenso esfuerzo memorístico en su enseñanza.

En 1993 se promulgó el Código Procesal Civil cuyo contenido, desde la perspectiva histórica de la evolución de los estudios procesales, es muy peculiar. En efecto, si bien abandona los estudios procedimentales y asume los postulados de la etapa sistemática, incorpora también, aun cuando fuese borrosamente, temas propios de la etapa postsistemática (tutela de intereses difusos, acceso a la justicia, algunas expresiones de tutela diferenciada, entre otros).

Si el cambio ocurrido con el nuevo Código ha sido beneficioso para el país es una pregunta cuya respuesta deberá esperar. Todo está demasiado cerca como para intentar apreciar la escena desde fuera. Ya habrá oportunidad de realizar un examen desapasionado. Sin embargo, lo que ahora importa es confirmar que los estudios procesales nacionales permiten a cualquier usuario en encontrar, si pone buena fe en la búsqueda, los elementos técnicos necesarios para que el proceso cumpla su finalidad.

A continuación vamos a acreditar, aun cuando fuese someramente, que aquella ciencia que es tildada de neutra, autónoma y científica, es eso y más, de tal suerte que el empleo de sus categorías va depender, en considerable medida, de la solvencia intelectual, de la escala de valores y del compromiso político del juzgador. Si el instituto procesal posee una

neutralidad en su esencia, siempre habrá manera de comprometerlo con una interpretación que asegure la decisión que se percibe como justa. Si tal categoría es científicista (que es creo lo que se quiso decir cuando se le imputó ser científica), habrá un método que permita descubrir su aspecto pragmático y útil. Finalmente, aunque la ciencia del proceso es autónoma (le costó un siglo lograr tal status), jamás ningún procesalista ha perdido de vista que su saber es instrumental. Entonces, compartamos algunos momentos de su historia a fin de descubrir todo lo que hay dentro de ella y así evitar a futuro afirmaciones desdeñosas y el uso de fórmulas exóticas.

5. LA "AUTONOMÍA PROCESAL" Y EL TC

5.1. Una necesaria cuestión previa

Si el lector realizara una microinvestigación de campo con una muestra (selección aleatoria) de veinte sentencias del TC, en por lo menos el ochenta por ciento de ellas encontrará un fundamento que, con variantes, es notable por su persistencia: *"como ya lo ha dicho este colegiado"*. El tema, aunque parezca, no es baladí, sobre todo si se tiene en cuenta que el uso de esta frase es selectivo. Suele presentarse, precisamente, en aquellas situaciones donde la necesidad de un esclarecimiento o cita doctrinaria aparece indispensable.⁽⁶⁾

Esta curiosa "técnica argumental", que en estricto desarrolla el sofisma llamado Petición de principio, consiste en convertir en conclusión lo que aparece en una de las premisas del argumento. Con esta "técnica" se han convertido en superlativos los fundamentos jurídicos del TC. Como lo vamos a demostrar a continuación, el TC ha elevado sus conclusiones a la categoría de axiomas (verdades que no necesitan demostración y que, por tanto, deben ser reconocidas como ciertas, inexorablemente). Se trata de afirmaciones cuya reminiscencia implícita (*como ya lo ha dicho este colegiado*) hace inútil cualquier exigencia de fundamento adicional. En otras palabras: usando categorías weberianas, los criterios de legitimación de la autoridad de quien expide las decisiones se han transformado, en el caso del TC de racionales a divinas.

⁽⁶⁾ En el caso de la sentencia comentada hay quince (15) autocitas ("*como ya lo ha dicho este colegiado*"; "*Tal como lo ha establecido este colegiado*"; "*Ya en sentencia anterior, el Tribunal ha señalado*"; "*tal como se ha señalado anteriormente*"; etc.). Tratándose de una sentencia de treinta y un (31) páginas, las autocitas o autoreferencias resultan un número significativo, lo que se agrava cuando se aprecia que la "técnica" suele ser utilizada en las incidencias que, precisamente, reclaman la fundamentación más sólida.

Detrás de esta falacia no existe únicamente una exacerbada consideración sobre aquello que el TC cree que es y cree que puede. También es posible advertir la presencia de un instituto llamado "Autonomía Procesal". Conocer el origen, la estructura y las funciones de tan particular categoría resulta indispensable, a fin de develar una fundamentación falsificadora de lo que viene realizando el TC con el tema procesal.

Siendo así, pasemos a mostrar el contenido real de una institución que, sin que quienes allende la forjaron hayan siquiera pensado que tuviese tal efecto, es el fundamento supremo que ha permitido al TC —y sigue permitiéndole, si esto no se desenmascara pronto— prescindir de las bases teóricas del proceso y, así, gestar un intuicionismo procesal que no tiene más límite que su voluntad que es, como también lo ha expresado en otras sentencias con la más supina autosuficiencia, "la voluntad de la Constitución", ni más ni menos.

5.2. Una tendencia en el Derecho Comparado

En los libros recientes de Derecho Comparado suele reconocerse que, desde mediados del siglo pasado, su objeto de estudio ha adquirido una importancia considerable. Entre otras razones, porque los medios de comunicación y de transporte de personas y cosas han fragilizado las fronteras, alguna vez entendidas como rígidos límites a las relaciones internacionales. En cualquier caso, no es desdeñable compartir la enseñanza de Cappelletti de que el gran cambio producido en la segunda mitad del siglo pasado en el Derecho Comparado ha consistido en que, si alguna vez el derecho sirvió para que los estados europeos afirmaran su identidad, el nuevo siglo encuentra a los juristas buscando fórmulas consensuadas que los integren más allá de sus nacionalidades.⁽⁷⁾ Es el caso de la Unión

(7) "Por lo demás, los mismos desarrollos históricos más recientes, esto es, los desarrollos que han conducido a las codificaciones del siglo último y especialmente a las de este siglo, y aun cuando sean desarrollos propios de estados singulares, no carecen, sin embargo, de una dirección común y, me atrevería a decir, de una ideología común por la cual, más o menos evidentemente, aparecen inspirados todos ellos; de manera que suele afirmarse que se tiene no sólo una matriz común, sino además una comunidad tendencial en las directrices de desarrollo y de superación de aquella matriz común. Es precisamente éste uno de los más interesantes fenómenos de la historia antigua y moderna de los ordenamientos procesales europeos: éstos, que en los siglos del nacimiento y de la afirmación de los varios Estados nacionales, han manifestado sobre todo una fuerza por decir así *centrífuga* de diferenciación de la matriz originaria —la matriz de la que en seguida hablaremos— están ahora manifestando nuevamente un cambio por decir así una fuerza *centrípeta* de unificación que permite entrever directamente, en embrión, la formación en la Europa Occidental de un unificado

Europea, por ejemplo. Por cierto, esto que hoy es un ejemplo emblemático de integración continental por todos conocido, fue advertido desde inicios de 1970 por el maestro de Florencia.

En la práctica, las invasiones de literatura jurídica entre los Estados han determinado no sólo que la penetración de las ideas e instituciones de unos afecte a otros, produciendo una alteración importante de su estructura jurídica interna, sino que, inclusive, han determinado que se vean afectadas las decisiones de sus jurisdicciones ordinarias y también las constitucionales. Con este hecho hay que contar para realizar un análisis de lo que nos está pasando y de lo que nos puede pasar. La penetrabilidad de las instituciones jurídicas de otros países se ha extendido de manera considerable, con todo lo bueno y malo que esto pueda significar. Se trata de un estado inexorable de la situación, así que asumimos el reto de enfrentar su presente.

Nos encontramos en una situación compleja que no sólo ha remecido los excesos del positivismo clásico, sino también ha reivindicado la importancia de los órganos jurisdiccionales respecto de la clásica limitación impuesta por las leyes nacionales. Esto ha ocurrido por medio de la interpretación y aplicación de normas foráneas, las que de manera lenta pero constante se vienen integrando a los sistemas jurídicos nacionales, constituyendo un fenómeno histórico inédito que, sin duda, debe reconocerse como provechoso. Y en esta tendencia la jurisdicción constitucional no sólo no se ha mantenido al margen sino bien podría decirse que se encuentra en la zona más sensible de tal influencia.⁽⁸⁾

'derecho procesal europeo'." (CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el Derecho Comparado*. Buenos Aires: EJEA, 1973. p. 11).

⁽⁸⁾ "Le frontiere fra gli stati, che all'inizio del XX secolo rappresentavano delle barriere formidabili, tanto per i rapporti giuridici ed economici, quanto per quelli linguistici e culturali, hanno visto ridurre tale loro funzione, sia per l'incremento degli scambi commerciali e culturali, sia per la diretta penetrazione di forme di comunicazione proveniente d'oltre frontiera che gli stati sono risultati incapaci di impedire.

(...)

Il confronto fra gli aspetti organizzativi derivanti dagli ordinamenti giuridici dei singoli stati è divenuto così un tema di riflessioni quotidiana per chiunque e profondi movimenti politici o economici si sono sviluppati in modo spontaneo, al di là delle decisioni degli organi costituzionali degli stati, che in taluni casi ne sono stati anzi travolti.

(...)

Soprattutto a partire dalla seconda metà del XX secolo, hanno assunto così un'importanza crescente gli organi giurisdizionali —ed in particolare i giudici costituzionali e internazionali— ed anche altri soggetti indipendenti rispetto alle autorità statali che esprimono il núcleo centrale del potere politico.

5.3. Descripción de la "Autonomía Procesal"

Patricia Rodríguez-Patrón distingue dos tipos de reglamentación en el TCF, una interna (*innere Geschäftsordnung*) y otra externa (*aussere Geschäftsordnung*). Como es evidente, la primera regula las relaciones al interior del TCF y la otra las de éste con quienes se acercan a procurar su actividad jurisdiccional. Sin embargo, la investigadora española observó que la reglamentación externa suele ser considerada por el TCF como un instrumento que le concede la facultad (ya que no potestad) de realizar actos que van más allá de lo puramente reglamentario "entrando de lleno en el proceso en sentido estricto".⁽⁹⁾

Esta actividad, híbrida y compleja, que realiza el TCF por medio de sus fallos, aunque en la práctica importa la formulación de reglas procesales sobre aspectos tales como la legitimación, el objeto del proceso o los efectos de la sentencia, entre otros, tiene, se dice, la característica de ser "cuasilegislativa" y recibe el nombre de *Verfahrensautonomie*. Ésta es la categoría que ha pasado a nuestro idioma con el nombre de "Autonomía Procesal" (en adelante "AP"). A continuación describiremos sus rasgos y fundamentos esenciales para saber qué es realmente y cómo puede ser entendida o, eventualmente, incorporada en sede nacional si hubiese necesidad.

5.3.1. Primer fundamento de la "AP"

Se afirma que el origen de la "AP" reside en el hecho de que la ley (en adelante LTCF) reguladora de las funciones del TCF es *intencionalmente* incompleta y además en que, dados los antecedentes recientes y los fines excepcionales que cumplen los tribunales constitucionales —que se pue-

(...)

Per effetto di questi fattori evolutivi, la funzione del diritto comparato ha cessato di essere una funzione di ordine esclusivamente culturale e si sono manifestate situazioni —ben più frequenti ed importanti di quelle regolate dal diritto internazionale privato— nelle quali norme vigenti in altri paesi, proprie di tradizioni culturali di altri paesi (o comuni ad altri paesi), sono venute ad esercitare, nell'interpretazione o nell'applicazione del diritto positivo, un ruolo che all'inizio di questa vicenda sarebbe stato per esse impensabile." (PIZZORUSSO, Alessandro. *Comparazione Giuridica e Sistema delle Fonti del Diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005. pp. 29 y 30).

El Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, la Corte Penal Internacional de Roma o la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José son, entre otras, pruebas irrefutables de la tendencia a universalizar la justicia.

⁽⁹⁾ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. *La "Autonomía Procesal" del Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. p. 17.

den comportar simultáneamente como órganos jurisdiccionales, aunque también funcionan como órganos políticos atendiendo a lo que expresan sus decisiones— resulta necesario admitir que existen muchos casos complejos respecto de los cuales los métodos de integración tradicionales no son suficientes para que los tribunales puedan cubrir los vacíos o lagunas normativas.

Conviene ratificar que las reglas procesales creadas son expresadas por el TCF en sus resoluciones y se originan, según se acaba de afirmar, como consecuencia de un vacío o laguna intencional que, entonces, es cubierta jurisdiccionalmente atendiendo a criterios de oportunidad. Estas reglas expresadas en un caso concreto, entonces, se convierten en criterios normativos a ser seguidos cuando se presenten situaciones similares.

Antes de pasar a otro fundamento de la "AP" nos quedamos con una duda razonable. Si se afirma que el vacío es intencional esto significa que por omisión hay una concesión legal y, si esto es así, no hay manera de considerar que existe autonomía. Ahora, no deja de ser singular el punto de partida del fundamento: se trata de una técnica legislativa intencionalmente omisiva. Resulta difícil admitir como argumento el uso de una técnica de legislar que consiste en no legislar. Este fundamento puede aún ser expresado de otra manera: dado que las técnicas de integración con las que cuenta el TCF son insuficientes, es necesario que su ley reguladora proponga vacíos a fin de que pueda dar cabida a sus facultades creativas, es decir, los vacíos del derecho material sólo pueden ser llenados si la ley procesal tiene vacíos que al ser cubiertos por el TCF produzcan, como consecuencias, que éste pueda: a) Crear normas procesales y b) Resolver los casos difíciles que, de otra manera, quedarían en pendencia.

5.3.2. Segundo fundamento de la "AP"

Explica Rodríguez Patrón que otro intento de fundamentar la institución consiste en considerar que la "AP" o, como también se le llama, la "configuración jurisdiccional autónoma del proceso", se produce sea como consecuencia de una delegación especial de la ley, sea como consecuencia de la calidad especial del objeto del proceso.

En el primer caso suele utilizarse como ejemplo el artículo 35 de la LTCF. Esta norma permite al TCF hacer efectivo el principio de la ejecución específica de las sentencias, esto es, le concede la facultad de conducir la ejecución de la decisión de manera tal que, en los hechos,

ésta sea correspondiente con lo que el órgano auténticamente quiso que ocurriera.⁽¹⁰⁾

En el segundo, se dice que la "AP" puede ser explicada a través de una máxima procesal (*Offizialmaxime*), elaborada también por el propio TCF y a partir de sus decisiones, precisamente como producto de la "AP". Esta máxima importa entre otras posibilidades, el poder de variar el contenido de la pretensión e inclusive la vía procedimental, afirmando el TCF que su única limitación es la demanda, esto es, el inicio del procedimiento o, como se suele llamar en doctrina, el principio de la justicia rogada

Nótese que este segundo fundamento es abiertamente implicante en sus dos variantes. En la primera la fundamentación se sustenta en una base legal precaria, en tanto sólo está referida a la ejecución de sentencias, tema respecto del cual el TCF ha expedido sentencias ejerciendo tal potestad sin que se pueda alegar la utilización de *Rechtsschoepfung* (capacidad de crear derecho) sino simple y llanamente el ejercicio de una facultad otorgada legislativamente. En la segunda el argumento implica un retorno a la teoría del vacío aunque, esta vez, ya no admite que sea intencionado. Por esa razón la hace derivar de un Principio General del Derecho,⁽¹¹⁾ es decir, aunque no se explicita el argumento, el recurso a una máxima procesal es, *mutatis mutando*, el empleo de una técnica de integración.

5.4. Algunas precisiones y críticas a la "AP"

A fin de identificar con claridad aquello que estamos llamando "AP", conviene precisar que ésta no debe ser confundida con el empleo de una integración de la costumbre *praeter legem*. Admitir tal identidad importaría darle la calidad de norma jurídica al *usus fori*, situación severamente cuestionada en la doctrina procesal en cuanto que, mayoritariamente, se recusa que la "práctica comúnmente generalizada", como solía llamarla Calamandrei, sea fuente de Derecho. Por otro lado y de acuerdo a la descripción hecha en la primera variante del fundamento anterior, no se trata de una integración sea porque hay "delegación" sea porque se actúa sobre una situación regulada, en cualquier caso el vacío o laguna no está presente.

⁽¹⁰⁾ "Artículo 35. El Tribunal Constitucional Federal puede determinar en su resolución quién la ejecuta. También puede regular en el caso concreto la forma de ejecución."

⁽¹¹⁾ Este concepto, como sabemos, es producto de la Pandectística alemana y consiste en un principio normativo que es obtenido, a su vez, de un conjunto de enunciados normativos, agrupados con el fin de obtener una regla general para resolver un caso no previsto. Como es evidente, no hay manera de no considerarlo como una técnica de integración.

Hasta aquí la descripción sobre lo que, a veces contradictoriamente, se entiende que es la "AP". A continuación las críticas más destacadas que ésta recibe de la misma doctrina alemana.

Un cuestionamiento muy importante es el que se refiere a la supuesta concesión hecha por el legislador cuando reduce intencionalmente su actuación al mínimo, como presupuesto de la "AP". La objeción obvia es, como ya se anotó, que si hay concesión entonces no hay autonomía, sino la recepción una suerte de delegación tácita o algo parecido. Por otro lado, para que esta renuncia intencional del legislador sea reconocida, tendría que ser expresa o, por lo menos, sobreentenderse con alguna claridad. Finalmente, una conducta legislativa intencionalmente omisiva es excepcional en tanto que, sin una justificación suficiente, devendría en inaceptable. Es lo que también piensa Rodríguez-Patrón cuando considera, apoyándose en Canarias y en la doctrina mayoritaria, que la laguna por definición es un "vacío inconsciente" (*planwidrige Unvollständigkeit*).

Un jurista que siempre está dispuesto a proponer nuevos retos al pensamiento constitucional como Häberle no es partidario de la "AP". En su opinión, lo que existe es una mayor libertad de interpretación en el ámbito procesal del TCF como consecuencia de la autonomía del derecho procesal constitucional, cuya trascendencia es explicable por el contenido material de la Ley Fundamental. Sin embargo, le parece adecuado el uso que el TCF hace de las técnicas de interpretación y también de su flexibilidad, pero en ningún caso considera que exista una "AP" en los términos aquí expuestos.⁽¹²⁾

(12) "En general, se obtuvo una impresionante tradición de jurisprudencia del Tribunal Constitucional con respecto a su Derecho procesal en la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. Desde la teoría constitucional puede resumirse en la fórmula: 'Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado' y cada vez más la Ley del Tribunal Constitucional como 'ley de pluralismo y participación': los órganos constitucionales autorizados para participar deberían hacer uso de sus posibilidades de participación en los procesos constitucionales.

La autonomización del Derecho procesal constitucional ha llegado a tal punto frente a otras normas procesales, que parece imprescindible frente a las tareas de la legislación constitucional, según la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. El Derecho procesal constitucional no sólo debe ser entendido técnicamente. El Tribunal Constitucional ha desarrollado grandes logros en el refinamiento de los instrumentos de información y de participación: en el sentido de 'información a través del pluralismo'. También es ejemplar el uso de los métodos de interpretación frente a la casuística, la flexibilidad, la falta de desarrollo doctrinario y de su adaptación al 'asunto del Derecho procesal constitucional', sin que ello vaya en desmedro de los 'principios' y los tópicos recurrentes y sin que el costo signifique

Sin embargo, no se puede dejar de expresar la preocupación por la afirmación de la autonomía del derecho procesal constitucional que Häberle sostiene sin desarrollar. Aunque no sea su especialidad, el distinguido jurista alemán es heredero de la más extraordinaria expresión del pensamiento procesal universal en su etapa precursora —las raíces genuinas de la ciencia del proceso como ha sido ya anotado— y también en la científica propiamente dicha. Aunque sólo fuese por esa tradición, hubiera sido interesante que el profesor intuyera que no hay manera de construir una especialidad procesal sin tener como referencia obligada los postulados de la teoría del proceso. Ni la suprema trascendencia de la norma constitucional y tampoco la necesidad de ser más creativos y atrevidos a fin de asegurar la vigencia de la Constitución, debilitan la afirmación de que no es posible construir una especialidad procesal a espaldas de su fundamentación teórica básica.

Según Rodríguez-Patrón, la crítica más contundente de la "AP" proviene de Schlaich quien, entre otros argumentos, considera que no existe mayor diferencia entre los métodos convencionales de integración y la "AP". En opinión de Schlaich lo que hay es una "libertad de decisión discrecional" que es consecuencia de que el TCF cuenta con una ley concientemente incompleta. Se refiere a la LTCF. Finalmente, este autor afirma que el TCF jamás ha reivindicado para sí contar con "AP", sino que más bien lo que hace es "configurar libremente, en un amplio margen, su proceso".

Como colofón, conviene citar a Rodríguez-Patrón sobre un tema que —comentando la posición de Schlaich— va a tener relevancia cuando nos refiramos al estado de la "AP" en sede nacional: "Considera desafortunada la expresión *Herr seiner Verfahren* que, pese a haber sido acuñada por el mismo Tribunal, no se ha visto respaldada en la práctica por su actuación. Este autor mantiene además una posición contraria, no sólo respecto a Zembsch, sino también respecto a la doctrina tradicional, en relación con las lagunas de la LTCF. Éstas —opina— son un defecto de la ley, no una prueba de la existencia de la 'autonomía procesal' del TCF. En sentido parecido, E. Klein".⁽¹³⁾

'tendencias de ablandamiento'. Lo mismo vale para la interpretación integral 'procesal interna' de las normas particulares de la Ley del Tribunal Constitucional. Cabe destacar especialmente los efectos retroactivos de las normas de la Ley del Tribunal Constitucional sobre la interpretación de la Ley Fundamental." (HÄBERLE, Peter. *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima: Palestra-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2004. pp. 49 y 50).

⁽¹³⁾ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Op. cit. p. 35.

Hay una crítica que es muy sólida y didáctica para efectos de comprender el relativo suceso que ha tenido la "AP" en Alemania y fuera de ella. Esta crítica, además, constituye una razón fundamental para que su uso no sólo no haya fructificado, sino para que la institución sea apreciada con extremo cuidado. Existe un principio de legalidad procesal que no sólo tiene la calidad de derecho fundamental sino que se expresa también, en forma distinta, en otros tantos derechos fundamentales. En efecto, sobre las normas procesales hay una reserva de ley que resulta indispensable respetar, dado que es la manera cómo se asegura, por ejemplo, la presencia de un juez natural, de un procedimiento previamente establecido por ley, de un contradictorio o de un derecho a probar o a impugnar, entre otros.

Si en lugar de normas procesales de origen legal, los jueces van a construir reglas procesales al interior de sus decisiones que, a su vez, van a ser empleadas como normas en procesos futuros, toda la actividad procesal puede trasladarse al ámbito de lo relativo y discutible. Así, la aplicación de estas "normas" a tal o a cual tipo de procedimiento o, por otro lado, la discusión sobre su vigencia temporal (por ejemplo, ¿se aplica a procesos en trámite cuando se expidió la sentencia del TCF?), entre otras cuestiones, generarían una complejidad que muy rápidamente conduciría al caos de la actividad procesal.

Está clara la enseñanza de Häberle en torno a la calidad especial que tienen las normas procesales que tutelan derechos constitucionales. Sin embargo, no puede dejar de ser claro, también, el grave riesgo de que, desde el punto más elevado de su garantía, los tribunales constitucionales afecten precisamente estos derechos fundamentales.

Una objeción mayor que se puede tornar insalvable, tiene que ver con el hecho de que el acto de legislar en materia procesal es, sin duda, una decisión política. Esta afirmación implica que aquello que hemos dado en llamar "AP" está afectando la teoría de la División de poderes⁽¹⁴⁾ desde que viene siendo realizada por un órgano jurisdiccional, aunque sea necesario reconocer, a su vez, que el rasgo peculiar de las decisiones del TCF consiste en que, en muchos casos, tienen un definido contenido político y social.

(14) Aún cuando sea obvia la diferencia, preciso que me estoy refiriendo a la División de poderes como categoría de la ciencia política que, con la desaparición del Absolutismo, ha devenido en imprescindible para proponer las diversas formas de gobierno. Por tanto, no hago referencia a la Separación de poderes que es la doctrina propuesta por Montesquieu y que fue asumida con entusiasmo por el pensamiento liberal y por los gobiernos republicanos posteriores a la Revolución Francesa. Respecto de ella se puede afirmar, sin exagerar, que se trata de una categoría travesti en tanto no es más aquello que sigue pareciendo que es.

Entonces, entrampados en esta suerte de Escila y Caribdis, los tribunales constitucionales están obligados a asumir una actuación mesurada pero original; oportuna pero atrevida. En cualquier caso, deben producir estabilidad sin perjuicio de promover un futuro distinto.

Recobra vigencia la preocupación de siempre: la prueba definitiva sobre cuándo se afectan los límites de un Estado democrático de derecho está en el hecho de que no debe existir órgano que ejercite poder y que no tenga control. Es necesario, por su trascendencia, relevancia y permanente aumento del número de los derechos fundamentales a ser protegidos —hubiera sido impensable afirmar, hace cincuenta años, que asegurar la calidad del aire es un derecho fundamental— permitir que los tribunales constitucionales puedan actuar en situaciones donde la norma procesal no provee alternativas. Sin embargo, es necesario recordar que cuando esa situación se presente, la seguridad jurídica exige que esa regla inspiradora nacida de un contexto de oportunidad se convierta posteriormente (aunque muy pronto) en un enunciado normativo conforme al procedimiento legislativo vigente.

Es conveniente tener en cuenta una precisión que hace Rodríguez-Patrón cuando comenta la incorporación de la "AP" por parte del Tribunal Constitucional español. Ella indica que su empleo está directamente ligado a los procesos de inconstitucionalidad y a los efectos de las sentencias que en estos recaen. Ésta es una acotación que va a ser de estricta pertinencia e importancia para cuando apreciemos la original incorporación de la "AP" en el Perú.

Finalmente hay una frase de la profesora española citada que, con agudeza, compendia lo que queda luego de haber analizado la categoría estudiada: "Aunque no ignoramos que —según lo expuesto— la expresión 'autonomía procesal' puede resultar problemática, no renunciamos a su utilización para definir ese fenómeno. Ello nos ahorrará tener que describirlo cada vez que nos refiramos a él. Lo usaremos, pues, no por su exactitud desde un punto de vista técnico-jurídico sino, fundamentalmente, porque resulta —sin duda— gráfico".⁽¹⁵⁾

5.5. Una opinión

Sobre la base de la valiosa información brindada por Rodríguez-Patrón, no alcanzo a comprender por qué ella ha elegido traducir *Verfahrensauto-*

⁽¹⁵⁾ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Op. cit. p. 45.

nomie como "Autonomía Procesal". Sin afirmar que se trata de un valor entendido o de que hay unanimidad sobre la materia, suele aceptarse en teoría del proceso que las normas de *procedimiento* son el conjunto de reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos que actúan en la búsqueda de un objetivo determinado. Por extensión, también se denomina así a la forma que toman los actos con sujeción a las reglas previstas. Siendo así, puede haber un procedimiento administrativo, judicial o de cualquier otra naturaleza, en tanto consista en un conjunto de reglas previstas anteladamente para lograr el objetivo deseado. El *proceso*, en cambio, es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos realizados durante la actuación jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de lograr la eficacia del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva el proceso es la unidad en donde el procedimiento es la pluralidad.

Entonces, cuando al iniciar sus estudios Rodríguez-Patrón empezó a encontrar una identificación en el uso de los conceptos *aussere Geschaf-tordnung* (Reglamento externo del TCF) y *Verfahrensaautonomie* (Autonomía Procedimental) nos parece que debió intuir que el TCF lo que estaba haciendo es expandir su facultad reglamentaria externa a ámbitos ligados a aspectos procedimentales (externos, puntuales, precisos) del proceso. Y parece que ese era el sentido, en tanto la expresión *Verfahrensaautonomie* —salvo que información doctrinal desarrollada y definida diga lo contrario— no es otra cosa que *Autonomía Procedimental*. Si la traducción además de ser literal se hubiera compadecido de las categorías usadas en teoría del proceso, el enredo y su pernicioso importación (como se verá luego) hubieran sido mínimos.

Por lo demás, partiendo de categorías precisas, podría admitirse que fuera de aquellos casos donde hay facultad legislativa expresa (como en la ejecución de las sentencias) o en aquellos otros donde no se presentan lagunas (porque para ellas hubiera bastado el uso de las técnicas de integración), la actuación del tcf en otros ámbitos podría ser calificada como *Prozessaautonomie*, esto es, *Autonomía Procesal*. Sin embargo, para que el nombre corresponda con la acción, se debe tratar de aquellos casos excepcionales en donde se modifica el objeto del proceso al calificar la demanda, por ejemplo. Con ello, no sólo se hubiera dado el nombre pertinente a los actos que se realizan, sino que, además de limitar clara y pedagógicamente el contenido de cada categoría, este discernimiento habría permitido que el título de *Herr seiner Verfahren* (Señor de su procedimiento) hubiera sido menos embriagador para ciertos espíritus nativos a quienes les sobreexcitan las ideas foráneas, como lo apreciamos a continuación.

6. LA "AUTONOMÍA PROCESAL CONSTITUCIONAL" EN SEDE NACIONAL

En mayo de 2007 se realizó en Huancayo el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional "Héctor Fix Zamudio". En él se reunieron los constitucionalistas peruanos que tienen interés —tanto que hasta enseñan— por los estudios procesales. En aquella ocasión el doctor Mijail Mendoza —asesor del Tribunal Constitucional— presentó una ponencia que intituló: *La Autonomía Procesal Constitucional*. Dado que se trata de un trabajo de cercana data y, además, realizado por alguien que conforma el equipo de asesoría del TC, resulta de especial interés conocer qué se piensa desde dentro del TC sobre la "AP".

Como se comprobará a continuación, no sólo el TC ha hecho suya la "AP", sino resulta evidente que ésta se ha convertido en el instrumento principal a través del cual se pretende alterar los cimientos del ordenamiento jurídico peruano. En beneficio de los autores del estropicio, consideramos bastante probable que ello haya ocurrido sin que siquiera se tenga conciencia de lo que están a punto de producir.

Tal como se ha demostrado en las páginas anteriores, ni en su país de origen y tampoco en España —países desde donde comúnmente se nutren de información los asesores del TC— la "AP" ha adquirido reconocimiento y mucho menos título de exportación. Por eso nos queda la duda razonable en torno a si los jueces del TC son o no concientes que han asumido una peligrosa doctrina que donde se engendró no sólo es discutida y relegada sino que, además, se sostiene en una profunda desinformación y desdén sobre la ciencia procesal. Para intentar una respuesta analicemos el trabajo.

6.1. La "Autonomía Procesal Constitucional" según Mijail Mendoza

El autor define la Autonomía Procesal Constitucional (en adelante APC, porque para Mendoza es sin comillas) diciendo que es un principio que "establece una potestad del juez constitucional para la interpretación e integración de las normas constitucionales".⁽¹⁶⁾ Sin embargo, más adelante varía su definición sustancialmente y afirma que: "la autonomía procesal constitucional viene a ser la potestad de creación judicial de Derecho Procesal Constitucional por el Tribunal Constitucional".⁽¹⁷⁾

⁽¹⁶⁾ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *La autonomía procesal constitucional*. En: *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año II. No. 4, julio-diciembre de 2006. Lima: Palestra Editores. 2007. p. 97.

⁽¹⁷⁾ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Op. cit. p. 102.

Si el autor se quedara con la primera definición, la APC sería “el parto de los montes”, es decir, tanto ruido para que sólo aparezca el modesto ratón. En efecto, si la APC se caracteriza porque el juez interpreta e integra normas constitucionales, ¿acaso no es exactamente lo que hacen todos los jueces ordinarios con los enunciados normativos del ordenamiento jurídico o cuando éstos faltan? ¿Dónde está la singularidad? Por lo demás, no olvidemos que la “AP” se presenta en el TCF cuando las técnicas de integración tradicionales son insuficientes, afirmación que implícitamente tiene como presupuesto la ausencia de un enunciado normativo aplicable al caso. Ésta es la razón por la que no nos referimos a las técnicas de interpretación, porque el presupuesto de la “AP”, no lo olvidemos, es la existencia de una laguna deliberada, por lo menos en lo que corresponde a uno de sus fundamentos más reconocidos.

Si el autor se quedara con la segunda definición, es decir, si renunciara a mantener su justificación inicial, ello significaría que el tribunal peruano ha pasado a ser legislador, en tanto que por medio de sus decisiones o de sus fundamentos de decisiones —a partir de una *potestad* no descrita ni explicada pero sobreentendida— pasa a crear Derecho Procesal Constitucional, ni siquiera normas procesales específicas, sino ¡Derecho Procesal Constitucional!

No deja de tener un halo de misterio la segunda definición, en tanto su autor no explicita en qué circunstancias el TC puede ejercer esta potestad o, tal vez, lo ha dicho Mendoza y no lo hemos advertido. ¿Pensará que en cualquier circunstancia el TC puede crear normas procesales?, ¿o que inclusive puede derogar las vigentes?

Estamos seguros que Mendoza sabe que en Derecho “reivindicar” significa recuperar algo que estuvo alguna vez bajo dominio. A pesar de ello, éste afirma que las respuestas del TCF “se han sustentado en premisas relativas a su reivindicación de su condición de ‘Señor del proceso’ (*Herr des Verfahrens*)”.

El TCF está al borde de los sesenta años de existencia, pero ¿alguna vez fue “Señor del proceso” o “Señor del procedimiento” para ser respetuoso con la versión literal? En ningún momento, porque lo que el TCF hizo en la sentencia (DTCF 13, 54 [94]) donde acuñó el título comentado consistió en variar la vía procedimental de un proceso constitucional, a fin de permitir un pronunciamiento sobre el fondo. Para evitar excesos en la interpretación de lo decidido, el TCF precisó que lo hizo únicamente porque si le ordenaba al demandante que inicie un nuevo proceso, su pretensión habría prescrito. Así lo dejó establecido el “Señor del procedimiento”, precisamente para

hacer saber que no se trataba de una arbitrariedad, sino de una decisión originada en privilegiar la tutela del derecho fundamental afectado.

Se trató de una decisión que compartimos totalmente pero que, en ningún caso, importa el ejercicio vertical de un dominio que alguna vez el TCF haya tenido. Lamentablemente, la prudencia del TCF no ha sido hecha suya por el TC, como se apreciará posteriormente.

Transcribamos a Mendoza para que nuestro comentario no se considere distorsionado por una apreciación subjetiva:

El Tribunal Constitucional puede ejercer tal potestad de creación con motivo de:

- 1) La interpretación de normas procesales constitucionales (creación por interpretación)
- 2) La integración de lagunas en normas procesales constitucionales (creación por integración)
- 3) La discrecionalidad judicial habilitada por las normas procesales constitucionales (creación por habilitación legal)
- 4) La creación de normas procesales constitucionales (creación directa).⁽¹⁸⁾

Ahora, comentemos cada una de las opciones por separado.

Sobre el punto 1) Tarello enseñó a distinguir el documento normativo de la norma,⁽¹⁹⁾ lo cual, para no complicarnos, equivale a distinguir el signo del significado. Así, un código es un documento normativo que está conformado por un conjunto de enunciados o disposiciones normativas de las

(18) MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Op. cit. p. 99.

(19) "Nelle organizzazioni giuridiche moderne, le norme sono i significati che si attribuiscono ai documenti delle leggi e degli altri atti normativi giuridici. A questa attribuzione di significato si dà il nome di interpretazione. L'interpretazione riguarda anzitutto ciascun singolo documento, e successivamente le combinazioni di documenti e le combinazioni di significati, nonchè, tendenzialmente, la combinazione di tutti i documenti normativi che fanno parte di un sistema giuridico e di tutti i loro significati. Quando le combinazioni sono molto articolate, sembra talvolta che l'interpretazione non consista, propriamente, in una attribuzione di significato ai documenti normativi, bensì in una ricerca di norme *oltre* i documenti: in questi casi talvolta si parla di 'ricerca del diritto'; talvolta invece sembra che l'interpretazione consista nello *scegliere, tra* i documenti normativi, quello (o quel suo segmento rappresentato da un enunciato) cui attribuire un significato, traslasciando gli altri; in questo caso si parla di 'individuazione della norma'. Ma, manche in questi casi, l'interpretazione prende le mosse da un documento, o da più documenti, che si presume esprimano norme, e il primo passo consiste nell'attribuzione di significato a un documento normativo e agli enunciati in cui esso si suddivide." (TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè Editore. 1980. pp. 102 y 103).

cuales se puede extraer uno o más significados. Cuando ese acto lo hace un juez dentro de un proceso, por medio de la interpretación, se afirma que ha creado una norma jurídica para resolver un caso concreto.

Cuando un juez —ordinario o constitucional— interpreta un documento o un enunciado normativo, es decir, extrae de él una norma y la aplica al caso concreto, crea derecho y ello no importa ninguna novedad, porque es común a todos los jueces. En consecuencia, no hay razón para atribuirle esa actuación en exclusiva al TC. Insinuar tal cosa podría entenderse como que los demás jueces están limitados en tal potestad. Inclusive conviene precisar que la conclusión es válida con prescindencia de si la norma es material o procesal.

Mijail Mendoza dice que la interpretación se emplea cuando las normas presentan *indeterminaciones*.⁽²⁰⁾ Sin embargo, contrariando su postura, la doctrina es pacífica y unánime en sentido contrario: el juez, cuando resuelve un caso empleando un documento o enunciado normativo, siempre interpreta. Y esto es obvio dado que, como el enunciado no es norma, resulta necesaria una operación racional-justificatoria que extraiga de éste el contenido (norma jurídica) que corresponda para resolver el caso concreto. Inclusive en aquellos supuestos, en apariencia "simples", donde el juez establece una identidad entre el enunciado con la norma que extrae, se produce interpretación. La llamada interpretación literal es la opción técnica más empleada por el juez. Todo esto sin perjuicio de dejar sentada la compleja problemática que se presenta en otras disciplinas (Semiótica y Lingüística) cuando se trata de determinar los alcances de la interpretación literal, lo que nos lleva a adelantar sólo una breve precisión: la interpretación literal es una técnica que, en su empleo respecto de un enunciado normativo, puede producir múltiples resultados.

Sobre el punto 2) Las técnicas de integración sirven para eliminar las lagunas, que son los vacíos producidos por un sistema normativo incompleto, por lo menos en su versión más simple.⁽²¹⁾ Esto significa, en conse-

(20) MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Op. cit. p. 99.

(21) "Los teóricos que recientemente se han ocupado del problema de las 'lagunas' en el derecho admiten, en general, que su elucidación requiere que se tome en cuenta la noción de 'sistema de normas'. De esta forma, pareciera que el problema en cuestión puede ser referido al análisis de la completitud, en tanto propiedad formal de los sistemas normativos. Lo que supone que la idea de sistema puede constituir el punto de partida de un modelo teórico viable para la comprensión del conjunto normativo denominado 'derecho'. Así, en un conocido artículo, Norberto Bobbio afirma que la categoría de la 'laguna' no es más que el reverso de la noción de completitud referida a un sistema de normas jurídicas. Esto es así,

cuencia, que de manera evidente el uso de alguna técnica de integración implica un acto de creación normativa. Sin embargo, también en este caso el uso de tales técnicas no es patrimonio exclusivo del TC sino de cualquier juez ordinario con prescindencia de su grado. Todo lo que se requiere para emplear una técnica de integración es que el juzgador llegue al convencimiento que el caso por resolver no aparece acogido por ningún enunciado del sistema de normas.

Así y todo, no deja de sorprender la afirmación de Mendoza en el sentido de que el acto concreto consiste en: "La integración de lagunas (...)" Lo decimos porque las lagunas no se integran sino se eliminan o, si se quiere seguir siendo literal, se llenan. Es cierto que integrar es comprender, incorporar, pero, en este caso lo que se integra es la norma creada y no la laguna.

El Código Procesal Constitucional,⁽²²⁾ por su lado, regula la integración y establece una prelación. En ese orden la analogía ocupa el primer lugar. Según Mendoza, como la analogía tiene una magnitud mínima de creación⁽²³⁾ y, además, la norma nacional exige que lo obtenido por ésta no sea "contrario" a los fines de los procesos constitucionales y contribuya "a su mejor desarrollo", no es en la analogía sino en los otros modos de integración regulados en la norma donde "tiene lugar una significativa creación de una norma".⁽²⁴⁾

Mendoza reserva las razones por las que no cree en la analogía, aunque parece insinuar que la exigencia del legislador de que su uso no contradiga los fines de los procesos constitucionales, la limita en exceso. Por esa razón considera que son los otros modos integrativos los que deben ser empleados, en tanto, afirma, dan lugar "a la creación directa de una norma procesal constitucional". Por eso concluye con una frase que bien

justamente, porque la afirmación de que el derecho tiene lagunas equivale a decir que es incompleto." (CARACCIOLO, Ricardo. *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho*. México DF: Fontamara, 1999. p. 25).

⁽²²⁾ "Artículo IX. Aplicación Supletoria e Integración. En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina."

⁽²³⁾ "La magnitud de creación en este caso es mínima y consiste en la ampliación del *ámbito de aplicación* del supuesto de la norma aplicada por analogía." (MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Op. cit. p. 99).

⁽²⁴⁾ *Ibíd.* p. 100.

puede explicarlo todo sobre la APC o nada; "En consecuencia, la creación de normas procesales constitucionales se da cuando un vacío legislativo es integrado a través de la creación de una norma procesal ad hoc, valiéndose al efecto de cualquier recurso diferente a la aplicación analógica de normas procesales ordinarias. Es aquí donde tiene lugar la creación normativa en mérito al principio de autonomía procesal".⁽²⁵⁾

Lo expresado por Mendoza significa que, en el Perú, la APC se concreta por medio del uso de la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. Si es así, entonces—sólo para empezar a entenderla— queda claro que ésta no tiene nada que ver con la "AP" del TCF alemán y tampoco con lo que se entiende en España bajo ese rubro. En cualquier caso, los serios problemas que en los países europeos ha tenido la fundamentación y justificación de la "AP" han desaparecido en sede nacional de un plumazo. En realidad sólo ha sido necesario prescindir de su fundamento y justificación.

Sintetizando, Mendoza sólo ha hecho uso nominal de la "AP" alemana para convertirla en APC y sostener que está conformada por: *todas las fuentes de integración conocidas y previstas en el código procesal constitucional, con prescindencia de la analogía*. ¿Eso era todo?

¿Qué es la APC según la versión de Mendoza?

Una vez comprendida la peculiar naturaleza descrita, sobrevienen algunas preguntas surgidas del desconcierto originado que, debemos admitirlo, sólo ha elevado nuestro nivel de confusión.

- a) Atendiendo a que hay una norma procesal nacional (Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) que provee el uso de técnicas de integración en los procesos constitucionales y dado que la APC—creación de Mendoza y, como hemos comprobado, absolutamente ajena a la "AP"—consiste en el uso de ellas salvo de la analogía, entonces: ¿en qué consiste la creación?
- b) Dado que Mendoza ha reducido al mínimo el poder de creación de la analogía, ¿sabrá que un autorizado sector de la doctrina⁽²⁶⁾ afirma la im-

⁽²⁵⁾ *Ibidem*. p. 101.

⁽²⁶⁾ "18. No es posible tampoco establecer una distinción neta entre el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho, pues el uso de la analogía implica siempre la *generalización* a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone la creación (o, si se quiere, el reconocimiento) de un principio general. Sí podría hablarse, sin embargo, de un uso más o menos amplio de los principios o, mejor, de principios normativos

posibilidad de distinguir el uso de la analogía del uso de los principios generales del derecho? Lo que ocurre es que cuando se usa la técnica analógica se realiza un procedimiento lógico de generalización, pero cuando se usa un principio general del derecho a un caso concreto se deconstruye el mismo procedimiento lógico. Todo lo que hay es una inversión de lo que es materia y lo que es método, nada más.

Sobre el punto 3) El caso de la existencia de una norma autoritativa para la actuación discrecional de los órganos jurisdiccionales no tiene nada que ver con el tema de la "AP". A tal efecto nos remitimos al ejemplo del artículo 35 de la LTCF descrito en una cita anterior. Entonces, ¿para qué tratar un tema que no sólo es ajeno al estudiado sino es también extraño a la actuación del TC en sede nacional, en tanto no hay norma que permita tal actuación?

Sobre el punto 4) Y, finalmente, llegamos al tema de estudio. Mendoza considera que éste es el caso en el cual se concreta el principio de APC. Él la denomina, lacónicamente, "creación directa", lo que significa según sus palabras, "la simple y llana creación de normas procesales constitucionales, donde ésta tiene lugar plenamente y por antonomasia".⁽²⁷⁾

Buena parte de lo que se debería decir en este segmento ya se hizo a propósito del punto 2, específicamente cuando Mendoza identificó la APC con las técnicas de integración con excepción de la analogía. La pregunta que ahora aparece urgente y que se va a quedar sin responder es: ¿cuáles son los presupuestos y los fundamentos de la institución que, según parece, ha sido creada por Mendoza?

Una vez leída la ponencia se advierte que, lamentablemente, los temas centrales aludidos en la pregunta anterior no han sido tratados por lo que ésta quedará sin respuesta. De hecho, ni siquiera explica el autor por qué la APC es una potestad. Un comentario al anacronismo de la teoría de la separación de poderes, por ejemplo, hubiera sido un comienzo auspicioso. Por

extraídos de una norma (*analogía legis*), de un grupo de normas, por ejemplo, las que se refieren a una determinada institución (*analogía iuris imperfecta*), o de las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto (*analogía iuris*). En todo caso, en los supuestos anteriores, la analogía sería el procedimiento discursivo y los principios un material necesario del mismo. Ciertamente, los principios no se utilizan únicamente para integrar lagunas, sino también para interpretar el Derecho, dictar nuevas normas, etc. Sin embargo, en todos estos supuestos la utilización de los principios exige argumentaciones de tipo analógico." (ATIENZA, Manuel. *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas, 1986. pp. 184 y 185).

(27) MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Op. cit. p. 99.

otro lado, tampoco desarrolla la legitimidad del TC para ejercer esa potestad. Si lo que acabamos de expresar no parece grave, podríamos ejemplificarlo: ¿qué es un oficial de policía armado pero que jamás estuvo en la escuela de policía y tampoco tiene nombramiento? Un peligro público. Aún cuando a Mendoza no le interesa mayormente la analogía, éste podría ser un caso clásico por las semejanzas que guardan el "oficial de policía" y la "APC" (esta vez con comillas).

En otra parte de su ponencia, Mendoza explica algunos casos donde el TC ha aplicado la APC. Esto abre una nueva puerta, cabe la posibilidad de que sea el TC, por medio de sus resoluciones, quien desarrollara los todavía ausentes fundamentos jurídicos y de legitimidad que lo titulan para emplear la institución estudiada. Es decir, que tomando como modelo el formato de la creación alemana, el TC explicara la APC por medio de sus sentencias. Veamos qué ha ocurrido.

En el caso Arellano Serquén (Exp. N° 2579-2003-HD/TC) el TC dice: "dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del 'estado de cosas inconstitucionales'".

Aquí no hay fundamento ni legitimación para sustentar nada. Una lástima, tratándose del primer caso en donde aparece la APC, no se dice cuál es su sustento y tampoco cuál su justificación. Veamos otro.

En el caso Anicama (Exp. N° 1417-2005-AA/TC) ya aparece expresamente citada la APC que comenta Mendoza. Él cita al TC cuando en la sentencia éste afirma que parte de un principio "conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (...)".

Una vez más la frase no ayuda a llenar vacíos y ni siquiera es posible determinar cuál es el principio al cual se hace referencia. Lo que sería lamentable es que éste consista en aquella concepción decimonónica del proceso según la cual las normas procesales sólo son las que regulan las "formas" de los actos materiales, razón por la cual se puede "flexibilizar" su empleo.

En otra parte de su trabajo, el autor afirma: "La deficiencia sobre el *petitum* se da cuando se consigna un *petitorio* erróneamente en un proceso

constitucional (...)"⁽²⁸⁾. Sin duda Mendoza tiene derecho a desinteresarse por el derecho procesal pero, si decide referirse a él, surge el imperativo moral ante sus lectores de leer (y por ahí entender) siquiera un manual sobre la materia. No voy a explicar en este trabajo qué es *petitum* y qué es petitorio, sin embargo, no puedo negar que lo descrito produce un grave desencanto respecto a la calidad de los estudios jurídicos comentados y, aun cuando no se puede generalizar, una incertidumbre sobre el grado de seriedad de lo que se está haciendo en el TC.

La bibliografía utilizada por Mendoza tiene dos títulos en nuestro idioma, ambos pertenecientes a Patricia Rodríguez-Patrón. El primero es su trabajo publicado en una revista en el 2001 y luego su libro —con información corregida— sobre el mismo tema que data de 2003 y que hemos citado continuamente.

A lo largo de su primer trabajo la autora ha empleado la frase autonomía procesal empleando comillas, dando razones sobradas para hacerlo (que es una categoría discutible, que en estricto no es autonomía, que su legitimidad es precaria, entre otras). Y en su obra definitiva, la doctora Rodríguez-Patrón no sólo las mantiene sino las coloca en el título. Por eso su obra se denomina: *La "Autonomía Procesal" del Tribunal Constitucional*, es decir, tal como hemos explicado en este trabajo, la autora ratifica su posición sobre la precariedad del nombre de la institución que ha investigado. Sin embargo, aunque parezca increíble, Mendoza ¡le ha quitado las comillas al título del libro!, es decir, ha variado sustancialmente el contenido y la opinión de la autora con el "eficaz" y discutible método de alterar el nombre de su obra en la bibliografía y a lo largo de su trabajo.

6.2. La "APC" según el Presidente del TC

En la obra donde aparece publicado el trabajo de Mendoza, también se incluye uno referido al mismo tema escrito por el Presidente del TC, el doctor César Landa Arroyo. Como resulta evidente, lo que éste diga tiene un grado de compromiso mayor sobre la posición asumida por el TC. Su calidad de Presidente y, en consecuencia, máximo representante del TC, así lo informa. Apreciemos entonces el comentario del Presidente Landa (en adelante el PL).

Un tema previo que si no se expresara crearía dificultades para entender la crítica que a continuación se desarrolla es la siguiente: la información

⁽²⁸⁾ *Ibidem.* p. 124.

procesal con que cuenta el PL es un verdadero misterio. Como se podrá comprobar de los comentarios que a continuación se realizan, sus planteamientos en materia procesal pueden calificarse de originales y buenos. Lamentablemente en lo que son originales no son buenos y en lo que son buenos no son originales. Si cabe un adjetivo para calificar su aproximación procesal podría decirse que es desconcertante. Empecemos.

a) Cuando en una frase⁽²⁹⁾ hace referencia a “algunos principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario” no tenemos manera de saber a qué se ha querido referir. Cuáles sean los “principios” y cuáles los “mecanismos” del “procedimiento civil ordinario” es un enigma perdido en algún remoto texto del siglo XIX. En el Perú, por lo menos, la referencia al procedimiento civil ordinario no existe más desde 1993 y cuando antes de esa fecha se nombraba a algo parecido se le llamaba “Juicio Ordinario”. Salvo que la referencia sea a esa categoría, no tenemos la más mínima idea sobre lo que tales conceptos significan.

En la misma frase el PL dice que los “principios” y “mecanismos” referidos no pueden ser trasladados “automáticamente” al proceso constitucional. ¿Significará esto que para el PL sí existen aportes que deben ser trasladados “automáticamente” al derecho constitucional? Si la conclusión es cierta, podemos empezar a entender lo que está pasando en el TC. Se están acogiendo tesis ajenas tal como vienen y como están —como cuando se compra en una realización— sin ningún proceso de calificación transcultural que permita apreciar si los contextos históricos de origen y de recepción de la institución a ser asumida tienen aspectos afines o si son radicalmente distintos. Si, repetimos, ello se está haciendo —es lo que se deduce de la frase del PL— hay razones de más para preocuparse por lo que está ocurriendo en el TC.

Y lo que sigue es la objeción más relevante a la frase comentada. Según el PL un ejemplo de aquello que no puede ser trasladado automáticamente es el principio de justicia rogada. Es decir, sostiene que este principio no puede ser acogido como tal en sede procesal constitucional.

Como se recuerda, el principio de justicia rogada es una manera antigua de denominar a la suma de dos principios procesales, el de la demanda

(29) “En efecto, sobre este último punto cabe señalar que algunos principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario no pueden ser trasladados automáticamente al proceso constitucional, como es el caso del principio de justicia rogada, de la cosa juzgada y de la prescripción...”. LANDA ARROYO, César. *Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional*. En: *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año II, N° 4. Op. cit. pp. 67 y 68).

privada y el de congruencia. En la práctica esto significa que los procesos deben iniciarse a instancia de parte por un lado y, por otro, que la decisión que se expida debe estar referida a aquello que fue pretendido y discutido por las partes en el proceso (la antigua *iudex iudicare debet secundum allegata et probata*).

Desconozco si la definición que se acaba de detallar sobre lo que es justicia rogada es compartida por el PL. Me tranquiliza, en cambio, que sí sea la que comparte la doctrina de manera más o menos pacífica. Ahora bien, ¿será posible concebir un ordenamiento procesal seguro, confiable e igualitario sin el principio de justicia rogada? Una cosa es proponer que en algunos procesos donde la situación es complicada (los llamados casos difíciles de Dworkin, por ejemplo), el juzgador actúe más allá del principio, atendiendo a que el valor o derecho fundamental a proteger es ponderado como más importante respecto de aquél y otra, muy distinta, es considerarlo prescindible.

El PL, a pesar de lo dicho, sí tiene una idea del principio de justicia rogada, aunque no es posible asegurar que la tenga respecto de su importancia. Como se aprecia del párrafo complementario,⁽³⁰⁾ el PL considera apropiado que el juez constitucional investigue más allá de lo expresado y probado por las partes. Sin embargo, no enfatiza (ni siquiera se dice) lo más importante: esta potestad debe ser empleada *excepcionalmente*, de lo contrario, aquello que constituyó una aventura riesgosa pero necesaria para garantizar la eficacia de un derecho, se puede convertir en una sucesión de actos arbitrarios que perjudican la confianza y credibilidad del sistema de justicia constitucional.⁽³¹⁾

Y ya lo último pero no lo último. El PL no es procesalista y no tiene porqué saberlo pero los jueces no "indagan", sólo verifican. Precisar las categorías citadas excede este trabajo pero, en cualquier caso, pone en guardia al lector sobre aquello que se afirma y aquello que se conoce.

(30) "...prescripción, 'so pena de traicionar los objetivos últimos de la justicia constitucional', puesto que, por citar un ejemplo, el principio de justicia rogada impediría al juez constitucional indagar más allá de lo aportado por las partes en el proceso." (Ibidem. p. 68).

(31) "En este mismo orden de cosas, parece también conveniente que la justicia constitucional responda al principio de 'justicia rogada', es decir, que deba actuar siempre a instancia de parte y nunca (o muy excepcionalmente) de oficio. Ésta es una regla que ayuda a atemperar los riesgos de una desmedida actuación de la justicia constitucional ya que su funcionamiento de oficio aumenta el potencial expansivo de ésta. Ahora bien, ello, como es lógico, debe ir, a su vez, acompañado de un correcto diseño de la legitimación para el inicio de los procesos constitucionales." (PEREZ TREMPES, Pablo. *La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*. En: *Anuario 2002 de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta* (Chile). Sección I. pp. 14 y 15).

b) Otra frase del PL resulta tan destacada que, para comentarla, preferimos que esté en el cuerpo del trabajo y no en un pie de página:

Esta última afirmación, ha llevado a algunos autores a proponer la 'capacidad cuasilegislativa' del TC, que si bien tiene un alcance limitado, se origina en la especial dificultad que tienen las tesis clásicas del proceso para cumplir con los fines esenciales de los procesos constitucionales, al no distinguir entre creación de la ley y creación del derecho.⁽³²⁾

La diferencia entre la creación de la ley y la creación del derecho es que la primera es un procedimiento regulado al más alto nivel en el ordenamiento jurídico, tanto que pertenece al bloque de constitucionalidad, esté o no en la Constitución. La referencia a la llamada "norma de reconocimiento" de Hart o de Bobbio puede aclarar aún más el panorama. La creación del Derecho, en cambio, hace referencia a las distintas fuentes de derecho y a la manera como éstas se convierten en ámbitos de gestión de las normas jurídicas. Ahora bien, alguna teoría clásica no explicitada del proceso impide, dice el PL, advertir la diferencia entre ambas. Sin embargo, la diferencia entre las dos formas de creación citadas es un tema de Teoría del Derecho no de la Teoría del Proceso. Por eso, con todo respeto, la pregunta que surge es: ¿qué hace el PL buscando palmeras en el Polo Norte?

Para concluir esta parte del comentario, conviene precisar que no es exacta la afirmación del PL según la cual algunos autores proponen la "capacidad cuasilegislativa" del TC. Se cita a Rodríguez-Patrón y lo que ella hace no es precisamente proponer tal concepto, ella afirma "que puede hablarse" de tal concepto y a continuación agrega "pero no sin cautelas" y expresa varias. Inclusive cita a Schlaich para inventariar más cautelas al concepto, atendiendo a que los caminos de la interpretación y de la creación judicial de Derecho no son fácilmente distinguibles.⁽³³⁾

c) Otra frase inquietante del PL es la que pasamos a comentar aunque antes de hacerlo preferimos, como la anterior, colocarla en toda su extensión. Es tan extraordinaria que podrían quedar dudas en torno a si en efecto fue expresada.

(32) LANDA ARROYO, César. Op. cit. p. 73.

(33) "Por ello, puede hablarse de una 'capacidad cuasilegislativa', aunque no sin cautelas porque, como veremos, debe tener un alcance muy limitado y porque, como advierte SCHLAICH, en el proceso constitucional, hermenéutica y 'configuración política' no son siempre antónimos. Ello implica una mayor dificultad para distinguir interpretación y creación judicial de Derecho." (RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Op. cit. p. 141).

El concepto de autonomía procesal encuentra dos concepciones en el Estado Constitucional; una propia del Derecho privado, en virtud de la cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, fundado en la autonomía de la voluntad privada. Mientras en el Derecho público, la autonomía de los poderes públicos, gobiernos regionales y locales y los organismos constitucionales, se fundan en el principio de división y control de poderes.⁽³⁴⁾

Más allá del hecho que la tautología no ayuda mucho al discurso (un concepto que encuentra dos concepciones, ¿qué será eso?), quedémonos con esta doble demostración de que la AP existe y que, además, tiene genealogía de alcurnia. Sin embargo, ¿cuál es el conector lógico entre AP y autonomía de la voluntad? El PL no lo dice pero parece que no necesitaría decirlo. La respuesta puede ser que las une el que ambas tienen autonomía. Es cierto que para responder eso no hay que ser muy listo, aunque si hay que serlo para responder lo siguiente: ¿esta conexión se da entre todos los entes que tienen autonomía, sea cual fuese el ámbito donde ésta se concreta? Si así fuera, ¿alguien seriamente puede considerar que una afirmación así puede constituir fundamento de algo?

Que las autonomías en el Derecho Público se basan en la teoría de división de poderes es una afirmación correcta e indiscutible, pero ¿y eso qué tiene que ver con la AP? Es decir, una vez más ¿como se conecta tal afirmación con la aptitud de un juez constitucional de *crear* normas procesales (convertirse en legislador) al interior de una sentencia?

6.3. Manifestaciones de AP del TC según el PL

Complementando los fundamentos de la AP, el PL empieza a comentar casos puntuales donde el TC ha hecho uso de tal institución. Analicemos algunos de aquellos a fin de intentar descubrir, al final del día, qué es la APC.

a) *La incorporación del litisconsorte facultativo*. Se trata de un proceso de inconstitucionalidad ya iniciado en el cual se apersonan 31 congresistas y solicitan ser incorporados al proceso. Analizada la situación el TC los admitió como litisconsortes facultativos. En opinión⁽³⁵⁾ del PL éste es un

⁽³⁴⁾ LANDA ARROYO, César. Op. cit. p. 71 y 72.

⁽³⁵⁾ "Luego de constatar que el Código Procesal Constitucional no establece, expresamente, la institución del litisconsorte facultativo en el proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de su autonomía procesal, declaró ser competente para cubrir dicha laguna de la legislación procesal. Habida cuenta que ante un proceso eminentemente público, como la declaración de inconstitucionalidad de una ley, no es lógico aplicar supletoriamente el Código Procesal Civil." (Ibíd. p. 81).

caso donde el TC ejerció su autonomía procesal. Apreciemos su original tesis sobre el tema.

El PL empieza "descubriendo" que el Código Procesal Constitucional no regula el litisconsorcio facultativo en el proceso de inconstitucionalidad. Y, en efecto, tiene razón. Salvo el Código Procesal Civil, ordenamiento aplicable de materia supletoria a todos⁽³⁶⁾ los ordenamientos procesales nacionales, no existe ordenamiento que regule el litisconsorcio facultativo. Por lo demás, el propio Código Procesal Constitucional remite supletoriamente a los códigos procesales "afines a la materia discutida"⁽³⁷⁾, como es el caso del Código Procesal Civil. Entonces, ¿en qué consiste la creación normativa del TC?

Lo que para el PL es una sorpresa se trata, en realidad, de algo absolutamente obvio: ¿para qué regular una institución que ya está desarrollada en un ordenamiento que actúa en forma supletoria? Lo que algunos ordenamientos hacen es citar el instituto cuando quieren darle énfasis a su incorporación, o cuando quieren regularlo con alguna variante o, finalmente, cuando quieren que no se emplee. Si cada vía procedimental especial tiene que precisar y regular las instituciones procesales que son parte de ella, no sería de extrañar que cada una constituya en sí un código procesal.

Sin embargo, la segunda parte del comentario del PL es superlativa respecto de la primera. En esta advierte que el Código Procesal Civil contiene la figura del litisconsorcio facultativo, pero considera que no debe ser empleada atendiendo a que el proceso de constitucionalidad en trámite es "eminenteemente público". ¿Habría querido decir que el Código Procesal Civil es eminentemente privado?

Hay instituciones procesales que son como la ropa interior, sirven para todos, sin embargo cada quien deberá escoger la talla y la calidad, pero siempre será ropa interior. El litisconsorcio facultativo tiene ese rasgo, está implícito en todos los procesos y será el juez, de oficio o a pedido de interesado, quien decida su incorporación al caso concreto y, además, en

(36) CÓDIGO PROCESAL CIVIL - PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL

Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

(37) CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL - TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IX.- En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho y a la doctrina.

qué condiciones. Por esa misma razón, desde un punto de vista normativo sólo es necesario que un ordenamiento procesal general lo regule, con lo cual el juez de cada caso decidirá si lo incorpora o no.

El argumento del PL en el sentido que la intensa calidad pública del proceso de inconstitucionalidad determina que en su trámite no pueda ser usado el Código Procesal Civil resulta poco menos que inverosímil. Al contrario, hay por lo menos dos artículos (Citas Nos. 36 y 37) que dicen que ello es posible.

Por lo demás, la afirmación de que su uso "no es lógico" resulta jurídicamente incomprensible. ¿Habría querido decir el PL que su uso no es razonable?, ¿que es contradictorio? ¿Cuál es el error de lógica en que se incurrió cuando en un proceso de inconstitucionalidad se usa, por ejemplo, la prescripción extintiva, la cosa juzgada o la litispendencia? ¿O cree el PL que no pueden proponerse excepciones en el proceso de inconstitucionalidad porque éstas son instituciones privadas?

b) La APC y la institución del "partícipe" según el PL. Esta vez se trata de un proceso en el cual, a criterio del TC, era necesario incorporar a un sujeto procesal. Sin embargo, la dificultad residía en que éste no era parte y tampoco tenía interés directo ni indirecto en el proceso.

Ante esta situación, el TC decidió, con sustento en la APC, crear la figura del "partícipe". En efecto es un producto original, no está previsto en la doctrina y tampoco en la legislación nacional. Desconocemos, por lo demás, si tal institución existe en el derecho comparado, aunque nos inclinamos por una respuesta negativa.

El "partícipe", según el PL, es aquel sujeto cuya incorporación al proceso "tiene por objeto aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional".⁽³⁸⁾ Abundando en datos sobre su nueva criatura, dice el PL que el "partícipe" debe ser notificado con la demanda y la contestación porque: "siendo la razón y propósito de su intervención enriquecer el proceso interpretativo en la controversia, es su intervención en la vista de la causa el momento estelar y trascendental de su actuación."⁽³⁹⁾

Bueno, habría que empezar explicando por qué el "partícipe" no está en el Código Procesal Civil. No está porque un proceso no es la plaza del mercado donde todos pueden transitar sea que deseen comprar o no. Pueden formar parte de un proceso las partes, los interesados en el decisorio o aquellos a quienes los vaya a afectar, directa o indirectamente, y también

⁽³⁸⁾ LANDA ARROYO, César. Op. cit. p. 82.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*. p. 82.

aquellos que por su conocimiento técnico, información personal o alguna otra razón pueden aportar conocimiento al juzgador para la solución del conflicto. Por cierto, la actuación de cada uno de estos (testigo, perito, martillero, etc.) está regulada puntualmente en el Código. Entonces, si como dice el PL el "partícipe" no es parte, ni tiene interés directo o indirecto en el proceso o su resultado y, nosotros añadimos, si tampoco fuera perito, testigo, auxilio judicial o algo parecido, ¿para qué se inmiscuye en el proceso?

Según el PL su función es incorporar al proceso una tesis interpretativa de la controversia jurisdiccional. Lo expresado significa que el "partícipe" tiene una profesión, abogado, y tiene una especialidad, el Derecho Constitucional. El perito, por otro lado, es una persona con una determinada profesión o destreza técnica que es llamado a un proceso, de oficio o a pedido de parte, a fin de ilustrar al juez sobre aspectos puntuales de su saber referidos al caso concreto. ¿Qué diferencia a un "partícipe" de un perito en materia constitucional? Nada, absolutamente nada. Con todo respeto, parece que al crear al "partícipe" el PL acaba de inventar la rueda.

c) *El informe de hechos, la APC y el PL.* Apreciemos previamente el párrafo donde el PL describe su aventura creativa, consistente en permitir informes de hechos durante la vista de la causa:

(...) cuando, no obstante no estar previsto en su normativa procesal, y con un criterio de razonabilidad, ha estimado pertinente recepcionar informes de hechos en las audiencias públicas o de vista de la causa.⁽⁴⁰⁾

Es probable que aquí sólo tenga que repetirse lo que se ha dicho en torno a la supletoriedad del Código Procesal Civil. Sin embargo, la versión del PL es tan extravagante que resulta imprescindible insistir en lo obvio: cuando el TC realiza función jurisdiccional (ya se sabe que además es un órgano constitucional y político) lo hace en nombre del Estado, en consecuencia, todo el armazón teórico referido a esta función está a su disposición. Los informes sobre hechos forman parte de nuestra actividad judicial desde antes que nos convirtamos en república. Por eso, si un juez decide no admitirlos en un proceso deberá sustentar sus razones, pero si resuelve que se actúen, lo hace y ya. La incorporación del informe de hechos desde la óptica de un acto creativo banaliza absurdamente lo que va quedando de la así llamada APC.

d) *La conclusión del PL.* Puesto ya en posición de concluir su interesante trabajo de justificación de la APC, el PL resume la importancia de ésta de la siguiente manera:

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem.* p. 85.

(...) ante la existencia de vacíos y deficiencias en las normas procesales constitucionales, la AP se configura como una necesidad inexorable del TC que, a través de la interpretación constitucional y la argumentación jurídica íntegra y concreta las disposiciones constitucionales a fin de alcanzar los fines de los procesos constitucionales.⁽⁴¹⁾

Imaginemos que el TC no contara con el Código Procesal Constitucional y sólo tuviera que resolver con el Código Procesal Civil. Si así fuera, el TC tendría un importantísimo enunciado normativo⁽⁴²⁾ que, a manera de principio procesal, lo inviste de la calidad de Director del Proceso. Esto le permite, a tenor del mismo principio, la potestad de interconectar enunciados normativos o de integrar cuando no hayan éstos a fin de resolver el caso concreto. Es decir, nada le impediría al TC, sobre la base del principio descrito, trascender la fuente clásica (la ley) y buscar y utilizar por medio de las técnicas de interpretación o las de integración, si fuera el caso, la norma jurídica indispensable para resolver el caso difícil que lo acucia.

Curiosamente, el PL se refiere a la existencia de vacíos pero no cita las técnicas de integración, sólo hace referencia a las de interpretación y a la "argumentación jurídica". La primera requiere de material —no se interpretan las lagunas— por tanto no puede ser pues una manifestación de AP y la segunda es el producto del uso de una técnica, es la manifestación de cómo un juez justifica racionalmente su decisión, por tanto, mal puede ser una manifestación propia de la AP. Lo real es que se trata de una frase hueca que pretende con pseudo tecnicismos proveer de sustento material a un fantasma.

Por otro lado, siguiendo con la hipótesis negada, el Código Procesal Civil le proveería al TC, además, de otro enunciado normativo⁽⁴³⁾ que, específicamente, lo legitima para emplear, en caso de vacío o defecto nor-

(41) *Ibidem.* p. 94.

(42) CÓDIGO PROCESAL CIVIL – TÍTULO PRELIMINAR

Art. II.- Principios de dirección e impulso del proceso.- La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.

(43) CÓDIGO PROCESAL CIVIL – TÍTULO PRELIMINAR

Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal.- (...)

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.

mativos, los principios generales del derecho, la doctrina o la jurisprudencia que mejor corresponda. Con todo este arsenal, ¿para qué se necesita la AP? ¿Cuál es la actuación procesal del TC que no está cubierta por los instrumentos señalados? En nuestra opinión ninguna.

Un comentario final a la "APC"

Inclusive si nos interesamos por el nombre de la institución estudiada, encontramos otra sorpresa. La autonomía, desde la vera de la función jurisdiccional, es el presupuesto jurídico-político indispensable para que un juez pueda tener independencia externa, es decir, para que pueda ejercer su función sin controles políticos, económicos o presiones de cualquier índole.

Otro tema, muy distinto, es el referido a los poderes del juez. Estos se presentan en distintos grados dependiendo del sistema procesal acogido y, por cierto, de la ideología que ésta ha asumido. Inclusive no es excepcional que dentro de un mismo sistema se presenten estos poderes con distinta intensidad y cantidad, lo que puede depender del tipo de derecho material que se discute, la cercanía al orden público o al interés público de la pretensión discutida, entre otros factores. Lo que realmente importa es advertir que la autonomía no tiene nada que ver con los poderes del juez. Referirse a los segundos usando el nombre de la primera es un despropósito adicional a los descritos.

7. CONCLUYENDO

El propósito de este trabajo no ha sido otro que develar el uso de la así llamada Autonomía Procesal Constitucional como fundamento para los estropicios causados en muchas de las sentencias que viene expidiendo el TC. Éstos se vienen cometiendo tomando a la "AP" como fundamento cuando, en realidad, se trata de una vulgar coartada multiuso.

Es una lástima tener que concluir así, pero el único resultado concreto obtenido por el "empleo" de la así llamada AP ha sido haber agraviado a la ciencia procesal y, lo que es más grave, sin siquiera conocerla.

La así llamada AP ha sido el instrumento con el cual se han incurrido en defecciones al sistema de justicia constitucional. La diferencia entre el justo y el justiciero es, precisamente, la misma que existe entre quien ejerce el poder y es conciente de sus limitaciones y aquél que cree que el fin justifica los medios.

La APC es una aventura fallida del TC que exige ser apreciada a partir de las razones que la han originado. Considero que la gran importancia, acogida y reconocimiento que ha tenido el TC en los últimos años —muy justa por lo demás— ha desbordado la consideración que sobre él tienen algunos de sus propios miembros. Es natural que ocurra este exceso de autoestima. Sin embargo, su aceptación no descarta que sea un instrumento peligroso, estamos refiriéndonos a una institución que ha pasado a ser un nuevo centro de poder en el juego democrático del país. Siendo así, cualquier desvarío puede tener graves consecuencias.

La AP, finalmente, es como decía Lichtenberg "un cuchillo sin mango al que le falta la hoja". El TC tiene instituciones y técnicas procesales para cumplir satisfactoriamente con su función, lo que no puede hacer es reemplazar sus limitaciones informativas en la materia con actos de hechicería, porque eso y no otra cosa es la AP.

Si bien es imprescindible que el TC siga cumpliendo en sede nacional su trascendente función, es imprescindible que sus propios miembros produzcan fórmulas de autocontrol,⁽⁴⁴⁾ esto es, que con sus actos demuestren al país que no van a seguir los excesos.

(44) "Baste, pues, como recordatorio que un adecuado funcionamiento de la justicia constitucional exige autocontrol de quienes la encarnan, cuya función no es impedir que el resto de los poderes actúen sino más bien permitir y ayudar a que lo hagan delimitando las reglas mínimas a las que deben sujetarse." (PEREZ TREMPES, Pablo. Op. cit. p. 14).

NOTAS

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, SU NATURALEZA JURISDICCIONAL: COMPETENCIA Y DIFICULTADES CON EL PERU *

Víctor Julio Ortecho Villena

SUMARIO: 1. La naturaleza de este organismo jurisdiccional. 2. Su competencia. 3. Dificultades originada por el Perú a la Corte Interamericana. 4. Sentencias y opiniones consultivas recaídas en casos peruanos. 5. Reflexión final.

1. LA NATURALEZA DE ESTE ORGANISMO JURISDICCIONAL

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, no constituye un organismo de carácter internacional, al que puedan recurrir los Estados o grupos de personas directamente, cuando se trate de problemas entre aquellos o de la comisión de delitos de lesa humanidad en agravio de los segundos. Existen sí organismos internacionales, como la Corte de la Haya, uno de los más antiguos y el Tribunal Penal Internacional, de corta data.

(*) Ponencia presentada al II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional (Huancayo, mayo de 2007).

La Corte Interamericana, como organismo del sistema regional interamericano de derechos humanos, como organismo jurisdiccional y que vela por la protección de los Derechos Humanos, para tratar una denuncia por violación de tales derechos, no sólo requiere que tales denuncias se hayan procesado previamente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que no es de tipo jurisdiccional, sino más bien encargada de investigar los hechos, de plantear soluciones, de buscar un arreglo entre la parte agraviada y el Estado denunciado y sólo en caso negativo, formular denuncia ante la Corte; sino que, además previamente el agraviado haya agotado la vía interna en su respectivo país.

Esa vía interna en cualquiera de los países del Sistema Regional, implica que haya seguido en ellos las acciones correspondientes ante las instancias judiciales competentes (en el caso del Perú, mediante el habeas corpus, o la acción de amparo, habeas data o acción de cumplimiento) y si la última sentencia es desfavorable a dicho actor, recién recurre a la Comisión y posteriormente a la Corte. Esta última actúa como una instancia superior, pero ya fuera del país respectivo. Por eso es que su adecuada denominación es la de Jurisdicción Supra Nacional.

Pero su naturaleza, no sólo proviene de su origen, que le dio la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en el año de 1969, aprobada por los Estados integrantes de la Organización de Estados Americanos, sino de la ratificación por la mayor parte de ellos, y en forma especial cuando en el caso del Perú, por ejemplo se ha reconocido y ratificado el sometimiento a tal jurisdicción.

2. SU COMPETENCIA

La competencia contenciosa de la Corte está establecida en los incisos 1 y 2 del art. 61 de la Convención Americana, pero de conformidad con el primer inciso indicado, son los Estados Partes de la Convención, los que se someten cada caso a la decisión de la Corte.

Ese sometimiento de los casos específicos, tienen su base en el reconocimiento de la competencia, de carácter general, está consignado en el art. 62 y precisamente el Perú lo reconoció en forma extraordinaria y con mayor base jurídica, cual fue el de la Asamblea Constituyente de 1978, cuya decisión se insertó en la Decimosexta Disposición Final de la Constitución de 1979, en los siguientes términos:

“Se ratifica constitucionalmente en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Se ratifica igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”

3. DIFICULTADES ORIGINADA POR EL PERÚ A LA CORTE INTERAMERICANA

Una de las dificultades que el Gobierno peruano le creó a la Comisión, o mejor dicho se creó el Gobierno, fue durante el mandato autoritario del Presidente Fujimori. La actitud de dicho gobierno fue la de denunciar (es decir desligarse) del Pacto de San José de Costa Rica, en la parte que se refiere a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. La razón política para tal actitud se debió al hecho de que en dicho organismo supra nacional se encontraban un significativo número de casos en espera de resolución, y en los cuales por cierto las autoridades de dicho Gobierno habían violado los Derechos Humanos.

Aparte de tal actitud constituía una torpeza de pretender una denuncia parcial de la Convención Americana, una especie de confesión de parte, de querer tener campo libre para violar los Derechos Humanos, el procedimiento para aceptar tal denuncia implicaba un tiempo más o menos largo, de cerca de un año; mientras tanto la Corte siguió resolviendo los casos que correspondían al Perú. Felizmente tal Gobierno concluyó con las dificultades políticas de una inconstitucional segunda reelección, y fue el gobierno transitorio del Presidente Valentín Paniagua que enmendó tal error, retirando la referida denuncia y ratificando el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

El otro tropiezo del Estado Peruano, como es de conocimiento público, se ha producido durante el actual gobierno del Presidente Alan García, a raíz de su actitud de no querer reconocer los alcances de la sentencia recaída a favor de los familiares de las víctimas de la matanza del Penal Castro Castro; bajo el pretexto de que no se debía indemnizar a terroristas.

Las razones alegadas que incluso han motivado planteamiento posterior a la sentencia firme y definitiva de la Corte, solicitando la revisión de

dicha sentencia o una adecuada interpretación, tampoco resisten un análisis jurídico serio. Pues los derechos humanos, por cierto que no asisten a los que mueren en pleno combate o actitud terrorista, como no corresponde a los enemigos que mueren en pleno campo de batalla, pero sí corresponde un trato humano a los prisioneros de guerra, a los y que por tanto se encuentran indefensos (Derechos Humanos y Derecho Humanitario).

Posiblemente la actitud del Presidente García ha sido una especie de adelanto en previsión a un eventual juzgamiento de otra matanza de presos terroristas que durante su primer gobierno se produjo en el centro penal del Frontón.

4. SENTENCIAS Y OPINIONES CONSULTIVAS RECAÍDAS EN CASOS PERUANOS

Las dificultades creadas y presentadas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por los dos aludidos gobiernos del Perú, demuestran, no sólo que en el Perú se violan frecuentemente los Derechos Humanos, y por cierto que no todos llegan hasta la jurisdicción supranacional, sino que quedan dentro de la jurisdicción interna, y que además los gobiernos son adversos a cumplir con las sentencias de esta jurisdicción. Por cierto que los gobiernos de otros países del sistema regional interamericano, tienen similares actitudes, en unos casos y en otros son obedientes a tales sentencias.

Permítasenos señalar los casos que han sido estudiados y resueltos por la Corte Interamericana:

1. Caso Neyra Alegría y otros. Sentencia de 19 de noviembre de 1996 (reparaciones).
2. Caso Cayara. Sentencia de 3 de febrero de 1993 (Excepciones Preliminares).
3. Caso Castillo Páez. Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (reparaciones).
4. Caso Loayza Tamayo. Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (reparaciones).
5. Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (fondo, incluyendo reparaciones).
6. Caso Cesti Hurtado. Sentencia de 31 de mayo de 2001 (reparaciones).
7. Caso Durán y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000 (fondo). Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (reparaciones, homologación del acuerdo).

8. Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000 (fondo). Sentencia del 3 de diciembre de 2001 (reparaciones).
9. Caso Tribunal Constitucional. Sentencia del 31 de enero de 2001 (fondo, incluye reparaciones).
10. Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2002 (fondo, incluye reparaciones).
11. Caso Barrios Altos. Sentencia 14 de marzo de 2001 (fondo). Sentencia del 30 de noviembre de 2001 (reparaciones homologación del acuerdo).
12. Caso cinco pensionistas. Sentencia de 28 de febrero de 2002 (fondo, incluye reparaciones).

También la Corte, en casos peruanos ha dictado buen número de sentencias interpretativas y resoluciones sobre medidas provisionales.

5. REFLEXIÓN FINAL

Consideramos que la función de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es sumamente importante para la protección de estos derechos superiores y esenciales; que abogan por la dignidad de la persona, protegiendo la vida, la libertad y la justicia. Y su competencia contenciosa, asegura una justicia imparcial, ajena a influencias políticas o situaciones coyunturales, que son frecuentes en la justicia interna, no sólo durante gobiernos autoritarios, sino en toda clase de gobierno, pues el poder se excede y abusa y el pueblo y la ciudadanía sufren.

Trujillo, mayo de 2007

EL TERCER CONGRESO PERUANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera *

I. LOS ACONTECIMIENTOS QUE MOTIVARON LA REALIZACIÓN DE LA PRESENTE ACTIVIDAD Y LOS CONVOCADOS A LA MISMA

El redimensionamiento de la labor estatal en sus diversas manifestaciones es hoy un fenómeno cada vez más patente en nuestra vida cotidiana. Y es que en un mundo donde conceptos como globalización, liberalización o modernización se convierten en parte del lenguaje colectivo de todos los días, aparecen nuevas responsabilidades para las distintas Administraciones Públicas, o en su caso, se produce una importante reformulación en los alcances o la materialización de aquellas tareas que con anterioridad le habían sido confiadas a dichas Administraciones.

Lo expuesto en el párrafo anterior obliga a quienes desde una perspectiva jurídica estudian o buscan ir perfilando la labor de las diversas Administraciones y su relación con los diferentes actores sociales existentes en una sociedad determinada, vinculados a temas más bien propios del Derecho Administrativo, a reunirse con cierta periodicidad para discutir

(*) Profesor de Pre y Post Grado en Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Administrativo en las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura.

estos temas. Este tipo de preocupaciones son las que a su vez se convirtieron en el fundamento de la realización del Tercer Congreso Peruano de Derecho Administrativo, actividad realizada en Lima, y más propiamente en distintos puntos dentro del campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú los días 24, 25 y 26 de abril del presente año.

Con la debida anticipación el equipo de profesores que hicieron las veces de Comisión Organizadora de esta actividad, con el aval y apoyo de quienes son parte de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, aprobaron instalar cinco grupos de trabajo, dirigidos a abordar materias tan relevantes para el Derecho Administrativo contemporáneo como el Procedimiento Administrativo (y en directa relación con lo previsto al respecto, lo dispuesto sobre el Proceso Contencioso Administrativo), los Servicios Públicos, el Medio Ambiente, la Reforma de la Administración Pública o Contratación Administrativa, espacios de trabajo en el cual se articuló el esfuerzo y el aporte de algunos de los administrativistas más reconocidos de nuestro país.

Luego, y contando con el invaluable aporte de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y algunas entidades públicas y privadas peruanas y extranjeras, fue progresivamente comprometiéndose en el desarrollo de este Congreso a muchos especialistas de diversas partes del orbe, quienes gustosa y desinteresadamente prestaron su calificado concurso en la mejor materialización de tan significativo esfuerzo y de los objetivos que precisamente le impulsan.

Vaya entonces nuestro más sincero agradecimiento por ello a los profesores Juan Carlos Cassagne, Miriam Ivanega y Alejandro Pérez Hualde (Argentina); Jaime Orlando Santofimio (Colombia); Gadyz Camacho (Chile); Jaime Rodríguez Arana e Iñigo Sanz (España); Lino Miguel de Sousa Fernandes da Silva Torgal (Portugal) y Víctor Hernández-Mendible (Venezuela), quienes asistieron a nuestro Congreso y presentaron interesantísimas ponencias en diversos grupos de trabajo e hicieron muy valiosas intervenciones en los plenos en los cuales les tocó participar, labor que compartieron con los administrativistas de nuestro medio.

II. LA MECÁNICA SEGUIDA EN ESTE CONGRESO Y LOS OBJETIVOS ALCANZADOS GRACIAS A ÉL

Puestos ya en el detalle de la mecánica finalmente adoptada en este Congreso, ello implicó primero un trabajo de comisiones para cada uno de los temas programados. Luego de este trabajo de comisiones, las materias

en cuestión fueron llevadas, planteadas y debatidas en Plenaria. Cada comisión contó con un Presidente, un Vicepresidente y por lo menos alguno de los profesores extranjeros como expositores, teniéndose además allí previsto un tiempo más bien amplio para la presentación y debate de las diversas comunicaciones entregadas a la organización del Congreso con la debida antelación.

Por su parte, en la Plenaria, y bajo la presidencia de algún especialista peruano en la materia, el Presidente de cada comisión presentaba una síntesis de lo discutido en su grupo de trabajo y los expositores extranjeros desarrollaban intervenciones que invitaban al debate.

Si a lo expuesto le añadimos la inauguración del Congreso a cargo del entonces Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, doctor Javier Neves Mujica, y la clausura efectuada por el doctor Jorge Danós Ordóñez, Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo y notorio líder de la disciplina en el Perú, tenemos una actividad cuyo programa fue finalmente el siguiente:

JUEVES 24 DE ABRIL

Comisión número 1: Procedimiento Administrativo

Presidente: Dr. Juan Carlos Morón Urbina (Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú)

Comisión número 2: Servicios Públicos

Presidente: Dr. Diego Zegarra Valdivia (Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú)

Vicepresidente: Dr. Juan Francisco Rojas Leo (Profesor de las Universidades Pontificia Católica del Perú y de Lima)

Primera Plenaria

Director de Plenaria: Dr. Diego Zegarra Valdivia

- Inauguración del Congreso a cargo del doctor Javier Neves Mujica, Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Desarrollo en plenaria del tema "Procedimiento Administrativo", con exposiciones de los doctores Juan Carlos Morón (Perú) y Juan Carlos Cassagne (Argentina).
- Desarrollo en plenaria del tema "Servicios Públicos", con exposiciones de los doctores Diego Zegarra Valdivia (Perú), Juan Francisco Rojas (Perú), Alejandro Pérez Hualde (Argentina) y Víctor Hernández-

- Mendible (Venezuela)
- Presentación de la "Revista de Derecho Administrativo".

VIERNES 25 DE ABRIL

Comisión número 3: Medio Ambiente

Presidente: Dr. Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Profesor de las Universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima y de Piura)

Vicepresidente: Dr. Ángel Delgado Silva (Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú)

Comisión número 4: Reforma de la Administración Pública

Presidente: Dr. Richard Martin Tirado (Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú)

Segunda Plenaria

Director de Plenaria: Dr. Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

- Desarrollo en plenaria del tema "Medio Ambiente", con exposiciones de los doctores Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Perú), Ángel Delgado Silva (Perú) e Iñigo Sanz (España).
- Desarrollo en plenaria del tema "Reforma de la Administración Pública", con exposiciones de los doctores Richard Martin Tirado (Perú), Miriam Ivanega (Argentina) y Jaime Rodríguez Arana (España)

SÁBADO 26 DE ABRIL

Comisión número 5: Contratación Administrativa

Presidente: Dr. Ricardo Salazar Chávez (Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú)

Vicepresidente: Dr. Víctor Baca (Profesor de la Universidad de Piura)

Tercera Plenaria

Director de Plenaria: Dr. Jorge Danós Ordóñez

- Desarrollo en plenaria del tema "Contratación Administrativa", con exposiciones de los doctores Ricardo Salazar (Perú), Víctor Baca (Perú),

Jaime Orlando Santofimio (Colombia), Gladyz Camacho (Chile) y Lino Miguel de Sousa Fernandes da Silva Torgal (Portugal).

- Clausura a cargo del doctor Jorge Danós Ordóñez, Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo.

Haciendo un análisis de todo lo sucedido, bien puede señalarse que, a pesar de ser un Tercer Congreso Nacional (el cual, por cierto, no cuenta con la ventaja en términos de convocatoria con la que cuenta una primera experiencia de este tipo, a la cual suele ayudar el atractivo de constituir algo inédito o novedoso en el medio) fue todo un éxito, tanto a nivel de convocatoria como en el número y calidad de ponencias y comunicaciones presentadas.

En el plano de la convocatoria, cientos de personas de todo el Perú participaron activamente tanto en trabajo de comisiones como formulando preguntas e intervenciones en el Pleno. Y en lo referente a las ponencias y comunicaciones, éstas han sido muchas y de muy buena calidad; tanto así que han justificado la elaboración de un valioso libro de ponencias*.

Lo expuesto resulta entonces la confirmación de un fenómeno ya iniciado hace algunos años, aunque todavía relativamente nuevo en el Perú: el del progresivo fortalecimiento del Derecho Administrativo en nuestro país, disciplina dentro del Derecho Público que cada vez se afianza mejor en el estudio de aquellos temas que en el Derecho Comparado le son propios, y que, como consecuencia de ello, va en los últimos años contando con un número mayor de adeptos, tal como lo demuestra un significativo aumento de las publicaciones, los certámenes académicos y los profesionales del Derecho dedicados a tiempo completo a abordar este tipo de materias. Estamos pues ante un fenómeno cuya relevancia es actualmente insoslayable, y al cual convendría seguir acompañando con especial atención, salvo mejor parecer.

(*) AA.VV., *El derecho administrativo y la modernización del Estado peruano: Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho administrativo (Lima, 2008)*, Grijley-Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Lima, 2008, 854 pp.

CRÓNICAS

VI CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN DE
CONSTITUCIONALISTAS DE ESPAÑA (ACE)
(CÁDIZ, 24 Y 25 DE ENERO DE 2008)

Gerardo Eto Cruz *

José F. Palomino Manchego **

*En Cádiz, por tanto, se inaugura nuestra historia
contemporánea y nuestra historia constitucional.*

(Joaquín Varela Suanzes-Carpegna)

SUMARIO: I. Cádiz, ciudad constitucional. II. desarrollo del VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. III. Reflexión final. IV. Apéndice.

I. CÁDIZ, CIUDAD CONSTITUCIONAL

Detenemos nuestras cotidianas labores universitarias para reconstruir la crónica del VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España

* Magistrado del Tribunal Constitucional de Perú

** Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, UIGV, USMP y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana)

(ACE), evento al que fuimos invitados producto de la fina deferencia de los colegas españoles, en especial, del querido profesor de Jaén, Gerardo Ruiz-Rico Ruiz.

En efecto, con marcado éxito se llevó a cabo durante los días 24 y 25 de enero del presente año el VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE), certamen que tuvo lugar en los ambientes del Palacio de Congresos y en el Aulario "La Bomba" de la Universidad de Cádiz. Fueron dos días de intensa actividad académica donde se discutió un abanico temático de viva actualidad, teniendo como mar de fondo el siguiente título: "El Poder Judicial".

Aun estaba fresco en la memoria de los participantes el desarrollo del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España que tuvo lugar los días 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2006 en el Auditorio Santiago Grisolia, Museo de las Ciencias Príncipe Felipe, que se encuentra en Valencia, y que ha sido catalogada como ciudad de la justicia, ciudad de las artes y de las ciencias. El tema central, materia de análisis, en aquella oportunidad fue "La reforma del Tribunal Constitucional".

II. DESARROLLO DEL VI CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN DE CONSTITUCIONALISTAS DE ESPAÑA

Con marcado carácter, el VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, que acogió a un aproximado de doscientos participantes, empleó la siguiente metodología expositiva:

El día jueves 24 de enero a las 17:00 hrs. se dio inicio con la acreditación de congresistas y entrega de documentación. Luego, a las 18:30 hrs. se desarrolló el acto formal de apertura del VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. A continuación (19:30 hrs.), empezaron a disertarse cada una de las ponencias, que dejaron al final una enseñanza hondamente sugeridora.

A) Ponencias generales:

- Pablo Lucas Murillo de la Cueva (Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba): "Juez, Constitución y ley".
- Luis Aguiar de Luque (Vocal del Consejo General del Poder Judicial y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III): "La reforma de la justicia".

Y el día viernes 25 de enero, desde las 09:30 hrs. el VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España se trasladó al Aulario "La Bomba" para realizarse, con notorio sentido académico, las intervenciones en las tres mesas temáticas debidamente organizadas.

B) Mesas temáticas:

Mesa 1: "El Gobierno del Poder Judicial y el estatuto de jueces y magistrados". Coordinador: Manuel Gerpe Landín (Universidad Autónoma de Barcelona).

He aquí algunas de las ponencias sustentadas:

- Rosario Serra Cristóbal (Universidad de Valencia): "El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo".
- Gema Rosado Iglesias (Universidad Carlos III de Madrid): "La función disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial".
- María Ballester Cardell (Universidad de las Islas Baleares): "Consejo General del Poder Judicial y Consejos autonómicos".

Mesa 2: "Poder Judicial y Comunidades Autónomas (Reforma del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia, Consejos autonómicos...)". Coordinador: José María Morales Arroyo (Universidad de Sevilla).

Entre otras, mencionemos las siguientes ponencias:

- Ignacio Torres Muro (Universidad Complutense): "Las competencias autonómicas en materia de justicia".
- Fernando Flores Jiménez (Universidad de Valencia): "La territorialización de la organización judicial: realidad y posibilidades".
- Nicolás Pérez Sola (Universidad de Jaén): "Los Consejos Autonómicos de Justicia".

Mesa 3: "El juez y la aplicación del ordenamiento jurídico (Interpretación, vinculación y doctrina del Tribunal Constitucional, Juez y Derecho Comunitario)". Coordinadora: María del Camino Vidal Fueyo (Universidad de Burgos).

Destaquemos, entre otras, las siguientes ponencias:

- Víctor Ferreres Comella (Universidad Pompeu Fabra): "El juez y la vinculación a la jurisprudencia".

- Luis Jimena Quesada (Universidad de Valencia): "El juez y la vinculación a la jurisprudencia transnacional".
- Luis Delgado Rincón (Universidad de Burgos): "La responsabilidad del juez por la aplicación del ordenamiento jurídico".

Queda claramente indicado que, siendo las 12:00 hrs. se desarrolló la Asamblea general de la Asociación de Constitucionalistas de España para, entre otros aspectos, elegir a la nueva Junta Directiva, dándose el siguiente resultado: Presidente: Javier García Roca (Universidad Complutense de Madrid), Vicepresidente: Alejandro Saiz Arnaiz (Universidad Pompeu Fabra), Tesorera: Ana Carmona Contreras (Universidad de Sevilla), Vocal: Enoch Alberti Rovira (Universidad de Barcelona), Vocal: Miguel Revenga Sánchez (Universidad de Cádiz), Vocal: César Aguado Renedi (Universidad Autónoma de Madrid), Vocal: Camino Vidal Fueyo (Universidad de Burgos), Vocal: Itziar Gómez Fernández (Universidad Carlos III de Madrid) y Secretario: Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (Universidad de Jaén). Estamos seguros que la experiencia de cada uno de ellos será fundamental para seguir consolidando los propósitos científicos y académicos de la activa y permanente Asociación de los constitucionalistas ibéricos.

No se puede olvidar, en este orden de consideraciones, que a las 13:00 hrs. se llevaron a término las conclusiones de los coordinadores de las tres mesas, donde se fundieron importantes aportaciones. Y finalmente, se dio el Acto de Clausura del VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Al respecto, el Rector de la Universidad de Cádiz, Diego Sales, cerrando la jornada académica sostuvo, con satisfacción y legítimo orgullo, que la Universidad en mención se ha marcado como: "línea de base fundamental la promoción de la Constitución de Cádiz". Añadió que: "los pueblos inspiremos una apuesta por el constitucionalismo democrático... y que el Bicentenario [de la Constitución gaditana] es un acontecimiento para todo el pensamiento político e ideológico que se pretende se convierta en un referente para la humanidad".

Como no podía ser menos, esto es consecuencia de la velada académica, el lazo amistoso con los colegas de profesorado españoles se acentuó todavía más. En tal sentido, fue de pláceme volver a reencontrarnos durante los dos días que duró la cita académica, con emoción admirativa, con Eliseo Aja, Miguel Ángel Alegre Martínez, Alberto Anguita Susi, Raúl Canosa Usera, José Luis Cascajo Castro, Pedro Cruz Villalón, José Julio Fernández Rodríguez, Javier García Roca, Ana María Gude Fernández, Luis Jimena Quesada, Juan Manuel López Ulla, Jorge Lozano Miralles, Nicolás Pérez Sola, Fernando Rey Martínez, Gerardo Ruiz Rico Ruiz, Mayte Salvador

Crespo, Vicente Sanjurjo Rivo, Javier Tajadura Tejada, Manuel Terol Becerra, Antonio Torres del Moral, Carlos Vidal Prado, entre otros. Por cierto, también fue motivo de júbilo volver a ver a nuestro colega peruano Dany Ramiro Chávez López, y al joven profesor mexicano Alfonso Herrera García, a la sazón, actual Secretario del Consejo Editorial de la prestigiosa Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional que dirige con inteligente tenacidad Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Pero es más, por cuanto a las 13:30 hrs. trasladaron a todos los congresistas al Oratorio de San Felipe Neri situada dentro del casco antiguo de la ciudad, muy bien conservada y restaurada con sumo cuidado, concretamente en la calle San José, 38. El propósito central de la visita era conocer el lugar donde se aprobó la Constitución de Cádiz de 1812. En efecto, con mucha inquietud y entusiasmo llegamos al Oratorio cuya fachada ha testimoniado a todos los constituyentes doceañistas con placas recordatorias de los diversos países de América Latina con letras de bronce.

Finalmente, siendo las 14:30 hrs. tuvo lugar en el Hotel Parador Atlántico, que se encuentra perfectamente ubicado en la Avenida Duque de Nájera, 9 y frente a la Bahía, un espléndido almuerzo para ir preparando, desde ahora, la celebración del bicentenario de la Constitución de Cádiz que será el año 2012. El almuerzo consistió en la preparación de albondiguillas de lomo y jamón, habiéndose servido mucha carne de cordero, de res y de cerdo adobado, atún, boquerones, tortilla de camarones, mariscos, langostinos, para luego complementarlo con los famosos vinos de Jerez, provenientes de dos variedades de uvas, la Palomino y la de Pedro Ximénez, sin obviar el infaltable pan y el agradable brandy.

III. REFLEXIÓN FINAL

El tema central del VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España denominado "Poder Judicial" pone de relieve, una vez más, que no sólo en América Latina dicho órgano constitucional es materia de permanente análisis, producto de factores endógenos y exógenos. Sino también se percibe el mismo ambiente en España, donde la crisis de la judicatura, pensamos que esa es la fórmula para darle soluciones felices y no politizadas, debe ser analizada con imparcial esmero, teniendo al frente una crítica serena y desapasionada.

Las certeras enseñanzas que dejaron los diversos expositores en el VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España así lo reafi

man. Mientras tanto, Cádiz —columna de Hércules¹ sobre cuyo dintel la antigüedad escribió su *Non Plus Ultra*— se va consolidando cada día más, camino al 2012, con el lema preciso de “ciudad constitucional”.

IV. APÉNDICE

ESTATUTOS DE LA ASOCIACIÓN DE CONSTITUCIONALISTAS DE ESPAÑA (ACE)

Art.1. La Asociación de Constitucionalistas de España (ACE) agrupa a profesores y especialistas de Derecho Constitucional para contribuir a la mejora de la investigación y la docencia de esta disciplina académica.

Art. 2.

1. Se regirá por estos Estatutos y la normativa de asociaciones vigente. En lo relativo a su régimen jurídico se acoge a todos los efectos, incluidos los registrales, a las disposiciones de la ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones. Su duración es indefinida y su eventual disolución corresponde a la Asamblea.
2. El ámbito territorial de acción de la Asociación será el correspondiente al territorio español.

Art. 3.

1. La Asociación tiene su sede en la que corresponde al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Plaza de la Marina Española, número 9, Madrid (28071), pero el Presidente de la Asociación podrá fijar una dirección domiciliaria para la correspondencia ordinaria.
2. El patrimonio de la Asociación se constituye por:
 - a) Las aportaciones y cuotas de sus miembros.
 - b) Las aportaciones y donaciones de entidades públicas y privadas a título gratuito.
3. En caso de disolución, el patrimonio social se destinará a la Cruz Roja Española, para su empleo en fines benéficos en relación con su ámbito de actividades.

Art. 4. Para cumplir su principal objetivo, la Asociación podrá:

- a) Realizar Congresos y Jornadas de Estudio sobre temas del interés de sus miembros, así como publicar las ponencias y comunicaciones que se presenten.
- b) Editar periódicamente un boletín que informe sobre las novedades de la disciplina.
- c) Establecer relaciones con asociaciones semejantes de otros países e integrarse en las asociaciones internacionales correspondientes.

(1) En realidad, como me lo ha explicado mi querido colega español Jorge Lozano Miralles, las columnas de Hércules se situaban en el estrecho de Gibraltar (provincia de Cádiz), entre las penínsulas formadas por el Peñón de Gibraltar (Punta Europa) y la de Ceuta o el apéndice del Atlas. Esta visión sólo se puede observar claramente desde el mar, al salir del Mediterráneo al Atlántico.

- d) Colaborar con otras entidades en actividades docentes o investigadoras en materias propias de la disciplina.
- e) En general, participar en todas las actividades que puedan contribuir a la mejora de la investigación y la docencia del Derecho Constitucional.

Art. 5.

- 1. Pueden ser miembros de la Asociación todos aquellos estudiosos del Derecho Constitucional que tengan alguna vinculación con la Universidad.
- 2. La solicitud de incorporación deberá dirigirse al Presidente con el aval de dos miembros de la Asociación y la resolución será adoptada por el Consejo Directivo, sin posibilidad de recurso.
- 3. La baja se produce por simple comunicación escrita del interesado al Presidente.
- 4. El Consejo Directivo puede nombrar miembros especiales y honoríficos.

Art. 6. Son derechos de los miembros de la Asociación:

- 1. Participar en las diferentes actividades que la Asociación realice, cumpliendo en su caso las condiciones que se establezcan.
- 2. Asistir a la asamblea anual y a cualquier otra reunión convocada estatutariamente.
- 3. Elegir y ser elegido para los órganos directivos.
- 4. Participar en los órganos de que se forme parte con voz y voto.
- 5. En todo caso, ser informado anualmente del funcionamiento de la asociación y, especialmente, de su estado financiero.

Art. 7. Son deberes de los miembros de la Asociación:

- 1. Colaborar en la consecución de los objetivos de la Asociación.
- 2. Pagar la cuota, en la cantidad que fije el Consejo Directivo.

Art. 8. Son órganos de la Asociación la Asamblea General, el Consejo Directivo y el Presidente.

Art. 9.

- 1. La Asamblea General, como reunión periódica y estatutaria de todos los miembros de la Asociación, es el máximo órgano de decisión de la misma.
- 2. Se realizará una reunión ordinaria anual para aprobar los proyectos de actividades, el presupuesto anual y el estado de cuentas del ejercicio anterior. En ningún caso la cuantía del presupuesto anual excederá la cantidad de 250.000 (doscientos cincuenta mil) euros.
- 3. Se podrá realizar una reunión extraordinaria cuando la convoque el Presidente, por iniciativa propia o a petición de Consejo Directivo o de un número de peticiones equivalente al 20% de los socios.
- 4. La Asamblea General, convocada al menos con 15 días de anticipación, quedará válidamente constituida en primera convocatoria, si asisten la mayoría de sus miembros y, en segunda convocatoria, media hora más tarde, cualquiera que sea el número de miembros concurrentes.
- 5. Cuando se trate de reformar los Estatutos se requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta de los presentes. Los demás acuerdos se adoptarán por mayoría.

Art. 10.

1. El Consejo Directivo estará integrado por el Presidente, el Vicepresidente, el Secretario, el Tesorero y cinco vocales.
2. Serán elegidos por la Asamblea General cada tres años y pueden ser reelegidos por una sola vez.

Art. 11.

1. El Consejo Directivo es convocado y presidido por el Presidente, de acuerdo con orden del día anunciado en la convocatoria.
2. Se reunirá al menos una vez al año, de manera ordinaria antes de la Asamblea General. El Presidente, por iniciativa propia o a petición de la mitad de los vocales, puede convocar otras reuniones.
3. Sus acuerdos son válidos cuando concurren la mitad de los vocales y el Presidente.

Art. 12.

1. El Consejo Directivo es elegido por la Asamblea cada 3 años.
2. A tal efecto, se presentarán candidaturas en las que constarán los nombres del Presidente, el Vicepresidente, el Secretario, el Tesorero y cinco vocales.
3. Podrán presentarse candidaturas hasta el momento de inicio de la elección. Resultará elegida la candidatura que obtenga mayor número de votos.

Art. 13. El Presidente asume la representación legal de la Asociación, ejecuta los acuerdos de la Asamblea General y convoca y preside sus reuniones, así como las del Consejo Directivo. Le corresponde adoptar todas las iniciativas dirigidas a conseguir los fines de la asociación.

Art. 14.

1. El Vicepresidente sustituye al Presidente en caso de ausencia, vacante o enfermedad, y desarrolla todas las actividades que le encomiende el Presidente.
2. El Secretario levanta acta de las reuniones del Consejo directivo y de la Asamblea General, lleva el registro de los miembros de la Asociación, dirige la contabilidad de la misma y ordena, en general, la administración de la Asociación.

Art. 15. La propuesta de reforma de los Estatutos, que podrán formular el Consejo Directivo o quince socios, deberá dirigirse al Presidente, por escrito, al menos un mes antes de la celebración de la Asamblea en que se piense discutir. El debate se iniciará con la presentación de la propuesta, a continuación se expresará la opinión del Consejo Directivo y del Presidente, si lo estimaran oportuno. La reforma requerirá los votos favorables de la mayoría absoluta de los presentes.

Cádiz, ciudad constitucional, enero de 2008.

JORNADAS ARGENTINO, CHILENO Y PERUANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL (BUENOS AIRES, ABRIL DE 2008)

Manuel Bermúdez Tapia

Durante los días 16 al 18 de abril de 2008, en el auditorio "Santa Cecilia" de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina ubicado en Puerto Madero, se llevó a cabo la Tercera Jornada de Asociaciones de Derecho Constitucional de Argentina, Chile y Perú.

A pesar de que la actividad tiene una denominación que hace referencia a solo una trilogía de naciones, docentes de Derecho Constitucional de Bolivia, Uruguay y España participaron como expositores o panelistas, con lo cual se puede pensar en un eventual retorno a la denominación de "Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional", con la que se calificó las actividades de confraternidad académica entre Asociaciones de Derecho Constitucional de América Latina que se realizó en Iquique (Chile) en el año 2005.

La participación peruana fue nutrida en cuanto al número de docentes integrantes de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, siendo la segunda delegación más numerosa, después de la anfitriona, Argentina.

La delegación peruana estuvo presidida por Francisco Eguiguren Praeli, Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, e integrada por Domingo García Belaunde, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, José F. Palomino Manchego, Gerardo Eto Cruz, Miguel P. Vilcapoma Ig-

nacio, Aníbal Quiroga León, Omar Sar Suárez, César Valega García, Carla Chipoco Cáceda, Mary Adela Salas Jáuregui, Mary Elena Vilcapoma Salas y Manuel Bermúdez Tapia.

El miércoles 16 de abril, los Presidentes de las Asociaciones de Derecho Constitucional de Argentina, Alberto Dalla Via; Chile, Humberto Nogueira Alcalá y del Perú, Francisco Eguiguren Praeli en compañía del señor Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Gabriel Limodio, dieron por inaugurada las Jornadas Argentino, Chileno y Peruanas de Asociaciones de Derecho Constitucional.

La primera conferencia de las Jornadas estuvo a cargo del doctor Jorge R. Vanossi, titulada "Sobre la eficacia e ineficacia del Derecho".

La primera sesión de las Jornadas, se denominó "Poder Constituyente Irregular" y estuvo bajo la Presidencia de Alberto García Lema y el secretariado de Sergio Díaz Ricci.

Participaron como expositores Víctor Bazán y Jorge Tapia Valdés y por el Perú el magistrado del Tribunal Constitucional, Gerardo Eto Cruz, quien hizo referencia al contexto político y social previa a la promulgación de la Constitución peruana de 1993. Igualmente hizo remembranza de la Comisión de Reforma de la Constitución de 1993, nombrada por el Presidente de la República, doctor Valentín Paniagua Corazao.

La segunda sesión tuvo la denominación de "Ejecución y proyección en el ámbito interno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", siendo presidida por Susana Cayuso y el secretariado de Adelina Loianno.

Participaron como expositores Pablo L. Manili y Miriam Henríquez y por el Perú, Francisco Eguiguren Praeli.

Por la importancia de la temática en particular para la delegación peruana, la exposición de Francisco Eguiguren Praeli abordó el contexto nacional del cumplimiento de sentencias del máximo tribunal del sistema interamericano de protección de Derechos Humanos; posición que fue complementada con las ponencias de Omar Sar Suárez, "Revisión judicial de resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones – Ocaso de una interpretación inconstitucional", y de Aníbal Quiroga León, "La recepción interna de las sentencias de la CIDH en el Perú".

Durante el último día de las Jornadas se desarrollaron las dos últimas sesiones; así se desarrolló la tercera sesión denominada "Remoción de

los miembros de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales”, bajo la Presidencia de Jorge Horacio Gentile y el secretariado de José Heredia.

Participaron como expositores Emilio Pfeffer Urquiaga, María Angélica Gelli y por el Perú, Miguel P. Vilcapoma Ignacio.

En el desarrollo de las ponencias correspondientes a la sesión, Manuel Bermúdez Tapia participó con el texto “La destitución de magistrados de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional en el Perú”.

La sesión vespertina se desarrolló bajo la modalidad de sesión abierta, con la mesa “Estado actual de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables”, bajo la Presidencia de Orlando Gallo y el secretariado de Norberto Ramón Maraní.

Los expositores fueron Francisco Zúñiga Urbina y Alberto Bianchi y por el Perú, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera.

Dadas las características de la sesión y el tema en particular, los debates fueron los que provocaron el mayor número de participaciones de los asistentes, generándose un elevado nivel de apreciaciones conceptuales de parte de Alberto Bianchi y de Eloy Espinosa-Saldaña.

Finalizadas las sesiones programadas, Eugenio Palazzo, Presidente de la Comisión Organizadora de las Jornadas hizo un relato general de todas las sesiones a modo de síntesis y de extracción de conclusiones.

La conferencia de clausura de la actividad estuvo a cargo de Javier García Roca, Presidente de la Asociación de Constitucionalistas Españoles, quien disertó sobre “Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿Cuál es el margen de apreciación nacional?”

Ponencia motivada a raíz del contexto de promulgación de una Constitución para la Unión Europea y el desarrollo de casos específicos ante la Corte Europea de Derechos Humanos, en particular aquellos en los cuales dicha instancia supranacional tiene especial cuidado en la valoración del criterio de la “apreciación nacional”, citándose casos como los vinculados a Irlanda o Turquía, donde dicho criterio se convierte en un elemento difuso de interpretación.

Previa a la sesión de cierre de las Jornadas, los Presidentes de las Asociaciones de Derecho Constitucional de Chile, Perú y Argentina en representación de sus asociados, rindieron un merecido homenaje a Ricardo

Haro (Argentina), Presidente honorario de la Asociación Argentina del Derecho Constitucional, en mérito a su excelente vida académica, profesional y calidad humana.

En el discurso de agradecimiento, el notable perfil profesional y académico de Ricardo Haro quedaron en un segundo plano, cuando con total sencillez y calidez personal agradeció el gesto de sus colegas chilenos, peruanos y de sus propios compatriotas, a muchos de los cuales los tuvo en condición de discípulos.

A nombre de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, anfitriona de las Jornadas, su Presidente Alberto Dalla Vía pronunció el discurso de cierre, agradeciendo la participación de las delegaciones de Chile y el Perú, comprometiendo a las mismas en la continuidad de las Jornadas por el éxito alcanzado, no solo en el ámbito del desarrollo temático constitucional, sino en el afianzamiento de los vínculos personales entre los integrantes de dichas asociaciones.

Lima, junio de 2008

DOCUMENTOS

LA NECESIDAD DE LA CONCERTACIÓN NACIONAL *

Valentín Paniagua Corazao

Acción Popular ha planteado la necesidad de garantizar al Perú, a partir del 2006, un gobierno. Esa tesis está vinculada a otra. La crisis global que el Perú sufre (crisis de la política, del Estado, del régimen de representación y de los partidos, de la democracia, de legitimidad y representación institucional, social y política y, finalmente, crisis de identidad asociada a una profunda crisis social y económica que se traduce en la exclusión social derivada fundamentalmente de la falta de empleo) solo puede resolverse con un enorme y constante esfuerzo de concertación que se traduzca en consensos que se inspiren en una visión compartida de futuro y que se expresen en acuerdos nacionales globales o parciales que inspiren la acción del Estado, la dinámica de las instituciones de la sociedad y señalen el derrotero de un quehacer histórico para el Perú.

El empeño, pues, por la concertación y la búsqueda de consensos está más allá de cualquier apetito de carácter puramente electoral y busca resolver algunos problemas de fondo que es preciso identificar.

1. UNA VISIÓN COMPARTIDA DE FUTURO: UN QUEHACER HISTÓRICO

En primer término, el Perú requiere definir una suerte de quehacer histórico, es decir, una visión compartida de futuro, cuando menos, por la gran mayoría de los peruanos o, por la gran mayoría de los representantes de sus instituciones. Esa visión debe recoger, de algún modo, la inspiración ética y expresar los valores fundamentales de la cultura ancestral del Perú y expresar la identidad nacional. Parte de ese esfuerzo se ha materializado ya en el Acuerdo Nacional que es preciso enriquecer y darle contenido universal.

2. REIVINDICAR EL VALOR DE LA POLÍTICA

En segundo lugar, es preciso reivindicar el valor de la política como preocupación universal y general por el destino colectivo, más allá y por encima de los intereses sectoriales y singulares. Esa exigencia, derivada del carácter republicano de la organización del Estado, debe servir, asimismo, como inspiración para la construcción de un régimen democrático fundado en el diálogo y la concertación. Y es que el Perú es una realidad, plural, compleja y heterogénea en todos los aspectos de su realidad por lo que la coexistencia general exige la búsqueda de la unidad en la diversidad e, inevitablemente, el diálogo y la concertación.

Reivindicar el valor del diálogo, como dinámica social y política, en oposición a la "acción directa" y a la confrontación es una necesidad impuesta por necesidades de sobrevivencia y racionalidad elementales. Pero es también un requerimiento para la construcción de un genuino sistema de partidos y para asegurar la gobernabilidad del sistema democrático dentro del régimen presidencial por el que el Perú ha optado, cuando menos, hasta ahora.

3. POLÍTICA PARTIDARIA: LUCHA POR LOS INTERESES DEL PERÚ Y FORO DE PARTIDOS

El Perú ha vivido en perpetua confrontación (intolerancia religiosa, militarismo, caudillismo, autoritarismo, racismo, terrorismo, discriminación, etc., etc.). Ese clima se ha traducido en diversas formas de violencia (política, económica, social, cultural, estructural, etc.) y acción directa, como ya se ha dicho. La política no ha sido una excepción. Ha sido siempre una competencia de enemigos más que un empeño de adversarios, unidos por

el propósito común de servir los intereses del Perú, aunque discrepando en la forma de hacerlo, es decir, solo en los medios. Y ello lejos de favorecer la afirmación y consolidación de los partidos o de la unidad nacional favorece la disolución y división del Perú.

Nadie podrá modificar ese clima ni cambiar esa realidad excepto los propios actores políticos. Acción Popular, por ello, recoge valiosas experiencias de otros países, y propone la creación de un foro de partidos. Este foro (que no sustituirá ni competirá con el Acuerdo Nacional) sería, para comenzar, un punto de encuentro y un ámbito abierto al diálogo de los partidos no solo con propósitos deontológicos para elevar el nivel de la política, establecer reglas mínimas de conducta y ética de los partidos y de sus militantes, sino para concertar esfuerzos a fin de mejorar y elevar la calidad de la democracia y facilitar la concertación parlamentaria o política, hacer docencia cívica, mejorar los niveles de gestión y fiscalización política, y, en general y sobre todo, para asegurar una mayor y mejor participación popular en el quehacer público.

4. PRESIDENCIALISMO MULTIPARTIDARIO: NECESIDAD DE COALICIONES PARA LA GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA

El régimen político peruano (un presidencialismo con un multipartidarismo extremo —más de cinco partidos en lista—) solo puede tener estabilidad si el Presidente logra un sólido y disciplinado respaldo parlamentario. Así lo demuestra la experiencia latinoamericana y peruana de los últimos 50 años. Y eso obliga a buscar alianzas electorales para la formación de coaliciones de gobierno, antes o después de las elecciones. La oportunidad, sin embargo, no es un tema discrecional u opinable. Depende de la oportunidad de la elección y del sistema electoral establecido para la integración del Congreso. En el caso del Perú, esas coaliciones solo podrán formarse si hay alianzas sólidas, desde la primera vuelta, dado el sistema electoral vigente. Las razones electorales que aconsejan esa medida se expresan a continuación. Más adelante, se verán las razones políticas que son más importantes y relevantes aun.

La elección del Congreso se hace, ahora, por distritos plurinominales de tamaño pequeño o medio (2 a no más de 10 representantes) mediante el sistema proporcional. La dispersión que este sistema produce, favorece, ahora, a los grupos mayoritarios en cada circunscripción. Solo interesa el resultado de cada circunscripción y no hay aporte de votos para una eventual lista nacional. En consecuencia, no puede especularse (como cabía en

el pasado) con la posibilidad de sumar votos, por separado, para lograr representación, merced al distrito nacional. Cada distrito aportará su cuota parlamentaria pero no votos, salvo para eventuales elegibles por distrito nacional que podrían ser los senadores.

La multiplicación y la reducción del tamaño de los distritos electorales, como es sabido, tienen un efecto reductor del número de partidos en el sistema proporcional y favorecen a las tendencias dominantes en cada distrito. Por consiguiente, la alianza, aun en primera vuelta, favorece a la lista hegemónica o a su contendora y excluye a la otra u otras. Cuanto más reducido es el número de elegibles, tanto más ventajoso para las tendencias hegemónicas.

5. UNA PLATAFORMA DE GOBIERNO QUE ASEGURE: (I) UNA TRANSICIÓN ORDENADA Y EFICAZ Y (II) LA EJECUCIÓN DEL PROGRAMA DE GOBIERNO EN EL MEDIANO PLAZO

Un gobierno no es solo un presidente y un Congreso con representación parlamentaria mayoritaria (de partido, apartidaria o por coalición que respalde al Ejecutivo). Es, sobre todo, como hemos sostenido, un conjunto de planteamientos capaces de asegurar la gobernabilidad y que fije políticas, estrategias, objetivos y metas de largo, mediano y corto plazo. Eso implica, dentro de un racional planteamiento estratégico, (i) el diseño y la concertación de la acción política no solo del Ejecutivo y del Congreso sino el de todas las instituciones del Estado, así como la previsión de cauces de concertación con las instituciones de la sociedad civil y, desde luego, con la ciudadanía en general; (ii) la concepción de unas ideas-fuerza para desencadenar una dinámica social de cambio; (iii) la definición de unos principios éticos, políticos, capaces de inspirar una mística colectiva y (iv) un programa de gobierno específico que contemple, dentro de las previsiones del Acuerdo Nacional, las acciones necesarias para garantizar la eficacia de la acción del Estado, en todas sus instituciones, para garantizar y permitir que cumplan sus actividades con eficiencia los actores y agentes económicos y sociales y las instituciones de la sociedad civil.

Hay ya en el Perú un Acuerdo Nacional que fija las políticas de largo plazo y plan que puede perfeccionarse y modernizarse. Hay además dos acuerdos de corto y mediano plazo concertados en relación a la educación y a la inversión y generación de empleo.

Se requiere diseñar el programa de gobierno de mediano plazo, que cubra los cinco años del mandato constitucional y que, con toda seriedad,

proponga e intente ejecutarse durante la vigencia del mandato. Tal programa debe ser la base del compromiso nacional de quien intente encabezar el movimiento o alianza. Ese programa debe enfatizar más que realizaciones concretas no materiales, objetivos específicos y metas viables. Acción Popular debe aprobar ya su Plan de Gobierno que debe servir a ese fin.

6. PLAN DE SALIDA PARA GARANTIZAR LA CONTINUIDAD DEMOCRÁTICA

Problema fundamental en el Perú ha sido asegurar la continuidad en la gestión de los gobiernos e impedir que se pierdan esfuerzos, iniciativas e inversiones en marcha, en obsequio de nuevas iniciativas que, con frecuencia, reproducen los programas en ejecución. No deben menospreciarse ni perderse los esfuerzos iniciados o realizados ni desaprovechar las inversiones efectuadas ni interrumpir los proyectos iniciados. Es preciso, en consecuencia, un plan de transición que contemple dos aspectos: uno relacionado con la continuidad y otro que propone al gobierno un plan para asegurar una salida airosa del Gobierno. AP ha resumido ese plan en cinco puntos: (i) relanzamiento de la iniciativa nacional anticorrupción; (ii) relanzamiento de la reestructuración educativa y de la atención de la salud para el mejoramiento de la calidad educativa; (iii) promoción de la inversión nacional y extranjera para la generación de empleo digno; (iv) reforma de la estructura del Estado (reforma del Poder Judicial, descentralización y administración pública); y (v) seguridad (jurídica, política, económica, ciudadana, interior y exterior).

7. CONCLUSIÓN

Se trata, pues, de emprender un serio esfuerzo de reforma de la política, de la democracia, del Estado, del régimen representativo y de la participación popular. Esa proeza exige, entre otras cosas, un cambio radical en el estilo de la política y en la conducta de los actores políticos y, dentro de estos, de modo especial de los partidos. Corresponde, pues, a estos inspirar y desencadenar el proceso de cambio. Tal responsabilidad deriva precisamente de su cuádruple responsabilidad que es (1) representación del pueblo en el ejercicio del poder; (2) intermediar entre el pueblo y el poder; (3) formar y orientar la opinión pública y (4) organizar al pueblo para garantizar una dinámica social puesta al servicio del interés general.

Como consecuencia de todas estas acciones se espera (1) elevar y transformar cualitativamente la política, (2) hacer de la democracia un

instrumento eficaz de creación de ciudadanías reales, (3) garantizar la eficacia del Estado en el cumplimiento de sus funciones, (4) relegitimar, reconciliar y por fin, institucionalizar la representación popular a través de partidos políticos serios y formalmente organizados y (5) garantizar una real participación popular en el diseño, gestión o fiscalización del quehacer público, en lo posible a partir de un proyecto sugestivo de vida en común diseñado desde una visión compartida de futuro.

Acción Popular ha cumplido ya con promover el clima para ese diálogo que, ahora, todos reclaman. Es preciso darle jerarquía y seriedad.

NECROLÓGICA

ANTONIO LA PERGOLA (1931-2007)

El 18 de julio de 2007 falleció en Roma, el jurista italiano Antonio Mario La Pergola, uno de los más influyentes y admirados hombres públicos en la Europa de la segunda posguerra. Extraordinarias dotes en los ámbitos del derecho y la política fueron una constante en sus calidades de profesor universitario, investigador, juez, abogado, ministro, parlamentario, o jefe de comisiones y proyectos institucionales. Su polifacética trayectoria estuvo marcada por la dedicación incansable, una profética manera de observar el Derecho constitucional y unas poderosas convicciones integracionistas y democráticas.

Antonio La Pergola nació en la ciudad siciliana de Catania el 13 de noviembre de 1931. Se graduó en la *Facoltà di Giurisprudenza* de la Universidad de Catania, en 1952. En su país natal, recibió enseñanzas de Derecho Constitucional de maestros del prestigio de Paolo Biscaretti di Ruffia o Costantino Mortati. En 1955, con el patrocinio de la Fundación Fulbright, obtuvo el *Master of Law* en la Universidad de Harvard, donde se formó en la cultura jurídica anglosajona bajo la tutoría de profesores como Roscoe Pound, Paul A. Freund o Carl Friedrich. Ahí, también conoció a su compatriota Altiero Spinelli, considerado uno de los padres de la Unión Europea, y al politólogo británico Kenneth Wheare, fervientes federalistas, a propósito del seminario que dirigía el profesor Friedrich. En Europa, completó estudios de posgrado en Edimburgo y La Haya.

Posteriormente, se desempeñó como profesor ordinario de Derecho constitucional y Derecho público general y comparado en las universidades de Padua (1967-1969), Bolonia (1969-1973), y Roma (desde 1973).

Fue profesor visitante de varios centros universitarios extranjeros como la Johns Hopkins University, Bologna Centre; University College (Dublín), Austin Law School (Texas), Puerto Rico Law School, UCLA Law School (Los Angeles, California) o la Harvard Law School. Su trayectoria académica fue reconocida con el doctorado *honoris causa* por las universidades Complutense y Carlos III (ambas de Madrid), de Lisboa y de Bucarest. Fue también profesor honorario en la Universidad de Salamanca y profesor investigador en el Max-Planck-Institut de Heidelberg. Su presencia profesoral honoraria en universidades como la Nacional Autónoma de México, Externado de Colombia (Bogotá), o las argentinas Nacional de la Plata, del Litoral de Belgrano, y de Córdoba, representa su aproximación académica con el entorno latinoamericano.

Dentro de la investigación jurídica que cultivó el profesor La Pergola, destacan sus aportaciones en materia de teoría de las fuentes y relación de ordenamientos jurídicos, federalismo y regionalismo, Derecho comunitario, Derecho comparado y justicia constitucional. En especial, el pensamiento lapergoliano significó una penetrante impronta en las problemáticas relaciones entre el ordenamiento comunitario europeo y los ordenamientos nacionales. Fue particularmente incisivo en la solución que de esta dicotomía normativa finalmente pudo imponerse en el caso italiano. De hecho, la influencia de sus tesis a este respecto constituyen una visible muestra de cómo su producción científica, lejos de circunscribirse a denodados apuntes ideológicos, llegó a trascender a la dimensión práctica de las instituciones jurídicas. Ese binomio que es profesar la teoría y llevar su lógica a las consecuencias dinámicas del Derecho, para cualquier jurista de muy difícil de realización, para La Pergola fue una condición permanente de su existencia.

Entre sus obras de mayor impacto, en primer lugar debe destacarse su laureado libro: *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale* (Milán, 1961), traducido al castellano como *Constitución del Estado y normas internacionales* (México, 1985) por los profesores José Luis Cascajo y Jorge Rodríguez Zapata, en donde por primera vez puede encontrarse formulada su teoría de las fuentes "atípicas". Analiza el federalismo estadounidense y las autonomías regionales en clave comparada en múltiples trabajos, entre los que sobresalen sus monografías: *Residui "contrattualistici" e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti* (Milán, 1969), y *Tecniche costituzionali e problemi delle autonomie "garantite": riflessioni comparatistiche sul federalismo e sul regionalismo* (Padua, 1987). En español, otros de sus títulos son: *Poder exterior y estado de derecho: el constituciona-*

lista ante el derecho internacional (Salamanca, 1987) y *Los nuevos senderos del federalismo* (Madrid, 1994). Entre otras muchas contribuciones, se recuerda con recurrencia su prefacio italiano al libro de Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, al cuidado de Carmelo Geraci (Milán, 1981).

Dentro de su dilatada trayectoria como servidor público, el primer cargo importante de Antonio La Pergola fue el de director del Instituto de Estudios Regionales, dependiente del Consejo Nacional de Investigaciones del Gobierno italiano. Entre 1976 y 1978, fue miembro del Consejo Superior de la Magistratura. En 1978, nominado por el presidente de la República Giovanni Leone, fue designado magistrado de la Corte Constitucional italiana. Asumió sus funciones el 14 de junio de ese año, sucediendo a Paolo Rossi. A su paso por la Corte asumió, entre otros importantes asuntos, la relatoría de paradigmáticos casos relacionados con la aplicación del Derecho comunitario en la República italiana. La línea de la jurisprudencia constitucional que la Corte mantuvo en esta cuestión no podría explicarse sin la incidencia de La Pergola en la doctrina de ese órgano de la jurisdicción constitucional. A su ponencia se deben, por ejemplo, las sentencias número 81 y 86 de 1979 relativas a la función de las directivas comunitarias en materias que eran de la competencia de las regiones. Fue también relator de la importante sentencia número 170 de 1984 en la que se afirmó, en definitiva, la inmediata aplicabilidad del Derecho comunitario frente a una norma interna incompatible. En esta resolución se zanjó la hasta ese entonces reticente oposición de la Corte Constitucional frente al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, estableciéndose de este modo un principio interpretativo que regiría el desarrollo jurisprudencial sucesivo. El 15 de enero de 1986 fue nombrado vicepresidente de la Corte y unos meses después, el 24 de junio del mismo año, fue electo presidente. En este alto cargo permaneció hasta la finalización de los nueve años de su mandato como magistrado constitucional, el 14 de junio de 1987.

Entre 1987 y 1989, en sendos gobiernos de Giovanni Goria y Ciriaco de Mita, Antonio La Pergola se desempeñó como ministro italiano para las relaciones comunitarias, posición desde la cual promovió la ley que por mucho tiempo disciplinó el cumplimiento de las obligaciones de su país en cuanto miembro de las Comunidades Europeas. Por ese motivo, dicha ley, la número 86 de 9 de marzo de 1989, desde su gestación fue conocida como "Ley La Pergola". Esa normativa permaneció en vigor por muchos años, hasta que fue modificada por la ley número 11 de 4 de febrero de 2005.

A los cargos al servicio de su República, siguió una no menos ejemplar vida política y jurisdiccional a escala europea. Siendo miembro del par-

lamento europeo con el grupo socialista, del 26 de julio de 1989 al 14 de enero de 1992, presidió la comisión de energía, investigación y tecnología. Luego, del 15 de enero de 1992 al 18 de julio de 1994, presidió la comisión de cultura, juventud, educación y medios de comunicación. Debe ponerse de relieve que, durante su periodo como diputado europeo, en cuatro ocasiones formó parte de la delegación para las relaciones con los países de América central y México.

Tras desempeñar sus responsabilidades como parlamentario, respondió al llamado a formar parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Hacia finales de 1994, del 7 de octubre al 31 de diciembre, se desempeñó como juez de ese tribunal. Desde el 1º de enero de 1995 prestó labores como Abogado general del mismo tribunal, cargo en el que permaneció hasta el 14 de diciembre de 1999. El día siguiente, empezó un más largo periodo como juez del propio Tribunal de Justicia, que culminó el 3 de mayo de 2006, fecha que ponía punto final a poco menos de veinte años como funcionario directo de las instituciones europeas. Después, regresó a su país para presidir el *Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato*, casa de moneda italiana, en el que sería el último cargo de su impresionante vida pública.

Ninguna de las múltiples responsabilidades que desempeñó consiguió alejar al profesor La Pergola de su actividad académica, su producción jurídica escrita o la dirección de otras trascendentes empresas comprometidas con sus convicciones democráticas, el estado de derecho o la defensa de los derechos humanos. Así, por ejemplo, siendo miembro del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dirigió la *Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho* (*European Commission for Democracy through Law*) auspiciada por el Consejo de Europa, y también por ese tiempo llegó a presidir la Asociación Italiana de Constitucionalistas.

Es preciso mencionar que la *Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho*, mejor conocida como "Comisión de Venecia", debe su germen y consolidación a la tenacidad de Antonio La Pergola. Fue creada en 1990 y desde ese momento estuvo presidida por él hasta el día de su muerte, esto es, por un periodo de casi 17 años. Mediante este proyecto, La Pergola pretendía llevar una vez más a la realidad su convencimiento de que la democracia es un sistema susceptible de exportación, sobre la base de la experiencia occidental. Pero la idea del jurista siciliano no terminaba en su vehemente creencia por la "exportabilidad": para él la democracia era un modelo que no cabía considerar sin una idea clara del respeto al estado de derecho. Esta concepción que en principio parece de común sentido inseparable, como se sabe, no es una idea de la que hoy pueda predicarse

su obviedad si se repara en que no siempre está presente en los procesos de transformación constitucional de nuestro tiempo. Las virtudes de la ideología lapergoliana deberían ser, pues, insoslayables llamadas de atención a los agentes que en la actualidad protagonizan el cambio político en muchas latitudes del mundo.

Al poco tiempo de su creación, la Comisión de Venecia empezó a jugar un papel esencial en los procesos de transición democrática y constitucional de los países de Europa central y del este, tras la caída del muro de Berlín. El trabajo de la Comisión mucho tiene que ver con que tales procesos hayan alcanzado, con éxito, estándares democráticos internacionalmente reconocidos. Incluso, su actividad ha trascendido las fronteras al haber intervenido dinámicamente en las transiciones políticas de otras naciones no europeas, como en el caso de Sudáfrica. En representación de América latina, Argentina, México y Uruguay han sido países que han participado como observadores externos a la labor de asesoría constitucional dispensada por los expertos de la Comisión.

El vacío que deja la desaparición física de Antonio La Pergola es imposible de colmar. Pero su legado, como todas las nobles causas por las que luchó en vida, cobra una proyección universal y es de imprescindible referencia para la reflexión del constitucionalismo europeo contemporáneo. Un constitucionalismo que sería hoy algo distinto de no haber tenido entre sus incansables impulsores a este excepcional iuspublicista italiano.

Alfonso Herrera García *

(*) Candidato a Doctor, Universidad Complutense de Madrid.

JUAN FERRANDO BADÍA (1926-2007)

Mis primeros recuerdos de lo que, andando el tiempo, sería una larga e intensa relación académica con el Profesor Ferrando Badía —Don Juan para todos, absolutamente todos, los que yo vi tratarle— se remontan a finales de 1982, justo cuando yo comenzaba mis estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, y él acababa de retornar a ésta para ocupar la cátedra que poco antes había dejado vacante Diego Sevilla Andrés.

De aquel año académico tan repleto de nuevas vivencias, recuerdo no pocas asociadas a su persona. La primera, cómo no, tenía que ver con sus clases de Derecho Político: confiado el desarrollo cotidiano del programa de la asignatura a una de sus colaboradoras, Don Juan aparecía por el aula sólo de cuando en cuando, a veces acompañado de un pequeño séquito de ayudantes, para romper la rutina hablando de lo divino y de lo humano desde la altura que le daba su ya dilatada trayectoria académica, y que reforzaba en no poca medida el escenario casi teatral del Aula Magna de la vieja Facultad de Derecho en Blasco Ibáñez. Si para muchos compañeros su aparición por clase era bienvenida por la sencilla razón de que lo que Don Juan contaba no entraba para examen, para otros su visión directa y crítica de un devenir político del que él estaba siendo actor, observador y analista, constituía un valioso contrapunto a la sobreabundancia de teoría que bien podíamos encontrar en los manuales académicos.

El segundo de mis recuerdos tiene que ver, precisamente, con su copiosísima producción científica, buena parte de la cual tuvo como destinatarios últimos los que —como yo— éramos sus estudiantes. Recién salido, como quien dice, del Instituto, la tarea de aprenderse —uno tras otro— sus voluminosísimos *Estudios de Ciencia Política*, más los borradores de lo que después serían las segundas ediciones de *El Estado unitario, el federal y el regional*, y

Democracia frente a autocracia, constituyó —además de un motivo de desesperación y de no pocas noches de insomnio—, una fascinante experiencia que me puso en contacto directo con las grandes cuestiones que la política contemporánea plantea y a las que el Derecho intenta, infructuosamente a veces, dar respuesta. Acostumbrado a los sencillos esquemas de los libros de texto utilizados en la enseñanza preuniversitaria, el derroche de citas, tesis, argumentos y contraargumentos, casos y ejemplos expuestos —a veces desordenadamente— por Don Juan constituyeron —para mí al menos— la primera evidencia palpable de que en el mundo de la Política y del Derecho todo era discutible, todo era argumentable, y todo era experimentable.

Por último, el tercero de mis recuerdos se asocia con el ya desaparecido despacho de moqueta verde, muebles clásicos y librerías acristaladas que Don Juan ocupaba en el Seminario de Derecho Político. En mi condición de delegado de curso —y, confesémoslo, de alumno empollón con aspiraciones a hacer carrera en la Universidad— frecuenté no pocas veces ese lugar, desde el que Don Juan dictaba a sus secretarías, reprendía a sus ayudantes, y despachaba en persona o por teléfono con una interminable procesión de catedráticos, decanos, rectores, alcaldes, consellers y hasta cardenales, casi siempre tratándolos con ese “¡llustre...!” que tantas veces utilizaría conmigo y que tan halagador resultaba. Entre el aturdimiento y la fascinación, esas periódicas esperas me servirían para comprender que si bien el investigador universitario puede legítimamente optar por encerrarse en la torre de marfil de su biblioteca para leer a cientos de libros cubiertos de polvo, el académico comprometido con su sociedad y con su tiempo está moralmente obligado a saltar a la arena del debate poniendo al servicio de aquello en lo que crea los talentos que Dios le haya brindado.

Don Juan Ferrando falleció el pasado 2 de diciembre, aunque desde hacía años el Alzheimer se había llevado ya por delante no solo su memoria, sino también su vitalidad y su espíritu combativo: todo aquello, en suma, que no le dio tiempo a poner en los papeles. Sin querer ocupar el lugar de las necrológicas al uso con la enumeración minuciosa de las obras más relevantes de su copiosa producción científica, el listado —también dilatado— de las universidades en las que enseñó y de los cargos públicos por los que transitó, y la valoración de su intensa actividad pública en defensa de la cultura, la historia y las señas de identidad valencianas, quizás sí sea oportuno subrayar que el legado que deja en el campo estrictamente académico es —y seguirá siendo— de un valor singular.

Sin alejarse del tratamiento de los problemas más intemporales de la Ciencia Política, de cuyo estudio fue pionero en nuestro país, lo cierto es que las principales preocupaciones de Ferrando Badía como académico es-

tuvieron estrechísimamente conectadas con el pulso del tiempo en el que le tocó vivir. Sus estudios en torno a la disyuntiva democracia-autocracia y los modos de transición y afianzamiento de ésta se produjeron en el momento mismo en el que España encaraba ese preciso camino; del mismo modo que su análisis de las formas de organización territorial del Estado —iniciado en los sesenta con sus trabajos sobre el sistema regional italiano— trasladó su enfoque hacia el modelo autonómico español y la vertebración de las instituciones autonómicas valencianas, en el momento en el que éstas empezaban a definirse y aquél a precisar de una teorización. En lo uno y en lo otro, y en general en toda su producción académica, su identificación con la postura de que solo un análisis jurídico de la política, y político del Derecho estaba en condiciones de brindar una visión completa de nuestra realidad jurídico-constitucional marcó a una generación de académicos y servidores públicos, toda vez que entre los que se reconocen como discípulos y alumnos suyos se cuentan no solo una buena parte de quienes actualmente enseñamos el Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia y varios reconocidos catedráticos de otras Universidades españolas, sino también algunos de los políticos más relevantes de nuestra Comunidad, con su *President* —como él mismo ha reconocido— a la cabeza.

Pero, por encima de cualquier otra, la lección que con más intensidad se aplicó a enseñar Juan Ferrando fue la de la sustantividad de la vocación universitaria. Un hombre como él, de trayectoria dilatada e intenso compromiso cívico, tuvo sin duda muchas oportunidades para saltar desde la cátedra hasta cualquier puesto relevante en el Gobierno, el Parlamento o la Administración, y ello tanto a nivel nacional como autonómico o local. Sin embargo, su compromiso con la institución universitaria no se quebró jamás, como atestigua el hecho de que su paso por instituciones como el *Consell Valencià de Cultura*, el *Consell Jurídic Consultiu* o la Sindicatura de Agravios de la Comunidad Valenciana no se verificase hasta después de su jubilación como catedrático. En tiempos como los que ahora atravesamos, en los que el desánimo y hasta frustración traspasa al mundo académico de uno a otro extremo, el entusiasmo y la rotundidad con la que Juan Ferrando afirmó siempre que su primera y principal condición era la de universitario merecería ser recordada e imitada. Confío en que a Don Juan le alegrará saber que así lo hacemos, al menos, aquellos que la aprendimos de él.

Carlos Flores Juderías *

(*) Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Valencia

NORMAS PARA LOS COLABORADORES

1. Solo se publicará trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerá artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
2. Se recibirá artículos doctrinarios (aspectos generales, comparados o nacionales) así como notas breves o comentarios jurisprudenciales o de libros.
3. La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible, los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
4. La Revista solo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idioma extranjero, podrán ser traducidos por la redacción de la Revista.
5. Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio.
6. Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posible, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre de autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.).
7. Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un ejemplar en bond, y de ser posible, un diskette word for windows, versiones 5, 6 ó 7.
8. La Dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
9. A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y 10 separatas.
10. El autor cuya colaboración haya sido publicada se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino 3 meses después de aparecida en su versión original.



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)