

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
DIRECTOR
LUIS ELGUERA
SECRETARIO

AÑO 9, N° 17
JULIO - DICIEMBRE 2008

17 / 2008

Revista Peruana de Derecho Público

ESTUDIOS

Diez años de historia constitucional austriaca (1918-1928)
Reseña histórica
por **CHARLES EISENMANN**

Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia
por **DIETER NOHLEN**

Prohibición de discriminación y admisión en clubes privados
por **JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS**

El control de las políticas públicas por el Poder Judicial en el Brasil
por **MARCELO FIGUEIREDO**

¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos?
(Control de constitucionalidad y convencionalidad)
por **JUAN CARLOS HITTERS**

GRJLEY

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 9, Número 17 • Julio-diciembre 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**

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

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

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

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

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012001-0883

Editora Jurídica *Grijley* E.I.R.L.

Jr. Azángaro 1075 - Of. 207
Telf.: 427 3147 / Telefax: 427 6038
Web: www.grijley.com
E-mail: grijley@terra.com.pe

SUMARIO

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

ESTUDIOS

Diez años de historia constitucional austriaca (1918-1828) Reseña histórica CHARLES EISENMANN	13
Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia DIETER NOHLEN	33
Prohibición de discriminación y admisión en clubes privados JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS	63
El control de las políticas públicas por el Poder Judicial en el Brasil MARCELO FIGUEIREDO	87
¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad) JUAN CARLOS HITTERS.....	133

NOTAS

La moral pública en México JORGE CARPIZO	163
---	-----

REPORTAJE

Reportaje a Linares Quintana, el constitucionalista de América (en su 99 aniversario) UBALDO CENTURIÓN MORINIGO.....	181
--	-----

CRÓNICAS

El Derecho Constitucional en la Ciudad Blanca A propósito del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional JHONNY TUPAYACHI SOTOMAYOR.....	197
IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional VÍCTOR JULIO ORTECHO VILLENA.....	209
Resumen ejecutivo de gestión del Tribunal Constitucional Año 2008.....	213

DOCUMENTOS

El Poder Judicial y la democracia VÍCTOR ANDRÉS BELAUNDE.....	221
--	-----

EDITORIAL

El segundo semestre de 2008 ha sido bastante movido y el interés principal de la ciudadanía y sobre todo de la opinión pública ha estado vinculado con la crisis económica, que si bien se admite que se origina en el exterior, tiende a repercutir en nuestro país. Y el debate es en qué extensión esto sucede o puede suceder.

A nivel institucional han sucedido también hechos significativos. Así, por ejemplo se produjo un cambio inesperado en la presidencia del Tribunal Constitucional. El 9 de julio César Landa puso fin anticipado al período para el cual había sido designado presidente, renunciando irrevocablemente. La renuncia fue realizada sin ofrecer mayor explicación y dio lugar a diversas especulaciones. El magistrado Carlos Mesía tomó la posta interinamente.

Cuando a inicios de diciembre correspondía efectuar la elección para el siguiente período regular de la presidencia de dicho órgano, hubo algunas fricciones entre los magistrados. La convocatoria para el 1º de diciembre efectuada por Mesía resultó frustrada por falta de quórum. Ante ello, Mesía optó por renunciar, llegándose posteriormente a un consenso con la elección en la presidencia del magistrado Juan Vergara Gotelli. Su elección se produjo el 16 de diciembre con Carlos Mesía en la vicepresidencia. El día anterior a dicha elección fue publicada en la página web del Tribunal una resolución relativa al caso de El Frontón en que con votos de Mesía, Vergara, Calle y Álvarez Miranda se declaró nula la admisión de un recurso de queja (interpuesto por una ONG) con los votos singulares de Landa, Beaumont y Eto. La decisión por mayoría del Tribunal en este caso, originó una polémica intensa entre los medios y la opinión pública culta, que aun no ha amainado y que merece un análisis sereno en otra oportunidad.

Otro suceso importante es la publicación, el 4 de noviembre, de la Ley de la Carrera Judicial, la primera ley especial que se promulga en el Perú sobre esta materia, que antes estaba regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial. A primera vista, esta ley introduce aspectos importantes que dan forma y ordenan la carrera judicial, muchos de los cuales estaban tratados en la normativa derogada. Esta es una norma de desarrollo del Derecho Público peruano, que habrá de ser motivo de estudios a conciencia, pero que también ha sido cuestionada por contener aspectos inconstitucionales.

El presente número contiene varias novedades: la traducción de un ensayo desconocido de Ch. Eisenmann sobre los primeros años constitucionales de Austria independiente y otros textos de actualidad. Destacamos la colaboración que especialmente ha preparado el prof. Juan María Bilbao sobre las supuestas discriminaciones que puedan existir en los clubes privados. Así como una sugerente entrevista realizada hace unos meses al maestro Segundo V. Linares Quintana, ahora con 99 años y que le hizo nuestro colega y colaborador paraguayo Ubaldo Centurión Morinigo. Se da cuenta igualmente de eventos recientes, como el muy importante y concurrido IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional, celebrado en Arequipa en septiembre de 2008 y que contó con una valiosa participación de constitucionalistas extranjeros.

Lima, diciembre de 2008

El Director

Nota de Redacción:

Dejamos constancia que por error de imprenta en el Número 16 no ha aparecido el dato que correspondía al pie de la página 187, en la cual se transcribe un texto de Valentín Paniagua, dando cuenta de que el texto fue preparado por su autor para la Mesa de Partidos Políticos del Acuerdo Nacional en el año 2000, y publicado en "El Comercio" el 22 de octubre de 2006.

Igualmente, advertimos que en partes del mismo número 16 se ha transcrito mal el nombre de uno de nuestros distinguidos colaboradores, cuyo nombre correcto es Carlos Flores Juberías.

DIEZ AÑOS DE HISTORIA CONSTITUCIONAL AUSTRIACA (1918-1928) * **

RESEÑA HISTÓRICA 1

Charles Eisenmann

I. EL DESMORONAMIENTO DEL IMPERIO Y EL NACIMIENTO DE LA REPÚBLICA DE AUSTRIA (OCTUBRE-NOVIEMBRE DE 1918)

Incluso antes de la culminación definitiva de su derrota militar, las diferentes nacionalidades del Imperio de Austria habían comenzado a prepararse ya sea para su liquidación completa, o por lo menos para su transformación radical. Sus representantes en el Parlamento de Viena se habían constituido en "bloques" nacionales desde 1917. A medida que la situación exterior empeoraba, el movimiento revolucionario de independencia se desarrollaba con una rapidez creciente en las provincias yugoeslavas. La idea de la futura constitución de Estados nacionales sobre el suelo de Austria se imponía cada vez más. Solo permanecía en suspenso la cues-

* Traducción del francés de Percy Castillo Benites.

** "Dix ans d'histoire constitutionnelle autrichienne (1918-1928)". Publicado en la *Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, Janvier - Février - Mars 1928, tomo 45. El artículo lleva como anexo la traducción al francés de la Constitución federal de octubre de 1920, que aquí no se reproduce. (Domingo García Belaunde)

(1) Se encontrará al final de esta reseña —bajo el título de documentación— la indicación de las principales obras que han sido utilizadas.

tión de saber si mantendrían un lazo entre ellos y cuál, o si se separarían totalmente.

Los partidos alemanes creyeron posible, por mucho tiempo, la primera solución. El 10 de octubre de 1918, sus representantes adoptaban una resolución por la cual, "reconociendo el derecho de libre determinación de las naciones yugoeslavas y latinas de Austria" y su derecho a "convertirse en Estados nacionales", demandaban "la unión de todos los territorios alemanes de Austria en un Estado de Austria alemana" y se declaraban prestos a "negociar con los representantes del pueblo checo y del pueblo yugoeslavo sobre la transformación de Austria en una federación de colectividades nacionales libres".

Por su parte, la Corona, en presencia del giro catastrófico que tomaban los acontecimientos para los Imperios centrales y con el ánimo de detener el proceso de disolución interna de la Monarquía, se decidía a sumarse, también ella y abiertamente a la solución federalista. El 16 de octubre de 1918, el Emperador Carlos I dirigía un manifiesto a "Sus fieles pueblos austriacos". Anunciando la paz muy próxima, decía: "Ahora, es preciso emprender sin demora la reconstrucción de la patria sobre sus bases naturales y como consecuencia muy firmes... Estoy resuelto a cumplir esta obra con la libre colaboración de mis pueblos... Austria, conforme a la voluntad de sus pueblos debe hacerse un Estado federal, en el que cada nacionalidad (*Volksstamm*) formará sobre su territorio de establecimiento una colectividad estatal distinta. No se prejuzga ahí de ningún modo la unión de los territorios polacos de Austria al Estado polaco independiente...² Esta reorganización, que no atentará en ningún modo contra la integridad de los Países de la santa corona de Hungría, deberá garantizarle a cada uno de los Estados nacionales particulares su independencia; pero protegerá también de modo eficaz los intereses comunes y los hará prevalecer en todas partes dónde la comunidad sea una necesidad vital de los diferentes cuerpos estatales... Encargo a mi gobierno preparar sin demora todos los trabajos necesarios para la reconstrucción de Austria. A los pueblos, sobre la autodeterminación de los cuales se fundará el nuevo Imperio, se dirige mi llamado para colaborar en la gran obra con los Consejos nacionales, que —formados por los diputados de cada nación en *Reichsrat*—³ deberán hacer valer los intereses de los pueblos en sus relaciones tanto entre ellos como

(2) Se sabe que los emperadores de Alemania y de Austria habían proclamado, el 5 de noviembre de 1912, la creación de un reino polaco que comprendía los territorios de la Polonia rusa, pero unida a los Imperios centrales y sin fronteras fijadas

(3) Este era el nombre del Parlamento austriaco.

con mi gobierno. Así podrá nuestra patria, consolidada por la concordia de las naciones que ella reúne, salir de las tormentas de la guerra en forma de federación de pueblos libres”.

Se ha dicho que el pasaje relativo a las fronteras de Hungría —insertado bajo la presión de su gobierno, que se obstinaba en no comprender la situación— había bastado, porque constituía un veto a la satisfacción de las aspiraciones nacionales de los Checos y de los Yugoslavos, para condenar al fracaso este programa, por otro lado impreciso y demasiado tardío. De hecho la tentativa de constituir sobre la base de este manifiesto y para preparar la reforma que él anunciaba, un gobierno de coalición de los diferentes partidos nacionales, no tuvo éxito. Ello no hizo, desde entonces, sino dar “desde lo alto la señal de la disolución general”.

El mismo día de su publicación los representantes de todos los “partidos nacionales alemanes” de la Cámara de Diputados decidieron la convocatoria para el 21 de octubre de una “asamblea plenaria de todos los diputados alemanes”. La sesión, a la cual fueron convocados los 210 diputados alemanes, se efectuó efectivamente en la fecha fijada. El presidente declaró que ella tenía por objeto, “en su calidad de representación de la nación alemana de Austria entera, proclamar solemnemente su derecho de libre determinación y a formarse en un Estado independiente, y de tomar para el Estado de Austria alemana, en una Asamblea Nacional por constituir, las resoluciones fundamentales”. La asamblea eligió órgano directivo formado por tres presidentes con derechos y obligaciones perfectamente iguales —cada uno elegido de uno de los tres grandes partidos, social cristianos, socialistas y nacionalistas alemanes— y de cinco secretarios y tres cuestores. Luego de lo cual, resolvió declararse Asamblea Nacional provisional, y eligió una Comisión Ejecutiva de 20 miembros, que tendría que someterle proposiciones sobre la Constitución y preparar las negociaciones de paz.

En su segunda sesión, el 30 de octubre de 1918, la Asamblea Nacional provisional —en ejecución de sus decisiones— votó la capital “resolución sobre las instituciones fundamentales del Estado”, que organizaba la República, aunque sin proclamarla, y eligió consecuentemente los órganos necesarios.

El 11 de noviembre, el Emperador publicó un manifiesto en el cual declaraba que “no queriendo que su persona fuera un obstáculo al desarrollo libre de sus pueblos, él reconocía de antemano la decisión que Austria alemana tomaría sobre la forma futura de su gobierno..., renunciaba a toda participación en los asuntos públicos” y relevaba a su gobierno —que se

había quedado hasta este momento a su lado, de hecho como una suerte de Consejo privado— de sus funciones.

En efecto, se había decidido en los medios de la Asamblea, bajo la presión creciente de la opinión pública y para evitar posibles disturbios, proclamar oficialmente, sin tardar más la República. Es lo que se hizo el 12 de noviembre por la "Ley sobre la forma del Estado y de Gobierno de Austria alemana",⁴ cuyo artículo primero decía: "Austria alemana es una República democrática. Todo poder emana del pueblo". La revolución —una revolución pacífica— estaba consumada.⁵

II. LAS CONSTITUCIONES PROVISORIAS (OCTUBRE 1918-OCTUBRE 1920)

De las Constituciones provisionarias que se sucedieron entre el nacimiento de la República de Austria y la entrada en vigencia de la Constitución federal del 1º de octubre de 1920 —sacrificando voluntariamente los detalles, igualmente importantes, para considerar solo las ideas o las tendencias originales y características— retendremos solo dos aspectos particularmente interesantes: la organización del Poder Ejecutivo, es decir las relaciones entre los poderes públicos; y la organización del federalismo, es decir las relaciones entre Estado y Provincias.

1. Las relaciones entre los poderes públicos

Las Constituciones austriacas de 1918 y 1919 se relacionan muy distintamente con el tipo conocido bajo el nombre de gobierno de asamblea o convencional —en alemán *Parlamentsherrschaft*. Rechazando el dogma tradicional de la separación de poderes, tendieron a realizar la soberanía parlamentaria, bajo una forma radical y extrema al principio, luego bajo una forma más atenuada que se encuentra en varios de los Estados nuevos nacidos de la guerra de 1914.

- a) Según el § I de la "Resolución sobre las instituciones fundamentales del Estado", la Asamblea Nacional provisional se declaraba investida,

(4) Se sabe que este es el nombre que la actual República de Austria ha tenido hasta el Tratado de Saint Germain.

(5) Se encontrará un relato detallado de los últimos momentos del Imperio de Austria en el estudio que el profesor J. Redlich ha consagrado a "Henri Lammasch presidente del Consejo", en el volumen intitulado *Heinrich Lammasch, Seine Aufzeichnungen, sein Wirken und seine Politik* publicado por M. Lammasch y H. Sperl (Viena, 1992).

“sin perjuicio de las decisiones de la Asamblea Nacional constituyente, del ejercicio provisional de la soberanía”, es decir tanto del poder Legislativo como del poder Ejecutivo.

Pero mientras ella misma se reservaba el ejercicio del poder Legislativo (§ 2), le delegaba el poder Ejecutivo a una “Comisión ejecutiva” (*Vollzugsausschuss*) o Consejo de Estado (*Staatsrat*), órgano permanente compuesto de tres Presidentes —que tenían al mismo tiempo ciertas atribuciones de jefe de Estado: la representación del Estado tanto al interior como al exterior (§ 6)— y de otros veinte miembros elegidos por ella de su seno por escrutinio proporcional, así como veinte suplentes (§§ 3 y 4).

El Consejo de Estado colabora en primer lugar en la legislación: delibera y decide proyectos de ley a deponer ante la Asamblea Nacional; promulga y publica las resoluciones y los textos de ley que adopta (sin que, por lo demás, se le haya concedido un plazo para hacerlo) (§ 7). Ejerce, en segundo lugar, funciones de gobierno: tiene la mayoría de las atribuciones de un presidente de la República, conclusión de tratados, disposición de la fuerza armada, derecho de gracia, etc. (L. del 12 de noviembre de 1918, art. 3); promulga el mismo los reglamentos complementarios necesarios para asegurar el cumplimiento de las leyes; dirige de otra parte la administración del Estado (§ 8); a decir verdad, no la dirige “inmediatamente”, sino “por comisarios (*Beauftragte*)” o secretarios de Estado (*Staatssekretäre*), colocados cada uno a la cabeza de un ministerio (*Staatsamt*) cuya competencia y atribuciones son fijados y delimitados por decisión de la Asamblea Nacional (§ 12), que él nombra y revoca y cuyo conjunto forma, bajo la presidencia de uno de ellos que él designa (§ 15), el gobierno (*Staatsregierung*). Mientras que el órgano ejecutivo supremo, el Consejo de Estado, no está sometido a ninguna responsabilidad —sus miembros gozan de la inmunidad parlamentaria— el gobierno, órgano subordinado, que tiene de gobierno solo el nombre (Kelsen, *Comentar*, I, 23) o más bien los secretarios de Estado —porque, al contrario del Consejo de Estado, ellos no forman un órgano colegiado, tomando como tal ciertas decisiones— son responsables ante la Asamblea y ante el Consejo por la observación de las decisiones de la Asamblea, así como por la ejecución de las órdenes del Consejo y de sus eventuales excesos de poder (§ 15).

¿Que hizo en la práctica esta Constitución, que por lo demás, elaborada apresuradamente bajo la presión de las circunstancias catastróficas, contenía apenas el mínimo estricto de disposiciones indispensables?

Ella aportó inmediatamente dos derogaciones importantes, de entrada una especial, la otra general, pero ambas manifestando un mismo fenómeno: la tendencia a la reconstitución espontánea de un gobierno propiamente dicho. La Constitución había aceptado —sus autores, dominados por el recuerdo de los abusos del antiguo gobierno imperial, queriendo evitar que fuera como por él falseada y desnaturalizada la voluntad del legislador— reservar para el Consejo de Estado, simple comisión parlamentaria, el monopolio de los reglamentos, las instrucciones de servicio, circulares, etc.

Los secretarios de Estado no publicaron, al menos inmediatamente, bajo el imperio de las necesidades prácticas, numerosos reglamentos complementarios y otras instrucciones y circulares, sometiéndolos por lo demás a la aprobación del Consejo de Estado. El “gobierno” tendía entonces a salir del rol puramente subordinado que le había sido asignado y a tomar iniciativas. La Constitución no había previsto por otra parte un Jefe de Gobierno, el secretario de Estado al que Consejo de Estado debía encargar la presidencia, no era en efecto nada más que un presidente de sesión; él se libró de uno: de hecho, el gabinete siempre fue presidido, en nombre de los Presidentes, por el canciller (*Staatskanzler*), miembro del Consejo de Estado elegido por él, que, según la Constitución simplemente debía asegurar la dirección de sus despachos y la redacción de sus actas, pero que, por lo mismo, tendió rápidamente a tomar un papel preponderante en el gobierno.

- b) La ley del 19 de diciembre de 1918, teniendo en cierta cuenta estas experiencias, vino a modificar o completar ciertas disposiciones de la resolución del 30 de octubre.

En primer lugar reglamentó legalmente las relaciones de los tres Presidentes: reconociendo su igualdad de derecho decidió que alternarían semanalmente la presidencia de la Asamblea Nacional, del Consejo de Estado y del gobierno (§§ 1 y 2),

Los tres Presidentes formaban de otra parte un “directorio del Consejo de Estado” (*Staatsratsdirektorium*), órgano que la Constitución del 30 de octubre ya preveía, pero sin asignarle atribuciones: si el Consejo de Estado no sesionaba y en caso de urgencia particular, debía tomar las medidas que estaban dentro de su competencia, pero con cargo a sometérselas a su ratificación; disponía de la Fuerza Armada; nombraba a los altos funcionarios; y finalmente —disposición importante en la situación crítica en que se encontraba a este respecto Austria— podía concluir tratados provisionales de orden económico con los gobiernos de los Estados sucesores (§§ 7 al 10).

La ley suprimía el poder reglamentario exclusivo del Consejo de Estado. Le concedía en cambio un veto suspensivo contra los textos de ley adoptados por la Asamblea Nacional.

Finalmente consagraba también la situación de hecho del Canciller: sometido a la responsabilidad ministerial (§ 3), él presidía el gabinete en caso de impedimento de los Presidentes, lo que significó de hecho que fuese siempre, y estaba encargado de velar por la coordinación de la actividad de todos los ministerios y por la defensa de los intereses comunes de todas las ramas de la Administración (§ 11). Todos los actos del Consejo de Estado (entre otros la promulgación de las leyes) y del Directorio debían ser refrendados por él.

- c) Habiendo establecido así una Constitución provisoria, la Asamblea Nacional provisional podía y debía ceder el sitio a una Asamblea Nacional constituyente que tendría por misión dar a la nueva Austria su Constitución definitiva. Dos leyes del 18 de diciembre de 1918 ordenaron la convocatoria —por el presidente del Consejo de Estado— para el 4 de marzo de 1919 y reglamentaron la elección, fundada sobre el principio proporcional. Sobre 170 puestos, los tres grandes partidos concurrentes obtuvieron: los socialistas 72, los social cristianos 69 y los nacionalistas alemanes o pangermanistas 26.

Desde el 14 de marzo de 1919, la Asamblea Constituyente votó dos leyes, que modificaban radicalmente la Constitución provisoria, la “ley sobre la representación nacional (*Volksvertretung*)” y la “ley sobre el Gobierno (*Staatsregierung*)”.

La Asamblea no elige más que un Presidente en lugar de tres, con un segundo y tercer Presidentes, que son solo sus suplentes. Esta reforma correspondía a las nuevas condiciones parlamentarias y se imponía como consecuencia de las atribuciones ejecutivas conferidas al Presidente —promulgación de las leyes; nombramiento de los altos funcionarios; representación del Estado en el exterior (el Presidente recibe y acredita a los representantes diplomáticos y ratifica los tratados)— que pertenecen en ciertos aspectos a un jefe de Estado.

La ley creaba por otra parte un nuevo órgano parlamentario de primera importancia, la Comisión Central (*Hauptausschuss*) compuesta del Presidente, del segundo y del tercer Presidentes y de once miembros elegidos por la Asamblea de su seno por escrutinio proporcional, permanente y que tenía por funciones “reglamentar los trabajos de la Cámara, asegurar el enlace constante entre Legislativo y Ejecutivo así como colaborar en el nombramiento del Gobierno” (§§ 10 y 11).

Pero la innovación más considerable de esta reforma constitucional concernía precisamente a la organización de este último: suprimía el Consejo de Estado y el Directorio y trasladaba sus atribuciones en principio al "gobierno" (*Staatsregierung*), compuesto por "mandatarios del pueblo" (*Volksbeauftragte*) —el Canciller, su jefe, y los secretarios de Estado— elegidos directamente por la Asamblea Nacional sobre la proposición indivisible de la Comisión central. De hecho, la formación de un gobierno se desarrollaba más o menos como en las Repúblicas parlamentarias clásicas: el Presidente, en nombre de la Comisión, encargaba a una personalidad formar el gabinete y ésta le presentaba la lista de sus colaboradores eventuales a la Comisión central. El Canciller, debiendo además refrendar los actos de nombramiento de los secretarios de Estado, no tenía que temer que se le adjunte un colaborador sin su consentimiento o contra su voluntad.

Esta reforma profunda no hacía sino perfeccionar y consagrar la evolución precedentemente indicada: de acuerdo a la experiencia, el gobierno por una comisión parlamentaria se había revelado como un aparato demasiado pesado; los diputados miembros del Consejo de Estado debían de ausentarse a menudo y hacerse suplir, la identidad de composición necesaria para el órgano ejecutivo le hacía falta a éste; de ahí la creación del Directorio, de una parte, y de otra parte, la importancia siempre más grande tomada por el "gobierno" en detrimento del Consejo. En segundo lugar, la iniciativa legislativa del Consejo de Estado hacía casi superfluas las otras comisiones parlamentarias donde los partidos no eran diferentemente representados y que en consecuencia solo tenían que registrar las decisiones tomadas por él sobre los textos preparados de hecho por los ministerios, luego deliberados en sus propias comisiones, y la actividad de la propia Asamblea Nacional se encontraba muy disminuida.

- d) Es esta organización de las relaciones entre los poderes públicos que la Constitución federal de 1920 ha consagrado en su conjunto. Su única innovación destacada fue la creación de un jefe de Estado, pero que, incluso políticamente, solo juega, por lo menos en el gobierno federal, un papel extremadamente restringido.

2. Estado y provincias (los antecedentes de la constitución federal)

- a) Reservándose para ella misma el ejercicio del Poder Legislativo y a un consejo elegido por ella el ejercicio del Poder Ejecutivo, la Asamblea

Nacional provisional pensaba evidentemente crear un Estado unitario centralizado: la "resolución" constitucional del 30 de octubre de 1918 no contenía la menor alusión incluso a la existencia de las Provincias.

Este Estado no vio jamás el día. Es que en efecto, en el interior mismo del grupo de sus ex provincias alemanas, el desmoronamiento de la Monarquía fue la señal de un proceso de disolución. La dinastía —que encarnaba la unidad a los ojos del pueblo— desapareció con el ejército sobre el cual reposaba su fuerza, el particularismo provincial —que ha representado a través de los siglos la forma del patriotismo austriaco por excelencia—, ahora sin contrapeso, se dio rienda suelta. Nada podía obstaculizar la afirmación: la profunda miseria, la misma escasez que había provocado la guerra incitaba a las provincias a replegarse sobre ellas mismas y a cerrarse lo más posible las unas a las otras; el Gobierno central, sin prestigio ni fuerza, se encontraba fuera de forma para hacer triunfar si fuera preciso su voluntad; además, él se identificaba por decirlo así con Viena dónde residía: entonces para Viena, la ciudad obrera y socialista, las poblaciones campesinas y conservadoras de las provincias experimentaban —y todavía experimentan— una desconfianza y un alejamiento que a la menor ocasión corría el riesgo —tristes acontecimientos lo han confirmado recientemente— de degenerar en un antagonismo abierto y violento: la oposición de dos clases —o grupos de clases— sociales se deja, casi podríamos decir, localizar sobre el mapa, y concurre en gran parte al conflicto del centralismo y del federalismo, que la replica en alguna forma.⁶

La revolución se tradujo en las provincias con el reemplazo de las antiguas Dietas provinciales o *Landtage* por "Asambleas provinciales provisionales" (*provisorische Landesversammlungen*) —formadas por representantes de los partidos alemanes designados por ellos sobre la base de los resultados de las elecciones al último *Reichsrat*— que reivindicaban como un derecho las mismas atribuciones legislativas que ellas.

A decir verdad —hecho extraordinario— la constitución de estos órganos reposaba en una iniciativa del Gobierno central. El 29 de octubre de 1918 —es decir incluso antes de haber recibido una investidura legal, y por tanto sin ningún derecho— la Comisión ejecutiva de la Asamblea

(6) No hay que perder de vista sin embargo que cada uno de ambos grandes partidos antagonistas —el social-cristiano y el socialista— también comprende una fracción federalista —las organizaciones y los representantes provinciales— y una fracción más bien centralista. Mientras el partido socialista tiene su centro de gravedad en Viena, el partido social-cristiano lo tiene, por el contrario, en las provincias.

Nacional, que el día siguiente iba a presentar a ésta un proyecto de Constitución unitaria del Estado, les había dado "mandato" a estas Asambleas provinciales provisionales, a las que invitaba a constituirse, redactar y votar las Constituciones provinciales provisorias que debían contener al mismo tiempo una "declaración solemne de accesión" a la República de Austria. Las provincias sin embargo no se consideraron vinculadas por este "mandato": algunas —Baja-Austria y Tirol— no siguieron ninguna; otras —la Alta-Austria y el Vorarlberg— se contentaron con hacer una declaración de accesión; finalmente, las Constituciones que se dieron Estiria, Carinthie y Salzburgo diferían sensiblemente entre ellas y no concordaban siempre con la Constitución del Estado. Y así, el 12 de noviembre de 1918, la Asamblea Nacional votaba una resolución por la cual declaraba —en una fórmula que amplificaba bastante los hechos— "tomar nota de la declaración solemne de accesión de las provincias, distritos y cantones del territorio del Estado", del cual ninguna ley además había fijado la lista.

Este doble procedimiento dio al nacimiento de la República de Austria un carácter completamente caótico, e incluso, como lo decía el ponente de la Constitución federal ante la Asamblea Nacional constituyente —Mons. Seipel— contradictorio en sí. ¡De una parte se creaba y organizaba un Estado unitario; y por otra parte, se incitaba la constitución autónoma de provincias, en contradicción con la Constitución del Estado, es decir revolucionariamente, y se les invitaba a federarse libremente en un Estado por lo demás ya constituido!

Las provincias se consideraron entonces, naturalmente, como Estados soberanos, cuya única voluntad libre daba origen al Estado austriaco. Declarando "reconocer a la Asamblea Nacional (provisional) como el poder supremo actual del Estado, las decisiones tomadas por ella como obligatorias, y las autoridades instituidas por ella", se proclamaban "provincias particulares y titulares de derechos propios" y parecían pensar que la Constitución futura se encargaría de organizarlas en "Provincias libres del Estado". Ellas veían en sus "declaraciones" actos contractuales, tal como lo demuestra el pasaje siguiente que se encuentra en ellas: "La provincia de ... se une a las otras provincias reunidas en el Estado de Austria alemana con los mismos derechos y las mismas obligaciones que ellas, jura compartir su suerte en una indisoluble comunidad y una unión fraternal y cuenta con que sus representantes legales recibirán este juramento y responderán con el mismo espíritu" —o más aún la invocación que la mayoría insertó en ellas de sus "derechos de libre disposición".

- b) Una ley del 14 de noviembre de 1918 vino a conceder en cierta medida el derecho al hecho, organizando la descentralización necesaria para contener las tendencias centrífugas de las provincias. Esta ley se titulaba "Ley para la recuperación (*Uebernahme*) de la fuerza pública en las provincias" (léase:) para el poder central. Se ha dicho justamente que esta recuperación se había transformado hasta cierto punto en un abandono, una transmisión (*Uebergabe*) de esta fuerza pública a los poderes locales.

1º Legislación provincial. (i) La ley de 14 de noviembre regularizaba los resultados de la revolución provincial disponiendo, en su § I, que las antiguas Dietas provinciales serían, hasta la confección de las nuevas Constituciones provinciales (recibía entonces las antiguas) a promulgar por ley, es decir ley del Estado, reemplazadas por las Asambleas provinciales provisionales

Si bien reconocía así para las provincias sus antiguas atribuciones, esta ley no contenía ninguna disposición sobre el procedimiento de la legislación provincial. La Constitución imperial exigía para las leyes provinciales la sanción del Emperador, por consiguiente la colaboración de un órgano central a la legislación local. La ley de 12 de noviembre de 1918 "sobre la forma del Estado y del Gobierno" le había conferido al Consejo de Estado todas las antiguas atribuciones del Emperador (artículo 3). Hubiera sido preciso entonces exigir su sanción para las leyes provinciales. Sin embargo, no reivindicó esta prerrogativa y las provincias, atribuyéndose un derecho propio para legislar con toda independencia del poder central, no lo solicitaron; pidieron no obstante algunas veces su "adhesión" a sus resoluciones y en particular a su presupuesto, que no era votado sin embargo en forma de ley: de modo que la más completa anarquía reinó pronto en esta materia.

(ii) Sobre este punto además, la ley de 14 de marzo de 1919 sobre la representación nacional —que preveía la sustitución de las Asambleas provisionales por las Asambleas definitivas— aportó el reglamento necesario. Según esta ley, los gobiernos provinciales tenían la obligación de comunicarle al gobierno del Estado antes de su publicación todos los textos de ley adoptados por las Asambleas (art. 13). Ésta dispone normalmente de un plazo de 14 días para enviarle a la Asamblea vía gobierno provincial, sus consideraciones respecto del proyecto, que no puede ser publicado antes de la expiración de este plazo sino con su consentimiento expreso; si la Asamblea decide mantener su resolución originaria, el Gobierno provincial debe publicar la ley. Excepcionalmen-

te, cuando la ejecución de la ley exige la colaboración de las autoridades centrales, debe ser refrendada por el Canciller o el secretario de Estado competente; el refrendo debe darse dentro de los 14 días; es necesario, para rechazarlo, una decisión motivada del Gobierno entero; pero —disposición singular— si la Asamblea reitera su voto, el texto debe ser publicado, es decir deviene en ley obligatoria. El Gobierno central todavía dispone de otro medio de control con respecto a la legislación provincial: puede atacar los textos de ley votados por las Asambleas por inconstitucionalidad ante la Corte constitucional y éstos no pueden ser publicados antes de que la Corte hubiera pronunciado su sentencia, lo que debe hacer en el plazo de un mes (art. 14 y 15).

Salvo una restricción, las reglas de la legislación provincial, excluyendo la participación de los órganos centrales, correspondían entonces al tipo de Estado federal. Ellas consagraban además el principio “El derecho del Estado pasa a ser derecho de la provincia”.

2ª Ejecución provincial. (i) La ley de 14 de noviembre de 1918 disponía en su § 3: “Las Asambleas provinciales provisionales elegirán de su seno por mayoría al gobernador de la Provincia y por escrutinio proporcional de dos o cuatro suplentes”. El gobernador y sus suplentes debían presidir la Asamblea, dirigir las deliberaciones así como la gestión del Consejo provincial (*Landesrat*), órgano de la administración autónoma elegido por la Asamblea. Ellos formaban además el Gobierno provincial, que asume en la provincia todas las funciones de la administración del Estado, a través de un director de la administración provincial (*Landesamtsdirektor*), elegido por el Consejo provincial “para simplificar y unificar el servicio y asegurar la unidad en el ejercicio del control jerárquico (*Dienstaufsicht*)”, añadiéndole personalmente al gobernador y superior inmediato todos los agentes de la administración provincial.

Esta era una reforma radical de la administración local que proyectaba la ley. En la Austria imperial, ésta se dividía en dos ramas totalmente distintas: la administración del Estado o imperial (*landesfürstlich*) bajo las órdenes de un gobernador (*Statthalter* o *landespräsident*) nombrado por el Emperador; la administración autónoma que dirigía la Dieta a través de una comisión provincial (*Landesausschuss*) elegida por ella pero presidida por el presidente de la Dieta, llamado *Larideshauptmann* o *Landmarschall*, y que era igualmente nombrado por el Emperador. El paralelismo y la concurrencia de estas dos administraciones provocaron por mucho tiempo descontento y críticas. La ley proclamaba entonces (§ 9) la “supresión de la división de la administración pública

en administración del Estado y administración autónoma”, pero como una simple orden; en realidad, la mantenía disponiendo que “hasta la realización de la reforma administrativa y correlativa, los asuntos del Consejo provincial y del Gobierno provincial quedarían separados unos de otros”. La reforma inmediata se limitaba pues a la institución de un órgano común —el gobierno provincial— a la cabeza de estos dos aparatos administrativos.

En el pensamiento de los autores de la ley, esta reforma debía significar la estatización completa de la administración local: de acuerdo al § 8, en efecto, el gobierno provincial estaba ligado para toda su gestión —incluso en materia de administración autónoma a las instrucciones del Gobierno central y responsable ante él y sólo ante él. Desgraciadamente, ninguna garantía ni sanción habían sido previstas. En consecuencia, elegidos por las Asambleas, los gobiernos provinciales se encontraban naturalmente bajo su influencia directa y de hecho responsables solo ante ellas. Incluso la “recuperación” proyectada de la fuerza pública por el Estado se tradujo aún en una “desestatización” o “provincialización” completa de toda la administración local. El Gobierno central había en efecto abandonado también toda influencia sobre el personal de la administración provincial general: el nombramiento pertenecía sin embargo al gobierno provincial (§ 10) que tenía además bajo su dependencia inmediata la administración de las unidades administrativas inferiores, distritos y municipios.

- c) En lugar del Estado unitario y fuertemente centralizado que habían querido los autores de la Constitución provisoria, Austria presentaba de hecho la imagen de un Estado federal muy descentralizado, cuyas partes componentes, en posesión de una potencia temible que no llegó a moderar su dependencia financiera y animadas por tendencias particularistas e incluso a veces separatistas —que explican suficientemente la “lucha por la existencia” en que se debatía literalmente este pobre Estado— amenazaban de modo permanente el inestable equilibrio.

De su pretensión a la soberanía, las Asambleas provinciales provisionales dieron, antes de separarse en la primavera de 1919, una nueva prueba en las Constituciones provinciales que ellas votaron y que, en opinión de muchos, contradecían la Constitución del Estado, usurpando incluso su competencia. Se leía por ejemplo en la ley de la Provincia de Alta Austria sobre los principios de la representación provincial (*Landesvertretung*) de 18 de marzo de 1919. “Art. Iº: La provincia de Alta Austria ejerce, como Provincia independiente, todos los derechos que no han sido trasferidos por un convenio expreso al poder de un

Estado federal. Art. II: Los poderes Legislativo y Ejecutivo pertenecen por la Provincia al pueblo de Alta Austria totalmente. Son ejercidos en parte inmediatamente por votaciones populares, en parte mediatamente por la Dieta provincial (*recuérdese que no era la denominación que la Constitución del 14 de marzo daba a estos órganos*) y por el Consejo federal (*órgano desconocido en la Constitución en vigencia*). La de la Provincia de Carinthie de 21 de marzo de 1919 decía: "Art. I: La Asamblea provincial provisional es reemplazada por la Dieta constituyente... -Art. II: la Dieta tiene por misión defender la posición independiente de la Provincia de Carinthie, votar la Constitución de la Provincia, y organizar un referéndum, para decidir la unión de las Provincias austriacas en un Estado o de la anexión de la Provincia a otro Estado." Asimismo, la ley de la Provincia de Salzburgo sobre las elecciones a la "Dieta constituyente" reservaba expresamente la libertad de decisión de la Provincia sobre su pertenencia al Estado y su futura organización política. Tendremos una idea completa de la anarquía que reinaba en los espíritus y las instituciones si se añade que estas Constituciones no encargaban al Gobierno central, sino más precisamente al secretario de Estado en el interior, de su ejecución, sin ser por otra parte, salvo una, revestida de su refrendo.

Un Estado que había querido ser unitario, pero que se había hecho federal y que, en realidad, se presentaba casi como una confederación de Estados en vía de disolución, tal era en resumen la situación al frente de la cual se encontraba la Asamblea encargada de elaborar la Constitución definitiva de Austria. Se puede decir que una Constitución federal se imponía como la última oportunidad de mantener su existencia.

III. LA GÉNESIS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

Poco después de votar la segunda Constitución provisoria (marzo de 1919), el Canciller Renner había encargado a su asesor jurídico, el profesor Kelsen, elaborar, conjuntamente con el departamento constitucional de la Cancillería, un proyecto de Constitución federal. El profesor Kelsen redactó un proyecto fundamental al cual añadió, para tener en cuenta las diferentes eventualidades políticas que podrían presentarse, varias variantes, que trataban esencialmente sobre la creación de un jefe de Estado, y llegado el caso, el modo de su elección, la competencia del Consejo federal y el catálogo de derechos individuales. Se inspiró, según declaró él mismo, en las siguientes ideas directrices: "conservar todo lo que de la Constitución vigente parecía utilizable, mantener lo más posible la continuidad de las

instituciones constitucionales, introducir por decirlo así el principio federalista en lo que ya existía y parecía sólido, y —en la medida en que la diversidad de las condiciones histórico-políticas lo permitía— apoyarse en la Constitución suiza y sobre todo en la nueva Constitución alemana”.

Austria tenía entonces un gobierno de coalición de los partidos socialista y social cristiano. En octubre de 1919, en el momento de la renovación de la coalición y de la reelección del gobierno que la siguió, se inscribió en su programa la elaboración de una Constitución federal precisando incluso algunos principios; y se añadió al nuevo gabinete un secretario de Estado sin cartera, representante del partido social cristiano, Sr. Michael Mayer, encargado únicamente de colaborar en la reforma constitucional y administrativa. De acuerdo con el Canciller Renner, se escogió uno de los proyectos que habían sido elaborados para servir de base a sus negociaciones con los partidos políticos de las Provincias, y consiguió en efecto ganárselos. Pero el Gobierno no se decidía a dar un paso decisivo: las Provincias tomaron entonces la iniciativa de una conferencia de sus representantes para discutir el problema constitucional; a esta conferencia que se abrió en Salzburgo en febrero de 1920, el Gobierno austriaco no había sido invitado, sino únicamente a título personal, el secretario de Estado Mayer; él presentó a la conferencia de las Provincias el proyecto al cual había obtenido su adhesión de principio, pero —el Gobierno no se había podido decidir a hacerlo suyo— solamente como un trabajo personal. La conferencia de las Provincias se reunió de nuevo en abril de 1920 en Linz: El Sr. Mayer le sometió el proyecto rehecho para tener en cuenta algunos de los votos que ella había expresado. El partido social cristiano lo adoptó; el partido socialista presentó uno casi idéntico, en su fondo, a una de las variantes elaboradas por el profesor Kelsen. Se podía pues esperar un acuerdo inminente. Pero entretanto, la coalición se disolvió (junio de 1920), y se tuvo que resignar a elegir —por un procedimiento bastante complicado y circunstancial— un gabinete “proporcional” que, naturalmente, comprendía a miembros de los tres grandes partidos; este gabinete que debía simplemente “expeditar los asuntos corrientes” hasta las elecciones previstas para el otoño (la Asamblea había renunciado a llevar a cabo su misión), no disponiendo de una verdadera mayoría parlamentaria, se sentía demasiado débil para presentar un proyecto gubernamental de Constitución. Es entonces que a última hora, la Comisión de Constitución, que presidía el diputado y líder socialista Otto Bauer, se coge de la cuestión, decidido sin duda por la consideración que, si la Constituyente se separaba sin haber dado a Austria una Constitución definitiva, la fuerza siempre creciente del movimiento centrífugo en las Provincias hacía dudosa la elección de un

nuevo Congreso de diputados y hacía correr el riesgo que las Provincias, entendiéndose directamente entre ellas, no se pongan de acuerdo sobre una Constitución que hubiera transformado Austria, ya no en un Estado federal, sino en una simple confederación de Estados. La Comisión llegó un tanto más fácilmente a encontrar un compromiso entre el proyecto social cristiano y el proyecto socialista, que se decidió a excluir la parte donde se manifestaban las divergencias más profundas —el que tenía relación con los derechos individuales y las libertades— y a mantener sobre este punto el *status quo*. El 1º de octubre de 1920, la Constitución federal fue votada en tercera lectura por la Asamblea constituyente.

IV. LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE 1925

La Constitución federal no entró inmediatamente en vigencia en su totalidad. El § 42 de la "Ley sobre la transición a la Constitución federal" que la acompañaba, disponía en efecto que las reglas de competencia que ella contenía entrarían en vigencia solo con las leyes federales constitucionales sobre el compromiso financiero entre la Confederación y las Provincias, los distritos y los municipios, sobre las atribuciones respectivas de la Confederación y de las Provincias en materia de instrucción pública y sobre la organización de la administración general del Estado en las Provincias. Hasta este momento sería mantenida la repartición de las competencias establecida por las Constituciones de la Austria imperial y recibida por la República de 1918-1919.

Se pensaba que este estado de cosas duraría a lo mucho algunos meses. En realidad, si se llegó, después de más de un año (marzo de 1922), a votar la primera de estas leyes, se encontró en la elaboración de las otras dos con dificultades de orden político que todavía no se puede superar en la actualidad.

La suspensión de estos artículos de la Constitución amenazaba pues con prolongarse indefinidamente. Entonces —asignando la parte respectiva de la comunidad y de la individualidad, de la unidad y de la diversidad de elementos, dosificando la centralización y la descentralización— estas disposiciones contribuyen, en una gran medida, a dar a cada Estado federal su fisonomía jurídica propia: ellas se oponen a las otras como el contenido a la forma. Por otra parte, las Provincias cuya competencia legislativa, bajo el antiguo régimen, fue relativamente extendida pero la competencia ejecutiva extremadamente reducida, aspiraban por fin a gozar de su nueva independencia. Y finalmente, el Gobierno austriaco debía realizar ciertas reformas a las cuales se había comprometido ante la Sociedad de Naciones y que tocaban muy de cerca a la organización del federalismo.

Levantar los obstáculos puestos a la entrada en vigencia de las disposiciones de la Constitución federal sobre las atribuciones respectivas de la Confederación y de las Provincias, y realizar o por lo menos empezar las reformas devenidas en consecuencia necesarias para la organización administrativa y financiera, es decir en resumen para culminar la transformación de Austria en un Estado federal, tales fueron los objetivos esenciales de la obra de 1925, de las cuales, las dos leyes de revisión de la Constitución y de la "ley de transición" (30 de julio de 1925) constituyen solo un fragmento, el más importante sin duda.

De esta obra, nos contentaremos con indicar brevemente el sentido y los resultados:

- a) Las reglas de competencia han sido modificadas sobre ciertos puntos a favor de la Confederación, es decir en un sentido centralista (cf. adiciones a los art. 10 al 12).
- b) La supresión por fin realizada de la "dualidad de la administración", la unificación de la ex-administración autónoma y de la ex-administración del Estado en las manos de los gobernadores de Provincia o de los gobiernos provinciales (cf. Ley de transición, § 8 al. 4 y 5, lit. a y b nuevos; y Constitución federal, art. 103, al. 2 nuevo), significa un crecimiento de influencia muy sensible para las Provincias que, si bien tienen solo una esfera legislativa casi insignificante, entran en lo sucesivo en posesión de considerables atribuciones administrativas (la justicia es por completo federal). Las reglas puestas a este respecto significan la "provincialización (*Verlãhderung*)" —sin duda definitiva— de la administración. No obstante, si la administración es unificada y "provincializada", los funcionarios —a su petición— no lo son todavía (cf. Ley de transición, § 9, al. 2 al 4): las Provincias tienen pues en la actualidad solo muy pocos funcionarios propios, es decir nombrados y pagados por ellas y disciplinariamente responsables ante los órganos provinciales. Subsiste pues todavía un rastro de la antigua "dualidad": dos cuerpos de funcionarios distintos. Parece dudoso que esta situación pueda mantenerse a la larga.
- c) Para contrabalancear en cierta medida la independencia acrecentada de las Provincias, se ha precisado, reforzado o extendido, de una parte, el poder jerárquico —"poder de instruir", poder de control y poder disciplinario— del Gobierno federal con respecto a los gobiernos provinciales en materia de administración federal mediata (Const. Fed., art. 20, 103 y 105) y sobre todo, por otra parte, el control judicial de la administración por completo (Corte Administrativa y Tribunal de

Cuentas) y un poco de la legislación (Corte Constitucional), de la cual los autores de la Constitución —viendo allí la consecuencia necesaria de la democratización de las instituciones políticas— han coronado su obra totalmente penetrada por la idea del “Estado de Derecho”.

V

La prudencia parece imponer no formular juicios políticos sobre las instituciones de un país extranjero sino con la más extrema reserva: porque solo se tiene alguna posibilidad de apreciar justamente las “realidades” con las cuales colisiona todo esfuerzo de organización racional para la sociedad misma donde se vive y dónde se las experimenta, por decirlo así, personalmente. Desde fuera, es muy tentador y fácil criticar solo en nombre de la razón pura y descuidar las contingencias, las circunstancias en las cuales trabajaron los constructores políticos, las resistencias con las cuales debían contar y componer; en una palabra los datos que se les imponían.

Si se contempla la Constitución austriaca como obra política, parecería no obstante que, desde un punto de vista puramente racional, se puede considerar que el federalismo⁷ representa para un Estado como la nueva Austria —pequeña, nacionalmente una y de la cual los miembros solo tienen una individualidad problemática e insuficiente para justificar este grado de descentralización, es decir de diversificación— un lujo costoso y una complicación inútil; pero que teniendo en cuenta la historia y el momento político, considerando los antecedentes y la génesis de la Constitución federal, se explica perfectamente y sería injusto censurar a sus promotores.

Desde un punto de vista propiamente jurídico al contrario, es decir haciendo abstracción completa de las ideas políticas mismas y de su valor para considerar solo su puesta en ejecución, la traducción en reglas jurídicas, la apreciación es más fácil: parece poco discutible que la Constitución austriaca de 1920 era, en conjunto, una producción tan notable que su excelencia la pone por encima de los productos constitucionales de la posguerra: evitando afortunadamente sonoras y vagas declaraciones de principios, que pueden prometer tanto y cuanto más fácilmente significando menos y no comprometen a nada, contentándose con esbozar un programa para abdicar luego su realización en las manos del legislador ordinario, ella aspira —y alcanza— a la exactitud y a la precisión jurídicas, pone, simple, pero útilmente, reglas jurídicas; es verdaderamente una ley y

(7) No hay lugar —en un esbozo esencialmente histórico y descriptivo— para una apreciación de la “soberanía parlamentaria”.

una ley constitucional, es decir un cuerpo de reglas provistas de sanciones que garantizan su superioridad frente a todas las otras en el Estado. Es una obra de arte jurídico que testimonia suficientemente el claro y penetrante pensamiento que la concibió y ejecutó.

BIBLIOGRAFÍA

KELSEN. *Oesterreichisches Staatsrecht* (Tübingen, 1923).

— *Die Verfassungsgesetze der Republik Oesterreich* (citado: *Kommentar*) (5 volúmenes aparecidos. Vienne, 1919-1922).

— “Die Verfassung Oesterreichs” (sobre la revisión de 1925) En: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1927.

— “Die Vollendung der österreichischen Bundesverfassung” En: *Zeitschrift für Politik*, t. 15.

ADAMOVICH ET FROEHLICH. *Die österreichischen Verfassungsgesetze des Bundes und der Länder* (2 volúmenes. Vienne, 1925 et 1926) (citados A.-F.).

ADAMOVICH. *Grundriss des österreichischen Staatsrechtes (Verfassungs- und Verwaltungsrecht)* (Vienne, 1927).

Numerosos artículos de los profesores KELSEN, MERKL, ADAMOVICH ... en la *Zeitschrift für öffentliches Recht* de KELSEN (1919-1927).

JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y CONSOLIDACION DE LA DEMOCRACIA *

Dieter Nohlen

El título de mi conferencia abre una perspectiva de análisis que es típica para investigaciones politológicas. Consiste en establecer una relación causal entre los fenómenos enfocados aquí, es decir, entre la jurisdicción constitucional y la consolidación de la democracia. ¿Cuál es el efecto que tiene la jurisdicción constitucional sobre la consolidación de la democracia? De forma análoga, la Ciencia Política ha estudiado la relación causal entre sistemas electorales y sistemas de partidos políticos, llegando a precisar en qué condiciones la variable independiente ejerce tales u otros efectos sobre la variable dependiente (véase Nohlen 2004). ¿Podemos proceder analíticamente de forma parecida respecto a nuestro tema de hoy? ¿Podemos esperar llegar a semejantes alcances, aunque la relación parezca más compleja y como tal menos susceptible a mediciones empíricas?

La pregunta parece aun más pertinente dado que nuestro tema está prácticamente ausente en la literatura politológica. Consideraciones sobre la consolidación de la democracia se refieren al mundo de las democracias de la Tercera ola y respecto a este grupo de países, raras veces involucran la

* Conferencia magistral pronunciada en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, el día 17 de octubre de 2007. Revisado y ampliado para su publicación en esta "Revista...". Agradezco el apoyo de José Reynoso en la preparación de la versión castellana del manuscrito.

jurisdicción constitucional como objeto relevante. En el ámbito del Derecho Público, allí sí encontramos este tipo de referencias, incluso en rápido aumento, las que, sin embargo, se caracterizan por su grado de generalización y una tendencia a sobre —o subestimar— la importancia de la jurisdicción constitucional en sus efectos sobre la consolidación de la democracia.

Nuestro conocimiento proveniente de la experiencia nos dice que la relevancia de una variable tratada como independiente respecto a otra dependiente, en el campo de las ciencias humanas es siempre relativa. Así, en la primera parte de mi conferencia, me dedicaré a la multidimensionalidad del problema, refiriéndome a los factores que influyen en el proceso de la consolidación de la democracia. Por experiencia sabemos también que la relación enfocada depende de los conceptos que se aplican, en nuestro caso, del concepto de democracia y del concepto de consolidación que tengamos. En este sentido, en segundo lugar, introduciré en la multidimensionalidad de los conceptos y en la relevancia que dentro de los diferentes conceptos alcanza la jurisdicción constitucional. Nuestro conocimiento proveniente de la experiencia nos dice, además, que a menudo se establecen interdependencias entre las variables observadas. Así, en tercer lugar, mis consideraciones apuntarán a la interrelación recíproca (*Wechselwirkung*) entre democracia y jurisdicción constitucional, destacando el carácter político de su relación. Por último, por experiencia sabemos que el contexto importa. Tal vez conocen mi libro “El contexto hace la diferencia” (Nohlen 2003), publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el que hice énfasis en la necesidad de diferenciación (conforme con Spencer-Brown 1969) entre instituciones y contexto, demostrando además cómo el contexto interviene en los efectos que exhiben las instituciones (véanse también Nohlen 2006 sobre el institucionalismo contextualizado y Ortíz Ortíz / Reynoso Núñez 2007). Lo mismo puede hacerse valer para el Derecho. Como apunta José Afonso da Silva (2005:17), “la misma norma o el mismo texto normativo tiene un sentido o significado diferente cuando está situado en contextos diferentes”. Enfocando en seguida las funciones de la jurisdicción constitucional, me dedicaré, primero, a los requisitos irrenunciables que tienen que darse y las condiciones favorables que fomentan el cumplimiento de sus funciones por parte de los tribunales constitucionales, y segundo, entraré en algunos ámbitos de jurisdicción constitucional en búsqueda de su relevancia para la consolidación de la democracia. Finalmente, terminaré mi charla afirmando el carácter circular de la relación entre jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia, resumiendo algunas de las afirmaciones que de manera diferenciada se han hecho con respecto a ella.

De este programa se desprende que —aunque siendo institucionalista— no me va interesar hoy el diseño institucional de los tribunales constitucionales (su modelo, su composición, sus competencias, sus reglas procesales, que obviamente difieren según los casos y sin lugar a duda tienen efectos relevantes), sino su relación funcional en el sistema y en el proceso político. Tampoco nos interesa aquí el origen kelseniano o austriaco de la jurisdicción constitucional y la diferencia de su versión europea con el *judicial review* estadounidense, objetos tantas veces tratados y recapitulados en los recientes trabajos comparativos (véanse el “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional” y los recientes libros colectivos sobre la materia, por ejemplo, García Belaunde / Fernández Segado 1997, Ferrer Mac-Gregor 2005, Palomino Manchego 2005). El enfoque funcionalista tiene en su centro el papel real de la jurisdicción constitucional en el sistema político (Grimm 2006: 793). Su aplicación se ve aún más fundamentada por la reciente tendencia en el Derecho Público de tematizar no tanto el Estado, ni el Estado de Derecho, ni el Estado social, sino el Estado constitucional en sus dimensiones funcionales (véanse Valadés, D. / Carbonell, M. 2006, Salazar Ugarte 2006). De igual manera, se observa en la Ciencia Política la tendencia de tematizar no el Estado, sino las instituciones y la estructura institucional, o sea, de observar lo público en un nivel, en el que es posible precisar más los objetos de estudio y tratarles como variables en su interrelación causal. Así, los tribunales constitucionales se encuentran en el mismo nivel de las demás instituciones constitucionales (aunque la jurisdicción constitucional en América Latina no siempre tiene un estatus autónomo, separado de la jurisdicción ordinaria).

I. MULTIDIMENSIONALIDAD DE LOS FACTORES EN EL PROCESO DE CONSOLIDACIÓN

En el caso de la relación entre sistemas electorales y sistemas de partidos, intervienen factores de contexto que explican el por qué no existe una relación lineal entre ambos fenómenos. En el caso que estudiamos hoy, tampoco se da este tipo de relación causal. Existen varios factores muy relevantes que a su manera pueden tener altísima importancia para la consolidación de la democracia, incluso para el tipo de régimen político. En comparación, de entre estos factores el papel de los tribunales constitucionales parece débil. Sin embargo, esta consideración no debería irritarnos, pues conforme con la teoría del caos, factores de primer orden por sí mismos no tienen que ejercer necesariamente grandes efectos, mientras que míni-

mas modificaciones provenientes de factores secundarios pueden tenerlos, percibidos sobre todo si el análisis integra perspectivas de mediano o largo alcance. Por otra parte, si nos damos cuenta de la multidimensionalidad de factores que influyen en el proceso de la consolidación democrática en América Latina y del reducido papel de los tribunales constitucionales, nos protegemos frente a la exageración de la importancia atribuida a la jurisdicción constitucional en este proceso, cuya parte concomitante podría resultar en sobrecargarla con funciones que sencillamente no puede cumplir.

En las explicaciones causales que se han dado en la literatura científica para el problema de la consolidación de la democracia en la región, se puede distinguir a grandes rasgos entre (1) la hipótesis de la carencia económica que apunta al insuficiente desarrollo económico, sustentada por la teoría de la modernización (Jaguaribe 1973; Pasquino 1974; Graciarena / Franco 1978); (2) la hipótesis de la carencia social, que se enfoca en la persistencia de la pobreza y la desigualdad social (Midlarsky 1997; Lamounier 1999); (3) la hipótesis de la carencia política, que se basa en los déficit de la democracia de no cumplir, a las que los informes sobre el desarrollo humano de las agencias de desarrollo llaman continuamente la atención; (4) la hipótesis de la carencia político-institucional que hace hincapié en los problemas estructurales de los sistemas políticos, hipótesis con mayor consenso en el mundo académico, como señala por ejemplo el estudio del PNUD (2004) sobre la democracia en América Latina; (5) la hipótesis de la falta de confianza de la población en la democracia como el orden político preferido y en la satisfacción con los resultados de la política (véase *Latinobarómetro* de 1996 en adelante); (6) la hipótesis de la carencia de capital social que focaliza la sociedad y su capacidad de generar confianza en los otros. Según esta última tesis tiene que existir una cierta medida de confianza interpersonal para formar una comunidad eficiente, cuyo progreso económico y social pueda producir un sistema político consolidado (Putnam 1993).

En comparación con la variable jurisdicción constitucional, no cabe duda que los seis factores o grupos de factores enumerados alcanzan un valor explicativo mayor para el problema de la consolidación democrática. De esta manera no debe sorprender que la jurisdicción constitucional —como ya decía antes— casi no entra en las consideraciones politológicas sobre consolidación de la democracia en América Latina. Véanse por ejemplo el libro más citado, el de Linz y Stepan (1996) sobre “Democratización y consolidación de la democracia”, el estudio de Mark Payne y otros (2003) titulado “La política importa”, así como el informe del PNUD (2004) sobre el desarrollo de la democracia en América Latina. Por cierto, se debate el control de las instituciones, especialmente del Ejecutivo, y

la manera de poner límites al ejercicio del poder. Pero entran en escena por sobre todo la sociedad civil y los medios de comunicación como principales actores garantes del poder limitado. Por lo demás, se debate el ejercicio del poder tal cual, no tanto el ejercicio del poder conforme a las normas constitucionales.

II. MULTIDIMENSIONALIDAD DE LOS CONCEPTOS

En el caso del sistema de partidos, existe un alto grado de consenso sobre el concepto y sus dimensiones que hay que tomar en cuenta a la hora de medir el efecto que el sistema electoral tenga sobre el mismo (véase Nohlen 2004). En el caso de los conceptos de democracia y de consolidación de la democracia no es así. Respecto a nuestras consideraciones, lo importante es que la ambivalencia conceptual existente tiene altísima importancia sobre el posible efecto que puede atribuirse a la jurisdicción constitucional en la vida política, así como a su medición y evaluación.

Si se define la democracia a la manera de Alain Touraine como “la lucha de los sujetos, en su cultura y en su libertad, contra la lógica dominadora de los sistemas” (Touraine 1997: 114), la jurisdicción forma parte del sistema a combatir. Cuando lo sustantivo de la democracia es la deconstrucción de su propia institucionalidad, no interesa la jurisdicción constitucional, o solo interesa desde un punto inverso, para pasar por encima de su función en el proceso de liberación. Si se entiende la democracia en su sentido radical, de democracia directa, como la entienden algunos intelectuales y aquellos actores que quieren sustituir la democracia representativa por la así llamada democracia participativa, la jurisdicción constitucional tiene una importancia relativa, subordinada a la toma de decisiones por parte del soberano popular mismo que en cada momento puede imponerse sobre la Constitución vigente y sus supuestos guardianes. Si se entiende la democracia en su sentido representativo (para este y otros conceptos de la democracia véase Nohlen et al. 2006: 338-356), entonces sí la jurisdicción constitucional puede jugar un rol importante, sobre todo si se identifica la democracia representativa con la democracia constitucional, tendencia que en los últimos años ha recuperado fuerza ante la extensión del uso de los conceptos de contraste.

El concepto de la consolidación democrática, por su parte, es también multidimensional y muy controvertido, vinculado por lo demás con diferentes conceptos de legitimidad. Leonardo Morlino veía en 1986 la consolidación como un proceso que tiene como consecuencia la continua adaptación de los actores políticos a las reglas del juego democrático y, con

ello, la continua ampliación de la legitimidad¹ del orden político establecido. En el marco de este inicial concepto de consolidación que se fija en los actores políticos, es fácil ubicar y evaluar alto el rol de la jurisdicción constitucional: mantener encarriladas sus acciones, el caso dado, en lo que la Constitución prescribe. Diez años más tarde, Juan J. Linz y Alfred Stepan (1996: 30) distinguían ya entre varias dimensiones del problema de la consolidación: (1) la dimensión conductual: ningún actor político, social o económico persigue sus objetivos con medios que tengan como consecuencia el establecimiento de un sistema no democrático; (2) la dimensión actitudinal: una gran mayoría de la opinión pública mantiene la valoración de la democracia como la mejor forma de gobierno, aunque esté insatisfecha con los logros de los gobiernos democráticos; (3) la dimensión constitucional: tanto el gobierno como la oposición se someten a la Constitución y solucionan sus conflictos en el marco de las reglas de juego del sistema político. Se observan grandes diferencias del rol y posible impacto de la jurisdicción constitucional en la consolidación según las dimensiones señaladas. En las dos primeras es extremadamente relativo para no decir *quantité négligable*. Solo en la última dimensión, llamada constitucional, la jurisdicción constitucional encuentra su enlace de forma muy explícita con el proceso de consolidación democrática. En la trilogía de dimensiones de Andreas Schedler (2002: 20), finalmente, no se sostiene de igual manera este vínculo. Schedler, tras una amplia revisión de los diferentes enfoques, destaca tres modelos de enfocar el problema de la consolidación: (1) el procesal, en el que se afirma o no si las democracias son capaces de imponerse y dominar los desafíos antidemocráticos; (2) el actitudinal, orientado a la élite política, en el sentido de que sus miembros, y sobre todo los gobiernos, desarrollan normativamente los valores democráticos, diseñan estrategias racionales y desarrollan las habilidades necesarias para mantener la democracia; y (3) el orientado a las bases socioeconómicas, en el sentido de que su desarrollo sea

(1) La pretensión de legitimidad de un orden político apunta a un concepto normativo del mismo. Se puede entender como cualidad objetiva de un sistema social o sistema político (por ej., la legitimidad que se le atribuye como inherente a un sistema político democrático en el marco de los horizontes mentales correspondientes, o la legitimidad entendida como el mantenimiento de la legalidad) o estar basada en escalas normativas externas, respecto a las cuales se compara esta pretensión. De acuerdo con esto, la legitimidad puede ser definida como: (1) la coincidencia de un orden político con el Derecho, en el cual está garantizada la realización de determinados principios (en la democracia, pluralismo político, derechos democráticos de participación, Estado de Derecho, etc.), o (2) la capacidad de un orden político de ser reconocido como legítimo, por lo cual la pretensión de un sistema político de gozar de legitimidad sólo existe, cuando las expectativas de comportamiento elevadas

propicio para la continuidad democrática. Ninguna de estas dimensiones es apta para poner de relieve la función de la jurisdicción constitucional para la consolidación democrática. Incluyendo la dimensión económica al problema de la consolidación de la democracia, Schedler reintroduce no solo una variable de alto valor explicativo cuya carrera en ciencias sociales se remonta a los orígenes de la teoría de la modernización, sino una variable que en nuestro contexto destaca por dos características: primero es la variable con menores probabilidades de sufrir efectos provenientes de decisiones de los tribunales constitucionales en su manera de incidir en la consolidación de la democracia, y segundo es probablemente la variable más susceptible a la medición en sus efectos sobre la consolidación democrática, de modo que facilita marcar diferencias en la medición de efectos de distintos factores causantes de la consolidación. En el caso de la variable económica se observa precisamente una correlación positiva entre las tasas de crecimiento económico y el grado de satisfacción con la democracia, como señalan las encuestas (véase Latinobarómetro 2006). Podemos concluir que el desempeño del gobierno importa. Es el rendimiento político que aumenta la legitimidad de salida (*output legitimacy*) de la democracia y así su consolidación. Respecto al desempeño, la jurisdicción constitucional, como vamos a ver a continuación, puede aportar algo, aunque este algo será siempre difícil de medir. Por lo demás, es casi imposible establecer correlaciones directas y medibles entre jurisdicción constitucional y valoración o consolidación de la democracia. Por otra parte, se excluye también que una baja en la aceptación de la democracia que se pudo observar en el último decenio, sea un efecto directo de la actuación (mal evaluada) de la jurisdicción constitucional. En otros términos, tampoco existe una relación causal determinante de índole negativa entre jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia.

III. LA RELACIÓN INTERDEPENDIENTE DE LOS FACTORES

Estas observaciones invitan a llamar la atención a otro conocimiento proveniente de la experiencia que apunta a la relación recíproca de los fenómenos. Incluso en el estudio de la relación causal entre sistema electoral y sistema de partidos, se observan efectos circulares: el propio sistema de partidos tiene influencia sobre el efecto que tiene el sistema electoral sobre el mismo. Este tipo de interdependencia es mucho más fuerte en la relación que estudiamos, especialmente por el hecho de que la jurisdicción constitucional así como el Derecho Público en general están percibidos como eminentemente políticos, o sea dependientes de factores que provienen

de la política. Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio (2006: 424) apuntan precisamente a esta reciprocidad, cuando dicen que “a través del Derecho Constitucional el Derecho penetra y se introduce en la vida de la comunidad y a su vez los factores políticos, sociales y económicos determinan en buena parte el Derecho Constitucional”. Aún más, con la creación de órganos de jurisdicción constitucional ha entrado un nuevo actor en la escena política. Respecto a su rol, Dieter Grimm (2006: 793) enfatiza que “la jurisdicción constitucional no solo hace valer en el caso concreto las decisiones generales previas de la Constitución, sino que toma también decisiones políticas por su cuenta. Puesto que muchas veces estas decisiones tienen como objeto el comportamiento de los órganos superiores del Estado y de los partidos políticos que actúan en ellos, la jurisdicción constitucional participa, si se aplican criterios funcionales, en la dirección del Estado”. Siendo los tribunales constitucionales instituciones políticas como las demás, aunque de legitimidad democrática secundaria y carente de un aparato propio para hacer ejecutar sus decisiones, ellos disponen de importantes funciones en el proceso político con capacidad de decisión última en asuntos de alta importancia en el juego político. Dolf Sternberger (1956: 24) puntualizó: “El Derecho es en sí mismo un eminente factor político”.

En la perspectiva de la teoría de los jugadores de veto (Tsebelis 2002), los tribunales constitucionales constituyen jugadores de veto institucionales dentro del sistema político. Aunque en principio de racionalidad propia, pueden articularse dentro de ellos jugadores de veto individuales (o sea miembros de los tribunales) asociados con los partidos políticos, de modo que se puede imponer la lógica de competencia política que a su vez puede determinar decisiones en pro o en contra de otras instituciones del sistema político, especialmente referidas a la voluntad política del Gobierno. Es por esto que se establece otra circularidad: al control constitucional que ejercen los tribunales sobre el Ejecutivo se añade el intento por parte de los partidos políticos y especialmente del Gobierno de hacerse del control del tribunal constitucional.

En la perspectiva de la teoría sistémica, se trata de una relación entre el sistema político con su propia racionalidad, la racionalidad del poder, y de la jurisdicción constitucional con la suya, la racionalidad del Derecho, o sea entre un (marcado) sistema y su entorno. Según el enfoque de la autopoiesis (véase Maturana / Varela 1984), la incidencia que tiene el factor externo, aquí la jurisdicción constitucional, es dependiente de la estructura del sistema, aquí el sistema político, y del comportamiento de los actores institucionales. Las decisiones de los tribunales constitucionales, en general (en el lenguaje sistémico) de efecto “irritante”, pueden ser interpretadas

como “estimulantes” y de esta manera asumidas por los actores, o percibidas como “perturbantes”. La última percepción puede conducir a que el sistema (político) trate de compensarlas o impedir su cumplimiento o tomar las precauciones pertinentes (por ejemplo sustitución de magistrados) para que no se repitan situaciones “perturbantes” debido a decisiones del Poder Judicial.

De todos modos, resulta claro que la influencia del factor externo nunca será determinante, sino relativo conforme a las estructuras del sistema y las mentalidades de sus actores. Dentro de esta perspectiva sistémica es posible marcar diferencias entre sistemas susceptibles de reaccionar acorde con la percepción “estimulante” o “perturbante” de la labor de la jurisdicción constitucional. Respecto a esta disyuntiva, la mayor diferencia que se impone es aquella entre democracias consolidadas y democracias que aún viven el problema de su consolidación. Mientras que el primer grupo de países se puede asociar con una interpretación “estimulante”, el segundo grupo de países tiende a una percepción “perturbante”. Otras diferencias pueden referirse a características de menor calibre que pueden ser transversales a la anterior categorización en grupos de países, por ejemplo una cultura de toma de decisiones jerárquica-decisionista, así como el presidencialismo y el bipartidismo. Estas mentalidades y estructuras son especialmente proclives al intervencionismo político en la esfera de la jurisdicción constitucional que por lo demás hace bien visible la interrelacionalidad de los fenómenos observados. Inversamente, todos los atributos de la civilidad, o sea “comprensión, moderación y gentileza, cualidades basadas en la estima y el respeto a otras personas” (como lo definía en otro lugar, véase Nohlen et al. 2006: 204), son favorables a la jurisdicción constitucional en su efecto sobre la consolidación de la democracia, aunque lo son también directamente para tal objetivo. Esta concordancia estriba en que “el pluralismo de los equilibrios dinámicos que se nutre de moderación, reconocimiento, respeto y diálogo recíprocos”, de eminente importancia para el desarrollo democrático, constituye también “el objetivo más profundo de los tribunales constitucionales” (Zagrebelsky 2006: 324).

Un aspecto relevante para el efecto de la consolidación de la democracia que se espera de la jurisdicción constitucional, es crear y mantener cierto grado de independencia de los tribunales constitucionales frente a los demás actores. Además, para que se mejore el funcionamiento del sistema político y progrese la consolidación de la democracia, el aumento de la cantidad de jugadores de veto en un sistema político requiere que los principales actores políticos desarrollen comportamientos más acordes con el modelo de consenso de toma de decisiones. Me parece que México se encuentra

actualmente en esta encrucijada. Otro aspecto relevante consiste en modificar la percepción de las decisiones jurisdiccionales por parte de los actores políticos de "perturbante" en "estimulante". Sin embargo, el proceso de la consolidación involucra a ambos lados. En la democracia constitucional el fin de la Constitución y la función de la jurisdicción constitucional no deben agotarse —acorde con la vieja tensión entre Estado y sociedad en América Latina— en limitar al gobierno, sino tienen que posibilitar y fomentar el gobierno democrático capaz de atender a las demandas de la gente, procurando mayor legitimidad de salida al sistema de gobierno y apoyando por este camino a la consolidación de la democracia. Es el camino más seguro para propiciar relevancia a su propio quehacer.

IV. FUNCIONES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

En términos generales, existe alto consenso sobre la función de la jurisdicción constitucional, de modo que no conviene demorarme en este foro de especialistas en la materia. Sin embargo, conviene puntualizar que en principio, su función no es ni debe ser de forma directa la consolidación de la democracia por la simple razón que ya hemos dado a entender: tan exigente objetivo depende de tantos otros factores mucho más importantes de modo que los tribunales constitucionales, en caso de peligros de derrumbe inminente, son obviamente incapaces de contrarrestar o contener el proceso.

Esta tesis no se ve deslegitimada por el reciente análisis de Ahumada Ruiz (2005: 302 y sig.), que afirma que la garantía de la Constitución no ha sido nunca la principal función de los tribunales constitucionales. Ella considera que su contribución más notable se ha producido en el plano político y tiene que ver con su participación en la consolidación del sistema de democracia constitucional, orientando la actuación de los poderes públicos y ayudando a generar usos y comportamientos democráticos tanto en el ejercicio del poder como en la sociedad. Esta tesis presupone, sin embargo, la definitiva consolidación de la democracia según patrones del constitucionalismo democrático. La realidad política de América Latina es otra y no confirma el análisis: persisten los retos a la democracia, y últimamente se han extendido especialmente aquellos referidos a la democracia constitucional, como vamos a ver en adelante. Nuevamente el contexto hace la diferencia. *Ex ante* de la consolidación democrática, la incertidumbre sobre su desenlace no permite un balance tan determinante de la actuación de los tribunales constitucionales.

Conviene, además, cuidarse en individualizar demasiado las funciones de la jurisdicción constitucional, pues con la precisión se expone su

actuación a nivel empírico a una prueba que no pasa fácilmente de forma positiva. Por ejemplo, es cierto que la jurisdicción constitucional puede contribuir a la extensión de valores democráticos, pero tampoco conviene establecerlo como objetivo directo, sino como efecto colateral deseado. De otra manera, la medición de la aceptación de la democracia como norma que ha exhibido una tendencia a la baja en América Latina en el último decenio (véanse las entregas anuales desde 1996 de *Latinobarómetro*) podría figurar como prueba empírica del fracaso de la jurisdicción constitucional en este su desempeño.

El posible aporte de la jurisdicción constitucional a la consolidación de la democracia puede resultar como efecto inherente del desempeño de su función principal: de cuidar el cumplimiento de las normas de la Constitución por parte de los órganos públicos. El cumplimiento de esta función por su parte está vinculado a diferentes condiciones externas que interactúan con la jurisdicción constitucional.

V. REQUISITOS Y CONDICIONES PARA LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Si hemos llegado a este punto de hacer depender la jurisdicción constitucional de factores políticos, económicos y sociales, conviene indagar estos factores que quisiera diferenciar entre prerrequisitos irrenunciables y condiciones favorables, como se dan en América Latina hoy.

VI. REQUISITOS IRRENUNCIABLES

Respecto a los requisitos irrenunciables, quisiera mencionar primero la existencia de un Estado constitucional. La jurisdicción constitucional presupone la constitucionalidad de la estructura del Estado. Sin constitución en el sentido material del concepto no habrá constitucionalidad ni jurisdicción constitucional. Los respectivos requisitos son bien conocidos: derechos humanos, principio democrático, separación de poderes, como mínimos. Solo el establecimiento de un Estado constitucional hace posible el control de concordancia con la norma del proceso político y de las decisiones emanadas de este proceso. Imponiendo límites al ejercicio del poder, por ejemplo en la protección de los derechos de las minorías (véase Montilla Martos 2002), este control puede tener efectos positivos sobre la consolidación de la democracia. Por lo demás, el Estado constitucional sustrae determinados principios consustanciales con sí mismo a decisiones a través del proceso democrático, limitando las modificaciones constitucio-

nales y garantizando a través de las así llamadas “cláusulas de eternidad” la identidad del Estado constitucional. Así, el tipo de Estado constitucional ha comenzado —según Peter Häberle (2006: 289)— a ‘institucionalizar’ y a ‘constitucionalizar’ el proceso constituyente, anteriormente concebido como ‘salvaje’, ‘originario’, que comenzaba explosivamente desde ‘cero’.

Como observamos en América Latina, mientras se ha establecido el Estado constitucional en términos formales, en términos materiales sigue siendo una aspiración. Recientemente se escuchan voces que lo menosprecian, argumentando que un sistema de democracia constitucional con una Constitución sustrae determinadas materias a la decisión a través del proceso democrático y delega en los jueces la competencia para decidir sobre el contenido y alcance de ciertos derechos considerados fundamentales, y apuntando que la democracia constitucional constituye “una opción por un sistema de democracia restringida, rebajada, más limitada y no de democracia sustantiva” (Ahumada Ruiz 2005: 125). Al mismo tiempo se observan reformas constitucionales y procesos constituyentes que sobrepasan la constitucionalidad del orden político y el respectivo control por parte de órganos pertinentes.

El segundo requisito irrenunciable consiste en que tiene que tratarse de una democracia. Ya hemos señalado las diferencias en el concepto de democracia. Quisiera estar bien claro en que la condición irrenunciable consiste en la existencia de una democracia representativa que se define —según Robert Dahl (1971)— por la participación a través de elecciones libres y por el pluralismo político a través de la competencia entre diferentes partidos políticos para llenar los mandatos de representación y para ocupar los puestos de gobierno. Se podría evocar también a Norberto Bobbio (1996) con su definición de la democracia como un conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas, sin decir nada del contenido o resultado de las mismas (véase Salazar Ugarte 2006: 136 y ss.). Cuando se introducen principios, contenidos y funciones en la definición, lo importante en nuestro contexto es que se relativiza con la importancia de las reglas también la de cuidar por su cumplimiento. Recientemente, un constitucionalista (Núñez Muñoz 2007: 52) atribuía a la democracia la principal función de “asegurar la libertad de los individuos frente al Estado”. De allí concluía que “el sujeto protagónico es el individuo participativo”. Y seguía argumentado que es necesario promocionar una nueva ciudadanía, centrada en la participación y la cultura política democrática para la consolidación de estos sistemas. Así, decía que la participación está íntimamente ligada al acceso en la toma de decisiones en los asuntos políticos y tiene como función legitimar los sistemas políticos

democráticos. Estas ideas parecen inocentes pero sirven de antesala para postular un concepto de democracia diferente que recientemente se está articulando en forma de la democracia participativa. Sus protagonistas no se restringen a pedir que se introduzcan mecanismos de democracia directa en la democracia representativa, experiencia que han vivido ya muchos países con mayor o menor éxito (para América Latina véanse Valadés 2000: 39-44, y Zovatto 2007: 134-161). La idea que se promueve es sustituir la democracia representativa por una de tipo participativa. Repito: la jurisdicción constitucional solo tiene sentido en una democracia constitucional, con garantías constitucionales de los derechos humanos y los derechos políticos, con separación de poderes dentro de un Estado de derecho, un bloque de constitucionalidad que antecede las decisiones que pueda tomar el pueblo a través de los canales de participación directa. Si al contrario, en una democracia participativa, toda estructura y toda decisión están sujetas al veredicto del soberano popular, incluso de liquidar derechos integrantes del bloque de constitucionalidad, de abdicar a la democracia y de establecer una dictadura (véase Hermet 1989), no habrá jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional sería una farsa, como demuestra ya el caso venezolano, donde la Sala Constitucional del Tribunal Nacional de Justicia se declaró incompetente en asuntos de su competencia o interpreta actos obviamente inconstitucionales como legitimados por el proceso que este país actualmente pasa de una democracia representativa a otra participativa (véase Nohlen/Nohlen 2007). Sin embargo, no es necesario citar casos extremos. Cuando el Ejecutivo convoca a un referendo, sin haber cumplido con los requisitos constitucionales —por ejemplo el de disponer del apoyo mayoritario, a veces calificado del parlamento— y el Tribunal (*Conseil Constitutionelle*) se declara incompetente —como ocurrió en Francia en el referendo sobre la introducción de la elección directa del presidente en 1962, propulsado por el General de Gaulle— el resultado del referendo, si es positivo, es considerado capaz de curar la inconstitucionalidad de su origen. La democracia directa permite legitimar acciones inconstitucionales *ex post*. ¿Qué importancia le queda para el control de constitucionalidad por un respectivo tribunal? En resumen, concuerdo con Diego Valadés (1998: 17 y 43): el control del poder únicamente existe en un sistema constitucional de orden democrático-representativo.

Como tercer requisito irrenunciable quisiera estipular que la jurisdicción constitucional tiene que ser establecida de tal forma, a lo mejor autónoma, de modo que pueda cumplir efectivamente con sus funciones. En América Latina es notable el desarrollo de la jurisdicción constitucional en los últimos dos decenios. Se refleja también en el auge de la jurisdicción

constitucional como materia académica. Sin embargo, la autonomía de los órganos pertinentes sigue cuestionada. Se observan luchas por el control político de los tribunales, intervencionismo del Ejecutivo, sustitución de jueces que toman decisiones adversas al poder en ejercicio. La defensa de la Constitución queda al margen por sobre todo por procesos constituyentes que recientemente se han constituido en América Latina como el mecanismo más eficaz de cambio de las relaciones de poder.

VII. CONDICIONES FAVORABLES

Al lado de las condiciones irrenunciables, hay que considerar condiciones que pueden fomentar el buen ejercicio de las funciones de la jurisdicción constitucional. La primera condición favorable que me viene en mente es la existencia de un Estado de Derecho. En este foro, no conviene defender más esta opción. Por otra parte, se podría argumentar —como lo hace Jorge Carpizo (2007: 99 y ss.) en su último libro— que el Estado constitucional y el Estado de derecho forman un insoluble conjunto, aunque “el Estado de derecho no es siempre la misma cosa” (Zagrebelky 2006: 312). Sin embargo, frente a la desconfianza que siguen teniendo los pueblos respecto al Poder Judicial —como constan las encuestas de Latinobarómetros y sondeos nacionales (véase también Ahrens / Nolte 1999)—, es tal vez conveniente diferenciar entre jurisdicción normal y jurisdicción constitucional, pues esta última como órgano político en competencia con otros de origen democrático, necesita este tipo de legitimidad para cumplir con sus funciones.

La segunda condición favorable consiste en la permanencia del orden constitucional. Para que la constitución pueda formar una referencia con autoridad, es necesario que tenga continuidad. Si los órganos, cuyos actos tienen que ser controlados por la jurisdicción constitucional respecto a su concordancia con la norma, pueden modificar la constitución según les conviene, la función descrita está en el fondo obsoleta. Por lo demás, “una constitución que sobrevive con incesantes modificaciones se degrada al nivel de una ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana” (Zagrebelky 2006: 318). De la continuidad de la Constitución dependen otras condiciones de la efectividad de la jurisdicción constitucional, por ejemplo el desarrollo de una cultura de constitucionalidad, tal vez el factor más importante para el ejercicio del poder conforme a la constitución, más importante tal vez que la propia constitución. Es por eso que algunos países no tienen ni constitución ni jurisdicción constitucional pero cumplen con el criterio de un Estado democrático constitucional. La continuidad de las constituciones es —como demuestra una comparación sencilla entre Europa

y América Latina— tremendamente dependiente del contexto.

Estas consideraciones no involucran un concepto estático de la Constitución. Como señala la teoría sistémica, para que el sistema cumpla con su función clave de sobrevivir, tiene que modificarse constantemente. Las Constituciones no son inertes, viven también su vida, lo que se ha expresado en el concepto de constitución viviente (*lebende Verfassung*, Sternberger 1954), “sensible a las exigencias constitucionales del tiempo que cambia” (Zagrebel'sky 2006: 316). En términos generales, las adaptaciones a los tiempos cambiantes pueden producirse por diferentes caminos. El más ostentoso es el de las reformas constitucionales (me refiero a reformas o revisiones sustanciales y no a modificaciones de menor rango que suelen también producirse; véase Congreso Internacional 2005), aunque constituyen a veces caminos bastante complicados por los procedimientos especiales que se contemplan en las Constituciones para conservar la continuidad normativa.

Estas precauciones a menudo conducen a efectos contraproducentes en términos de que desencadenan un proceso de sustitución de la Constitución inerte por una nueva, iniciado por un referendo y el siguiente establecimiento de un constituyente, en el que se pierde todo sentido de continuidad. Últimamente, este proceso, resultante de las crisis de gobernabilidad democrática en Venezuela, Bolivia y Ecuador, tiende a la demolición institucional de las instituciones de la democracia representativa y del Estado de Derecho, sin que la jurisdicción constitucional tenga medios para impedirlo (Brewer-Carías 2002 y 2007).

El otro camino es el de la interpretación constitucional por parte de los jueces constitucionales (véase al respecto la compilación de estudios de Ferrer Mac-Gregor 2005, véase también Ezquiaga Gamuzas 2008). Es un proceso por cierto inverso: Según Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo (2006, 425 y sig.), por un lado “el cambio y las modificaciones de la realidad afectan y deben afectar la interpretación de la Constitución”, por el otro, “la interpretación es uno de los caminos para adecuar la norma a la realidad, es un esfuerzo para que las normas no caigan avallasadas ante los constantes golpes de la vida”. Aunque la interpretación ajustada a los cambios de la vida es menos ostentosa, sale fácilmente a la vista la importancia de la jurisdicción constitucional para hacer viable la democracia.

Las alternativas descritas se observan nítidamente cuando las constituciones que se introdujeron en tiempos autoritarios, enfrentan el cambio de régimen. Así, Chile optó por continuas reformas de la Constitución

autoritaria de 1980, acordando en el correr del tiempo 18 reformas constitucionales, hasta llegar a una Constitución democrática, en palabras del Presidente Ricardo Lagos a "Una Nueva Constitución...., acorde con el espíritu de Chile, con el alma permanente de Chile" (Ríos Alvarez 2006: 617 y 637). En el Perú, en cambio, fue la jurisdicción constitucional la que trató de adaptar las normas constitucionales a la realidad. Samuel B. Abad Yupanqui (2005) destaca "cómo el aporte del Tribunal Constitucional ha sido determinante para precisar el alcance de lo dispuesto en la Constitución de 1993, e, incluso, para asumir un contenido distinto de la misma que en varios aspectos se ha alejado de la intención de quienes en su momento la elaboraron" (cit. según "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional" 2006: 559). El Tribunal como máximo intérprete de la Constitución rediseñó la Constitución de 1993. "Diversas sentencias han permitido interpretar disposiciones constitucionales en un sentido distinto al otorgado por el constituyente, operándose verdaderas mutaciones constitucionales, con el argumento de adecuar los preceptos constitucionales a las nuevas situaciones sociales" (Ibidem, 558). Aunque no haya una reforma constitucional, la interpretación constitucional y la creación por vía interpretativa de nuevos derechos confieren dinamismo a las normas de la Constitución: concluimos con Gustavo Zegrebelsky (2006: 319) que "la ley de la buena vida de las constituciones es el desarrollo en la continuidad. El instrumento normal es la jurisprudencia; la reforma es un instrumento excepcional", que en su caso hay que llevar a cabo con criterio y medida. La continuidad de la Constitución como condición favorable fortalece e intensifica el papel de la jurisdicción constitucional en el proceso de consolidación de la democracia.

La tercera condición favorable consiste en la extensión de valores concordantes con el Estado democrático constitucional. Esto se refiere a la cultura democrática y sus normas (véase Bertelsmann 2006: 227), a la cultura de la legalidad (véase Laveaga 2006), a la cultura jurídica (véanse Concha Cantú / Fix-Fierro / Valadés 2004, Valadés / Carbonell 2006) y a la cultura de la jurisdicción constitucional (véase Häberle 2006). En América Latina se observa que en la lucha por el poder, la Constitución no alcanza a ser un argumento para mantener encarrilada la acción. A menudo, los actores individuales y colectivos están dispuestos a actuar contra la Constitución, priorizando el objetivo por sobre el procedimiento. Tampoco la permanencia de la Constitución parece importar mucho, pues el proyecto de elaboración de una nueva tiende a rendir políticamente, como demuestran los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador. En el caso ecuatoriano, el Tribunal Consti-

tucional, metido de lleno en el conflicto político, desobedecía incluso a la constitución que tenía que defender.

En este sentido, Peter Häberle (2006: 287) llama la atención a los límites de la defensa jurídica de la Constitución. Extiende la función de ser guardianes de la Constitución a todos los ciudadanos y remite a Konrad Hesse, citándolo (Häberle 2006: 286): "Una Constitución solamente puede ser protegida políticamente o en la profundidad cultural. Si bien los instrumentos jurídicos son importantes, solamente son eficaces cuando todos poseen una 'voluntad de Constitución' y ésta desenvuelve duraderamente su fuerza normativa". En los tratados de Ciencia Política, se habla de la importancia de la necesaria vitalidad de una sociedad civil que apoye a la democracia (Bertelsmann 2006), o del objetivo de desarrollar una sociedad de ciudadanos, prerequisite de una democracia de ciudadanos (PNUD 3004).

Respecto a la democracia ciudadana, conviene comentar que es una visión simpática del futuro de la democracia, fundamentada en el reciente debate social-filosófico europeo, de la cual dista mucho la realidad y especialmente la realidad latinoamericana. La mayoría de los investigadores que transmiten esas ideas a América Latina como modelo y norte de la democracia en esta región, pecan de la falacia de no diferenciar bien entre ideas y contexto y de allí de desconocer la importancia del contexto que constituye un elemento clave en el desarrollo de tales visiones (véase Simon 2006: 65). Fíjense solo en la sociedad civil, su estado y mentalidad en ambos lados del Atlántico. Mientras que florece bien en Europa, en América Latina, en general, es débil su desarrollo y allí, donde despliega una cierta vida, se caracteriza por actitudes y movilizaciones anti-institucionales. Sus actividades sustraen en última instancia las bases a la democracia en vez de proporcionarle un fundamento seguro (véanse Bertelsmann 2006: 228, Nohlen 2006: 47 y sig.). En resumen, es lindo invocar al ciudadano participante: en el desempeño de sus funciones, la jurisdicción constitucional no puede contar con la sociedad civil como sería oportuno y necesario.

VIII. ÁMBITOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Evaluando la labor y el efecto de la jurisdicción constitucional, es imprescindible diferenciar por ámbitos. Sus incidencias varían por lo demás por lugar y por tiempo conforme a los problemas a los que la política y el derecho se ven enfrentados. Un buen ejemplo es el estado de emergencia como ámbito de la constitucionalidad (véase Zovatto 1990). Es un ámbito muy importante de protección de los derechos fundamentales, pero ocupa a la jurisdicción constitucional solo donde el desafío político-militar al interior

del país conduce al Ejecutivo a declarar el estado de emergencia (o excepción) como una de las medidas para poder manejar la situación. De esta manera, ha sido un objeto de la jurisdicción constitucional solo en algunos países de América Latina, en especial Colombia. En México sobresale —como en ningún otro país de América Latina— el ámbito electoral. Este hecho —más allá del problema real que constituye el fenómeno electoral en la vida política del país debido a características político-culturales— se ve fomentado por la inclusión de una gran parte de las reglas del proceso electoral en la propia Constitución. De esta manera, el papel de la jurisdicción constitucional depende también de la amplitud de las materias que la sociedad política quiza que se determinen en la Carta Magna. Podemos concluir que por estas y otras razones las experiencias comparadas son ciertamente disímiles (véase también Acuña 2006: 7 y sig.; Zagrebelsky 2006: 312 y sig.).

Como primer ámbito se impone el de los derechos humanos y fundamentales (véase la compilación exhaustiva de estudios comparativos y nacionales de Fix-Zamudio / Ferrer Mac-Gregor 2006; para México en perspectiva comparada Fix-Zamudio / Valencia Carmona 2005): A través de las decisiones de los Tribunales Constitucionales, la gente percibe que las instituciones le protegen. Pueden apoyar en sembrar una cultura institucional. Dado que cada vez con más frecuencia las Constituciones incluyen en su contenido declaraciones sobre aspectos que persiguen derechos sociales, tales como el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la protección a la salud, a la educación, a la vivienda, etcétera (Carpizo 2007: 105), se observa en América Latina una tendencia a admitir el activismo del juez constitucional, que, sin importar su costo, hace efectivos directamente ese tipo de derechos, los que afectan también el disfrute de otros derechos considerados fundamentales como la dignidad y la libertad del ser humano. Esta intromisión en la política es fácilmente comprensible porque no se puede ignorar las expectativas económicas y sociales de la gente si se quiere mantener su condición de norma fundamental que provee las bases a todo el orden jurídico. No obstante, varios constitucionalistas llaman la atención a los límites del intervencionismo social creativo. Carlos Bernal Pulido (2007: 51), por ejemplo, señala que esta alternativa llevada al extremo parece conducir a reestructurar el Estado, a negar las probabilidades de planeación económica a mediano y largo plazo, y a limitar desmedidamente la democracia representativa (Bernal Pulido 2007: 51). Jorge Miranda (2003:190), por su parte, nos recuerda que el texto de la Constitución tiene su eficacia condicionada por la realidad fáctica, por los hechos concretos de la sociedad y no está en condiciones de cambiar de inmediato la realidad que tiene que regular. Esto es especialmente cierto en el caso de América

Latina, como apunta correctamente José Manuel Acuña (2006: 26 y sig.) al señalar nos la paradoja, consistente en que “los países que más necesitan del desarrollo de los derechos sociales son aquellos en los cuales justamente la jurisdicción constitucional se ve limitada en (la tutela de estos derechos) debido a la asunción conciente de las limitaciones económicas imperantes”. Es una de las razones para consentir con Bernal Pulido (2007: 43) que la coerción organizada mediante la jurisdicción constitucional no resulta suficiente para promover el progreso, construir una sociedad más equitativa, o sea promover la legitimidad de salida y prevenir reveses en el proceso de consolidación de la democracia.

Como segundo ámbito se perfila el de la separación de poderes. Se trata de hacer valer uno de los principios fundamentales de la constitucionalidad: que el gobierno es limitado. Empíricamente, ha sido un principio menos respetado en América Latina, no sólo pensando en su completa negación en tiempos autoritarios, sino también en tiempos de democracia. Existe toda una tradición en el presidencialismo latinoamericano de invadir o coaccionar por parte del Ejecutivo a los demás poderes. Respecto a la propia jurisdicción constitucional, conviene recordar lo que hemos ya señalado antes, el constante intento de controlar los respectivos tribunales para impedir su posible papel de jugador veto o para prevenir posibles efectos “perturbantes”. Sobran los ejemplos en América Latina. Se destacan últimamente como los más dramáticos Venezuela (véase Brewer-Carías 2007, Nohlen / Nohlen 2007) y Bolivia (Lazarte 2006 y 2008). La conclusión es ambivalente. La constante intromisión confirma la importancia del rol que las demás instituciones, y especialmente el Ejecutivo concede a los Tribunales Constitucionales. Por otra parte, es una muestra de su real debilidad como institución autónoma.

El tercer ámbito es el de las normas electorales. Lo escogí por su relación íntima con el proceso político mismo y su impacto directo sobre la consolidación de la democracia (relacionada con la legitimidad de entrada, *input legitimacy*), aunque es un ámbito en general organizado independientemente de los tribunales constitucionales, en órganos autónomos (a veces considerados como cuarto poder). Sin embargo, su labor es similar en cuanto a que tiene que vigilar el proceso electoral y tratar de hacer cumplir las normas constitucionales y legales y proveer justicia electoral. La importancia de la función de la justicia electoral es tanto mayor cuanto más disten de estas normas los valores practicados por los individuos y los grupos de la sociedad.

En este sentido, Jesús Orozco Henríquez (2006: 290), refiriéndose a México, atribuye a la Suprema Corte de Justicia de la Nación “un papel

fundamental en la así denominada transición democrática, toda vez que al ser un garante de la regularidad constitucional se ha constituido en un factor de estabilidad y seguridad jurídica". Cabe destacar en este sentido las sentencias del Poder Judicial de la Federación en materia electoral. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en su función de tribunal constitucional (véase Fix-Zamudio 1987) ha resuelto diversos casos sobre distintos aspectos de esta materia: representación proporcional, candidaturas independientes para ser Presidente de la República, o procedimiento para la elección de gobernador interino, entre otros. Así por ejemplo, (a) la acción de inconstitucionalidad 34/2005, presentada por el Partido del Trabajo (PT) en la que impugnó la Ley Electoral del Estado de Querétaro por considerarla violatoria de los derechos de los partidos políticos minoritarios al aumentar el umbral de 2.5% a 3% de la votación total estatal para tener derecho a la asignación de Diputados. La Suprema Corte decidió que dicha acción era infundada y reconoció la validez de la Ley declarando que no era violatoria del principio de representación proporcional. (b) Igualmente el amparo en revisión 43/2005 promovido por Jorge Castañeda Gutman en contra de la ley electoral, impugnando el derecho de ser votado previsto en el artículo 35, fracción II, de la Constitución Federal. Acción que fue sobreseída. (c) Finalmente, la acción de inconstitucionalidad 28/2005 presentada por el Partido de la Revolución Democrática (PRD) que impugnaba las reformas hechas a la Constitución Política del Estado de Colima, las cuales establecían, entre otras cosas, el procedimiento para elección de un gobernador interino, en caso de falta absoluta del gobernador dentro de los primeros dos años de su cargo, y el procedimiento que se seguiría entonces para la elección extraordinaria para un nuevo gobernador. Respecto de lo primero, la Corte desestimó la acción de inconstitucionalidad por no reunir los ocho votos necesarios para conformar la mayoría calificada; respecto de lo segundo, sí declaró la invalidez de las normas que establecían un periodo de tiempo considerado muy breve para la realización de las elecciones extraordinarias.

Por su parte, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), ha tomado decisiones (a) respecto a las candidaturas independientes, reconociéndoles validez constitucional aunque las leyes electorales ordinarias omiten regular este aspecto, (b) respecto a usos y costumbres en términos de admitir que los comicios se llevan a cabo por usos, costumbres o derecho comunitario, siempre que estos no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución o instrumentos internacionales suscritos y ratificados por México; (c) respecto a la designación de los integrantes del órgano de dirección de los procesos electorales, por mayoría calificada de la respectiva asamblea legislativa,

para evitar que un solo partido político tome la decisión (como ocurrió en Yucatán en 2000/2001); (d) respecto a la financiación de los partidos políticos. El Tribunal decidió que el Instituto Federal Electoral (IFE) sí tiene atribuciones para acceder a la conformación bancaria, fiduciaria y fiscal para funciones de control, vigilancia y sanción del origen de los recursos que reciben los partidos políticos (véase Orozco 2003: 340 ss.). Sin embargo, a pesar de toda esta enorme labor para procurar confiabilidad judicial, que debía generar seguridad y certeza jurídica, no ha sido posible que las últimas elecciones generales en México quedaran fuera de cualquier duda y protesta. La reforma electoral aprobada en septiembre de 2007 por ambas cámaras y posteriormente por la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas, ampliando nuevamente el ámbito de control constitucional en materia electoral, será un nuevo intento para superar realidades adversas a la consolidación a través del derecho. Sin duda, es este el camino que corresponde más, acorde con el concepto europeo, articulado por la Comisión de Venecia del Consejo Europeo, cuyo lema es: democratización por el derecho.

Es bien conocida la frase de Max Weber sobre la esencia de la política práctica, que compara con la perforación de tablones gruesos (*Bohren dicker Bretter*). Hacer justicia, hacer respetar la Constitución, apoyar a la consolidación de la democracia a través de los medios que son los pertinentes al quehacer jurisdiccional, es frente a los retos de la política, de las demandas económicas y sociales de la gente y de la cultura política de la elite, un proceso duro y paciente comparable al atribuido a la profesión política.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Al principio de la conferencia nos hemos preguntado si es posible medir el efecto que ejerce la jurisdicción constitucional sobre la consolidación de la democracia. El proceso argumentativo que hemos recorrido para llegar a una suerte de respuesta ha consistido en apuntar primero, que la consolidación de la democracia depende de muchos otros factores, cada uno de mayor impacto en comparación con nuestra variable jurídico-constitucional; segundo que el efecto que queremos medir, depende del tipo de democracia así como del aspecto de la consolidación que tenemos en mente. Aplicando el enfoque funcionalista, el que pone luz sobre la interacción de las instituciones en el sistema político, hemos indagado más estas dependencias que determinan en mayor o menor grado la actuación y efectividad de los tribunales constitucionales, considerando algunos pre-requisitos irrenunciables y condiciones favorables para que la jurisdicción constitucional pueda cumplir con sus funciones.

En términos metodológicos, podemos afirmar que existe una intensa relación recíproca entre democracia y jurisdicción constitucional. Es la primera generalización que se ha impuesto a lo largo de nuestras consideraciones. Otras se refieren a resultados de contenido. A nivel muy general podemos constatar que el sistema político en el que la jurisdicción constitucional puede alcanzar reales efectos sobre el futuro de la democracia es la democracia constitucional representativa. Este resultado parece de alguna manera trivial. Sin embargo, permite concluir que las tendencias recientes de priorizar la participación directa de los ciudadanos en la toma de decisiones e incluso de sustituir la democracia representativa por la democracia participativa, corre en contra de la constitucionalidad del orden político y así va en detrimento de la función de su protección por parte de los tribunales constitucionales. No hay que equivocarse, el discurso participacionista incluye en su pensar antisistema no sólo las instituciones políticas representativas sino también las judiciales que se perciben como dependientes de ellas.

Otro resultado consiste en que la autoridad de los tribunales constitucionales depende de la autoridad de la Constitución. Esta tesis, nuevamente, suena trivial. Sin embargo, constituye un fuerte antecedente teórico para dudar acerca de la conveniencia de cambiar continuamente la Constitución. La continuidad de la Constitución es en sí misma un alto valor. Sin ella, sería además difícil pensar que se pudiera desarrollar una cultura constitucional que según ciertos constitucionalistas sería el mayor aporte a la constitucionalidad de la vida pública. En nuestras reflexiones sobre la adaptación de las constituciones a los cambios de tiempo, necesaria para su sobrevivencia, hemos concluido que las reformas constitucionales tendrían que ser cuidadosas y bien pensadas. Por otra parte, hemos llamado la atención a no subestimar la capacidad de los tribunales constitucionales de interpretar la Constitución según circunstancias cambiantes. Sin este constante ejercicio, y frente al dinamismo del mundo moderno, las constituciones perderían el contacto con la realidad. Es una labor a menudo no percibida pero de vital importancia para mantener o generar sentimientos de afección con la Constitución y para arraigar la constitución en la conciencia de la gente. Es muy visible y muy apreciada, sin embargo, esta labor, cuando la interpretación de la Constitución de origen autoritario por parte de un Tribunal Constitucional contribuye a que el país pueda ser gobernado de forma democrática. Como último, hemos destacado el trabajo de los órganos de justicia electoral en garantizar elecciones libres y honestas, un aporte directo a la consolidación de la democracia.

La jurisdicción constitucional tiene efecto sobre la consolidación de la democracia en América Latina, pero lo ejerce solo sufriendo ella misma el

efecto de un sinnúmero de factores que condicionan su quehacer —especialmente el estado de la propia consolidación. Solo el enfoque diferenciado nos permite darle el justo peso a la jurisdicción constitucional en la región, aunque va seguir dependiente del éxito final de la consolidación. *Ex post*, las evaluaciones de los logros de la jurisdicción constitucional en Europa tienen un tenor mucho más enfático respecto a la contribución de los Tribunales Constitucionales a la democracia. Del Tribunal Constitucional alemán se ha dicho: “El Tribunal Constitucional Federal se ha mostrado como el garante más importante de la observación del Derecho Constitucional por los demás órganos estatales. La contención del poder político resultante, en favor de la normatividad de la Constitución, ha tenido la trascendencia decisiva de arraigar la Ley Fundamental en la conciencia de la colectividad, participando esencialmente en la consolidación de la nueva estructura estatal” (Starck 2003: 1158). Espero que en América Latina en un futuro no tan lejano el balance de la democracia en su proceso de consolidación así como el de la jurisdicción constitucional en favor de la normatividad constitucional sea similar.

X. BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, S., *Constitución y procesos constitucionales*, Lima, Editorial Palestra, 2005.

ACUÑA, J. M. 2006, “Contribuciones de la jurisdicción constitucional para la eficacia jurídica de los derechos sociales en la experiencia comparada”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 6, (Julio-diciembre), 2006, pp. 3–28.

AHRENS, H. / NOLTE, D. (Coord.), *Rechtsformen und Demokratieentwicklung in Lateinamerika* [Sistemas de derecho y desarrollo de la democracia], Francfort, Vervuert, 1999.

AHUMADA RUIZ, M., *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Navarra, Universidad de Navarra-Civitas, 2005.

ASBÚN, J., “El control de constitucionalidad en Bolivia: Evolución y perspectivas”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 7, 2003, pp. 7–28.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Derecho constitucional y cultura*, Madrid, Tecnos, 2004.

BERNAL PULIDO, C., “La democracia como principio constitucional en América Latina”, *Cuestiones Constitucionales* 17, 2007, pp. 31–51.

BERTELSMANN STIFTUNG (Ed.), *Bertelsmann Transformation Index 2006*, Gütersloh, Bertelsmann Stiftung, 2005.

BOBBIO, N., *Democracy and Dictatorship*, Cambridge, Polity Press, 1981.

BOBBIO, N., *Liberalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

BREWER-CARIÁS, A. R., *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, México, UNAM, 2002.

BREWER-CARIÁS, A. R., *Estudio sobre la reforma constitucional de 2007*, mimeo, aún no publicado, 2007.

CARPIZO, J., *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, 2007.

CARPIZO, J./ FIX-ZAMUDIO, H., "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", Ferrer Mac-Gregor, E. (Coord.), *Interpretación constitucional*, 2 tomos, México, Editorial Porrúa, tomo 1, 2005, pp. 385-438.

COMBELLAS, R., *Derecho Constitucional. Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, McGraw Hill, 2001.

CONCHA CANTÚ, H. A. / FIX-FIERRO, H. / VALADÉS, D., *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, UNAM, 2004.

CÓRDOVA VIANELLO, L., "La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt", *Cuestiones Constitucionales* 15, 2006, pp. 47-68.

CUNARRO CONDE, E. M., "Agotamiento de los partidos políticos y ciudadanía activa en Venezuela", *Cuestiones Políticas* 37, 2007, pp. 55-73.

DAHL, R. A., *Poliarchy. Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press, 1971.

DA SILVA, J. A., *Comentário contextual à constituição*, São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

EGUIGUREN PRAELI, F., *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Buenos Aires, CIEDLA / Fundación Konrad Adenauer, 2000.

FERRER MAC-GREGOR, E. (Coord.), *Interpretación Constitucional*, 2 tomos, México, Porrúa / UNAM, 2005.

FIX-ZAMUDIO, H., "La Suprema Corte como tribunal constitucional", *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial de 1986*, México, Editorial Porrúa, 1987, pp. 345-390.

FIX-ZAMUDIO, H. "Justicia constitucional y judicialización de la política", Orozco Henríquez, J. J. (Coord.), *Sistemas de justicia electoral. Evaluación y perspectivas*, México, IFE, PNUD etc., 2001, pp. 11-38.

FIX-ZAMUDIO, H. / FERRER MACGREGOR, E. (Coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM/ Editorial Porrúa / Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

FIX-ZAMUDIO, H. / VALENCIA CARMONA, S., *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, cuarta ed., México, Editorial Porrúa / UNAM, 2005.

EZQUIAGA GAMUZAS, F. J. *La argumentación de la justicia constitucional*, Bogota, Pontificia Universidad Javeriana. 2008.

GALINDO VÁCHA, J. C., "El control electoral y la intervención del ministerio público en los procesos de nulidad electoral", *Boletín de Derecho Público* 8, 2007, Bogotá, pp. 113-140.

GARCÍA BELAUNDE, D. (Coord.), *La constitución y su defensa*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2003.

GARCÍA BELAUNDE, D., *El poder judicial en la encrucijada*, Lima, Ara Editores, 2004.

GARCÍA BELAUNDE, D. / FERNÁNDEZ SEGADO, F. (Coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson y otras, 1997.

GONZÁLEZ VILLASEÑOR, M. I., "El referéndum como sinónimo de soberanía popular y por tanto de participación ciudadana directa", en: Valadés, D. / Carbonell, M. (Coord.): *El Estado constitucional contemporáneo*, México, UNAM, 2006, pp. 555-571.

GRACIARENA, J. / FRANCO, R., *Social Formation and Power Structures in Latin America*, Londres / Beverly Hills, Sage Publications, 1978.

GRIM, D. *Jurisdicción Constitucional* en Nohlen et al. "Diccionario de Ciencia Política", México, Porrúa, 2006

HABERMAS, J., *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, tercera edición, Buenos Aires, Amorrortu, 1989.

HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001.

HÄBERLE, P., "La Constitución 'en el contexto'", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2003, pp. 223-246.

HÄBERLE, P., "Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo", Ferrer Mac-Gregor, E. (Coord.), *Interpretación constitucional*, México, Editorial Porrúa, tomo 1, 2005, pp. 673-700.

HEIDORN, J., *Legitimität und Regierbarkeit* [Legitimidad y gobernabilidad], Berlin, Dunckler & Humblot, 1982.

HERMET, G., *El pueblo contra la democracia*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1989

JAGUARIBE, H., *Political Development. A General Theory and a Latin American Case Study*, Nueva York, Harper & Row, 1973.

LAMOUNIER, B., "Brazil: Inequalities against Democracy", Diamond, L. et al., (Eds.): *Democracy in Developing Countries: Latin America*, Boulder, Lynne Rienner, 1999, pp. 131-189.

LATINOBARÓMETRO 1996-2006, entregas anuales, Santiago de Chile.

LAVEAGA, G., *La cultura de la legalidad*, México, UNAM, 2006.

LAZARTE, J., *Bolivia. Nueva constelación de poder y gobernabilidad*, La Paz, mimeo, 2006.

LINZ, J. J. / STEPAN, A., *Problems of Democratic Transition and Consolidation*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1996.

LÖSING, N., *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, Baden-Baden: Nomos, 2001 (existe versión castellana bajo el extraño título: La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica, Madrid, Dykinson / Konrad Adenauer Stiftung, 2002).

LUHMANN, N., *Soziale Systeme* [Sistemas sociales], Frankfurt, Suhrkamp, 1984.

MACPHERSON, C.B., *La democracia liberal y su época*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

MANTILLA MARCOS, J. A., *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Madrid, Trotta, 2002

MATURANA, H. / VARELA, F., *Der Baum der Erkenntnis* [El árbol del conocimiento], Bern, Scherz, 1984.

MIDLARSKY, M. I. (Ed.), *Inequality, Democracy, and Economic Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

MIRANDA, J., *Constituição e cidadania*, Lisboa, Coimbra Editora, 2003.

MODERNE, F., "El resurgimiento de los procedimientos de democracia semidirecta en los regímenes presidencialistas de América Latina", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 6, 2002, pp. 339-359.

MORLINO, C., "Consolidación democrática. Definición, modelos, hipótesis", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 35, 1986, pp. 7-61.

NIKKEN, C., "Sobre la invalidez de una constitución", Arismendi, A. (Comp.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan Brewer-Carías*, 3 tomos, Madrid, Thompson, tomo 1, 2003, p. 205-218.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. (Coord.), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: Presente y perspectiva*, Santiago, Lexis-Nexis, 2005.

. NOHLEN, D., *El contexto hace la diferencia*, México, UNAM, 2003.

NOHLEN, D., *Sistemas electorales y partidos políticos*, tercera ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

NOHLEN, D., *El institucionalismo contextualizado. La relevancia del contexto en el análisis y diseño institucionales*, edición e introducción de R. Ortiz Ortiz, México, Editorial Porrúa / UNAM, 2006.3

NOHLEN, D. et al., *Diccionario de Ciencia Política. Teorías, métodos, conceptos*, dos tomos, México, Editorial Porrúa / El Colegio de Veracruz, 2006.

NOHLEN, D. / ZOVATTO, D. / OROZCO, J. / THOMPSON, J. (Coord.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

NOHLEN, D. / NOHLEN, N., "El sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional Federal. La igualdad electoral a debate – con una mirada a Venezuela", *Revista de Derecho Público* (Caracas) 109 (enero-marzo), 2007, 7-26.

NÚÑEZ MUÑOZ, I. K., "La ciudadanía y su desempeño en los sistemas políticos democráticos", *Cuestiones Políticas* 37, 2007, pp. 36-54.

OROZCO HENRÍQUEZ, J. J., "Justicia constitucional electoral y democracia en México", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 7, 2003, pp. 329-344.

OROZCO HENRÍQUEZ, J. J., "La Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de 1995 y el nuevo orden constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 10, 2006, pp. 281–302.

ORTIZ ORTIZ, R., "Contextos, instituciones y actores políticos. Dieter Nohlen y el estudio de las instituciones políticas en América Latina", Nohlen, D., *El institucionalismo contextualizado. La relevancia del contexto en el análisis y diseño institucionales*, edición e introducción de R. Ortiz Ortiz, México, Editorial Porrúa / UNAM, 2006, pp. 1–30.

ORTIZ ORTIZ, R. / REYNOSO NÚÑEZ, J., "Dieter Nohlen y el estudio de la democracia y las instituciones políticas en América Latina", López Rubí Calderón, J. R. (Coord.), *Política y ciencia política en Dieter Nohlen*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2007, pp. 17–57.

PALOMINO MANCHEGO, J.F. (Coord.), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, 2 tomos, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2005.

PASQUINO, G., *Modernización y desarrollo político*, Barcelona, Editorial Nova Terra, 1974.

PAYNE, J. M. / ZOVATTO, D. / CARRILLO FLÓREZ, F. / ALLAMAND, A., *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*, Washington, D. C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2003.

PUTNAM, R. D., *Making Democracy Work: Civil Traditions in Modern Italy*, Princeton, Princeton University Press, 1993.

RÍOS ÁLVAREZ, L., "La reforma de 2005 a la constitución chilena", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 10, 2006, pp. 617–637.

SALAZAR UGARTE, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica / UNAM, 2000.

SAGUÉS, N.P., *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del poder judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

SCHEDLER, A., "Los cálculos de consolidación democrática", *Republicana. Política y Sociedad* 1 (1), 2002, pp. 5–25.

SIMON, F.B., *Einführung in Systemtheorie und Konstruktivismus* [Introducción a la teoría sistémica y al constructivismo], Heidelberg, Carl-Auer, 2006.

SPENCER-BROWN, G., *Laws of Form*, Londres, Allen and Unwin, 1969.

STARCK, CH. (Ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy. A Comparative Analysis*, Baden-Baden, Nomos, 1999.

STARCK, CH., "Constitución, Jurisdicción constitucional, Interpretación constitucional", Fernández Segado, F. (Ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 1157-1178.

STERNBERGER, D., *Lebende Verfassung* [Constitución viviente], Meisenheim, Verlag Anton Hain, 1956.

TOURAINÉ, A., *¿Podemos vivir juntos?* Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1997.

TSEBELIS, G. *Veto Players. How political institutions work*, Princeton, Princeton University Press, 2002

UNDP 2004, *Democracy in Latin America. Towards a Citizens' Democracy*, Buenos Aires, Aguilar, etc.

UPRIMNY, R. / FUENTES, A. / BOTERO, C. / JARAMILLO, J. F., *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, etc., Impresión Legis S. A., 2006.

VALADÉS, D., *El control del poder*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

VALADÉS, D., *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2000.

VALADÉS, D. (Ed.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, México, UNAM, 2005.

VALADÉS, D. / CARBONELL, M. (Coord.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, 2 tomos, México, UNAM, 2006.

VIOLA, F., *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*, México, UNAM, 2006.

ZAGREBELSKY, G., "Jueces constitucionales", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 6, 2006, pp. 311-324.

ZILLA, C. "Los conceptos en el enfoque politológico de Dieter Nohlen", López Rubí Calderón, J. R. (Coord.), *Política y ciencia política en Dieter Nohlen*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2007, pp. 75-100.

ZOVATTO, D., *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, San José, IIDH / Editorial Jurídica de Venezuela, 1990.

ZOVATTO, D. "Las instituciones de democracia directa", Nohlen, D. / Zovatto, D. / Orozco, J. / Thompson, J. (Comp.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, segunda edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 134-161.

PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y ADMISIÓN EN CLUBES PRIVADOS

Juan María Bilbao Ubillos *

Este trabajo tiene por objeto el análisis de la posible ilicitud constitucional de los criterios de admisión discriminatorios que impiden el ingreso como socios de una asociación de aquellas personas pertenecientes a un determinado grupo o colectivo, y, más concretamente, de las cláusulas estatutarias que excluyen la incorporación de las mujeres como miembros de pleno derecho. Lo que nos preguntamos es si cabe admitir, en buena lógica constitucional, la impugnación judicial de la decisión de rechazar una solicitud de admisión, tanto si ésta se adopta en aplicación de una norma estatutaria como en el caso de que no exista una disposición expresa, pero sí indicios de discriminación de un determinado grupo o categoría de personas que por lo demás reúnen las condiciones objetivas exigidas (sobre todo, cuando el rechazo no se configure como un episodio aislado, sino como una práctica sistemática).

I. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Es indudable que el principio de igualdad es un principio básico del ordenamiento jurídico en todas sus ramas y como tal vincula al legislador

* Catedrático de la Universidad de Valladolid, España

y a quienes ejercen la potestad reglamentaria. Este principio constitucional opera, además, directamente, como criterio de valoración de la licitud de la actuación de los poderes públicos. La cuestión es si su vigencia se extiende *ex Constitutione*, sin necesidad de una previa mediación legislativa, al ámbito de las decisiones o normas emanadas de la voluntad de uno o varios sujetos privados. En otras palabras, si puede concebirse como un principio regulador de las relaciones sociales que podría invocar cualquier afectado por comportamientos supuestamente arbitrarios de un particular o una entidad privada.

La respuesta del Tribunal Constitucional español a este interrogante se puede resumir en la siguiente fórmula: como regla general, la Constitución no impone en las relaciones entre particulares la igualdad de trato, porque en esa esfera es la autonomía privada, como expresión de la libertad personal, el valor que primordialmente hay que proteger. Esa regla admite algunas excepciones en el campo de las relaciones laborales, un terreno en el que la presencia del interés público es mayor. Por eso, el Tribunal no ha dudado a la hora de anular determinadas cláusulas incluidas en convenios colectivos por considerarlas incompatibles con el art. 14 CE.

Vemos, pues, cómo el imperativo constitucional de igualdad tiene una eficacia muy limitada (o muy matizada) en el ámbito de las relaciones regidas por el Derecho privado, debido al amplio juego que en este contexto se reconoce al principio de autonomía de la voluntad, un principio que cuenta también con respaldo constitucional (arts. 1.1, 10.1, 38, entre otros) y en cuya virtud las partes implicadas son libres para gestionar sus propios intereses y regular sus relaciones, sin injerencias externas, dentro siempre de los límites que marca el art. 1255 del Código Civil. Y ello porque, como ha explicado R. Bercovitz, *"es inherente al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual sobre la igualdad: se contrata con quien se quiera y como se quiera, se dispone en testamento a favor de quien uno quiera y como se quiera, se dona a quien se quiera y como se quiera, ...se ejercen los derechos frente a quien uno quiera"*.¹

La libertad individual puede ejercerse de forma irracional o incongruente. En lugar de imponer rígidamente a cada individuo que trate a los demás con exquisita igualdad en sus relaciones recíprocas, obligándole a justificar de forma objetiva cualquier desviación de esa regla (su decisión, por ejemplo, de no contratar con una persona cuando lo ha hecho con otras

(1) "Principio de igualdad y Derecho privado" En: *Anuario de Derecho Civil*, N° 2, 1990, pp. 424-425.

en idénticas circunstancias), se debe permitir un espacio de espontaneidad y hasta de arbitrariedad. Porque existe una esfera de actuación puramente privada, un reducto de vida auténticamente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en el que los individuos son libres de discriminar (tienen licencia para discriminar) a la hora de seleccionar las personas con las que van a relacionarse (pueden invitar a su casa o a una fiesta a quien crean conveniente, asociarse con quienes deseen y negarse a entrar en un determinado establecimiento, por los motivos que sean), de regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias) y de comportarse, en general, de una manera que le está vedada al Estado.

Ni siquiera los que abogan por la máxima eficacia de los preceptos constitucionales niegan que esas áreas de inmunidad o autonomía existen. Al fin y al cabo, la abolición de esa esfera privada es una de las señas de identidad del totalitarismo. La existencia de estas válvulas de escape, de esos espacios de vida privada en los que uno actúa sin tener que dar explicaciones, marca la diferencia entre una sociedad libre y una sociedad ocupada por el Estado. He defendido en varios trabajos la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, de manera que no soy sospechoso en ese sentido. Pero lo he hecho siempre con matices: según y cómo, no indiscriminadamente, en función de los derechos en liza, del tipo de relación, de la presencia o no de un poder privado. Esa vigencia no puede afirmarse a costa de la autonomía privada.

Pero además de la cláusula general de igualdad, el art. 14 de la Constitución española contiene un mandato tajante de no discriminación por razones específicas: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*

¿Cuál es el alcance de esta prohibición constitucional? Si se parte del convencimiento de que la discriminación es un fenómeno social antes que jurídico, es evidente que no basta con desterrar la discriminación *legal*, eliminando cualquier vestigio de discriminación en las normas del ordenamiento estatal. Hay que combatir también la discriminación *social*, los usos o conductas discriminatorias privadas que tengan una proyección social, y resulten, por ello, intolerables. De poco sirve acabar con la discriminación ante la ley o con la imputable en general a los poderes públicos si no se consiguen erradicar las diversas formas de segregación social, si no se ataca la raíz del problema, que es el prejuicio social, el arraigo de estereotipos como el de la inferioridad de la mujer o de ciertas etnias

En la noción de discriminación (toda distinción, exclusión o restricción *contra* determinados sujetos que la sufren como víctimas) encontramos un plus que se añade a la simple diferencia de trato no razonable. Y ese plus es su carácter peyorativo y vejatorio y el trasfondo del rechazo y la estigmatización de un grupo social, generalmente marginado o vulnerable, al que se impide o dificulta de hecho el pleno ejercicio de sus derechos por sus características innatas o adquiridas, al margen de los méritos o comportamientos individuales. Es la propia dignidad del ser humano la que se ve afectada, porque quienes integran estos grupos son tratados no como personas diferentes sino como seres inferiores, que no merecen el mismo respeto. Se les relega a la condición de ciudadanos de segunda. El motivo de la distinción es algo más que irrazonable, es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación.

De ahí que el Tribunal Constitucional español admitiera en su Sentencia 108/1989 que la autonomía de los sujetos privados sí está limitada "*por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE*". Lo cierto es que la contundencia de la fórmula constitucional ("*sin que pueda prevalecer...*") no autoriza a excluir sin más de su ámbito de aplicación las prácticas discriminatorias privadas.

Si aceptamos que la expresa prohibición del art. 14 puede operar, en mayor o menor medida, con todas las modulaciones que se quiera (no de forma mecánica o automática), como un límite externo de la libertad negocial que puede determinar la invalidez de las normas, actos o negocios jurídicos (contratos, estatutos de asociaciones, testamentos...) que infrinjan dicha prohibición, cualquier pretensión fundada directamente en el art. 14 CE y dirigida contra un particular tendría que ser examinada por nuestros tribunales en clave constitucional. El órgano judicial se enfrenta en estos casos a un problema de difícil resolución: el conflicto entre el principio de no discriminación y la exigencia de respeto a la autonomía privada. Si ante ese dilema el órgano judicial llega a la conclusión de que en ese supuesto debe prevalecer la regla del art. 14, nada le impedirá proteger a la víctima, ordenando el cese de la conducta discriminatoria y la correspondiente reparación, en su caso.

¿Cuáles son los factores que ha de tener en cuenta el juez al hacer esa ponderación? Fundamentalmente, tres. En primer lugar, la repercusión social de la discriminación, la existencia de un patrón de conducta generalizado o bastante extendido, desde un punto de vista sociológico.

No es lo mismo un acto o negocio jurídico aislado, como la decisión de arrendar una vivienda, que la aplicación sistemática de unos códigos discriminatorios por parte de colegios o guarderías privadas, de agencias inmobiliarias, de entidades aseguradoras, de la banca privada (a la hora de conceder créditos, por ejemplo), o de los empresarios a la hora de contratar trabajadores. Cuando concurre esta circunstancia, la decisión discriminatoria deja de ser un asunto estrictamente privado y pasa a ser un asunto de relevancia pública.

En este sentido, podría resultar útil la solución adoptada en el ordenamiento norteamericano, que siempre ha distinguido dos esferas dentro del sector privado: una relacionada con el acceso a bienes y servicios de interés público, socialmente relevantes, y otra que comprende las actividades propiamente privadas, carentes de esa proyección pública. En la primera de ellas, se admite la operatividad de las disposiciones legales antidiscriminatorias y así, los poderes públicos pueden prohibir (y han prohibido de hecho) la discriminación en el ámbito de la vivienda, la educación, el empleo o los establecimientos públicos. En la esfera estrictamente privada, en cambio, no se permite al Estado legislar al amparo de la decimocuarta Enmienda.

En segundo lugar, es un dato decisivo la posición dominante o monopolística de la entidad discriminadora en el mercado o la sociedad. Con arreglo a este criterio, el único club recreativo o la única sala de cine abierta al público en una determinada localidad no podrían excluir a determinadas categorías de personas por motivos de raza, sexo o creencias religiosas. Una cosa es acotar un espacio de libertad en el que priman las preferencias y simpatías personales y otra abusar de una posición de virtual monopolio para discriminar a quienes no tienen otra alternativa y no pueden acudir a otro establecimiento en la zona que ofrezca ese mismo servicio.

Y el tercer factor a valorar es el de la posible afectación del núcleo esencial de la dignidad o integridad moral de la persona discriminada. Y una de las circunstancias que hacen más probable la existencia de una vejación es precisamente el carácter público y notorio de la misma.²

(2) Véase J. Alfaro: "Autonomía privada y derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, Fasc. 1, 1993, pp. 95-96 y 113-116. A su juicio, supone "un ejercicio anticonstitucional del derecho a (no) contratar la negativa a contratar que signifique tratar vejatoriamente a otro particular, tratarle como si no fuera un ser humano", porque el afectado no puede recuperar dicha dignidad dirigiéndose a otro competidor. Para este autor, una negativa a contratar no es ilícita por ser discriminatoria, sino por atentar contra la dignidad de otro particular. Las discriminaciones que no sean vejatorias son perfectamente lícitas. Siempre que exista

De todos modos, es al legislador y no al juez al que incumbe en primer término la tarea de concretar el alcance del mandato constitucional de no discriminación. En España, un buen ejemplo de la proyección en las relaciones entre particulares de la prohibición de discriminación y las políticas de igualdad es la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que no compromete sólo a los poderes públicos, sino que promueve también la igualdad en la órbita de las relaciones privadas. La Ley regula el acceso a bienes y servicios ³ e incluye asimismo medidas de promoción de la igualdad efectiva en las empresas privadas, como las que se recogen en materia de contratación (preferencia en la adjudicación de contratos por parte de las Administraciones Públicas), en el ámbito laboral o en relación con los consejos de administración. ⁴ En cuanto a las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias, la ley no hace distinciones: “Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido” (art. 10).

competencia en el mercado (una alternativa razonablemente disponible para obtener el bien o servicio denegado) o medie el consentimiento inequívoco del discriminado. Esa es también la posición, en la doctrina norteamericana, de W. Buss (“Discrimination by Private Clubs”, *Wash. U. L. Q.*, vol. 67, 1989, p. 815 y ss), que justifica la intervención del legislador para proteger el interés de quien aspira a formar parte de una asociación privada en no ser discriminado en aquellos supuestos en que la exclusión tiene un carácter vejatorio y estigmatizador que afecta gravemente a la dignidad de la persona rechazada. El legislador está legitimado para proteger a las personas o grupos excluidos, aun a costa del interés de los socios en elegir sus relaciones personales, cuando el rechazo tiene esa connotación ofensiva o insultante, una connotación que no se da o se da en mucha menor medida, según Buss, cuando la exclusión es la norma y no la excepción o cuando los excluidos son más que los admitidos.

(3) El artículo 69 precisa el alcance del principio de igualdad en este terreno: “1. Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo. 2. Lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo”.

(4) Se fomenta, en efecto, la participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles, incentivando una composición equilibrada de estos órganos, que se ha de alcanzar de forma progresiva, en un plazo de 8 años (art. 75).

II. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO A LOS ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO

De forma recurrente, los medios de comunicación se hacen eco de la existencia de prácticas discriminatorias en el acceso a determinados establecimientos abiertos al público. Los propietarios de estos locales suelen invocar para justificar este tipo de comportamientos el derecho de admisión que les asiste. Pero los juristas no hemos prestado demasiada atención a esta cuestión y son muchas las dudas que nos asaltan en relación con el contenido y los límites de esta facultad, que anularía lógicamente el supuesto derecho a ser admitido del potencial cliente. Lo que late en el fondo de este debate es la creciente dificultad para trazar una línea divisoria nítida entre la esfera pública y la esfera privada.

El Tribunal Constitucional español reconoció implícitamente el derecho de admisión en su Sentencia 73/1985, de 14 de junio. En esta resolución, denegó el amparo solicitado por una persona a la que se le había impedido el acceso a un Casino de Juego, en aplicación del art. 31.1 del Reglamento de Casinos de Juego de 1979, que otorgaba al Director la facultad de prohibir la entrada a las salas de juego *"a aquellas personas de las que consten datos que permitan suponer fundadamente que habrán de observar una conducta desordenada o cometer irregularidades en la práctica de los juegos"*, sin que el Casino esté obligado a declarar al visitante los motivos de la no admisión. Para el Tribunal, de este tipo de decisiones adoptadas por particulares, sobre la base de suposiciones fundadas, no cabe deducir una vulneración del principio constitucional de igualdad, ya que constituye una actividad protectora de los intereses de la propia entidad privada. Y afirma, además, que *"no puede predicarse de los ciudadanos un derecho ilimitado de libre acceso"* a los casinos o establecimientos de análogas características. En la misma dirección apuntan algunas Sentencias del Tribunal Supremo.

¿Significa esto que se acepta en forma incondicional el derecho de admisión? ¿Y si la persona afectada es de raza negra o un gitano? La cuestión puede parecer irrelevante a primera vista, pero ha adquirido una dimensión que va más allá de lo meramente anecdótico, a la vista del resurgimiento del racismo y la xenofobia en nuestras sociedades. Se multiplican las denuncias relativas a discriminaciones, más o menos encubiertas, en el control de acceso a las discotecas u otros lugares de esparcimiento y las dirigidas contra los propietarios o empleados de algunos bares que tienen por norma no atender ni servir a clientes pertenecientes a determinadas minorías raciales o expulsar a personas de una determinada orientación sexual.

En muchos de estos supuestos la discriminación se funda en un motivo, la raza, expresamente vedado por el art. 14 de la Constitución, que, como ya indicamos, prohíbe de manera rotunda, sometiéndolas a un estricto escrutinio judicial, las diferencias de trato fundadas en una serie de criterios, que se consideran sospechosos o especialmente odiosos. El derecho de admisión no puede amparar, a nuestro juicio, una política sistemática de discriminación racial por parte de establecimientos abiertos al público, que deben cumplimentar una serie de requisitos para obtener la correspondiente licencia o autorización administrativa y están sometidos en muchos aspectos de su actividad a una detallada reglamentación. A diferencia de lo que ocurre con un club o una sociedad recreativa privada, existe aquí una implicación, una responsabilidad de la Administración que impide la caracterización de estos establecimientos regentados por particulares como espacios estrictamente privados, aunque no exista una situación de monopolio o una posición dominante en el mercado. Apoyándose precisamente en la previa concesión de una licencia estatal para dispensar bebidas alcohólicas, los jueces norteamericanos han combatido eficazmente la segregación racial en este tipo de negocios. Al otorgar permisos o licencias, los poderes públicos asumen, de algún modo, una función de supervisión de la actividad privada y esa conexión les hace cómplices de esas concretas prácticas discriminatorias.

Es evidente que cuando la negativa a prestar un servicio obedece a motivos raciales, la exclusión constituye una afrenta vejatoria, un agravio para todos los integrantes del colectivo discriminado, que hiere en lo más profundo su orgullo y su dignidad. No es fácil, sin embargo, probar la existencia de esas prácticas, porque la motivación discriminatoria no suele explicitarse. El portero de una discoteca aducirá normalmente como excusa que el aforo está completo, que se celebra una fiesta privada o que es necesario ser socio.

La cuestión se complica cuando la diferencia de trato obedece a motivos distintos de los expresamente prohibidos por la Constitución. En la selección que se efectúa a la entrada de algunos locales de moda, el factor determinante suele ser la apariencia física, el aspecto exterior (la forma de vestir, por ejemplo). Aunque la cuestión carezca de relevancia constitucional, es lícito preguntarse si puede ejercerse el derecho de admisión de una manera tan arbitraria o abusiva. Si lo que pretende el propietario es asegurar un ambiente "selecto", puede lograr ese objetivo incrementando el precio de la entrada (un criterio de selección objetivo, inobjetable en un sistema de libre mercado) o expulsando del local a quienes no se comporten debidamente, sin necesidad de recurrir a fórmulas humillantes de segregación social.

No hay que olvidar que quienes explotan este tipo de establecimientos (cafeterías, restaurantes, hoteles, etc.) dirigen su oferta al público en general, manifiestan su voluntad de contratar, en principio, con cualquiera que acepte sus precios y condiciones de venta. Aunque no exista propiamente una obligación de contratar, la apertura del local implica, al menos, la renuncia a seleccionar con criterios individuales su clientela.

¿Cómo se regula esta cuestión en el ordenamiento español? El Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por R.D. 2816/1982, aplicable a todos los establecimientos abiertos al público, dispone en su art. 59.1.e) que el público no podrá *entrar en el recinto o local sin cumplir los requisitos a los que la Empresa tuviese condicionado el derecho de admisión, a través de su publicidad o mediante carteles, bien visibles, colocados en los lugares de acceso, haciendo constar claramente tales requisitos*. No se establece, pues, ninguna limitación a la hora de fijar las condiciones de admisión. Lo único que se exige es la publicidad de las mismas, un requisito que no se suele cumplir. La mayoría de estos establecimientos se limita a indicar simplemente que la empresa se reserva el derecho de admisión, sin especificar los criterios de selección. Es pues una regulación manifiestamente insuficiente, tanto en lo que concierne al rango como al contenido de la misma.

En los últimos años, las leyes autonómicas han regulado el derecho de admisión de una forma más restrictiva (prohibiendo su ejercicio con un propósito discriminatorio). Sirva como botón de muestra el art. 24.2 de la Ley 17/1997 de la Comunidad de Madrid: *"Este derecho no podrá utilizarse para restringir el acceso de manera arbitraria o discriminatoria, ni situar al usuario en condiciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo. El derecho de admisión deberá tener por finalidad impedir el acceso de personas que se comporten de manera violenta, que pueden producir molestias al público o usuarios o puedan alterar el normal desarrollo del espectáculo o actividad."*

III. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y AUTONOMÍA ASOCIATIVA

En consonancia con principio de libertad de asociación, la fuente primaria de regulación de la estructura, organización y actividad asociativas son las normas acordadas por los socios y, en primer lugar, los estatutos, un pacto "constituyente" que éstos aprueban o aceptan voluntariamente en el momento en que ingresan en una asociación ya constituida. Se reconoce, pues, junto a la libertad para asociarse con cualquier finalidad lícita, la libertad para dotarse de la organización interna que se estime más apropiada. La cuestión es si esa libertad comprende la posibilidad de excluir el ingreso de determinadas categorías de personas mediante la correspondiente dis-

posición estatutaria y sí cabe oponer frente a este tipo de disposiciones un derecho constitucional a ser admitido en una asociación privada.

En el ordenamiento español no existe, en rigor, un derecho fundamental, deducible directamente del artículo 22 de la Constitución, a ser admitido en una asociación privada ya constituida, accionable ante la jurisdicción ordinaria por cualquier persona que deseando formar parte de la misma viera denegada su pretensión, porque su reconocimiento supondría una intromisión en la plena libertad de la asociación (de los miembros que ya la integran) para escoger a los nuevos socios, a las personas con quienes desean asociarse. La aplicación de las normas estatutarias que regulan los requisitos y los procedimientos de admisión corresponde, pues, a los órganos de la propia asociación y, en principio, sus decisiones no son susceptibles de revisión judicial. El aspirante podría invocar, como mucho, un interés legítimo.⁵

(5) Cabe mencionar en este punto la sentencia de 13 de julio de 2007 dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, que desestimó la demanda formulada contra el Club de Campo La Zagaleta de Marbella. El demandante (de nacionalidad rusa y religión hebrea) interpuso demanda de protección del derecho fundamental de asociación ante el Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Marbella contra la Asociación "Club de Campo La Zagaleta", en la que se imputaba a la asociación demandada la vulneración de su derecho de asociación y se pedía que se declarase nulo el acuerdo del Comité de Admisión del Club, fechado el 15 de febrero de 2000, por el que se desestimaba su solicitud de admisión y se condenaba a la demandada a admitirle como socio. El demandante (más exactamente, la sociedad de la que era accionista mayoritario) había adquirido la propiedad de una parcela de la urbanización "Coto La Zagaleta" y había formalizado por escrito su solicitud de admisión como socio de la asociación deportiva "Club de Campo La Zagaleta", un club anejo a la urbanización. El comité de admisión de la referida asociación rechazó dicha solicitud al no existir la unanimidad exigida por el art. 6 de los estatutos, y lo hizo con base en tres motivos: 1) anomalías tributarias en la sociedad demandante; 2) que no era administrador de la sociedad de la que decía ser titular; y 3) las injustas acusaciones vertidas en una anterior demanda contra los órganos de gobierno de la asociación (irregularidades y comportamientos antisemitas y xenófobos).

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al entender que el acuerdo del comité de admisión es una decisión fundada adoptada al amparo del derecho de las asociaciones a establecer su propia organización. Una resolución que sería confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Málaga, que llega también a la conclusión de que la decisión del comité está motivada y fundada en una causa razonable. Aunque no admite los dos primeros motivos, considera que el tercer argumento (la imputación de comportamientos xenófobos y antisemitas) constituye base suficiente para la inadmisión de la solicitud, ya que supone la atribución a los directivos del club de una conducta no probada que es claramente desmerecedora en el concepto público. El demandante interpuso entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando entre otros motivos la infracción de su derecho fundamental a integrarse en una asociación ya constituida, que impide que pueda denegarse una solicitud de admisión por razones que no estén expresamente contenidas en los estatutos. Niega que haya base razonable para adoptar

Dar carta de naturaleza a tal derecho (y a la correlativa obligación) significa, como advirtió en su día A. Pace,⁶ otorgar un injustificado privilegio a la supuesta libertad de asociarse de los aspirantes, en perjuicio de la libertad de asociación de los socios originarios, a los que no les quedaría otra salida que el abandono del grupo. Una solución incompatible con el carácter privado y voluntario del vínculo asociativo.⁷

una decisión que le ha causado un grave perjuicio social, personal y patrimonial, y resalta la posición dominante que ostenta el Club dentro de la urbanización, al ser el único lugar en el que los vecinos pueden relacionarse.

La Sentencia del TS comienza delimitando el objeto del proceso: estamos ante un conflicto entre dos facetas o dimensiones de un mismo derecho constitucional, el de asociación, que exige la intervención judicial, “pues ni la libertad de organización interna de las asociaciones es ilimitada, ni el derecho de adscripción a ellas es absoluto”. La jurisprudencia, recuerda el TS, ha evolucionado en el sentido de restringir el ámbito del control judicial de las decisiones adoptadas por las asociaciones, en sintonía con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 104/1999, de 14 de junio), según la cual el control judicial se limita a comprobar si existió o no una base razonable para que el órgano social tomase la correspondiente decisión. Sin embargo, la “base razonable” es un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos. Para apreciar si existe o no es necesario ponderar una serie de variables, como el tipo asociación privada, la finalidad que persigue y la incidencia o impacto en la esfera individual del afectado de la negativa a admitirle como asociado. En este sentido, son dos los factores que hay que tener en cuenta: la eventual posición dominante de la asociación y el perjuicio ocasionado al individuo interesado. Aplicando la doctrina expuesta al caso aquí enjuiciado, lo primero que se observa es que la asociación demandada es “puramente privada”, porque su finalidad es la práctica del golf: no cabe atribuirle, pues, una posición de predominio, o de representación de intereses profesionales, económicos, culturales o sociales de especial trascendencia, o de utilidad pública. Y no existe ninguna base para deducir que se le produce un perjuicio significativo al demandante: no lo es desde luego el simple hecho de no poder tener relaciones sociales en la urbanización. El comité de admisión de la asociación no actuó arbitrariamente, sino que decidió con base en los Estatutos (que exigen la aprobación unánime de dicho comité) y en una causa cuya entidad subjetiva no es posible fiscalizar en el ámbito judicial (de hecho, el órgano judicial no entra a valorar si la imputación es cierta). En definitiva, la decisión se funda en una “base” que hay que considerar objetivamente “razonable”. Se desestima por tanto el recurso de casación. Creo que detrás de esta apelación a la base razonable se esconde una cierta hipocresía, porque el control judicial acaba siendo forzosamente muy deferente, poco incisivo (no puede ser de otro modo porque juez no puede sustituir la voluntad de la asociación manifestada por sus órganos de dirección). Yo creo que si se parte de la premisa de que no existe un derecho de admisión (como mucho, un derecho a que solicitud sea tramitada con arreglo a procedimiento previsto en Estatutos y resuelta por órgano competente) es más honesto sostener que decisión sólo es enjuiciable en plano procedimental pero no en cuanto al fondo

(6) Commento all’art 18, en *Commentario della Costituzione, Rapporti civili: arts. 13–20*, a cura di G. Branca, Zanichelli / Ed. del Foro Ital., Bologna-Roma, 1977, p. 223. Y también en “*Problematica delle libertà costituzionali*”, II, Parte speciale, 2ª ediz., CEDAM, Padova, 1992, pp. 377–378.

(7) La plena libertad de la asociación para seleccionar a sus futuros miembros es

La Corte Suprema norteamericana ha reconocido que la esencia de la libertad constitucional de asociación, cuya garantía se incluye dentro del ámbito de protección de la I Enmienda, es precisamente la libertad para seleccionar a los miembros. La libertad de asociación presupone la libertad de no asociarse con quien no se desea. Desde esta perspectiva, el derecho a excluir a otros por cualquier motivo es esencial para preservar la autonomía y el carácter o identidad propia de los diferentes grupos que se forman espontáneamente como resultado de la libre iniciativa de los individuos.⁸

IV. LA EXCLUSIÓN DE LAS MUJERES COMO MIEMBROS DE UNA ASOCIACIÓN O CLUB PRIVADO

Sentadas estas premisas, estamos en condiciones de analizar la po-

defendida por G. Soudi (*Les associations*, Dalloz, Paris, 1985, pp. 94-97). Para este autor, la asociación ni siquiera está obligada a motivar su rechazo (puede ser *ad nutum*). Soudi cita en apoyo de esta tesis una sentencia de un Tribunal de Lyon de 19 de octubre de 1983, que sienta el principio de no intromisión en las decisiones que toman las asociaciones en materia de admisión. Para R. Brichet, es lógico que los fundadores de una asociación prevean en los estatutos las condiciones de admisión que permitan asegurar el mantenimiento del espíritu que anima a la asociación. Así, mientras en algunas (las deportivas, por ejemplo) basta con rellenar el boletín de adhesión, lo prudente en otros casos (partidos o sindicatos) es que se exija la presentación o el aval de personas que ya forman parte de la asociación, e incluso puede aplicarse un sistema de cooptación. El rechazo de una demanda de admisión no da lugar, según Brichet, a ningún recurso, con una salvedad: sí cabe cuando se han violado las formalidades previstas en los estatutos (*Associations et syndicats*, 5ª ed., Litec, Paris, 1986, pp. 87-88). Como mucho, pues, se tendría derecho a la observancia del procedimiento previsto. En la doctrina italiana, la opinión más extendida es también la de que no es preciso motivar la decisión discrecional de aceptar o rechazar la solicitud de adhesión, aunque en alguna ocasión los jueces han entendido que es exigible una motivación (G. Tamburrino, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitati*, UTET, Torino, 1980, p. 435-438).

(8) En palabras de Linder, "nada afecta más al corazón del pluralismo norteamericano que una ley que diga a una asociación quien debe ser aceptado como miembro" [*Freedom of Association after Roberts v. United States Jaycees*", 82 *Michigan L. Rev.* 1878, 1902 (1984)]. El proceso de selección resulta decisivo para la supervivencia de una asociación privada y un control estatal de las políticas de admisión podría destruir o alterar irreversiblemente el carácter propio de la organización. La libertad de asociación, ha dicho Ch.E. Rice, no incluye el derecho de cualquier individuo "a obligar a los miembros de un grupo a entrar en asociación con él" (*Freedom of Association*, N. York Univ. Press, 1962, pp. 81-82). Tribe ha aludido al "carácter dual" del derecho de asociación: el derecho a asociarse con una persona entraña necesariamente el derecho a no asociarse con otra y el derecho de una persona o grupo a excluir a otros constituye "inevitavelmente" una limitación de la libertad de estos otros (*American Constitutional Law*, The Foundation Press, Inc., Mineola, N. York, Second Edition, 1988, pp. 1400-1401).

sible ilicitud constitucional de las cláusulas estatutarias que excluyen el ingreso de las mujeres como miembros de pleno derecho. La existencia de asociaciones integradas exclusivamente por mujeres es una realidad que se acepta pacíficamente. Lo que de vez en cuando se convierte en noticia y en motivo de controversia es la existencia de asociaciones formadas únicamente por hombres.

En el ordenamiento español, la jurisprudencia no nos sirve de gran ayuda. Son muy pocos los casos que han recalado en los tribunales. Podemos consignar en el orden civil una sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Villena (Alicante), dictada en el año 1987, que anuló, por violación del art. 14 de la CE, una cláusula de los Estatutos de la Junta Central de las Fiestas de Moros y Cristianos de dicha localidad que impedía la participación de mujeres como socias de pleno derecho. El mismo problema podría suscitarse con la tradicional exclusión de la mujeres de buena parte de las sociedades gastronómicas, entidades que tienen un fuerte arraigo en el País Vasco. No parece que la Constitución exija poner fin a estas formas tradicionales de camaradería masculina.⁹ Tampoco parece razonable poner fuera de la ley a las asociaciones de hombres separados que defienden los intereses de estos colectivos en los casos de crisis conyugal.

La legislación vigente en materia de asociaciones (la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo) no se detiene en este aspecto. Se limita a reconocer el

(9) Para Alfaro, estas sociedades no serían inconstitucionales, porque la negativa a admitir mujeres "no implica un juicio de valor peyorativo acerca de la (menor) dignidad de la rechazada". Es más, las mujeres pueden "responder" a la discriminación mediante la creación de una asociación femenina similar (*op. cit.*, p. 116). A diferencia de lo que sucede en estas sociedades, compuestas únicamente por hombres, las cofradías sevillanas han ido admitiendo la presencia de mujeres en las procesiones de Semana Santa, aunque todavía hay algunas que no permiten que desfilen como "nazarenas". Mención aparte merece el Círculo del Liceo de Barcelona, el club privado más antiguo (fundado en 1847) y más selecto y prestigioso de la ciudad, ubicado en mismo edificio del teatro del Liceo, que conservaba tradición desde hacía 150 años de vetar el ingreso de mujeres como socias de pleno derecho. En febrero de 2001, la Junta directiva rechazó las solicitudes de ingreso presentadas por 10 mujeres, entre ellas, la soprano Montserrat Caballé, pero decidió convocar una Junta General extraordinaria para someter a discusión la eventual modificación de las normas estatutarias que regulan admisión de nuevos socios (el art. 6 se refiere expresamente a "varones"). Semanas después, tras una tensa y tumultuosa asamblea de 8 horas de duración (la cuestión había generado una fuerte polémica y un verdadero cisma entre los socios), se aprobó con 429 votos a favor y 290 en contra la propuesta de la junta de gobierno de la entidad de poner fin a exclusividad masculina modificando los estatutos. Para ello hubo que recurrir a una fórmula de compromiso: para la admisión de mujeres se exige una mayoría reforzada de votos de los socios (2/3) en lugar de la mayoría simple. Esta batalla no se ha librado aún en muchos círculos y casinos españoles, que siguen excluyendo a las mujeres como socias, en algunos casos mediante una cláusula estatutaria expresa.

derecho de todas las personas a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos (art. 2.1) y a exigir que los Estatutos contengan “los requisitos y modalidades de admisión y baja” [art. 7.1.e)]. Pero dispone en su art. 4.5 que “los poderes públicos no facilitarán ningún tipo de ayuda a las asociaciones que en su proceso de admisión o en su funcionamiento discriminen por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Así pues, en estos casos siempre puede acudir a medidas “disuasorias” menos drásticas que la prohibición, como la exclusión de cualquier tipo de financiación pública.

En esta materia, la doctrina elaborada por los tribunales norteamericanos en relación con el campo de aplicación del principio constitucional de no discriminación (la *equal protection clause* de la XIV Enmienda) tiene un especial interés. No hace falta recordar que en la lucha contra todo tipo de discriminaciones el “liderazgo” del Derecho norteamericano está fuera de discusión. En los Estados Unidos, el tradicional respeto por la autonomía de las asociaciones voluntarias privadas hizo de éstas durante mucho tiempo un reducto inexpugnable.¹⁰ Eran muchos los clubes sociales que sólo admitían socios varones o blancos, por expresa disposición estatutaria. Por otra parte, la Ley de Derechos Civiles de 1964, que dedica su Título II a garantizar la no discriminación o segregación en el disfrute de los bienes y servicios públicos, exceptúa expresamente del ámbito de aplicación de la ley el caso de los clubes privados u otros establecimientos no abiertos al público. Y las leyes estatales, muy numerosas, suelen excluir también los clubes o entidades *distinctly private*.¹¹

Pero en la década de los ochenta se desencadenó toda una ofensiva legislativa de los poderes estatales y locales que intentaba poner fin a esta situación de tolerancia, prohibiendo estas prácticas discriminatorias. En tres sentencias dictadas entre 1984 y 1988, la Corte Suprema confirmó la constitucionalidad de sendas disposiciones que obligaban a asociaciones integradas exclusivamente por hombres (*all male*) a admitir también a mujeres.¹²

(10) No está de más recordar que en la cultura jurídica norteamericana se ha mantenido firme la convicción de que las normas constitucionales sólo imponen límites a la actuación de los poderes públicos. Véase, al respecto, J. M. Bilbao Ubillos: *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (La noción de «state action» en la jurisprudencia norteamericana)*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

(11) En la década de los 60 la idea dominante era que todos los clubes sociales privados gozaban de inmunidad (eran *left unscathed*) respecto del conjunto de la legislación sobre los derechos civiles. Véase Note: “Discrimination in Private Social Clubs: Freedom of Association and Right to Privacy”, 1970 *Duke L.J.* 1181, 1184–1185.

(12) Las tres decisiones, adoptadas por unanimidad, son *Roberts v. United States Jaycees*

De acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema, la Constitución protege la autonomía asociativa frente a eventuales medidas antidiscriminatorias únicamente en dos supuestos: cuando se trate de una *expressive association*, creada con el objetivo primordial de defender ante la opinión pública una determinada posición política, ideológica o social y cuya autonomía es, por eso mismo, una garantía instrumental del derecho a la libertad de expresión;¹³ o cuando el grupo en cuestión sea una *intimate association*, categoría que se caracteriza por el establecimiento de profundos vínculos entre un número necesariamente reducido de personas que comparten aspectos íntimos de sus vidas, lazos muy personales análogos a los familiares que posibilitan la transmisión de las distintas tradiciones culturales y contribuyen a preservar el pluralismo, porque las asociaciones juegan un papel muy importante en el proceso de auto-definición individual. Fuera de estos casos, no hay razón para que la libertad de asociación deba prevalecer necesariamente.¹⁴

[468 U.S. 609 (1984)], *Board of Directors of Rotary International v. Rotary Club of Duarte* [481 U.S. 537 (1987)] y *New York State Club Association v. City of New York* [487 U.S. 1 (1988)]. En estos casos, lo que se discute no es la legitimidad de una determinada política discriminatoria, sino justamente lo contrario, la admisibilidad de una regulación heterónoma (impuesta desde fuera) que prohíba ese tipo de discriminación privada. La cuestión que se plantea es la de si el derecho a discriminar de los clubes o asociaciones privadas (en este caso, el derecho de los varones a asociarse entre ellos) está constitucionalmente protegido y, en el supuesto de que la respuesta sea afirmativa, en qué medida, con qué alcance. No es el conflicto directo entre el principio constitucional de igualdad y la libertad de asociación lo que aparece en un primer plano (la controversia no se plantea entre una mujer que reclama su admisión y la asociación que rechaza su solicitud); la discusión se centra, insisto, en los límites de la intervención estatal en la vida de las asociaciones.

(13) Hay que demostrar, en todo caso, la existencia de un nexo entre el motivo de la exclusión y el sistema de valores o creencias que define la organización: De ahí, por ejemplo, que una organización de defensora de los derechos civiles no esté obligada a aceptar en sus filas a una persona declaradamente racista, próxima al Ku-Klux-Klan, ni una asociación judía a una persona de convicciones antisemitas o una asociación feminista a socios varones.

(14) En el caso de los Jaycees, una organización cívica juvenil cuyos estatutos no permitían la incorporación de mujeres como socios de pleno derecho (las mujeres podían formar parte de la asociación, pero sólo como miembros asociados, sin derecho de voto), la Corte Suprema, en una decisión redactada por el Juez Brennan, entendió que esta organización (compuesta por cerca de 300.000 hombres entre 18 y 35 años) con objetivos educativos y caritativos no reunía las características que definen una *intimate association* (tamaño reducido, alto grado de selectividad en las decisiones relativas a la afiliación, nula o escasa participación de no-miembros en sus actividades...). Como señaló la Juez O'Connor en su opinión concurrente, una asociación con una afiliación tan amplia (no selectiva), que persigue fines esencialmente económicos y profesionales y que admite a los no-miembros en muchas de sus actividades no puede pretender ocupar "un espacio de vida privada" en el que determinadas relaciones o decisiones personales estén sustraídas a cualquier intervención del Estado. El Tribunal rechazó igualmente la pretensión de los Jaycees de que su libertad de asociación debía tutelarse como

La jurisprudencia norteamericana sigue siendo, sin embargo, vacilante. Y no sólo respecto de la discriminación que padecen aún las mujeres.¹⁵

un instrumento para asegurar los derechos constitucionales de sus miembros a la libertad de expresión (“*the right to associate for expressive purposes*”). La mayoría sostuvo que el *compelling interest* del legislador de Minnesota en erradicar la discriminación que venían sufriendo las mujeres y facilitar su acceso en condiciones de igualdad a las relaciones de negocios y a las oportunidades de empleo (un interés ajeno a la voluntad de impedir la expresión de ideas) justificaba la exigencia impuesta a los Jaycees de aceptar la afiliación de éstas, aun cuando esta decisión pudiera producir ligeras alteraciones (una “restricción incidental”) en la capacidad de los Jaycees para expresar sus ideas y opiniones constitucionalmente protegidas. Es verdad que una ley que obligue a una asociación a admitir en su seno a personas que no son de su agrado es un claro ejemplo de intromisión en los asuntos internos de dicha asociación, pero en este caso es una limitación razonable, no gratuita.

En *Rotary*, el Juez Powell declaró que la relación entre los miembros del Rotary Club “no es el tipo de relación íntima o privada que la protección constitucional garantiza”. La asociación en cuestión no es estrictamente privada, debido al gran número de inscritos en los distintos clubes asociados, ni tiene un carácter íntimo, porque muchas veces reclama la atención de la prensa sobre su propia actividad. Tampoco se creó esta organización con una finalidad “expresiva” o ideológica. Antes bien, tiene por norma no tomar postura sobre cuestiones públicas. De ahí que la Corte considerase aplicable a este club, cuya política de admisión se fundaba en el sexo, el Título II de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Al no estar en juego el derecho a la *privacy* de los socios, la ley de California que imponía a estos clubes (a los *business establishments*, en general) la admisión de mujeres no lesionaba el derecho de autoorganización reconocido en la I Enmienda, ni afectaba de modo significativo a la capacidad de los que ya eran miembros del club para alcanzar sus objetivos sociales. La injerencia se justifica de nuevo por la presencia de un interés estatal tan imperioso (*compelling*) como es el de eliminar la discriminación contra las mujeres.

En la última de estas decisiones (*New York Club Ass’n*), el Tribunal llegó también a la conclusión de que la norma municipal en cuestión (la *N. York City’s Human Rights Law*) no violaba la libertad constitucional de asociación. Esta norma prohibía la discriminación racial o sexual por parte de establecimientos públicos de reunión, alojamiento o entretenimiento y exceptuaba expresamente de esa prohibición a los locales, instituciones y clubes claramente privados (*distinctly private*) por su propia naturaleza. Sin embargo, una enmienda aprobada en 1984 dispuso que no podía considerarse inequívocamente privado ningún club o establecimiento que contase con más de 400 miembros, prestase habitualmente un servicio de comidas y obtuviera regularmente ingresos de clientes del mundo de los negocios que no fuesen socios. El propósito de la norma cuestionada, según explicaron las autoridades municipales, era el de ofrecer a todas las personas, sin discriminación, las mismas oportunidades de participación activa en la vida profesional y mercantil de la ciudad. Nada más entrar en vigor dicha disposición, la asociación recurrente, una entidad sin ánimo de lucro que agrupaba a 125 clubes y asociaciones de N. York, demandó a la ciudad pidiendo, entre otras cosas, que se declarase la norma inconstitucional por vulneración de las Enmiendas I y XIV. La demanda fue rechazada sucesivamente por tres tribunales estatales. Para la Corte Suprema, la norma no infringía el derecho de asociación expresiva de los socios, que, salvo evidencia en contrario, podrían exponer sus propios puntos de vista sin necesidad de limitar el acceso a las personas de un mismo sexo.

(15) Sirvan como ejemplo los conflictos creados por la exclusión de las mujeres de algunos capítulos locales de la Logia de los Elks (no todos, porque tanto los estatutos como

En los últimos años, por ejemplo, varios tribunales estatales han dictado sentencias contradictorias en relación con la exclusión de los homosexuales de los Boy Scouts. A decir verdad, algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de California (en particular, su decisión de 23 de marzo de 1998 en el caso de Timothy Curran),¹⁶ se inscriben en la línea defendida por un amplio y solvente sector de la doctrina de ese país.¹⁷

Lo que proponen estos autores es el retorno a la doctrina tradicional, más acorde con los valores del pluralismo, la autodeterminación individual y la *privacy*. Parten de la convicción de que los ciudadanos deben disfrutar de una amplia libertad para mantener y explorar diferentes concepciones de la sociedad. Los poderes públicos no deben inmiscuirse en este terreno para promover una determinada ideología, para imponer puntos de vista oficiales que desplacen las distintas creencias y opiniones de los ciudadanos. Aunque la discriminación racial o sexual sea detestable, el derecho de los grupos a discriminar debería tutelarse en determinadas circunstancias, como medida profiláctica, para salvaguardar las libertades individuales.

Para este sector, la limitación de la autonomía de los grupos privados sólo se justifica, desde un punto de vista constitucional, cuando la pertenencia a una asociación incide directamente en la efectiva igualdad de oportunidades de los ciudadanos a la hora de acceder a una serie de bienes o servicios, o disfrutar de ciertas ventajas económicas, significativas y demostrables (la privación de concretas oportunidades económicas, por ejemplo, constituye un perjuicio objetivo y cuantificable). Pensemos en las

los líderes nacionales de esta Orden son partidarios de una política de puertas abiertas). Los jueces no siempre aplican el mismo criterio. Así, en el año 2001 la reiterada negativa de una logia local de la ciudad de Rome (Nueva York) a admitir como miembro a una mujer no fue considerada inconstitucional. La mujer rechazada había planteado una reclamación ante el Departamento Estatal de Derechos Humanos, que desestimó su demanda por discriminación sexual diciendo que la logia de Rome no estaba regida por la legislación de establecimientos públicos sino por la ley estatal que regula las entidades de beneficencia, que no están sujetas a la prohibición de discriminación.

(16) La solicitud presentada por Curran para convertirse en ayudante de scoutmaster (jefe de sección de exploradores) fue rechazada por una organización local de los Boy Scouts de America, tras declarar públicamente que era homosexual. Tanto la Corte Suprema como los tribunales inferiores llegaron a la conclusión de que la política de admisión de los Boy Scouts, que siguen considerando la homosexualidad una conducta moralmente incorrecta, incompatible con el ideario de la organización, no entraba dentro de la categoría de establecimientos de negocios o abiertos al público a los que pueden aplicarse las leyes antidiscriminatorias.

(17) Una crítica de la doctrina sentada por la Corte Suprema en los tres casos citados puede verse, por ejemplo, en la nota "State power and discrimination by private clubs: First Amendment protection for nonexpressive associations", *Harv. L. Rev.*, vol. 104, N° 8, 1991, p. 1835-1856.

asociaciones que, por el número de inscritos, por sus finalidades, o por su ámbito territorial de actuación, no pueden considerarse verdaderamente privadas, porque los objetivos que persiguen no pueden alcanzarse fuera de ellas. O en las que operan en un régimen de monopolio u oligopolio y, debido al poder que han adquirido, pueden influir de algún modo en la vida de otros, limitando sus oportunidades profesionales o culturales. En las asociaciones, en suma, que se encuentran en una "posición de dominio" (STC 218/1988), y pueden impedir, por ejemplo, a quienes no forman parte de ella el ejercicio de una profesión en un determinado ámbito (aunque posean el título académico que les habilita para dicho ejercicio). En estos supuestos, la gravedad del perjuicio económico ocasionado debido a la posición de monopolio de facto que ocupa la asociación puede justificar la revisión judicial y, en su caso, la orden de admisión.¹⁸

Parece claro, pues, que la necesidad de tutelar los derechos e intereses de los terceros que aspiran a integrarse en una asociación aumenta a medida que se multiplica el elenco de los intereses que, en la práctica, sólo se pueden hacer valer eficazmente si se defienden de forma colectiva. Cuanto menos privada es una asociación, más penetrante es la intervención judicial. El argumento de que, en un contexto de plena libertad asociativa, el número de asociaciones que pueden constituirse para perseguir el mismo objetivo es potencialmente infinito y ninguna discriminación practicada por una de ellas priva a quien la sufre de la posibilidad de crear el mismo una asociación de características análogas, pierde fuerza cuando se constata

(18) Un sector de la doctrina alemana ha defendido también el test de "la posición monopolística" (*Monopolstellung*), de modo que cuando la asociación disfrute de esa privilegiada posición no podrá denegar caprichosamente las solicitudes de admisión. Para otro sector, es más apropiado en estos casos el test de "la función económica o social" de la asociación. Es evidente que no es lo mismo a estos efectos un sindicato dominante que un club de fans de un cantante. En la jurisprudencia del TS federal (BGH) acabó imponiéndose el criterio de "la posición de predominio" en el ámbito económico o social a partir de una sentencia del año 1980 en la que negaba la existencia de esa posición en el caso de una asociación de abogados de Hamburgo a la que pertenecían aproximadamente la mitad de los profesionales de dicho Land. Con posterioridad, este test se ha aplicado en diversas ocasiones a organizaciones sindicales. El problema se plantea con alguna frecuencia debido al deseo de potentes organizaciones de no admitir en su seno a radicales de uno u otro signo. En la doctrina privatista se ha considerado que están sujetas a la obligación de admitir nuevos socios las asociaciones con funciones de representación de intereses: quien pretende asumir la condición de portavoz de los intereses de un determinado colectivo no puede excluir a ninguna persona que forme parte de ese colectivo del proceso de formación de la voluntad del grupo (J. Ferrer y P. Salvador Coderch: "Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*", en P. Salvador Coderch (coord) y otros: *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, 1997, pp. 103-108).

que la realidad no es tan simple y muchas de las asociaciones existentes, ya consolidadas, han adquirido tal protagonismo que apenas dejan espacio libre para nuevas iniciativas.

En el fondo, lo que se protege es el derecho de todas las personas a participar plenamente en la vida económica, profesional o social de la comunidad, a no ser excluidas de aquellas asociaciones que ejercen en uno de estos sectores de actividad una influencia decisiva, cuando esa exclusión se funde en motivos extraños a los propios fines de la asociación, como la voluntad de preservar determinados privilegios de casta o los prejuicios raciales o sexistas.¹⁹

En España, los medios de comunicación se hicieron eco del conflicto motivado por la negativa a admitir mujeres por parte de una entidad que al aplicar obstinadamente esa política discriminatoria lesionaba gravemente los legítimos intereses económicos o profesionales de las aspirantes excluidas. Es el caso de la Comunidad de pescadores de El Palmar, en la Albufera, que venía negando a las mujeres la posibilidad de integrarse en ese colectivo y ganarse la vida como pescadoras. Esta Comunidad es una asociación de Derecho privado creada en el año 1238 para la explota-

(19) En algunos casos, los tribunales norteamericanos han podido descubrir una conexión entre la asociación y un poder público lo suficientemente estrecha como para apreciar la existencia de una *state action* y someter estas prácticas discriminatorias a un escrutinio constitucional. Son significativas, en este sentido, las decisiones de dos tribunales federales en los casos *Hawkin v. North Carolina Dental Society*, 355 F.2d 18 (1964), y *Cornelius v. Benevolent Protective Order of Elks*, 382 F.Supp. 1182 (1974). En ambos supuestos, se denunciaba la violación de la XIV Enmienda por parte de una asociación privada por su política de admisión racialmente discriminatoria. En el caso de la asociación profesional, el Tribunal de Apelación reconoció la presencia de una acción estatal, ya que una ley del Estado (Carolina del Norte) preveía que dicha asociación fuese escuchada y formulara sugerencias de cara a la organización de los exámenes estatales para la obtención del título de dentista y a la formación de una serie de comisiones públicas en materia de salud y asistencia médica. El Tribunal ordenó, en consecuencia, el cese de la práctica discriminatoria y la inscripción en la asociación de cuantos fueron excluidos por motivos de raza. En el segundo caso, los *Elks* invocaban en defensa de su libertad para seleccionar nuevos miembros no sólo la libertad de asociación de la I Enmienda, sino también la *privacy*. En este caso, se hacía necesario verificar, en primer lugar, si se trataba de un club netamente privado. Para serlo de verdad, se dice, debería renunciar al beneficio de la exención fiscal de que gozaba en aquel momento. Las exenciones comportan, a juicio del tribunal, una significativa participación del Estado en la discriminación privada, que puede ser considerada *state action* a los efectos de la XIV Enmienda. La solución a la que se llegó no fue la de ordenar el cese de la discriminación, sino la revocación del beneficio fiscal. En general, parece aceptarse la idea de que la implicación de los poderes públicos mediante ayudas o ventajas públicas es motivo suficiente para imponer a las asociaciones que las disfrutaban la obligación de no discriminar.

ción económica de la pesca en la Albufera valenciana, unos derechos de explotación en exclusiva que han sido reconocidos por el Ayuntamiento de Valencia. Esta asociación se rige por normas consuetudinarias, que regulan entre otras cosas los requisitos para ingresar como miembro de la misma: el principal es el ser hijo de alguno de los pescadores que la integran, además de mayor de edad.

En julio de 1997, cinco mujeres, hijas de pescadores miembros de la Comunidad, solicitaron mediante requerimiento notarial su ingreso en la Comunidad, siendo rechazadas sus candidaturas por la Junta Directiva de la asociación, al no reunir los requisitos exigidos, porque la candidatura no era individual y no venían avaladas por dos pescadores en activo (una simple excusa). En marzo de 1998, las cinco mujeres interpusieron una demanda de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra el acuerdo de la Junta Directiva alegando la vulneración del art. 14 CE y pidiendo que se declarase su derecho a ser miembros de la asociación al igual que los hijos de los demás pescadores, que se adaptasen las normas de admisión a lo dispuesto en el art. 14 CE y que se les indemnizara por los daños y perjuicios ocasionados.

El Juzgado de 1ª Instancia Nº 1 de Valencia, mediante Sentencia de 5 de octubre de 1998, estimó la demanda, al entender que la verdadera razón de la inadmisión de las demandantes había sido la exclusión de las mujeres con arreglo a las normas consuetudinarias que rigen su funcionamiento interno y declaró el derecho de las actoras a ser miembros de pleno derecho de la Comunidad en las mismas condiciones que los hijos de los pescadores que ya lo eran, acordando la modificación de las normas de admisión para adecuarlas a las exigencias del art. 14 CE y condenando a la Comunidad al pago de una indemnización. Dicha sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, que dictó el 24 de junio de 1999 sentencia desestimando el recurso y confirmando íntegramente la decisión de instancia. Para la Audiencia, había quedado acreditado que la costumbre era no admitir mujeres en la Comunidad, a pesar de que formalmente se habían rechazado las solicitudes apelando a supuestos defectos de forma en las candidaturas. La Comunidad recurrió en casación, recayendo Sentencia desestimatoria de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el 8 de febrero de 2001, con razonamientos semejantes a la de apelación. Agotada la vía judicial, la Comunidad decidió interponer un recurso de amparo ante el

Tribunal Constitucional contra las referidas sentencias, por violación de sus derechos de igualdad y asociación.²⁰

La Sección 1ª del Tribunal Constitucional inadmitió el recurso mediante Auto de 20 de septiembre de 2001, al estimar que la demanda carecía de contenido constitucional. Las Sentencias impugnadas habían llegado a la conclusión, en virtud de un razonamiento que no puede tacharse de ilógico o arbitrario, de que la Comunidad de Pescadores de "El Palmar" impedía a las mujeres su acceso como miembros de aquélla, lo que supone una discriminación por razón de sexo contraria al art. 14 CE, ya que la denegación de ingreso en dicha Comunidad implicaba que las candidatas excluidas no podían pescar en La Albufera, al ostentar los miembros de dicha asociación el derecho exclusivo a ejercer la actividad pesquera en ese dominio público. Además, en el caso de las cinco actoras se les discriminó de forma indirecta, al exigirles para su ingreso en la Comunidad requisitos formales que, pese a su apariencia neutra, eran un instrumento de discriminación por razón de sexo, al resultar acreditado que tales requisitos no se exigían, al menos con el mismo rigor, a los candidatos varones en igualdad de circunstancias.

En cuanto a la posible lesión de su derecho de asociación, es verdad, admite el Auto, que el derecho a asociarse conlleva la potestad autoorganizatoria, libre en principio de injerencias del poder público, pero "el ejercicio de esa potestad no puede suponer en ningún caso la lesión de derechos fundamentales de terceros". Por el contrario, "está sujeto tanto a límites establecidos directamente en la propia Constitución como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos fundamentales, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes". Como los límites previstos en el Código Penal. Ahora

(20) La recurrente alegaba que dichas resoluciones judiciales habían interpretado y aplicado de forma indebida el principio constitucional de igualdad, porque no se había acreditado la existencia y aplicación de normas de admisión que impidieran el acceso de las mujeres a la Comunidad (no fueron rechazadas por su condición de mujeres sino por incumplir requisitos de presentación de solicitudes). Por otra parte, el art. 14 CE, que garantiza la igualdad de los españoles ante la ley, sólo es oponible frente a los poderes públicos, de manera que la autonomía de la voluntad entre particulares sólo puede ser limitada si así lo dispone la propia Constitución o la ley, por lo que, a falta de precepto constitucional o legal que así lo haga, no puede ser restringido judicialmente aplicando el art. 14 CE. Según la Comunidad recurrente, las sentencias impugnadas habrían lesionado su derecho de asociación en su dimensión negativa, al obligarle a admitir cinco nuevas asociadas al margen de los procedimientos ordinarios de ingreso. La Comunidad es una asociación privada, cuya creación, organización y funcionamiento se rige por disposiciones de los propios asociados, pudiendo establecer los requisitos que consideren oportunos para poder formar parte de la misma y determinar si los aspirantes cumplen dichos requisitos.

bien, "el primer límite intrínseco de este derecho lo marca el principio de legalidad, en cuya virtud los Estatutos sociales, como ejercicio de la potestad de autonomía, han de acomodarse no sólo a la Constitución, sino también a las Leyes que, respetando el contenido esencial de tal derecho lo desarrollen o lo regulen".

Aplicando esta doctrina al caso, el Tribunal afirma que "no puede ampararse en la autonomía de la voluntad de las asociaciones privadas una decisión como la enjuiciada en las sentencias recurridas en amparo, consistente en denegar u obstaculizar el ingreso a la Comunidad de Pescadores por razón de sexo, cuando esta Comunidad ocupa una posición privilegiada, al tener reconocida por el poder público la explotación económica en exclusiva de un dominio público, las aguas de la Albufera y su riqueza piscícola, de modo que sólo se puede ejercer la actividad pesquera en ese lugar si se es miembro de dicha Comunidad. Por consiguiente, el ingreso en la Comunidad..., en cuanto medio para el acceso al trabajo y al disfrute de una concesión administrativa, no puede regularse por normas o prácticas que, de forma directa o indirecta, discriminen a las mujeres".

En el otro extremo del espectro se situarían las asociaciones lúdicas o recreativas, cuya única pretensión es facilitar el esparcimiento de sus miembros. Uno puede asociarse con quien quiera para compartir su tiempo de ocio o para un objetivo trivial, siempre que la asociación no adquiera una relevancia pública.²¹

(21) Este mismo argumento fue utilizado por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia dictada en marzo de 1996 en el caso *Gould v. Yukon Order of Pioneers* [(1996) 1 R.C.S.]. La demandante, Madelaine Gould, solicitó en 1987 su ingreso como miembro de dicha Orden, una logia o agrupación fraternal fundada en 1894 y consagrada a actividades sociales, históricas y culturales dirigidas a promover el bienestar de sus miembros (hombres de buena reputación, residentes en el territorio del río Yukon) y rememorar acontecimientos pasados. De acuerdo con lo dispuesto en sus estatutos, la Orden de los Pioneros tiene como objetivos el progreso del territorio del Yukon, la mutua protección de sus miembros, la formación entre ellos de estrechos lazos de fraternidad, la preservación de las tradiciones y ceremonias o ritos secretos característicos de la fraternidad de Klondike, la conservación en sus registros de los nombres de todos los pioneros del Yukon, así como la recopilación, conservación y divulgación de los documentos y anécdotas relativas a la historia de este territorio. Estos documentos se ponen gratuitamente a disposición del público y de los archivos públicos. Sus miembros participan asimismo en desfiles públicos y en una reunión anual de pioneros. Tras ser denegada su solicitud de adhesión por su condición de mujer, como único motivo, Gould presentó una queja ante la Comisión de derechos de la persona de Yukon, alegando que el rechazo de su petición había constituido un acto de discriminación por razón de sexo con arreglo a lo previsto en la Ley sobre los derechos de la persona de Yukon. La Comisión consideró que en la medida en que se dedicaba a la conservación de documentos de la historia de Yukon, la Orden prestaba un servicio al público. Y llegó a la conclusión de que la decisión discriminatoria estaba pro-

El legislador ha de tener en cuenta, pues, las características concretas de las asociaciones cuyo funcionamiento pretende regular y no prohibir con carácter general estas prácticas discriminatorias privadas, porque ello tendría un coste muy alto en términos de libertad (el remedio sería peor que la enfermedad). Esto es lo máximo que una sociedad libre puede hacer, lo que dicta el sentido común. Y la solución más adecuada en términos constitucionales. Sobre todo, si se conecta la libertad de asociación con el valor del pluralismo (art. 1.1 CE) y con la libertad de expresión, que comprende la libertad de disentir de las convicciones dominantes, sin límites materia-

hibida por el art. 8a) de la Ley. A juicio de la Comisión, no se puede prestar adecuadamente ese servicio público si no se permite la participación activa de las mujeres como miembros. En un pasaje de la resolución se llega a afirmar que si la compilación histórica era obra exclusiva de hombres, se produciría una distorsión de la historia en beneficio del sexo masculino. (?) La Corte Suprema del territorio del Yukon anuló la decisión de la Comisión en 1991 y el Tribunal de Apelación confirmó su fallo en 1993. Los dos tribunales estimaron que el hecho de rechazar a Gould como miembro no constituía un acto discriminatorio en el sentido del art. 8a) de la Ley.

La Corte Suprema de Canadá desestimó el recurso de apelación interpuesto por Gould y la Comisión. En la sentencia, la mayoría sostuvo que la política discriminatoria de la Orden consistente en admitir únicamente hombres como miembros no está prohibida por el citado art. 8. El legislador, en el apdo. c) de este precepto, prohíbe expresamente la discriminación en la pertenencia a ciertos tipos de organismos (la lista incluye los sindicatos y las asociaciones profesionales o comerciales), distinguiendo este supuesto del de la discriminación "relativa a la oferta o la prestación al público de servicios, bienes o instalaciones", prohibida en el apdo. a). Se trata de organismos cuya actuación resulta relevante en el ámbito de la economía. Es evidente que en ningún caso puede incluirse dentro de esa categoría la Orden de los Pioneros. Por otra parte, el servicio que en este caso se ofrece al público no es la pertenencia a la asociación, sino el producto final de su actividad: encontrar, conservar y poner a disposición de todos esos documentos históricos. Y ese es un servicio que se ofrece sin discriminación alguna. Cualquier interesado puede consultar esos documentos, aunque la tarea de recopilación haya sido obra de hombres exclusivamente. Obligar a un organismo privado a orientar su actividad en una determinada dirección tendría graves repercusiones en la libertad de asociación y expresión de quienes se agrupan con ese objetivo. La Orden no pretende ofrecer una versión definitiva de la historia de Yukon. Quienes deseen presentar una visión diferente pueden hacerlo. En definitiva, la Orden no deforma o tergiversa la historia de Yukon por excluir a las mujeres. Además, la historia que se trata de conservar es sobre todo la historia de la propia Orden. Es verdad que, bajo determinadas circunstancias, la pertenencia a una organización, en la medida en que proporciona ventajas u oportunidades, puede constituir efectivamente un servicio ofrecido al público, siendo necesario por ello un examen de la adecuación a la ley de la política de admisión de ese grupo. Pero no es este el caso. La Orden de los Pioneros está al servicio de sus propios miembros y de la preservación de una hermandad fundada en los valores morales (no importa si son valores pasados de moda o escasamente compartidos). Lo que proporciona a sus miembros es una asociación íntima, la ocasión de socializarse en un entorno exclusivamente masculino y en un clima de camaradería destinado a favorecer el desarrollo y enriquecimiento afectivo de sus miembros. Ese carácter casi familiar justifica una política de admisión selectiva.

les ni tabúes sustraídos al mercado de las ideas. La libertad de asociación no está circunscrita a finalidades "políticamente correctas". No podemos deslizarnos por la pendiente que conduce al establecimiento de un comité de salud o higiene ideológica, que borre del mapa a heterodoxos y excéntricos, que se resisten a asumir los patrones dominantes.

Para terminar, y a modo de conclusión, me atrevería a decir que ni siquiera una buena causa (y la igualdad lo es sin duda) justifica la voladura de la clásica distinción entre la esfera de lo público y la esfera de lo privado.

EL CONTROL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR EL PODER JUDICIAL EN EL BRASIL. UNA VISIÓN GENERAL *

Marcelo Figueiredo **

La utilización del Poder Judicial para cuestionar y obligar a la Administración Pública ¹ a desarrollar *políticas públicas* ha frecuentado las páginas de la jurisprudencia y de la doctrina en el Brasil.

Nos pareció interesante traer esta temática a este seminario, puesto que se trata de una realidad brasileña o, si preferimos así decirlo, que ha aparecido más intensamente en América Latina, sobre todo. ² Además, el

* Texto usado como guía en una conferencia en el Seminario de Verano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, el 11 de julio de 2007.

** Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Brasil y actual Decano (2005-2009).

(1) Utilizamos el término "Administración Pública" en sentido amplio. Aquí, puede ser entendido como sinónimo de Poder Ejecutivo o Gobierno.

(2) De hecho, la falta de ciudadanía de importante parte de la sociedad en los países subdesarrollados o en desarrollo, lleva a una mayor participación del Poder Judicial, que acaba acogiendo innumerables demandas sociales y colectivas que no logran ser articuladas en los canales intermediarios o "competentes". Además, recuérdese que también encontramos Poderes Judiciales más o menos "activistas" o "progresistas" no solamente en América Latina, sino en todo el mundo. La Suprema Corte de Israel, por ejemplo, es considerada una de las más activas en ese sentido, rompiendo los estándares tradicionales de la jurisdicción constitucional para ser considerada proactiva (no sin resistencia doctrinaria). Especialmente a partir de la década de 80', la Corte ha desarrollado gran número de poderosas herramientas para intervenir en la acción gubernamental, intervención esta que, incluso en áreas que

problema toca también de cerca el tema del desarrollo. No hay cómo negar que los llamados derechos sociales, como derechos subjetivos a las prestaciones sociales, se encuentran vinculados a la tarea de mejoramiento y redistribución de los recursos existentes en dicha sociedad, contribuyendo al desarrollo del ser humano y de su calidad de vida.

Urbano Ruiz,³ Juez Asociado del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, nos ofrece algunos casos concretos que bien demuestran la problemática que pretendemos plantear con este artículo. Las siguientes condensaciones de leyes son autoexplicativas.

- I. El Comisionado de Enseñanza de la ciudad de Rio Claro, en el interior del Estado de São Paulo, informó al Promotor de Justicia que, en el año lectivo que se aproximaba de 1998, faltarían cerca de 500 vacantes en la primera escala de la enseñanza fundamental. Muchos niños no tendrían acceso a la escuela. La institución documentó los hechos y promovió una acción civil pública para obligar al intendente a crear tales vacantes, ya que la Constitución Federal, en los arts. 211 y 212, obligaba a la Municipalidad a actuar prioritariamente en la enseñanza fundamental, invirtiendo 25% como mínimo, de los ingresos resultantes de impuestos. Exactamente por eso, la obligatoriedad de la enseñanza fundamental gratuita (art. 208), sin que ningún niño llegara a quedar sin escuela (ECA art. 208), tanto que los padres serían responsabilizados criminalmente si dejaran de matricular a sus hijos (Código Penal art. 246). El procedimiento fue juzgado en la previa audiencia preliminar de conciliación, pero ella fue designada, conquistando el hecho repercusión en la prensa. No obstante la negativa del Alcalde a crear esas vacantes, el requerimiento provisional fue deferido y el jefe del ejecutivo municipal acabó permitiendo que esos niños tuvieran acceso a la enseñanza pública, sin *contestar la acción*.

en otros Estados, sería considerada inconstitucional. Son ejemplos de esta conducta: a) la intervención en los actos internos del "Knesset"; b) el desarrollo de la doctrina según la cual "una figura pública tiene la confianza popular" a través de la cual le fue posible a la Corte determinar al Primer Ministro la dimisión de un agente político del Ejecutivo, aun en la ausencia de norma jurídica específica previendo esa remoción; c) asuntos de seguridad del Estado, y otros. Es lo que nos informa Suzie Navot, en la obra, "The Constitutional Law of Israel" (*La Ley Constitucional de Israel*, Kluwer 2007). Véase también de la autora el artículo titulado: "More of the Same: Judicial Activism in Israel" (*Más de lo mismo: Activismo Judicial en Israel*) 7 *European Public Law*, 2001, 355.

(3) "La utilización del Poder Judicial para cuestionar y obligar a la Administración a desarrollar políticas públicas", Contribución al VII Seminario del IBCCRIM, publicada en la *Revista de la Escola Paulista de la Magistratura*, año 6, número 1, p. 11 a 18, julio/diciembre 2005.

- II. En la Gran São Paulo (São Paulo y suburbios), los trenes suburbanos viajaban con las puertas abiertas, por el exceso de pasajeros, transportados hasta sobre el techo del vagón. Eran frecuentes las muertes y mutilaciones en los accidentes y caídas. Fue promovida una acción civil pública, también por el Ministerio Público Estatal, para obligar a la concesionaria de dicho servicio público a ofrecer transporte digno, regular y seguro a los usuarios. La acción acabó por ser juzgada *procedente*, con la adquisición de trenes nuevos y la recuperación de los antiguos, con mejoramientos significativos para los usuarios.
- III. Idéntica acción fue promovida para obligar a la Administración Pública a distribuir gratuitamente medicinas para personas carentes, sobre todo *aidéticos* (portadores del virus HIV), que no tenían capacidad económica de adquirirlos. ⁴
- IV. Medio ambiente. Por lanzamiento de aguas servidas domésticas sin tratamiento de residuos industriales en curso de agua que abastece a la población, con legitimidad pasiva del Municipio, con responsabilidad solidaria del concesionario del servicio público municipal con quien firmó convenio para realización del servicio de recolección de aguas servidas urbanas, la acción fue juzgada *procedente* para obligar a la concesionaria y al municipio a tratar los efluentes antes lanzados en el curso de agua. ⁵
- V. Derecho a la salud. Suministro de Energía Eléctrica para Utilización de Aparato de Oxigenioterapia. Se trata del derecho a la vida y a la salud, garantía constitucional y deber del Estado. El derecho a la salud es asegurado a todos, debiendo los necesitados recibir del ente público la asistencia necesaria. Evidentemente, el cumplimiento de los preceptos constitucionales es deber del Poder Público, en el ámbito del Ejecutivo que, ante su omisión, puede ser perseguido en la esfera judicial. Necesidad de la concesión de tutela para suministro de la energía eléctrica necesaria a la utilización del aparato de oxigenioterapia, asegurando el derecho a la vida. ⁶
- VI Se concedió tutela anticipada para que se haga el desglose en los presupuestos (del Municipio) de 2005 y subsecuentes de los valores, informados para el suministro de agua tratada por parte de Sociedad

(4) El carácter polémico de decisiones de esa naturaleza y su repercusión jurídica, social y económica serán objeto de discusión más adelante.

(5) Los ejemplos de I a III, son de Urbano Ruiz, obtenidos en el antes citado artículo.

(6) Boletín AASP número 2528, Condensación de Leyes, página 1375.

de Economía Mixta (proveedora), de modo de asegurarle medios para el pago debido.⁷

VII. Acción Civil Pública. Derecho del Consumidor. Correcta información acerca de los riesgos y potenciales daños que el consumo de bebidas alcohólicas causa a la salud. Inscripción necesaria en los rótulos de bebidas alcohólicas.

1. Es posible y exigible al Poder Judicial imponer determinada conducta al proveedor, sin que esta esté expresamente prevista en ley, desde que sintonizada con las políticas públicas directamente consecuentes del texto constitucional y del principio de la plena información al consumidor (art. 6º, II, III y IV, de la Ley 8.078/90), puesto que se traduce en deber del Estado, del cual el Poder Judicial es poder, de acuerdo con el art. 196 de la Constitución.
2. El consumo de bebidas alcohólicas no interesa solamente a la comunicación social, a la propaganda y al comercio de tales productos, sino también desde el punto de vista de la salud pública, de la protección al menor de edad y al adolescente, la seguridad vehicular, al derecho de información y de protección al consumidor.

(7) Se trata del caso en el que actuamos. Cuidábamos una acción ordinaria propuesta por la Compañía de Saneamiento Básico del Estado de São Paulo, en el caso (proveedora de agua potable al por mayor) con el pedido principal para que fuera sancionada la acusada, Compañía de Saneamiento del Municipio de Diadema (deudora a la primera) a la que fueran procedidos *desgloses en los presupuestos municipales de 2005 y subsecuentes*. El pedido (y la decisión) fue de veras *original*, puesto que estaba fundado en el carácter vinculado del presupuesto y de sus ítems. Se le requería al Poder Judicial una postura más activa en el sentido de determinar al Ejecutivo que procediera a la "reserva" presupuestal. Seleccionamos los siguientes trechos de la decisión que acogió en particular lección del Prof. Régis de Oliveira: "El deber de incorporar en el presupuesto los gastos reales relativos a la obligación permanente, más allá de representar compromiso contractual, también constituye mandato legal, puesto que la estructura del Estado moderno cede a imperativos de buena administración. Ya no bastan buenas intenciones. El Estado, a través de sus gobernantes, tiene el deber de planificar el presupuesto, de forma a identificar la intención de cumplirlo. No puede aclarar previsiones irreales ni fútiles, apenas para eximirse de determinación constitucional. El documento presupuestal tiene que ser real. La positivación no solo del ideario político, sino de la concretización del presupuesto, pasa a vincular las acciones administrativas y políticas. Las finalidades que fueron consideradas en el presupuesto dejan de ser mera acción gubernamental, e identifican la solidez de compromisos con el cumplimiento de los objetivos allí consignados. Esto equivale a reconocer que no es lícito que la Administración elabore un presupuesto en desacuerdo con la realidad, ocultando obligaciones y haciendo previsión de gastos menores que los reales, transformando al prestador de los servicios esenciales en agente financiero de sus proyectos, ya que la ausencia de los gastos en el presupuesto trae como consecuencia la exoneración del deudor cuanto a la liquidación dentro de aquel ejercicio". (Agravio de Instrumento número 362.101.5/0-00, TJSP).

3. El mandato del art. 9º del Código del Consumidor indica los derechos básicos del consumidor a la información adecuada y clara sobre el producto y sobre los riesgos que presenta, sobre todo, tratándose de producto potencialmente nocivo a la salud, cuya información debe ser hecha de manera ostensiva, a despecho del hecho que la previsión del art. 4º §2 de la Ley 9.294/96 determine que los rótulos de bebidas alcohólicas deberán contener advertencia para que los consumidores eviten el consumo excesivo de alcohol.
4. No ocurre preclusión de materia que dice con las condiciones de la acción, caso de legitimidad, sobre todo en las acciones civiles públicas donde se persiguen derechos difusos, cuyo interés se desprende de la propiedad, de las relaciones privatistas en general, lo que, *in casu*, se reveló por el interés demostrado por la embargante, tantas veces reiterado, de defender la posición de los asociados que son fabricantes de bebidas, tesis de la co-acusada Federación.
5. Obligada la acusada Federación a exigir en el rotulado de todas las bebidas alcohólicas producidas o comercializadas en el territorio patrio, del tenor alcohólico y de la alerta en expresión, gráfica adecuada, de que "EL ALCHOL PUEDE CAUSAR DEPENDENCIA Y EN EXCESO ES PERJUDICIAL A LA SALUD" y la obliga a expedir esa información a todas sus asociadas y comunicar a los demás productores de bebidas alcohólicas, cuanto a la necesaria adecuación.
6. Provisto el Recurso. (TRF – 4ª Región, AC – Apelación Civil número 478166). Proceso número 200204010006100. UF: PR. Órgano Juzgador: 3er Grupo. Juzgado el 27.05.2003. Relatora Jueza Marga Inge Barth Tessler.

VIII. Duplicación de Autopista Federal. Intervención del Poder Judicial en la Administración Pública. Posibilidad. Anticipación de tutela. La moderna jurisprudencia admite la intervención del Poder Judicial en la Administración Pública, viabilizando la anticipación de tutela para determinar la ejecución de obra relativa a la duplicación de carretera federal, ante la responsabilidad civil del Estado sobre muertes y mutilaciones resultantes de accidentes de tránsito habidos en la carretera de su competencia. TRF- 4ª Región, Agravio Regimental en el número 200404010145703-SC- juzgado en 23.06.2004, Relator Juez Edgard. La. Lippmann Junior.

Los ejemplos podrían seguir.

No obstante es todavía reducido el grado de generación del Poder Judicial de demandas relacionadas con la implementación de los derechos

sociales,⁸ (proporcionalmente a las necesidades populares) y económicas, hay avances significativos en acciones basadas en el Código de Defensa del Consumidor, comprendiendo temas como v.g. la salud, la educación, la prestación de servicios, el suministro de medicamentos,⁹ etc.

Esto porque la Constitución brasileña de 1988 instituyó un efectivo derecho a la tutela individual, colectiva y meta-individual (derechos difusos). Son varias las posibilidades abiertas a las personas para permitir que políticas públicas atinentes a esas áreas sean determinadas o ajustadas, según el programa constitucional.

La acción civil pública,¹⁰ las diversas acciones constitucionales, las acciones específicas previstas en el control concentrado de constitucionalidad

(8) Los derechos sociales están dispersos por toda la Constitución brasileña. Su artículo 6º dispone: "Son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, la habitación, el recreo, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y a la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución". Ya el artículo 7º de la Constitución contiene XXXIV incisos alusivos al mismo tema. Encontramos también un extenso título del "orden social", que va del art. 193 al 232 en la Constitución Federal brasileña.

(9) En el área de la salud, la tendencia jurisprudencial es la de alejar cláusulas abusivas de contratos de seguro de salud que niegan o acaban prohibiendo directa o indirectamente, tratamiento de molestias infecto-contagiosas. Tales decisiones invocan el principio de la interpretación más favorable al consumidor, teniendo en vista la relación asimétrica entre él y el proveedor. Se reconoce también el derecho a la educación fundamental como un deber del Estado, de forma a garantizar, por ejemplo, la atención en guardería infantil y pre-escuela a los niños hasta seis años de edad, o todavía se les reconoce a los estudiantes universitarios de la enseñanza superior, que no se puede condicionar la renovación de la matrícula al pago de mensualidades atrasadas, restando consagrar el derecho a la renovación de matrícula. La protección jurídica a la parte más vulnerable de una relación ha sido consagrada, tal cual en el derecho del trabajo y al trabajador.

(10) Creada por la Ley 7.347/85, tiene por objeto la protección de una amplia gama de valores, en especial el medio-ambiente, los consumidores, los bienes y valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos y paisajísticos. Posteriormente, se amplió también su objeto, puesto que el Código de Defensa del Consumidor en su artículo 110 agregó el inciso IV al artículo 1º de la Ley 7.347/85, para decir que también puede referida ley proteger "*cualquier otro interés difuso o colectivo*". Evidentemente que esa protección a cualquier interés otro, difuso o colectivo, debe ser entendida apenas dentro de la finalidad de la ley civil pública, no pretendiendo el legislador autorizar que esa acción pueda servir para protección de derechos meramente individuales. Son legitimados la propositura de la acción, no solo el Ministerio Público que tiene el deber-poder de entablar juicio, como también órganos públicos y privados o por asociación que estén constituidos hace más de un año y que incluyan entre sus finalidades institucionales, la protección al medio ambiente, al consumidor, al orden económico, a la libre competencia, o al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico. La LACP en el Brasil ha sido poderosa aliada en el combate a la corrupción, a la idoneidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, ampliamente considerado, siendo en la inmensa mayoría de las veces el Ministerio Público (Estatal o Federal), el autor de esta acción.

ante el Supremo Tribunal Federal,¹¹ el requerimiento judicial, la acción de inconstitucionalidad por omisión,¹² la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo, la acción declaratoria de constitucionalidad (art. 103 de la CF), la ADPF (acción de incumplimiento de precepto fundamental), son ejemplos de los caminos abiertos para que entidades o grupos legitimados puedan cuestionar la omisión del legislador o del Poder Ejecutivo propiciando, en el límite, *el ajuste de las conductas administrativas a los desideratos y fines previstos en la Constitución*.

¿Qué tienen en común esas acciones?

Pretenden, al parecer, obligar al administrador público a alterar un estándar de comportamiento no solo fundado en la ilegalidad alegada o eventualmente inconstitucionalidad de actos, programas o políticas públicas, sino que también tienen por objeto corregir desvíos o alterar concepciones u objetivos en la implantación de determinados programas gubernamentales, comprendiendo una gama enorme de segmentos, como los relativos a la salud, educación, servicios públicos, etc.

Innumerables cuestiones polémicas, terminan tales decisiones. Las más habitualmente encontradas en la doctrina son: 1) Violación amplia del principio de la separación de poderes. En la medida en que el Poder Judicial —bajo pretexto de conocer violaciones de derecho— podría estar invadiendo esfera de competencia reservada, atribuida a los demás poderes, practicando así inconstitucionalidad; 2) No cabría al Poder Judicial el pretexto de corregir actos ilegales o inconstitucionales, acoger o formular políticas públicas alternativas, papel del poder electo y democrático y en el del Poder Judicial;¹³ 3) Decisiones judiciales no podrían reemplazar el

(11) Véase nuestro artículo “Una Visión del Control de la Constitucionalidad en el Brasil”, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, Noviembre 2006, número 41, Toledo, España. Véase también de nuestra autoría, “El Requerimiento Judicial y la Inconstitucionalidad por Omisión”, Ed. RT, São Paulo, 1991.

(12) Véanse por ejemplo los requerimientos judiciales de números, 283-5 de 1991, y MI 284-3/92, donde, lamentablemente, no obstante algún avance, todavía se restringe a la declaración de omisión como mera ciencia al omiso, para que adoptara los pasos necesarios, pero no avanzó más intensamente para una solución del caso concreto, como quiere la doctrina mayoritaria en el Brasil. Por otro lado, en la inconstitucionalidad por omisión, el STF da ciencia al poder legislativo para “la adopción de las medidas necesarias”, no pudiendo ir más allá para obligarlo a editar la regla faltante. Tratándose de órgano administrativo, dice la CF, que las medidas deben ser determinadas en 30 días (art. 103º §2).

(13) La composición del Poder Judicial brasileño está fundada en un sistema meritocrático que, por un lado, se inicia con el ingreso en la carrera por el cargo inicial de juez sustituto, por medio de concurso de exámenes y títulos, y con el proceso de promoción de entrada y acceso a los tribunales, alternadamente, por antigüedad y por merecimiento (ver

presupuesto público, creando o alterando gastos regularmente establecidos por los poderes o autoridades competentes. 4) ¿Es papel del Poder Judicial prestar la justicia distributiva y equitativa de ese modo, digamos, creativo e innovador? ¿En cuáles términos, y dentro de cuáles límites?

Todas estas cuestiones son complejas y no pretendemos resolverlas, sino simplemente traerlas al debate, iluminarlas, trayendo el actual “estado del arte” en el Brasil.

Hay todavía otra cuestión que surge coligada, a saber: la incorporación de tratados a la Constitución en diversos países a través del reconocimiento de su jerarquía constitucional ¹⁴ también trae problemas relativos al control de políticas públicas. Esto, porque varios tratados establecen derechos, como el derecho de trabajar, derecho a determinado nivel de vida adecuado; derechos estos, que se diferencian de los tradicionales “derechos” ante el Estado. ¹⁵

artículo 93 de la CF). Por otro lado, está basado en un sistema de garantías: de independencia que le asegura al juez el cargo vitalicio, la inamovilidad y la irreductibilidad de sueldos; y de imparcialidad: prohibición del ejercicio de otro cargo, excepto el magisterio; prohibición de recibir, a cualquier título, ventaja en razón de su función; y prohibición de dedicarse a la actividad político-partidaria.

(14) El Supremo Tribunal Federal en Brasil ha afirmado en jurisprudencia más reciente, que los tratados internacionales *de derechos humanos* suscritos por Brasil poseen status normativo supra-legal, lo que torna inaplicable la legislación infra-constitucional con la que entre en conflicto, sea ella anterior o posterior al acto de ratificación y que, desde la ratificación por Brasil, sin reservas, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 11) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica (art. 7º, 7), no hay más base legal para la prisión civil del depositario infiel. HC 90172/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 5.6.2007. (HC-90172). En Costa Rica, país de fuerte desarrollo en el área de los derechos humanos, por ejemplo, las reformas constitucionales de 1989 colocaron las normas de derechos humanos en la misma jerarquía de la Constitución y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (voto 3435/92) estableció que los convenios internacionales son instrumentos válidos para interpretar las normas constitucionales, reconociéndose con eso un status supra constitucional cuando aquellos otorgan mayores derechos o garantías a las personas, en comparación con la constitución de aquel país. Cf. Giselle Molina Subirós, “El sistema axiológico de la CEDAW como parámetro de control constitucional en la formulación e implementación de leyes y políticas públicas. Revista IIDH, volumen 34/35, página 417 a 482, Costa Rica, 2001/2002.

(15) Brasil ratificó los más importantes tratados internacionales de protección a los derechos humanos, destacándose, en el ámbito de los derechos sociales y económicos, la ratificación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1992 y del Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en 1996. Para mayores detalles desde esta perspectiva, véase el artículo de Flávia Piovesan: “Justiciabilidad de los Derechos Sociales y Económicos en Brasil: Desafíos y Perspectivas”, en la *Revista de Derecho del Estado*, Año 1, número 2, Ed. Renovar, 2006, página 55 y siguientes.

Esos "nuevos" derechos, que aquí simplificamos denominándolos "derechos a la prestaciones sociales", no podrían, tampoco, ser otorgados ni reconocidos por los Tribunales ni por el Poder Judicial (en varias hipótesis), sin la participación o intervención activa de los demás poderes u órganos del Estado.

Para la realización y satisfacción de tales derechos, no bastaría la tradicional remoción de actos llamados ilegales o inconstitucionales, sino la creación concreta de *actos promocionales, prestacionales y efectivos*.

Recuérdese por todos la lección de Ingo Wolfgang Sarlet ¹⁶ que trata de distinguir resumidamente las características de los derechos de defensa y los derechos sociales prestacionales, del siguiente modo:

- a. Derechos de Defensa: se identifican por su naturaleza preponderantemente negativa, teniendo por objeto abstenciones del Estado, en el sentido de proteger al individuo contra ingerencias en su autonomía personal. Es, según pensamos, la clásica lección francesa;
- b. Derechos Sociales Prestacionales: tienen por objeto una conducta positiva del Estado (o particulares destinatarios de la norma), consistentes en una prestación de naturaleza fáctica.

Afirma: "Mientras la función principal de los derechos de defensa es la de limitar el poder estatal, los derechos sociales (como derechos a las prestaciones) reclaman una creciente posición activa del Estado en la esfera económica y social. Diversamente de los derechos de defensa, mediante los cuales se cuida preservar y proteger determinada posición (conservación de una situación existente), los derechos sociales de naturaleza positiva (prestacional) presuponen que sea creada o colocada a la disposición la prestación que constituye su objeto, ya que tienen por objetivo la realización de la igualdad material, en el sentido de garantizar la participación del pueblo en la distribución pública de bienes materiales e inmateriales".

En fin, son tantas y tan complejas tales cuestiones, que tal vez debamos recortarlas para nos perdernos en el la selva de las dudas suscitadas.

Así, comenzamos haciendo una breve radiografía de los problemas del Estado Constitucional brasileño, con el objetivo de situar al lector extranjero y contextualizar el tema, para en seguida cuidar de la problemática relativa a las "políticas públicas".

(16) En el magnífico trabajo "La Eficacia de los Derechos Fundamentales", Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, página 257 y siguientes.

Flávio Dino de Castro y Costa ¹⁷ nos auxilia a comprender ese escenario, al afirmar:

En Brasil, la teoría del desarrollo desigual y combinado demuestra toda su pertinencia. Trotski, citado por Raymundo Faoro en *Los Dueños del Poder*, afirma: “indios tiraron los arcos y flechas y agarraron inmediatamente los fusiles, sin recorrer el camino que había entre esas dos armas del pasado... De esta ley universal de la desigualdad del ritmo resulta otra ley que, por falta de mejor nombre, puede denominarse ley del desarrollo combinado, en el sentido de la aproximación de las etapas diversas, de la combinación de fases discordantes, de la amalgama de formas arcaicas y modernas.

Esta amalgama se revela, por ejemplo, en la inadecuación de la transposición mecánica a nuestro país de la clásica enseñanza acerca de la evolución histórica de los derechos fundamentales: derechos individuales (1ª generación), derechos políticos (2ª generación), derechos sociales (3ª generación). El apartamiento de ese esquema conceptual de la práctica brasileña es manifiesto. En el plano de la efectividad, los derechos políticos están más universalizados que los derechos individuales clásicos. En nuestro país, el alistamiento electoral casi universal y las urnas electrónicas (derechos de 2ª generación en la “era de la post-modernidad”) convive con la difusión de formas de trabajo esclavo y con asesinatos de quienes viven en la calle, privados no solo del derecho a la habitación, sino también del derecho a la integridad y a la libertad de tránsito (de 1ª generación).

Tal amalgama jurídico resulta de varios factores, mereciendo destacar la brutal concentración de renta. Esta “es medida por el índice de Gini, que va de 0 a 1. Cero significaría que cada uno de los habitantes de un país tendría renta idéntica, situación ideal, pero obviamente utópica. Índice 1, al contrario, sería el número de un país en que la renta estuviera toda en las manos de una sola persona, otra situación imposible. El Gini de Brasil, en el informe 2001, pero con base en datos de 1997, era de 0,591. En el informe

(17) “La Función Realizadora del Poder Judicial y las Políticas Públicas en Brasil”, *Revista Interés Público*, 2004, Volumen 28, página 64 y siguientes. Véase también, de José Afonso da Silva, “Poder Constituyente y Poder Popular”, Malheiros Editores, São Paulo, 2000, página 17, como también su “Curso de Derecho Constitucional Positivo”, 22ª Edición, Malheiros, São Paulo, 2003, página 120. Es él quien afirma todavía: “Es cierto, sin embargo, que la Constitución de 1988 no promete la transición al socialismo con el Estado Democrático de Derecho, apenas abre las perspectivas de realización social profunda *por la práctica de los derechos sociales, que ella inscribe, y por el ejercicio de los instrumentos que ofrece a la ciudadanía y que posibilita concretizar las exigencias de un Estado de justicia social, fundado en la dignidad de la persona humana*”. (las cursivas son nuestras)

2002, con base en datos de 1998, aumentó a 0,607. Renta más concentrada que la del Brasil solamente en Sierra Leona, República Centro-Africana y en Swazilandia, pobrísimos países africanos". Celso Furtado recuerda que: "En los países de renta per cápita semejante a la del Brasil (4500 dólares) el porcentaje de pobres es de cerca de 10% de la población total, por lo tanto, menos de una tercera parte del porcentaje brasileño (34%)".

Todo eso es todavía agravado por las inmensas asimetrías regionales que refuerzan el citado modelo de desarrollo desigual. En la última pesquisa sobre el Índice de Desarrollo Humano (IDH) de los Municipios brasileños, de los 20 peores, ocho están en Maranhao, cinco en Piauí y tres en Amazonas.

Podemos traer todavía la lección de Luís Roberto Barroso,¹⁸ que nos ayuda a comprender el momento y el constitucionalismo brasileño, al afirmar:

El nuevo derecho constitucional brasileño, cuyo desarrollo coincide con el proceso de redemocratización y reconstitucionalización del país, fue fruto de dos cambios de paradigma: a) *la búsqueda de la efectividad de las normas constitucionales, fundada en la premisa de la fuerza normativa de la constitución*; b) el desarrollo de una dogmática de la interpretación constitucional, basada en nuevos métodos hermenéuticos y en la sistematización de principios específicos de interpretación constitucional. La ascensión política y científica del derecho constitucional brasileño condujeron al centro del sistema jurídico, donde desempeña una función de filtrado constitucional de todo el derecho infra-constitucional, significando la interpretación y lectura de sus institutos, a la luz de la Constitución. (las cursivas son nuestras)

Por otra parte, es importante registrar que el movimiento conocido por "neoliberalismo"¹⁹ que marcó el final del siglo xx, tuvo por efecto no solo disminuir la presencia del Estado como productor y empresario, sino también relativizar la presencia e importancia de los llamados "derechos sociales".²⁰

(18) *La Nueva Interpretación Constitucional*, obra coordinada por Luís Roberto Barroso, Editora Renovar, RJ, 2003, en ella encontramos el título: "Fundamentos teóricos y filosóficos del nuevo derecho constitucional brasileño (post-modernidad, teoría crítica y post-positivismo)", página 43 y siguientes.

(19) Sobre el tema del "neoliberalismo y derechos humanos", consúltese la obra con ese título de Antônio José Avelas Nunes, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

(20) De cierto modo, incorporamos la lección de Canotilho, condimentada a la moda brasileña, cuando afirma: "la Constitución dirigente es un producto acabado de un proyecto de la modernidad, ya sea en términos de sujeto histórico, o en términos de hombre triunfante

Mientras tanto, ese movimiento, a nuestro juicio, no tuvo la fuerza suficiente para desobligar al Estado de cumplir los objetivos solidarios de la justicia social y el mejoramiento de las condiciones de su vida. Por lo menos todo el esqueleto constitucional brasileño, toda la estructura constitucional señala en gran medida esos objetivos más solidarios. Es evidente que en la contemporaneidad hay que pensar conectándose a un sistema regional o mundial para la concretización solidaria de esos objetivos, construidos en conjunto o participativamente, pero es forzoso considerar que no todas las regiones del planeta se encuentran en las mismas condiciones. Hay asimetrías importantes y barreras a ser superadas. El esfuerzo debe ser de todos, para un mundo mejor.²¹

Se reafirma: Brasil, no obstante las reformas liberalizantes por las que pasó en la década pasada, siguiendo el movimiento universal en ese sentido, todavía permanece un Estado Social y Democrático de Derecho, siendo obligación constitucional la realización de los objetivos constantes de su artículo 3º,²² a partir de sus políticas públicas, teniendo el Poder Judicial, en ese contexto, importante *parcela* de responsabilidad social.

en su capacidad de transformación. Así entendida, la Constitución dirigente enfrentó grandes dificultades, resultantes del ataque de las corrientes más conservadoras, pero también de las críticas de algunos normativistas sociológicos... *Pero esto no puede significar que no sobrevivan algunas dimensiones importantes de la programaticidad constitucional y del dirigismo constitucional...* En primer lugar, en términos jurídicos-programáticos, una Constitución dirigente —ya expliqué eso varias veces— representa un proyecto histórico pragmático de limitación de los poderes de cuestionar del legislador, de la libertad de conformación del legislador, de vinculación de éste a los fines que integran el programa constitucional. En esta medida, pienso que continuamos teniendo algunas dimensiones de programaticidad: el legislador no tiene absoluta libertad de conformación, sino que más bien, tiene que moverse dentro del encuadramiento constitucional. Es la primera supervivencia de la Constitución dirigente en términos jurídicos-programáticos... "Canotilho y la Constitución Dirigente", Jacinto Coutinho (organizador), Rio de Janeiro, Renovar, 2002, páginas 13 y siguientes.

(21) Recuérdese una vez más J.J. Canotilho, cuando afirma: "...En el dibujo de las constituciones civiles globales, queda por explicar su *acoplamiento* con las *políticas nacionales*, ya sea que estén o no, plasmadas en la Constitución. Si la literatura constitucionalista enfatiza hasta el cansancio la *reserva del posible* económico y social cuando se trata de incrementar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, tendrá de cuestionarse cómo se puede estructurar una constitución civil global que desprece de partida los *presupuestos ficticios y normativos* nacionales (y supranacionales, regionales) indispensables a esa misma realización. Si las constituciones civiles globales, no obstante sean constituciones jurídicamente autónomas, forman parte de un sistema de redes aglutinador de varios subsistemas nacionales vinculados a reglas-cuadro o hasta mismo directrices políticamente programáticas de las constituciones nacionales". "Brançosos" y Interconstitucionalidad – Itinerarios de los Discursos sobre la historicidad constitucional, Almedina, Coimbra, 2006, Página 300.

(22) Véase nota abajo, donde se transcribe el artículo 3º de la Constitución Federal brasileña.

Pasamos ahora a conceptuar *política pública*.

Las políticas públicas son un conjunto heterogéneo de medidas y decisiones tomadas por todos aquellos obligados por el Derecho, a atender o realizar un fin o una meta consonante con el interés público.²³

O todavía, un programa de acción que tiene por objetivo realizar un fin constitucionalmente determinado. Las políticas públicas son mecanismos imprescindibles para el goce de los derechos fundamentales, inclusive los sociales y culturales.

Evidentemente, como la Constitución brasileña es indudablemente programática (o dirigente)²⁴ —traza planes, directrices y metas— a sus destinatarios, en gran medida el fundamento de la propia política pública está trazado en el texto constitucional, el que genera, en muchos casos, la justiciabilidad de esos derechos y toda la polémica que el tema contiene.

Es decir, la Constitución es un importante elemento de referencia y validez para el desarrollo de innumerables políticas públicas en los diversos segmentos y actividades por ella reglamentados, trazando en mayor o menor grado, los propios elementos de la política pública que deben ser desarrollados y concretados.

En este contexto, es evidente que el tema del *judicial review* aparece mucho más como una actividad de rutina, ordinaria del Poder Judicial, del

(23) Rodolfo de Camargo Mancusso afirma: "En este paso, vale considerar que, si la *política pública*, por definición, en principio *busca* alcanzar un fin consonante con el *interés público*, no por eso, sin embargo, esos dos términos se presuponen *necesariamente*: cuando el constituyente estableció que constituye objetivo fundamental "erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales", el mueble por cierto, es la consecución de un objetivo de justicia social; no obstante, de ello surge, por ejemplo, que el programa gubernamental direccionado a implementar la función social de la propiedad rural (art.186) y la política agrícola (art.187) vaya *efectivamente* hacia aquel desiderato, de modo a fijar el hombre en el campo, así aliviando la superdensidad populacional en los centros urbanos". En "Control judicial de las llamadas políticas públicas", en la obra: "Acción Civil Pública", Coordinador Édís Milaré, Ed.RT, São Paulo, 2001, p.728.

(24) No estamos en este paso asumiendo el compromiso o entrando en la discusión de las virtudes o fallas de la llamada "constitución dirigente". Apenas subrayamos una evidencia: el carácter comprometido y analítico de la constitución brasileña, como también de tantas otras constituciones contemporáneas en todo el mundo. Pese a la revisión de posición del Professor J. J. Gomes Canotilho, en el prefacio de la segunda edición de su conocida obra, "Constitución Dirigente y Vinculación del Legislador", sobre la naturaleza y el carácter de vinculatividad operativa de las constituciones comprometidas, entendemos que en los Estados periféricos, como es el caso del Brasil, donde no hubo la realización lineal de los derechos fundamentales a partir de la noción de dimensiones, creemos todavía ser el concepto de constitución dirigente válido y útil a nuestra realidad.

que sería en un sistema como el norteamericano donde hay, como sabemos, una Constitución sintética y de principios.

Se puede afirmar, en compañía del jurista brasileño Fábio Konder Comparato: 25

Que la política aparece antes de todo, como una *actividad*, o sea, es un conjunto organizado de normas y actos tendientes a la realización de un objetivo determinado.

Siendo cierto todavía que la política, como conjunto de normas y actos, es unificada por su finalidad. Los actos, decisiones o normas que la componen, tomados aisladamente, son de naturaleza heterogénea y se someten a un régimen jurídico que les es propio.

De donde se concluye que el juicio de *validez de una política* —sea ella empresarial o gubernamental— no se confunde nunca con el juicio de *validez de las normas de los actos* que la componen. Una ley, aprobada en el marco de determinada política pública, por ejemplo, puede ser inconstitucional, sin que esta última lo sea. Inversamente, determinada política gubernamental, en razón de su finalidad, puede ser juzgada incompatible con los objetivos constitucionales que vinculan la acción del Estado, sin que ninguno de los actos administrativos practicados, o ninguna de las normas que la rigen, sean, en sí mismos, inconstitucionales.

Puede sonar un poco exótico para algunos, que el Poder Judicial se ocupe de hacer valer directamente, no propiamente los derechos violados de la parte, en su sentido más estricto, pero se preordene a ejecutar, desde que provocado, concretamente acciones y *políticas públicas* 26 a partir de aquella violación.

(25) "Ensayo sobre el juicio de constitucionalidad de políticas públicas", *Revista de Información Legislativa*, número 138, 1998, p. 45.

(26) El foco en los EUA es un poco diferente. La *intromisión* (ese el término utilizado por el autor abajo referido, el que ya demuestra su estado de espíritu en la materia) judicial de los tribunales es admitida en general en nombre de la protección de los derechos fundamentales del individuo, violados por organizaciones gubernamentales o públicas que deberían custodiarlos. Esta forma de activismo judicial es llamada *remedial law* y procede "when violations by public agencies of the rights of children, prisoners, patients, and tenants are found to exist" (cuando se verifica que existen violaciones por órganos públicos de los derechos del niño, de los prisioneros, de los pacientes y de los inquilinos). Su objetivo es, no pocas veces, tratar de alterar el estándar de comportamiento de las organizaciones acusadas, oyendo a la comunidad jurídica y a los *experts* involucrados en la demanda. "Remedial law may go beyond the award of damages and cease and desist orders to mandate programs and administer changes, but it does not intend to "take over" public executive agencies permanently or manage them forever" (el activismo judicial puede ir más allá de la adjudicación de daños, y cesar y desistir órdenes para delegar programas y administrar cambios, pero no

Y en este punto, es preciso comprender no solo el esqueleto teórico que tiene la materia, sino, sobre todo, y tal vez más importante que el primero, la realidad brasileña.

Como uno de los temas de este seminario es exactamente el desarrollo, parece oportuno recordar que es él un proceso de largo plazo, inducido, exactamente por políticas públicas o programas de acción gubernamental en tres grandes campos interligados: económico, social y político.

Es la lección de Gilberto Bercovici,²⁷ para quien el "elemento social del proceso de desarrollo es la adquisición de la progresiva igualdad de condiciones básicas de vida, o sea, la realización para todo el pueblo, de los derechos humanos de carácter económico, social y cultural, como el derecho al trabajo, el derecho a la educación, en todos los niveles, el derecho a la seguridad social (salud, previsión y asistencia social), el derecho a la habitación y el derecho de goce de los bienes culturales. Finalmente, el desarrollo integral comporta, necesariamente, un elemento político, que es la llave de bóveda de todo el proceso: la realización de la vida democrática, quiere decir, la efectiva asunción, por el pueblo, de su papel de sujeto político, fuente legitimadora de todo poder y destinatario de su ejercicio".

No queda duda que el Poder Judicial durante un largo período fue la garantía de los derechos civiles y de la libertad individual.

Es él, en el modelo liberal, el fiduciario de la legalidad, de la igualdad ante la ley, pero esa realidad se desdobra en otras. Sabemos que independientemente de discusión del modelo de Estado o de sus características, es cierto que el Poder Judicial pasa a intervenir más directamente en la sociedad de masas.

El derecho del consumidor, el derecho urbanístico, el derecho ambiental son ejemplos de como la controversia judicial asume un *papel social destacado* y amplio que trasciende a las partes para adecuar y ajustar las relaciones sociales y comunitarias.

está destinado a "asumir" órganos ejecutivos públicos permanentemente, ni a administrarlos para siempre). En la obra: "Remedial Law-When Courts Become Administrators" (Activismo Judicial - Cuando los Tribunales se vuelven Administradores), Editada por Robert C. Wood, University of Massachusetts Press, Amherst, 1990. En Brasil, ver también el artículo de José Reinaldo Lima Lopes, titulado "Derechos Sociales y Justicia - La experiencia norteamericana", Revista de la Facultad de Derecho de la USP, Volumen 92, 1997, página 201 y siguientes. El autor hace una comparación entre el poder judicial norteamericano y el brasileño, trayendo a la discusión tres casos del derecho norteamericano, el Golden Clause Cases (1935), Wyatt Cases (1970) y California V.US (1995).

(27) "Constitución Económica y Desarrollo", Malheiros Editores, São Paulo, 2005, Página 108

No es sin razón, por consiguiente, que la democracia y su ejercicio sean asociadas v. g. a la implementación y el goce de los llamados *derechos sociales*.²⁸

En cada país el tema es tratado de una manera.²⁹

Por otra parte, es importante registrar que el Brasil se denomina a sí mismo un Estado Democrático de Derecho que tiene como fundamento: a) la soberanía; b) la ciudadanía; c) la dignidad de la persona humana; d) los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa; y e) el pluralismo político.³⁰

Como dice José Reinaldo de Lima Lopes:³¹ “Por eso, conviene subdividir tal cuestión en dos puntos: en un primer momento, establecer las relaciones entre democracia, derechos sociales y políticas públicas; en un segundo momento, establecer las relaciones entre un modelo de Estado emergente de los años 80’ y el papel del Poder Judicial en ese contexto”.

La tesis del profesor José Reinaldo de Lima Lopes puede ser resumida del siguiente modo:

(28) La alusión a los derechos sociales (*status positivus socialis*) debe ser entendida en sentido amplio. Queremos referirnos a derechos que demandan prestaciones, sobre todo en una dimensión positiva del Estado, o hasta de particulares destinatarios de las normas constitucionales. En Brasil ver Ingo Wolfgang Sarlet, *La eficacia de los derechos fundamentales*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, para profundizaciones. En Brasil hay una gama inmensa de derechos considerados sociales, como educación, salud, previsión, asistencia social, etc. No hay una única tabla de derechos sociales, sino una serie de ellos, diseminados por la Constitución.

(29) Para una visión de lo que procede con los derechos sociales en Europa, es imprescindible la lectura de la obra coordinada por Julia Iliopoulos-Strangas, titulada: “La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de L’Union européenne” (La protección de los derechos sociales fundamentales en los Estados miembro de la Unión Europea) – *Étude de droit comparé*, Editions Ant. N. Sakkouas, Athènes, Bruylant y Nomos Verlagsgesellschaft Baden Baden, Volumen 3, colección, 2000, Human Rights, dirigida por la citada autora.

(30) El artículo 3º de la Constitución brasileña dispone: “Constituyen objetivos *fundamentales* de la República Federativa de Brasil: I. construir una sociedad libre, justa y solidaria; II. garantizar el desarrollo nacional; III. erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales; IV. promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquiera otras formas de discriminación”. No hay duda de que Brasil busca en su marco normativo e institucional un Estado Social de Derecho donde haya una mayor participación de la sociedad civil en el Estado y una mayor democratización con la finalidad de efectivizar derechos sociales.

(31) “Poder Judicial, democracia, políticas públicas”, *Revista de Información Legislativa*, Brasília, número 122, 1994, página 256 y siguientes.

- 1) Las reglas del juego democrático son apenas el mínimo, sin las cuales no puede haber democracia, pero que por sí solas no aseguran la existencia de la democracia. En otras palabras, son condición necesaria, pero no suficiente de la vida democrática. (Bobbio)
- 2) La democracia está en un proceso de expansión, o sea ella es hoy un proceso en sí mismo, que aspira a más libertad, en más lugares. O sea, de un Estado democrático, se pasa a buscar una sociedad democrática.
- 3) Los nuevos derechos sociales son representativos de esa realidad y por ello son derechos constitucionales. Estos mismos derechos constituyen elemento esencial de la democracia, en la medida en que es inherente a ésta la concesión de condiciones reales de posibilidad de vida digna.
- 4) Si la democracia es el opuesto del poder autocrático y si su realización depende de la eliminación progresiva de oligarquías, de restricción al acceso al Estado (cargos de decisión o de ejecución), transparencia creciente del ejercicio del poder y participación consciente de los ciudadanos, *la negativa de los derechos sociales, o sea, la negativa de las condiciones de posibilidad de vida digna garantida bajo el nombre de derechos sociales, es negativa de la democracia.* ³²
- 5) Los derechos sociales, por vía de regla, dependen, para su eficacia, de la actuación del Ejecutivo y del Legislativo por tener el carácter de generalidad y publicidad. Así es el caso de la educación pública, de la salud pública, de los servicios de seguridad y justicia, del derecho a un medio ambiente sano, el recreo, la asistencia a los desamparados, la previsión social, y otros previstos en el art. 6º, en el art. 7º, sin contar las disposiciones de los incisos del art. 170º, del art. 182º, del art. 193º, del art. 225º, y muchas otras distribuidas a lo largo del cuerpo de toda la Constitución de 1988.
- 6) Cuestiona todavía el profesor: a) si los ciudadanos en general tienen o no el derecho de exigir, *judicialmente*, la ejecución concreta de políticas

(32) No obstante el silogismo en particular sea un poco simplista, es preciso concordar que los derechos sociales en Brasil están acorralados, bajo el impacto del avance del liberalismo en las relaciones capital-trabajo y del predominio de la idea de que el Estado debe abdicar de sus responsabilidades en el campo social, transfiriéndolas al mercado. No hay duda en la aseveración según la cual el desarrollo del Brasil solo podrá ocurrir con la transformación de las estructuras sociales, lo que hace que el Estado deba estar cada vez más capacitado y estructurado para promover el desarrollo y atender al artículo 3º de la Constitución brasileña, arriba transcrito.

públicas y la prestación de servicios públicos; y b) si, y cómo el Poder Judicial puede generar la ejecución de tales políticas.³³

Y al responder tales cuestiones, recuerda la tentativa del constituyente en tratar de encontrar mecanismos constitucionales (y judiciales) de exigir concretamente algunos derechos (iniciativa popular, requerimiento judicial), para reconocer, sin embargo, que parece difícil superar algunas dificultades tales como: 1) la responsabilización del Estado por omisión de servicios esenciales no siempre es posible. Es tarea compleja y difícil, visto que la mayoría de los servicios públicos omitidos son *uti universi* y *uti singuli*, no remunerados directamente por los usuarios, sino mantenidos por medio de impuestos generales; 2) más allá de esto, la prestación de servicios depende de la real existencia de los medios: no existiendo escuelas, hospitales y empleados públicos capaces y en número suficiente para prestar el servicio, ¿qué hacer? ¿Prestárselos a quien tuvo la oportunidad y la suerte de obtener una decisión judicial y abandonar la inmensa mayoría en la fila de espera?³⁴

También parece simple afirmar que por intermedio de políticas públicas puede (y debe) el Estado de forma adecuada realizar los fines y objetivos trazados en la Constitución. La cuestión perdura.

¿Qué papel le cabe al Poder Judicial en esta temática? ¿Hasta dónde es posible avanzar en el camino del Estado Social y Democrático de Derecho?

Un buen ejercicio será alinear de un lado a los defensores de un activismo más agresivo en esa temática, y del otro, a sus adversarios. Quién sabe, si un balance puede ofrecernos algunas luces y posiciones intermedias adecuadas.

(33) Todo de acuerdo con José Reinaldo Lima Lopes en el citado artículo, especialmente página 257.

(34) Ésta solo es una síntesis del tema. El mismo autor amplía la discusión trayendo no solo la realidad presupuestal y fiscal del Estado como un límite objetivo a la temática —el régimen de las finanzas públicas— así como la diversidad de las políticas públicas. Recuerda a Claus Offe, Jean Overstake e indaga: ¿Cuál es la responsabilidad del Estado en la implementación de la política pública? ¿Se responsabiliza por perjuicios causados a individuos singulares, o no? ¿Se responsabiliza por la falta de éxito, o sea, por el resultado de la política, o apenas por los medios? Los miembros de los poderes públicos pueden ser políticamente responsabilizados por la no implementación de políticas públicas? ¿Pueden ser responsabilizados políticamente o civilmente por la distorsión o el desvío de políticas públicas? Ob. Cit. página 259.

Se puede afirmar que, en líneas generales, existen tres grandes corrientes al respecto de la exigencia de los derechos sociales, a saber: a) la de los que entienden que deban ser exigibles todos los derechos clasificados por la Constitución como fundamentales; b) la de los que entienden que deban ser exigibles apenas los derechos negativos, ya que los positivos, por demandar recursos, serían exigibles bajo la cláusula de la "reserva de lo posible", dependiendo además del legislador; y c) la de los que entienden haber un núcleo de derechos positivos ligados al mínimo existencial que sería siempre exigible. Los demás derechos quedarían también en la reserva de lo posible.

Desde luego, es importante circunscribir el objeto de la temática. Cuando hablamos en *judiciabilidad de las políticas públicas*, podríamos hasta incluir la defensa de acciones de finalidad colectiva, no obstante no sea esa nuestra preocupación central.

Es decir, si insertáramos en nuestra supuesta clasificación (no anunciada) entre los temas indicables por el Poder Judicial, la defensa de acciones de finalidad colectiva, no parece haber —por lo menos en el contexto brasileño— novedad alguna.

Esto, porque se trataría del ejercicio regular de una competencia por así decir, *ordinaria*, común del Poder Judicial brasileño.³⁵

En la medida en que vivimos bajo el signo de un Estado Democrático de Derecho en una sociedad pluralista con instrumentos de democracia participativa, encontramos en la Constitución brasileña, innumerables instrumentos para forzar un diálogo normativo entre los poderes y funciones del Estado y la sociedad en ella insertada.

Siendo así, tomemos como ejemplo, más allá de los clásicos instrumentos de la democracia semi-directa, la iniciativa popular (CF art. 14°-II y 49°-XV), el plebiscito (art. 14°-I, 18° §§ 3 y 4), la acción popular (art. 5°-LXXIII), y especialmente, los artículos 10°, 11°, 31° § 3, 37° § 3, 74° § 2, 194°-VII, 206°-VI y 216° § 1 de la Constitución Federal brasileña.³⁶

Las aludidas normas constitucionales, como que tienen por objetivo una integración Estado-sociedad, fomentan una participación de la pobla-

(35) Esencialmente dinamizada a partir de la Constitución de 1988, muy a pesar de que acciones coletivas con perfil de defensa del interés social ya existieran anteriormente a esa fecha, como es el caso de la acción civil pública cuya ley data de 1985 (ley 7347/85).

(36) El texto integral de la Constitución brasileña puede ser obtenido electrónicamente en la dirección: www.presidencia.gov.br en el ítem legislación brasileña.

ción y de los usuarios de servicios en la gestión y administración de los poderes públicos. Se atribuye información, se incrementa la participación y se confiere legitimidad para actuar en los varios sectores regulados por la Constitución.

Con eso se amplía también por intermedio del Poder Judicial el control de legalidad de los actos públicos, la eficiencia de los programas gubernamentales en las varias esferas de la federación brasileña, disminuyendo consecuentemente en muchos casos el margen de discrecionalidad del administrador público brasileño.

Nótese que no se trata de apenas conferir legitimidad (en juicio) a determinadas personas, entidades o asociaciones, sino de incentivar la participación de esas mismas personas, destinatarias de las normas constitucionales, para que participen como ciudadanos de las decisiones administrativas, formulando alternativas en su calidad de usuarias de determinadas actividades o servicios.

Al final de cuentas, evidentemente, si hubiera discordancia grave y fundamentada, irregularidad, ilegalidad (en sentido amplio), o inconstitucionalidad, se le proporciona al interesado o a la entidad competente, medios para impugnar determinada opción, política pública o programa gubernamental, como pretendemos demostrar.³⁷

Hay quien, como Rodolfo de Camargo Mancuso, incluya la *judiciabilidad de las políticas públicas en las acciones de finalidad colectiva*, además, según el mismo autor, de reconocer en el Poder Judicial un papel de co-gestor de los intereses generales. El proceso no queda más limitado a una relación jurídica entre los propios y directos contradictores, pasando a operar como un vehículo idóneo para conducir *conflictos colectivos de amplio espectro*, como se verifica, por ejemplo, en las demandas contra la clase de los productos fumantes y la industria humeante.

Resáltese todavía que el fenómeno de la llamada *judiciabilidad de las políticas públicas* puede ser detectado, esencialmente en la defensa de acciones de finalidad colectiva, cuando presenten al menos los siguientes requisitos o elementos: 1) donde se pretenda la defensa o concretización de

(37) En ese sentido, en Brasil, tanto la doctrina como el Supremo Tribunal Federal han utilizado ampliamente el principio de la razonabilidad y de la proporcionalidad (de vertiente doctrinaria germánica), para explotar las varias facetas del control judicial de los actos administrativos, legislativos y de gobierno. También hay que acordarse del principio del debido proceso legal (en su confección procesal y substantiva), de matriz norte-americana, contemplado en nuestra Constitución en su artículo 5º, inciso LIV.)

ciertos derechos relativos a sujetos indeterminados; 2) tengamos presentes acciones con objeto indivisible y; 3) haya la posibilidad de la cosa juzgada con eficacia *erga omnes* o también *ultra parte*.³⁸

Otro dato que no puede ser olvidado en el Brasil, alusivo a la judicialización de los derechos sociales, concierne al hecho de que la Constitución brasileña —al contrario de otras— vinculó muchas de las prestaciones estatales a los derechos fundamentales, de aplicación inmediata.

(38) "Donde y cuando la Constitución Federal establece un hacer, o una abstención, automáticamente queda asegurada la posibilidad de esa conducta comisiva u omisiva, ante la autoridad y/o el órgano competente, como, por ejemplo, se da en caso de incumplimiento de las normas tuteladoras del medio ambiente, donde el infractor se sujeta a "las sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados (art. 225 §3); o en la política de atención a las cartas rogatorias judiciales, donde el incumplimiento de las normas de regencia fundamenta el "secuestro del importe necesario para la satisfacción del débito" (CF §2 del art. 100), a la par de eventual intervención en el ente político incumplidor (CF art. 35-I)". "...Hay que reconocer como acciones de finalidad colectiva, las que se pueden manejar por el control directo de constitucionalidad (acción directa de inconstitucionalidad y acción directa de constitucionalidad, requerimiento de seguridad colectivo, requerimiento judicial, las acciones para defensa colectiva de consumidores; la acción popular, las acciones colectivas propuestas por asociaciones en la defensa del grupo que representan; y también, de cierto modo, la acción fundada en acto de improbidad administrativa, porque, no obstante se destine a la recomposición del tesoro público de una Hacienda lesionada, no se puede negar que el tesoro público es un componente del patrimonio público —su aspecto pecuniario— donde hoy se reconoce la legitimación activa del Ministerio Público para su tutela judicial: el art. 129-III de la CF contiene cláusula de extensión, abriendo la acción civil pública para defensa de "otros intereses difusos y colectivos", que debe ser compatibilizado con lo dispuesto en el inciso IX del art. 129 de la CF, autorizando el *Parquet* a "ejercer otras funciones que le hayan sido conferidas, desde que sean compatibles con su finalidad". Visto que entre las finalidades del Ministerio Público figura la defensa del interés social (CF art. 127), también por ahí se alcanza su legitimidad, dado que es innegable que la defensa del dinero público, indisponible por definición, consulta en última análisis el interés social (art. 127). La legitimidad otorgada a varios co-legitimados activos para las acciones de finalidad colectiva representa una proyección, en el plano judicial, de la directriz constitucional de la *democracia participativa*: a semejanza del llamado a la integración de la colectividad en la buena gestión de la cosa pública (plebiscito, referéndum, audiencias públicas, iniciativa popular de proyectos de ley, participación en órganos públicos colegiados de formación paritaria), también esa participación es reclamada en el plano judicial: la OAB, partido político, órgano sindical, en el control directo de constitucionalidad; el ciudadano-elector, en la acción popular; la entidad de clase, en el requerimiento de seguridad colectivo; la asociación, en la acción en defensa de sus adherentes; el Ministerio Público, los entes políticos, las asociaciones, los sindicatos, los órganos públicos, en las diversas acciones civiles públicas; cualquier persona, física o jurídica, en el requerimiento judicial" Rodolfo de Camargo Mancuso: "La proyectada participación ecuaníme de los co-legitimados a la propuesta de la acción civil pública: de la previsión normativa a la realidad forense", en la obra colectiva: *Tutela Colectiva – 20 años de la Ley de Acción Civil Pública y del Fondo de Defensa de Derechos Difusos 15 años del Código de Defensa del Consumidor*, coordinado por Paulo Lucon, Editora Atlas, São Paulo, 2006, p. 226 y siguientes.

Y no hay duda que el tema "políticas públicas" está íntimamente ligado a la realización de condiciones y derechos considerados imprescindibles para una vida libre y digna. Así, v. g. el artículo 5 §1 de la CF,³⁹ que genera, *en muchos casos*, atribución subjetiva de los derechos sociales directamente. Evidentemente, como ya subrayamos, el mayor obstáculo es siempre el económico. Se afirma, no sin razón, que no hay derechos sin costos.

Y más que eso, a nivel de las políticas públicas de carácter social habrían limitaciones materiales a la atención concomitante de *todos los programas sociales*, cabiéndole al Poder Ejecutivo y también al Legislativo, en último análisis, elegir cuáles son las prioridades presupuestales y políticas, haciendo la distribución de los recursos presupuestales conforme una previsión legal.⁴⁰ Se invoca la llamada "reserva económica de lo posible",

(39) El artículo 5 §1 de la Constitución Federal brasileña, situado después de la muy completa lista de los derechos fundamentales del artículo 5, dispone: "Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales *tienen aplicación inmediata*", lo que nos remite al tema de la eficacia y aplicabilidad de los derechos fundamentales y toda la problemática de la diferente textura de esos mismos derechos. Se puede afirmar que el esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia brasileña ha sido en el sentido de dar al dispositivo, aplicación posible y generosa, atenta a las dificultades naturales de implementación de los diferentes tipos de derechos y garantías.

(40) Julia Iliopoulos-Strangas, en la obra arriba citada, sobre la cuestión presupuestal de las prestaciones y derechos sociales en la Unión Europea, enseña: "Dans la totalité des Etats membres, les prestations sociales doivent en principe être prévues par une loi, en vertu du principe de légalité conçu en tant que réserve de la loi. (En la totalidad de los Estados miembros, las prestaciones sociales deben, en principio, estar previstas en una ley, en virtud del principio de legalidad concebido como reserva de la ley.) Cela est même explicitement prévu dans la législation sociale de certains ordres juridiques (Allemand). (Esto está explícitamente previsto en la legislación social de ciertos ordenamientos jurídicos. (El alemán)) Toutefois, cette règle n'est pas appliquée avec rigueur, comme le démontrent, par exemple, certains cas dans le domaine des subventions... (Sin embargo, esta regla no es aplicada con rigor, como lo demuestran, por ejemplo, ciertos casos en el área de las subvenciones...) Dans certains Etats membres, comme exposé ci-après, il existe, en plus de la réserve de la loi, des contraintes budgétaires prévues dans la Constitution elle-même. (En ciertos Estados miembros, como expondremos a continuación existen, además de la reserva de la ley, limitaciones presupuestales previstas en la propia Constitución). En Allemagne, la doctrine souligne que, si le citoyen a un droit subjectif, l'Administration ne peut pas invoquer de contraintes budgétaires et que cela n'est possible que si la prestation dépend du pouvoir discrétionnaire de l'Administration ("Ermessensleistungen"). En Allemagne, la doctrine enfatiza que, a pesar del ciudadano tener un derecho subjetivo, la Administración no puede invocar límites presupuestales, y que esto no es posible si la prestación no depende del poder discrecional de la Administración ("Ermessensleistungen"). Si une règle ne respecte pas le principe d'égalité, elle peut dans certains cas, on l'a vu, être étendue au groupe illégalement exclu des destinataires; le fait qu'il faille disposer de moyens financiers supplémentaires ne joue pas dans ce cas. (Si una regla no respeta el principio de la igualdad, ella puede, en ciertos casos, como ya se vio, ser extendida al grupo ilegalmente excluido de

los destinatarios ; el hecho de que haya que disponer de medios financieros suplementares no cuenta, en este caso). En Italie, si la doctrine la reconnu l'importance des contraintes budgétaires, la Court Constitutionnelle, par ses arrêts en matière de sécurité sociale, la obligé le Parlement a la adopter des mesures directes, et a la attribuer des prestations qui n'avaient pas été prévues. (En Italia, a pesar que la doctrina reconoció la importancia de los límites presupuestales, el Tribunal Constitucional, por sus decretos en materia de seguridad social, obligó al Parlamento a adoptar medidas directas, y a atribuir prestaciones que no habían sido previstas). La justification de ces arrêts si trouve dans le principe de non-discrimination, qui derive du principe d'égalité. (La justificación de dichos decretos se encuentra en el principio de la no-discriminación, que deriva del principio de la igualdad). En Irlande, alors même qu'il existe, comme dans les autres pays, des contraintes budgétaires pour les prestations sociales, l'établissement du budget n'est toutefois soumis a la aucune restriction constitutionnelle o légale, comme celle interdisant un déficit budgétaire". (En Irlanda, aunque existan, como en los otros países, limitaciones presupuestales para las prestaciones sociales, el establecimiento del presupuesto no es, sin embargo, sometido a ninguna restricción constitucional ni legal, como la que prohibía que hubiera un déficit presupuestal)" En relación a la sanción del Estado que no cumple o determina el cumplimiento de un derecho social garantido en la Constitución, la misma autora afirma: " s'il existe un moyen de sanctionner la carence de L'Etat a la ne pas entreprendre une action positive pour sa mise en oeuvre, si pose de manière différente selon qu'il s'agit du législateur o de l'Administration... "si existe un medio de sancionar la carencia del Estado de no emprender una acción positiva para llevar a la práctica, se plantea de modo diferente, según se trate del legislador, o de la Administración...) Parmi les exceptions doit être cite l'ordre juridique du Portugal, où un recours en inconstitutionnalité pour omission du législateur est expressément prévu, a la l'inclusion des normes législatives nécessaires a la l'exécution des droits sociaux consacrés dans la Constitution. (Entre las excepciones, debe citarse el ordenamiento jurídico de Portugal, donde una apelación en inconstitucionalidad por omisión del legislador está expresamente prevista, con la inclusión de las normas legislativas necesarias para la ejecución de los derechos sociales consagrados en la Constitución). Par contre, en Belgique, la Cour d'Arbitrage ne peut pas sanctionner le défaut du législateur de garantir l'un des droits sociaux fondamentaux garantis a la l'art. 23 de la Constitution. (Al contrario, en Bélgica, el Tribunal de Arbitraje no puede sancionar la falla del legislador de garantizar uno de los derechos sociales fundamentales garantizados en el art. 23 de la Constitución). En France, non plus, excepté le domaine du droit communautaires, moyen indirect, il n'existe aucun moyen spécifique pour contraindre l'Etat a la entreprendre une action positive pour la mise en oeuvre d'un droit social. (En Francia, tampoco, salvo en el ámbito del derecho comunitario, medio indirecto, no existe ningún medio específico para obligar al Estado a emprender una acción positiva, para practicar un derecho social.) En Autriche, selon la conception traditionnelle des droits fondamentaux, la Court Constitutionnelle peut uniquement abolir des lois et décrets violant un droit fondamental, sans qu'elle soit autorisée a la suppléer par sa décision a la une loi contraire a la la Constitution. En Austria, según la concepción tradicional de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional puede únicamente abolir las leyes y los decretos que violan un derecho fundamental, sin estar autorizada a reemplazarla por su decisión, con una ley contraria a la Constitución). La Court Constitutionnelle la pourtant répondu a la cette problématique – qui résulte du fait que la carence du législateur ne si prête aucunement, semble-t-il, a la être mise en cause juridiquement – en définissant de manière tres souple les dispositions a la annuler. (No obstante, el Tribunal Constitucional respondió a esta problemática —que resulta del hecho que la carencia del legislador

como argumento objetivo y límite aplicable a la problemática analizada.⁴¹ Sobre ese tema volveremos más adelante.

Antes de tratar de la “reserva económica de lo posible”, considero importante fijar algunas premisas para que la cuestión económica funcione como un dique al pensamiento y embrutezca la posibilidad de nuevas creaciones.

Al final de cuentas, si siempre el argumento económico es límite objetivo a la obtención y goce de cualesquiera derechos, todo estaría resuelto con la invocación de este argumento.

Hay recurso, hay derecho; no hay recurso, no hay derecho. Parece evidente que la cuestión se empobrece, y no puede ser planteada exclusivamente en esos términos.

En este particular, quien iluminó el camino para el entendimiento de la cuestión, a nuestro juicio, fueron los juristas Stephen Holmes y Cass R. Sunstein.⁴²

no se presta de modo alguno, parece, a ser cuestionada jurídicamente— definiendo de modo muy suave las disposiciones para anularla). De plus, elle s’est déclarée prête, du moins en partie, a la suivre la jurisprudence des organes de Strasbourg, qui ont dégagé, de la CEDH, des obligations de protection (“Schutzpflicht”) des droits fondamentaux de la part du législateur et de l’Administration. (Además, se declaró pronta, por lo menos en parte, para seguir la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo, que concluyeron, de la CEDH, obligaciones de protección (“Schutzpflicht”) de los derechos fundamentales por parte del legislador y de la Administración). La doctrine soutient par conséquence que les droits fondamentaux existants ne se limitent pas à identifier des limites que L’Etat est tenu de respecter más qu’ils l’engagent également, bien qu’à la un degré moindre, a la agir de manière positive...(Por consiguiente, la doctrina sostiene que los derechos fundamentales existentes no se limitan a identificar límites que el Estado debe respetar, pero que comprometen igualmente, en un grado mínimo, a actuar de forma positiva...). Enfin, dans certains Etats membres, la doctrine la considere la possibilite d’engager la responsabilité de l’Etat comme un moyen indirect de sanction de la carence du législateur; ainsi, la mise en jeu de la responsabilité le législateur a la accomplir asmission prévue dans la Constitution la été défendue par une partie de la doctrine hellénique. (En fin, en ciertos Estados miembros, la doctrina ha considerado la posibilidad de comprometer la responsabilidad del Estado como un medio indirecto de sanción de la carencia del legislador; así, la puesta en juego de la responsabilidad del legislador para cumplir la misión prevista en la Constitución fue defendida por una parte de la doctrina helénica). Ob. Cit. Ant. página 935.

(41) El argumento en sí en él es nuevo. Los romanos ya decían: “*ad impossibilia nemo tenetur*”. Nadie está obligado a cosas imposibles.

(42) “The Cost of Rights. Why Liberty depends on taxes” (O Custo dos Direitos. Por Qué a Liberdade Depende dos Impostos), de Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, W.W. Norton & Company, New York, London, 1999.

En la obra, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes* (El Costo de los Derechos. Porqué la Libertad Depende de los Impuestos), ambos dejan bien claras todas las implicaciones de los costos de los derechos. Entre otros aspectos recogemos los siguientes textos, que parecen aclaratorios:

1. Los ciudadanos vigilantes deben saber cómo los recursos públicos son atribuidos. La Nación tiene el derecho de saber dónde coloca cada centavo.
2. Los americanos parecen olvidarse fácilmente que los derechos individuales y las libertades dependen fundamentalmente de una acción vigorosa del Estado.
3. Los Derechos cuestan, dependen de recursos económicos. Todos los derechos golpean las puertas de las arcas públicas.
4. Los recursos son finitos.
5. De un modo general, lamentablemente, individuos que no viven bajo un gobierno capaz de hacer tributar y conceder órdenes y medidas judiciales, no tienen en la práctica derechos garantizados. Un Estado ausente, no pocas veces, implica un Estado que no le garantiza Derechos a nadie.
6. El costo de los Derechos tiene diferentes pesos, "valen" de forma diferente. La libertad de prensa es más valiosa para alguien ya bien posicionado en la sociedad, que para alguien que vive debajo del puente.
7. Los Derechos tienen un costo social, como también presupuestal.
8. La atención a los costos de los Derechos no radica en saber apenas su valor, sino "quién" decide atribuirlos, en la protección de "qué tipos" de Derechos y "para quién".
9. Todos los Derechos son dotados de un costo, sean los llamados negativos o los llamados positivos, puesto que todos implican y presuponen el pago de tributos para financiarlos, para implementarlos y para ejecutarlos.
10. Las deliberaciones y decisiones públicas sobre los gastos de recursos públicos deberían enfocar las siguientes cuestiones: a) ¿cuánto queremos y cuánto podemos gastar con cada Derecho? b) ¿cuál es la mejor manera de gastarlos? c) ¿cuál es la mejor manera de gastar los recursos con máxima protección y con un mínimo costo? d) ¿todo el proceso fue motivado y justificado ampliamente? ⁴³

(43) Traducción e interpretación libre del autor.

Pues bien, pero como decíamos, en el Brasil pueden ser identificadas tres grandes líneas al respecto de la exigencia de los derechos sociales con diversos matices.

Algunos entienden que todos los derechos sociales previstos como fundamentales en la Constitución son exigibles de inmediato.

Otros entienden que exigibles serían apenas los derechos negativos, puesto que los positivos solamente estarían disponibles bajo la reserva de lo posible, y todavía condicionados a la mediación legislativa.

Por fin, están los que entienden existir un núcleo de derechos positivos ligados al *mínimo existencial* que sería siempre exigible, restando los demás derechos positivos bajo la reserva de lo posible.

A nuestro juicio, la cuestión debe ser delimitada, en un primer momento, según parámetros del propio régimen constitucional.⁴⁴

En el caso brasileño es preciso recordar en primer plano: a) la vigencia del principio de imposibilidad de alejar el amplio control jurisdiccional previsto en el artículo 5º inciso xxxv: "la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho"; b) el hecho de Brasil ser un Estado Democrático de Derecho, concepto amplio y sustantivo que merece ser descodificado también por el Poder Judicial para aplicar los valores y derechos constitucionales, generosamente; c) tener presente la idea de que los derechos y garantías fundamentales deben embeber la interpretación de la Constitución y de sus destinatarios, inclusive el Estado; d) comprender el esfuerzo para conferir aplicabilidad y eficacia máxima a los derechos que atiendan al principio de la dignidad humana en su dimensión más amplia y pluralista posible; y e) considerar que los Derechos constitucionales fundamentales considerados indispensables a una vida digna (salud, educación, habitación, etc.) son de variada eficacia y aplicabilidad y frecuentemente demandan la integración de los varios poderes para su total goce por los particulares.

Ante la comprensión de tales premisas es preciso inclusive aceptar que el principio de la separación de poderes, con su dimensión contemporánea renovada, es vigente y debe ser aplicado no por amor a la mecánica del constitucionalismo clásico, sino, sobre todo, por respeto a los espacios democráticos de cada función y poder estatal.

Es decir, las políticas públicas no pueden ser *formuladas originariamente* por el Poder Judicial respecto a la propia ciudadanía.

(44) Con sus aberturas del constitucionalismo contemporáneo, naturalmente.

Si de un lado es posible concordar con Andrés J. Krell ⁴⁵ cuando afirma:

Al mismo tiempo, la justificada cobranza de un control más efectivo de los actos administrativos a ser ejercido por los tribunales en defensa de los derechos y garantías fundamentales no debe llegar al punto de querer atribuir "todo el poder a los jueces", siendo ingenuo pensar que las relaciones de poder económico y político, estratificadas en una sociedad (todavía) *periférica* y la falta de calificación profesional, no se reproducirían también en el ámbito del Tercer Poder.

La sanción al Ejecutivo, en sede de acción civil pública, a realizar obras de saneamiento y prestar servicios públicos sociales con efectividad, no puede ser obstruida mediante invocación del principio de la separación de los Poderes, de la falta de recursos financieros o de la pretendida invasión del "mérito" de esas decisiones. En esos casos, la discrecionalidad de los órganos gubernamentales fue *reducida a cero*, visto que las propias normas legales constitucionales establecen, de forma expresa, los deberes de implementación de las respectivas políticas públicas, cabiéndole al Poder Judicial corregir las omisiones de los otros Poderes estatales.

No es posible, por otra parte, extender ni dilatar el *control judicial* a tal punto que tendríamos inexistente el campo propio, el núcleo esencial de competencias atribuidas a cada poder y función estatal.

Es la Constitución y en la Constitución que la respuesta a esa cuestión (de la extensión y límite del control) debe ser encontrada. Será a partir de las normas y principios constitucionales, sobre todo aquéllos que vehiculan protección a la dignidad de la persona humana en el núcleo de los derechos fundamentales, que encontraremos los deberes del Estado, positivos o negativos, y su regular compostura.

No cabría al Poder Judicial, es cierto, substituirse al administrador público en el ejercicio de función administrativa, pero es preciso considerar que esa es apenas una parte del problema.

Concordamos totalmente con Ana Paula de Barcellos ⁴⁶ que, en un magnífico artículo sobre el control judicial en materia de Derechos fun-

(45) "Discrecionalidad Administrativa y Protección Ambiental. El control de los conceptos jurídicos indeterminados y la competencia de los órganos ambientales. Un Estudio Comparativo", Editora Livraria del Advogado, Porto Alegre, 2004, página 135 y 136.

(46) "Constitucionalización de las Políticas Públicas en materia de derechos fundamentales: el control político social y el control jurídico en el espacio democrático", *Revista de Derecho del Estado*, Año 1, número 3, Ed. Renovar, Rio, 2006, Página 35 y siguientes.

damentales, identifica cinco objetos que pueden sufrir control jurídico y jurisdiccional (sin perjuicio de otros). Son ellos: i) la fijación de metas y prioridades por parte del Poder Público en materia de derechos fundamentales; ii) el resultado final esperado de las políticas públicas; iii) la cantidad de recursos a ser invertida en políticas públicas, vinculada a la realización de derechos fundamentales, en términos absolutos o relativos; iv) el alcance o no de las metas fijadas por el propio Poder Público; y v) la eficiencia mínima (entendida como economicidad) en la aplicación de los recursos públicos destinados a determinada finalidad.

No sería posible traer todo el razonamiento desarrollado por el largo artículo de la Profesora Ana Paula de Barcellos. Extraigamos, entonces, apenas uno de ellos. El relativo a la *eficiencia mínima* en la aplicación de los recursos públicos destinados a determinada finalidad. La cita, a pesar de larga, merece ser hecha.

Afirma la profesora: "Imagínese que un Municipio hipotético X declara, en su informe de ejecución presupuestal, haber invertido R\$1.000.000,00 (un millón de reales) en salud en el año de 2005. Las cuestiones que surgen aquí son dos. En primer lugar: ¿Qué se hizo específicamente con los R\$ 1.000.000,00? ¿Qué resultado se obtuvo con tales recursos? En segundo lugar, y teniendo en cuenta esa información, será el momento de verificar si existe una relación de eficiencia mínima entre los recursos invertidos y el resultado producido (sea cual sea). ¿Habrá habido desperdicio, ineficiencia o desvío? ¿El resultado producido concretamente por la inversión de tales recursos cuesta razonablemente 1 millón de Reales?"

Hay que repetir que ese control no se ocupa del *cuánto* debería o de haber sido invertido en determinada área, o aun de cuáles deberían haber sido las prioridades de inversión en ese particular. Dejando, por ahora, a cargo de los Poderes Públicos mayoritarios la definición de esos elementos, lo que se busca verificar es la existencia —o no— de una relación de eficiencia mínima entre lo que se invirtió y el resultado específico de esta inversión. Hay dos observaciones a hacer sobre la cuestión.

El control de la eficiencia eventualmente podrá exigir el recurso de parámetros externos, obtenidos en el mercado, para que sea posible calcular cuál es el costo real, aunque sea aproximado, de los bienes y servicios producidos, al final, por el Poder Público. Supóngase que, con los R\$ 1.000.000,00, el Municipio X afirme haber construido la escuela Y, e incrementado la calidad de la merienda escolar de las cinco escuelas ya existentes en la región, atendiendo a un total de 800 niños. Pues bien: ¿cuánto debería costar, en general, una edificación del porte de la escuela y, cuánto cuesta, también

en promedio, el mejoramiento introducido en la merienda escolar?

La segunda observación tiene que ver con la noción de eficiencia, no obstante no se trate aquí de examinar el tema con mayor profundidad. La doctrina especializada atribuye a la eficiencia un deber general de la Administración, optimizar el empleo de los medios disponibles para, con ellos, obtener los mejores resultados posibles relevantes para el interés público. Nada obstante, la economía —o sea: la relación costo-beneficio bajo una perspectiva financiera— será siempre un aspecto importantísimo a ser examinado en el contexto de la eficiencia.

Todavía sobre la noción de eficiencia, también es cierto que la evaluación acerca del que es —o, más precisamente, de lo que fue eficiente o no— muchas veces producirá zonas de certidumbre negativa, zonas de certidumbre positiva y también las llamadas “zonas de penumbra”. Dicho de otro modo, algunas opciones de los Poderes Públicos podrán fácilmente ser descritas como ineficientes (zona de certidumbre negativa), otras como eficientes (zonas de certidumbre positiva), mientras que en relación a la otras, habrá duda fundada sobre su estatus, sobre todo teniendo en cuenta, y ése es también un aspecto importante, las circunstancias que cercaban y presionaban al administrador (y eventualmente también al Legislador) en el momento en que tomó la decisión que ahora el Poder Judicial examina.

La posibilidad de control de la eficiencia mínima de las políticas públicas, antes de otros desarrollos mayores y más profundos, tendrá que ver sobre todo con el aspecto de la economía, a modo de verificar el empleo adecuado de los recursos en el contexto de las políticas públicas direccionadas (o supuestamente direccionadas) a la realización de los derechos fundamentales. Este control, es claro, tiene por objetivo principal eliminar las zonas de certidumbre negativa en la materia, o sea impedir o —en la mayoría de los casos— apenas penalizar —ya que impedir en carácter preventivo no siempre será viable— las conductas claramente ineficientes o hasta la malversación criminal del dinero público.

Por otra parte, aceptamos como plenamente posible el control judicial de las políticas públicas en Brasil, en lo tocante a su adecuación al contenido y a los fines establecidos en la Constitución. Al interpretar la Constitución, tratando sacar de ella todas sus potencialidades, verificamos que el control de las políticas públicas no es un ejercicio retórico o demagógico, sino un verdadero deber del Estado-juez. Todo evidentemente con *prudencia y razonabilidad*.

Así, opinamos que al juez le es plenamente posible ejercer el principio de la amplia tutela jurisdiccional con miras a la máxima eficacia de los derechos y garantías fundamentales, para constatar si la política pública se presenta ineficiente o hay omisión en su cumplimiento, inspeccionando ampliamente las causas y motivos que generaron esta situación, y verificando si derechos están siendo amenazados o lesionados.

Por otra parte, nos parece que la teoría de la "reserva de lo posible" debe ser acogida con reservas. Siempre existirá alguna suerte de límite para la atención a derechos, considerando que todos ellos tienen determinado costo, y los recursos son limitados. (Susskind)

Es como mínimo discutible la tesis de que, en nombre de la reserva de lo posible, se puede obstaculizar el reconocimiento de derechos a prestaciones estatales. Es intuitivo que ese obstáculo no pueda ser invocado como razón absoluta para el desarrollo y atención de los derechos sociales.

Pero tampoco podemos fijarnos en las (meras) alegaciones —oportunistas— de ausencia de recursos, discurso monocórdico del Poder Público. Las preguntas que pueden y deben ser hechas son las siguientes:

¿Cuál es el motivo que llevó a la alegada escasez? ¿Es real? ¿Hay espacio jurídico para cuestionar las prioridades adoptadas por el Gobierno? La Constitución (o la ley) estableció algún tipo de prioridad material en aquella determinada materia o asunto en litigio?

Como bien resalta Américo Bede Freire Júnior:

¿Será que es posible hablar de falta de recursos para la salud cuando existen, en el mismo presupuesto, recursos con propaganda del gobierno? Antes que los limitados recursos del Estado se agoten para los derechos fundamentales, precisan agotarse en áreas no prioritarias desde el punto de vista constitucional y en el del detentador del poder.

Por otro lado, es preciso observar que, si los recursos no son suficientes para cumplir integralmente la política pública, esto no significa que *per se* que sean insuficientes para iniciar la política pública.⁴⁷

(47) Ob. Cit. página 74. Silvio Rocha, magistrado federal y profesor de Derecho Administrativo de la PUC-SP, también acepta un control substancial al afirmar: " El magistrado debe investigar en el caso concreto: a) si la política pública social contemplada recibió recursos mínimamente consonantes con las necesidades de atención, en cotejo con otras necesidades de menor importancia contempladas en el presupuesto, v.g, comparar recursos destinados a aquella política pública con recursos destinados a la publicidad; b) si los recursos destinados a aquella política fueron agotados o simplemente contingenciados; c) establecer una política pública mínima para permanecer vigente mientras no sea implantada otra por el

¿Y como analiza esa temática el Supremo Tribunal Federal? Aprovechando responder esa cuestión, ya será posible tocar dos puntos, íntimamente conectados, a saber, la *reserva de lo posible* y (versus) la *teoría del mínimo existencial*.

No se puede decir que el Supremo Tribunal Federal en el Brasil haya enfrentado la materia de forma exhaustiva o que tenga una posición firme al respecto. Fueron pocas las veces que la materia ascendió a aquel Tribunal, y hay pocos pronunciamientos al respecto. Entretanto, los casos son interesantes y merecen ser traídos a colación.

El primer caso importante decidido en el Supremo Tribunal Federal en el Brasil relativamente a ese asunto fue la ADPF 345, Relator el Ministro Celso de Mello (el 29 de abril de 2004). No importan los detalles procesales del caso para nuestro análisis.

Basta señalar que el autor de la acción cuestionaba, originariamente, el veto presidencial en el presupuesto de determinado año, que implicaba irrespeto al precepto fundamental de acuerdo a la Enmienda Constitucional número 29/2000, que fue promulgada para garantizar *recursos financieros mínimos a ser aplicados en las acciones y los servicios públicos de salud*.

En primer lugar, el Relator Ministro Celso de Mello destacó que la ADPF (acción de incumplimiento de precepto fundamental) es un instrumento idóneo y apto *para viabilizar y concretar políticas públicas* en los casos que, estando previstas en el texto de la Constitución, sean incumplidas total o parcialmente por las instancias gubernamentales destinatarias del mandato constitucional.

Afirmó: “Esa eminente atribución conferida al Supremo Tribunal Federal pone en evidencia, de modo particularmente expresivo, la dimensión política de la jurisdicción constitucional conferida a esta Corte, *que no puede eximirse del gravísimo deber de tornar efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, que se identifican como derechos de segunda generación, con las libertades positivas, reales o concretas, bajo pena de que el Poder Público, por violación positiva o negativa de la Constitución, comprometa, de modo inaceptable, la integridad del propio orden constitucional*.”

Sobre el papel del Supremo Tribunal Federal y el control de las políticas

poder público, que atienda de modo satisfactorio la demanda; d) determinar la abertura de crédito suplementario para proveer los gastos de la política pública mínimamente eficaz determinada por él”. Resumen ofrecido por el autor de la intervención en el II Congreso Brasileño de Derecho Público realizado en Maceió, Brasil, en 2006.

públicas afirmó el Relator: "Es cierto que no se incluye, ordinariamente, en el ámbito de las funciones institucionales del Poder Judicial —y en las de esta Suprema Corte, en especial— la atribución de formular y de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade), puesto que, en ese dominio, el deber reside, primariamente, en los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Tal incumbencia, mientras tanto, no obstante en bases excepcionales, podrá atribuirse al Poder Judicial, cuando los órganos estatales competentes, por incumplir los deberes políticos-jurídicos que sobre ellos inciden, lleguen a comprometer, con tal comportamiento, la eficacia y la integridad de derechos individuales y/o colectivos impregnados de estatura constitucional, aunque derivados de cláusulas revestidas de contenido programático."

Sobre la reserva de lo posible, afirmó el Relator que: "...el carácter programático de las reglas prescritas en el texto de la Carta Política no puede convertirse en promesa constitucional inconsecuente, bajo pena de que el Poder Público, defraudando justas expectativas en él depositadas por la colectividad, substituya, de manera ilegítima, el cumplimiento de su impostergable deber, por un gesto irresponsable de infidelidad gubernamental que determina la propia Ley Fundamental del Estado. No dejo de verificar, sin embargo, asentadas tales premisas, el significativo relieve al tema pertinente a la "reserva de lo posible" (Stephen Holmes / Cass.R.Sustein), especialmente en sede de efectivación e implementación (siempre onerosas) de los derechos de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales), cuyo cumplimiento, por el Poder Público, impone y exige de éste, prestaciones estatales positivas concretizadoras de tales prerrogativas individuales y/o colectivas. Es que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales —más allá de caracterizarse por la gradualidad de su proceso de concretización— depende, en gran medida, de un inevitable vínculo financiero subordinado a las posibilidades presupuestarias del Estado, de tal modo que, comprobada, objetivamente, la incapacidad económico-financiera de la persona estatal, de esta no se podrá razonablemente exigir, considerada la limitación material referida, la inmediata efectivación del mandato fundado en el texto de la Carta Política. No se mostrará lícito, mientras tanto, al Poder Público, en tal hipótesis —mediante indebida manipulación de su actividad financiera y/o político-administrativa— crear obstáculo artificial que revele el ilegítimo, arbitrario y censurable propósito de lesionar, frustrar e inviabilizar el establecimiento y la preservación en favor de la persona y de los ciudadanos, de condiciones materiales mínimas de existencia. Cumple en advertir, de este modo, que la cláusula de la "reserva de lo posible"—exceptuada la ocurrencia

de justo motivo objetivamente verificable— no puede ser invocada, por el Estado, con la finalidad de exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, sobre todo cuando esta conducta gubernamental negativa, pueda resultar en anulación o, hasta aniquilación de derechos constitucionales impugnados de un sentido de esencial fundamentalidad”.

Sobre la convivencia de la “reserva de lo posible” con el “mínimo existencial”, afirmó el Relator: “La meta central de las Constituciones modernas, y la de la Carta de 1988 en particular, puede ser resumida, como ya expuesto, en la promoción del bienestar del hombre, cuyo punto de partida está en asegurar las condiciones de su propia dignidad, que incluye, más allá de la protección de los derechos individuales, condiciones materiales mínimas de existencia. Al comprobar los elementos fundamentales de esa dignidad (el mínimo existencial), se estarían estableciendo exactamente los blancos prioritarios de los gastos públicos. Apenas después de alcanzarlos, es que se podrá discutir, relativamente a los recursos restantes, en cuáles otros proyectos se deberá invertir. El mínimo existencial, como se ve, asociado al establecimiento de prioridades presupuestales, es capaz de convivir productivamente con la reserva de lo posible.”

Se observa, por consiguiente, que los condicionamientos impuestos por la cláusula de la “reserva de lo posible”, que el proceso de concretización de los derechos de segunda generación —de implantación siempre onerosa— se traducen en un binomio que comprende, de un lado, (1) la razonabilidad de la pretensión individual/social deducida frente al Poder Público y, del otro, (2) la existencia de disponibilidad financiera del Estado para tornar efectivas las prestaciones positivas de él reclamadas”

Sobre la libertad del legislador y del ejecutivo para conformar dichos “derechos sociales”, afirmó: “No obstante que la formulación y la ejecución de políticas públicas dependen de opciones políticas, a cargo de aquéllos que, por delegación popular, recibieron investidura en mandato electivo, cumple reconocer que no se revela absoluta, en ese dominio, la libertad de conformación del legislador, ni la de actuación del Poder Ejecutivo. Es que, si tales Poderes del Estado actúan de modo irrazonable o proceden con la clara intención de neutralizar, comprometiendo la eficacia de los derechos sociales, económicos y culturales, y afectando, como resultado causal de una injustificable inercia estatal o de un abusivo comportamiento gubernamental, aquel núcleo intangible consubstanciador de un conjunto irreducible de condiciones mínimas necesarias para una existencia digna y esencial a la propia supervivencia del individuo, ahí, entonces, se justificará, como precedentemente ya enfatizado —y hasta por razones fundadas en

un imperativo ético-jurídico— la posibilidad de intervención del Poder Judicial, en orden de viabilizar, para todos, el acceso a los bienes cuyo goce les haya sido injustamente rechazado por el Estado”.

El 22/11/2005 en el R.Y. AgR 410715/SP, también Relator el Ministro Celso de Mello, el Segundo Grupo del Supremo Tribunal Federal decidió en la forma abajo expuesta. La condensación es aclaratoria.

“Niño de hasta seis años de edad. Atención en Guardería Infantil y en Jardín de Infantes. Educación Infantil. Derecho Asegurado por el propio texto constitucional (CF Art. 208°-IV). Comprensión global del Derecho Constitucional a la Educación. Deber Jurídico cuya ejecución se impone al poder público, especialmente al Municipio (CF Art. 211° §2). Recurso No Previsto. Apelante: Municipio de Santo André. Recurrido: Ministerio Público del Estado de São Paulo.

La educación infantil representa prerrogativa constitucional indisponible, que referida a los niños, les asegura, para efecto de su desarrollo integral, y como primera etapa del proceso de educación básica, la atención en guardería infantil y el acceso al jardín de infantes (CF art. 208°-IV). Esa prerrogativa jurídica, en consecuencia, le impone al Estado, por efecto de la alta significación social de la que se reviste la educación infantil, la obligación constitucional de crear condiciones objetivas que posibiliten, de manera concreta, en favor de los “niños de cero a seis años de edad” (CF art. 208°-IV), el efectivo acceso y atención en guarderías infantiles y unidades de jardín de infantes, bajo pena de configurarse una inaceptable omisión gubernamental, que frustre, injustamente, por inercia, el cumplimiento integral, por el Poder Público, de la prestación estatal que le impuso el propio texto de la Constitución Federal. La educación infantil, por calificarse como derecho fundamental de todo niño, no se expone, en su proceso de concretización, a evaluaciones meramente discrecionales de la Administración Pública, ni se subordina a razones de puro pragmatismo gubernamental. Los Municipios —que actuarán, prioritariamente, en la enseñanza fundamental y en la educación infantil (CF art. 211° §2)— no podrán eximirse del mandato constitucional, jurídicamente vinculante, que les fue otorgado por el art. 208°-IV, de la Ley Fundamental de la República, y que representa factor de limitación de la discrecionalidad político-administrativa de los entes municipales, cuyas opciones, ejercidas a modo de comprometer, con apoyo en juicio de simple conveniencia o de mera oportunidad, la eficacia de este derecho básico de índole social. *No obstante resida, primariamente, en los Poderes Legislativo y Ejecutivo, la prerrogativa de formular y ejecutar políticas*

públicas, se revela posible, mientras tanto, al Poder Judicial determinar, aunque en bases excepcionales, especialmente en las hipótesis de políticas públicas definidas por la propia Constitución, ya sean éstas implementadas por los órganos estatales competentes, cuya omisión —por importar un incumplimiento de los deberes político-jurídicos que sobre ellos inciden con carácter mandatorio— se muestra apta a comprometer la eficacia y la integridad de derechos sociales y culturales impregnados de estatura constitucional”.

El 8 de junio de 2007, la Presidenta del Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, en la SS 3205, también enfrentó el tema, negando el pedido del Estado del Amazonas, que requería la suspensión de la ejecución de una medida de requerimiento provisional concedida en un requerimiento judicial en trámite en el Tribunal de Justicia de aquel Estado, la cual determinó a la Secretaría de Estado de la Salud, la “inmediata adquisición del medicamento Diazóxido, en el respectivo laboratorio fabricante de la droga, y manutención de su suministro de forma ininterrumpida, mientras perdure la necesidad médica de su ingestión”.

Se trataba de una acción entablada por una menor representada por su madre, en la cual afirma que su hija es portadora de hiperinsulinismo congénito, una rara patología que tiene que ver con la liberación exacerbada de insulina por las células beta del páncreas, cuyo tratamiento necesita la utilización del medicamento fabricado en Canadá. El gobierno del Estado se manifestó afirmando que no disponía de este medicamento, puesto que el mismo no formaba parte del programa gubernamental de medicamentos excepcionales. Además, alegó que al ser compelido a adquirir ese medicamento, estaría sacrificando a toda la colectividad, puesto que, valiéndose del ejemplo del caso concreto, se estaría atendiendo una necesidad individual, en detrimento del equilibrio financiero del sistema en relación a la colectividad y todavía, que el artículo 196° de la Constitución brasileña, al asegurar el derecho a la salud, se refiere, en principio, a la efectivización de políticas públicas que alcancen a la población como un todo, no garantizando situaciones individualizadas, como el suministro de remedios excepcionales y de alto costo que están fuera de la lista oficial del Sistema Único de Salud (SUS).

Sin profundizar en la discusión teórica de la justiciabilidad de las políticas públicas, simplemente la Relatora, atenta a las condiciones de salud de la menor y a los informes médicos constantes del proceso que indicaban que el referido medicamento era el único que posibilita una condición posible de vida a la paciente, y todavía, atendiendo a la condición de insuficiencia

económica de la misma, determinó ordenar la importación del medicamento, hasta que la menor completara 2 años de edad, cuando teóricamente podría el medicamento ser gradualmente suspendido o substituido.

Vista la posición del Supremo Tribunal Federal en el Brasil, podemos avanzar explorando un poco más la teoría del mínimo existencial.

Sobre la teoría del *mínimo existencial* acogida en los juzgados del Supremo Tribunal Federal, recordamos una vez más a Ingo W. Sarlet,⁴⁸ que enfrentó el tema del "mínimo indispensable para una existencia digna" trayendo al derecho brasileño la doctrina alemana. Afirma:

...la discusión en torno a la garantía del mínimo indispensable para una existencia digna ocupó posición destacada no solo en los trabajos constituyentes [el autor se refiere a la realidad alemana], sino también luego de la entrada en vigencia de la Ley Fundamental. En la doctrina, el primer nombre ilustre que sustentó la posibilidad del reconocimiento de un derecho subjetivo a la garantía positiva de los recursos mínimos para una existencia digna fue el publicista Otto Bachof, que ya en el inicio de la década de cincuenta, consideró que el principio de la dignidad de la persona humana (art. 1 inciso I de la LF) no reclama solo la garantía de la libertad, sino también un mínimo de seguridad social, ya que sin los recursos materiales para una existencia digna, la propia dignidad de la persona quedaría sacrificada. Por esta razón, el derecho a la vida y a la integridad corporal (art. 2º inciso II de la LF) no puede ser concebido meramente como prohibición de destrucción de la existencia, o sea, como derecho de defensa, imponiendo, por el contrario, también una postura activa en el sentido de garantizar la vida.

... en otros asuntos, el tribunal Constitucional Alemán, concluye en el reconocimiento definitivo del status constitucional de la garantía estatal del mínimo existencial. Pero más allá de esto, la doctrina alemana entiende que la garantía de las condiciones mínimas para una existencia digna integra el contenido esencial del principio del Estado Social de Derecho, constituyendo una de sus principales tareas y obligaciones.

En el Brasil, la doctrina alemana ha sido regularmente invocada por el Supremo Tribunal Federal y explotada por diversos autores brasileños.⁴⁹

(48) Ob. Cit. "La eficacia de los Derechos Fundamentales", página 292 y siguientes.

(49) Ampliar en Cláudio Pereira de Souza Neto, "Fundamentación y Normatividad de los Derechos Fundamentales: Una Reconstrucción Teórica a la Luz del Principio Democráti-

Examinando el panorama del Derecho brasileño, sería interesante que cerráramos el presente artículo trayendo un ejemplo de cómo la materia recibió tratamiento en el sistema regional interamericano (*"Rumbo a la exigibilidad internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en las Américas: el desarrollo de la jurisprudencia del sistema interamericano"*).

Para ello, traemos a colación el trabajo y las ideas desarrolladas por James Louis Cavallaro y Thamy Pogrebinski,⁵⁰ exactamente con el título arriba citado.

En este trabajo, los autores pretenden demostrar —trayendo la jurisprudencia de la *Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*— la importancia de la consolidación y las posibilidades existentes para el desarrollo de precedentes que aumenten la exigibilidad de esos derechos (sociales, económicos y culturales) en el sistema interamericano.

Trataremos de hacer un resumen del trabajo de esos autores,⁵¹ o sus puntos esenciales, puesto que a nuestro juicio, él agrega y complementa

co", en la obra: "La Nueva Interpretación Constitucional", organizada por Luís Roberto Barroso, Renovar, Río de Janeiro, página 285 y siguientes. Afirma el autor: "Obsérvese que, a despecho de su inspiración eminentemente liberal, no hay en esta teoría la pretensión de que las políticas públicas estatales se restrinjan al mínimo existencial, dejando al mercado la realización del que esté más allá de esto. También el Estado, para ese punto de vista, puede realizar la justicia social (...). Por ahora, buscaremos apenas fijar algunos presupuestos, también compartidos por la teoría del mínimo existencial, que compondrán la tela de fondo de las reflexiones siguientes: 1) el Estado tiene legitimidad para concretizar derechos sociales, sobre todo para aquellos que, por una infinidad de motivos, no consiguieron concretizarlos por cuenta propia; 2) de la totalidad de los derechos sociales, algunos pueden ser considerados derechos fundamentales; 3) cualquier sociedad donde tales derechos no sean respetados —o donde no haya iniciativas consistentes para implementarlos— es una sociedad injusta; 4) el campo de la fundamentalidad de los derechos sociales puede ser definido a través de criterios materiales; 5) el Poder Judicial tiene la prerrogativa de concretizar, independientemente de las políticas gubernamentales y de la acción legislativa, los derechos sociales en la medida de la fundamentalidad material, mientras que el que está más allá de esto debe ser concretizado por el Ejecutivo y por el Legislativo en sus esferas de competencia; 6) los ramas electivas del Estado poseen legitimidad democrática —cuando electos democráticamente— para implementar políticas públicas, no concordándose con la tesis de que el Poder Judicial sea una verdadera panacea para la solución de todos los problemas de la vida social". Concordamos con el desarrollo de sus ideas.

(50) En la obra "Derechos Humanos, Globalización Económica e Integración Regional – Desafíos del Derecho Constitucional Internacional", publicación de la Ford Foundation, Max Limonad y Justicia Global, obra coordinada por Flávia Cristina Piovesan, 2001, páginas 669 a la 684.

(51) Utilizaremos exclusiva e íntegramente, en esta parte, el trabajo ya citado de James Louis Cavallaro y Thamy Pogrebinski, transcribiendo casi íntegramente sus ideas y conceptos. Donde sea posible, resumiremos sus ideas.

el escenario nacional, presentando un panorama de la realidad regional o interamericana, demostrado, del mismo modo, que el movimiento y la necesidad de protección y promoción de esos derechos parece ser uno mismo y universal.

El trabajo está dividido en los siguientes aspectos:

1) *Contexto histórico: el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*

Recuerdan que la Organización de los Estados Americanos (OEA), por medio de su Asamblea General en mayo de 1948, aprobó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Este documento positivizó diversos derechos humanos fundamentales – tanto derechos civiles y políticos, como también derechos económicos, sociales y culturales. La Declaración Americana prevé el derecho a la salud (art. 11), a la educación (art. 12), a la cultura (art. 13), al trabajo (art. 14) y a la previsión social (art. 16). En 1969 surge la Convención Americana de Derechos Humanos y después de nueve años y once ratificaciones, el tratado finalmente entró en vigor.

La Convención, al contrario de la Declaración, falló al no especificar los DESC de la misma forma que la Declaración de 1948. Todo el tema de los derechos económicos, sociales y culturales en la Convención Americana se resume en un único artículo: el 26 titulado “desarrollo progresivo”, que establece: “Los Estados-partes se comprometen a adoptar las medidas, tanto en el ámbito interno, como mediante cooperación internacional, especialmente económica y técnica, a fin de conseguir progresivamente la plena efectividad de los derechos que resultan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, constantes de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa o por otros medios apropiados”.

Critican los autores la ausencia de un deber concreto de los Estados-partes. Dicen que ellos están para “tomar medidas para conseguir progresivamente (primera limitación) la plena efectividad (segunda limitación) de los derechos que se originan en las normas económicas, sociales (...) (tercera limitación)”.

Y como los Estados-partes no son obligados a tomar ninguna medida inmediata y ningún derecho es fijado por el art. 26 (tales como derecho a la educación, habitación, condiciones adecuadas de trabajo, etc), los casos individuales de violación del art. 26 no pueden ser apreciados por los órganos de derechos humanos del sistema interamericano.

Por otra parte, la Comisión y el Tribunal ya estaban activamente defendiendo los derechos civiles y políticos, porque durante un largo período esa era la mayor necesidad en América Latina, debido a los cíclicos movimientos revolucionarios o dictaduras militares, dejando de lado los derechos económicos, sociales y culturales.

Posteriormente, esa laguna fue llenada —al menos en parte— por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el "Protocolo de San Salvador".

En él se prevé el derecho al trabajo (art. 6); derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 7); derechos laborales (art. 8); derecho a la seguridad social (art. 9); derecho a la salud (art. 10); derecho al ambiente saludable (art. 11); derecho a la alimentación (art. 12); derecho a la educación (art. 13); derecho a los beneficios de la cultura (art. 14); derecho a la protección de las familias (art. 15); derecho del niño (art. 16), así como de la protección de los ancianos (art. 17) y de los portadores de deficiencias físicas (art. 18). El artículo 19 por otro lado, autoriza que los derechos establecidos en los artículos 8 (trabajo) y 13 (educación) por una acción imputable directamente al Estado, puede dar lugar al derecho de petición individual a la Comisión y a la Corte.

Informan los autores que hay amplia base para defender la exigibilidad en el sistema interamericano, de todos los derechos protegidos en el Protocolo de San Salvador.

2) *Acompañamiento judicial y quasi-judicial en el sistema interamericano*

Explican los autores que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959, es un organismo cuasi-judicial que promueve los derechos humanos, a través de una serie de funciones que van más allá de la adjudicación de casos individuales.

La Corte, establecida por la Convención Americana de Derechos Humanos (elaborada en 1969 y puesta en vigencia en 1978), es un órgano únicamente judicial que tiene por atribución resolver disputas individuales enviadas por la Comisión (jurisdicción contenciosa), bien como tiene el poder de emitir Opiniones Consultivas, a partir del pedido de los Estados-miembros de la OEA, de la Comisión y de otros órganos de la OEA.

La Comisión Interamericana recibe y procesa peticiones individuales de alegaciones de violaciones de los derechos humanos garantizados en el sistema interamericano. Para enviar una petición a la Comisión, es preciso que hayan sido agotados los recursos internos, o que se presente una

excepción válida para esa regla. El litigio naturalmente puede llegar a la Corte Interamericana. Si eso ocurre, la Comisión puede dejar de ser árbitro y pasa a ser parte: ella se torna en la peticionaria ante la Corte, contra el Estado acusado en la petición inicial de haber violado derechos.

3) *Antecedentes de protección de los derechos económicos, sociales y culturales*

Recuerdan los autores que a pesar de la falla de los DESC, tanto la Comisión cuanto la Corte sentaron precedentes que afirman un camino para la defensa de esos derechos.

Recuerdan la decisión de 1985 de la Comisión, del caso de los indios yanomamis en la Amazonia brasileña. En ese caso, un plan gubernamental de desarrollo destinado a explotar recursos en la Amazonia llevó a la construcción de una carretera que atravesaba el territorio yanomami. La entrada maciza de civiles en las tradicionales tierras indígenas provocó una serie de cambios radicales en el modo de vida de aquella población, como prostitución, enfermedades, pérdida de tierras, etc. Se determinó que el gobierno brasileño violó los derechos a la vida, a la seguridad, al domicilio, a la locomoción, a la preservación de la salud y al bienestar, todos garantizados en la Declaración Americana.

En otro caso, también de pueblos indígenas, la Comisión Interamericana acompañó un acuerdo negociado entre el gobierno de Venezuela y los peticionarios. El caso era la muerte de indios en conflictos con mineros. Hubo posteriormente un acuerdo con el gobierno venezolano, promovido por la Comisión, en 1999. El gobierno venezolano concordó en tomar diversas medidas referentes a las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales.

4) *Jurisprudencia de la Corte Interamericana*

En seguida, los autores traen los casos que entienden más relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la defensa de derechos económicos, sociales y culturales.

Subrayan que, a pesar de ser pocos los casos, la Corte ya se manifestó sobre la exigibilidad judicial de algunos de los derechos contemplados en el protocolo de San Salvador, inclusive en un caso en el que tuvo que decidir si la indigencia del peticionario podría ser considerada fundamento suficiente para una excepción a la regla de agotamiento de los recursos internos, habiendo decidido afirmativamente en los siguientes términos: "Si una persona busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, y encuentra que su posición económica se lo impide (en este

caso, su indigencia) porque no puede pagar la asistencia legal necesaria para cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley. La protección de la ley constituye, básicamente, los recursos que esta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención”.

5) *El Caso Baena Ricardo*

En 1990, la Confederación de los Sindicatos de Empresas Estatales presentó al gobierno panameño una lista de trece reivindicaciones, entre las cuales constaban la no privatización de las instituciones del Estado, manutención de programas de seguro social, pago de sueldos atrasados, etc. Hubo rechazo de las demandas por parte del gobierno, seguido de manifestación nacional y de una huelga pacífica.

Después de algunos incidentes políticos, el Presidente envió a la Asamblea Legislativa Nacional un proyecto de ley para cesar a todos los funcionarios públicos que participaron en la organización, promoción o ejecución de la huelga citada, considerando el gobierno que la huelga había tratado de subvertir el orden constitucional y democrático del país y substituirlo por un gobierno militar (alegaciones).

Antes de que esta ley fuera aprobada, dicen los autores, la administración de varias empresas estatales cesó sumariamente a un total de 270 empleados, cuyos nombres fueron elegidos por la administración de las empresas. La ley número 25 autorizó la dimisión de todos los funcionarios públicos que habían participado en actividades que violaron el orden constitucional, y restringiendo severamente las garantías procesales a empleados públicos cesados, permitiendo inclusive la aplicación retroactiva de esas restricciones.

La decisión de la Corte:

La Corte divulgó su análisis, fundamentada en las violaciones cometidas por el Estado panameño. En lo tocante a la violación del artículo 8 de la Convención, que prohíbe la aplicación de sanciones penales sin previa conminación legal, la Corte citó precedentemente a la Corte Europea de Derechos Humanos, en el sentido de que sean aplicadas las mismas garantías de debido proceso de la esfera penal a los procesos disciplinarios de naturaleza civil.

6) *Casos en trámite en la Corte*

Por fin, los autores traen tres casos que están en curso en la Corte, a saber:

- a. Caso Benvenuto Torres (derecho a la seguridad social). La petición fue llevada a la Comisión en nombre de cinco pensionistas del Gobierno peruano, todos ancianos y enfermos, que tenían su derecho de percibir una pensión del Estado, pero que no fue atendida. Después de años de clara obstrucción de la justicia por parte del Estado peruano, las víctimas recurrieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Alegaban violación del derecho a la protección judicial y al debido proceso legal, bien como del derecho de disponer de garantías judiciales y de contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo (art. 8 y 25 de la Convención Americana). Discuten también la violación de los derechos a la seguridad social, a la vida, a la integridad de la persona y a la salud. Sostienen que el Estado peruano violó el derecho a la seguridad social, al privar a los peticionarios de los medios de subsistencia que, en su condición de pensionistas, les son indispensables para una vida digna y con decoro.
- b. Caso Menéndez Caride y otros. En 1988, un grupo de jubilados presentó una acción judicial en la Argentina, para obtener el reajuste de sus jubilaciones, de acuerdo con la ley vigente. En 1992, los jubilados obtuvieron una decisión judicial favorable: las autoridades argentinas, sin embargo, se abstuvieron de cumplir el acuerdo.

Un grupo de jubilados presentó una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando: violación de los artículos: 4° (derecho a la vida), 8° combinado con el art. 25° (garantías judiciales), y 21.2° (derecho de propiedad), así como derecho a la salud y al bienestar, en la Declaración Americana.

Afirman que la abstención del pago de las jubilaciones a los ancianos viola el derecho de éstos a una existencia digna, contrariando el artículo 4°. Al mismo tiempo, consideran que el derecho de propiedad incluye el derecho a recibir una jubilación satisfactoria, o sea, que los años trabajados por ellos generan una riqueza que no puede ser indebidamente apropiada por el Estado.

- c. Caso Odir Miranda

En él, a través de la discusión de la violación del derecho a la vida, los peticionarios insertaron en su fundamentación legal el derecho a la salud. Miranda es un portador del virus HIV. Con el auxilio de amigos y de un médico particular, hizo uso de la llamada "terapia triple" de combate a la enfermedad, que mejoró mucho su estado clínico. Internado en un hospital público, fundó una asociación para difundir el uso de esa terapia, presentando una petición ante el servicio de salud

de su país para la adquisición y administración de este tratamiento. No se atendió la petición sin ningún fundamento aparente. A partir de ahí, Odir interpuso acción contra el servicio de salud, acusándolo de violaciones arbitrarias relativas al derecho a la vida, a la salud y de igualdad (no discriminación arbitraria).

El argumento central de la petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en tramitación, alegaba violación conjunta del derecho a la vida y derecho a la salud. Además, que su gobierno no había hecho esfuerzos para el goce de una "calidad de vida adecuada" a sus ciudadanos. Con base en el art. 11 de la Declaración Americana y en el art. 10 del Protocolo de San Salvador, y todavía en el art. 26 de la Convención, los peticionarios alegan que el Estado de San Salvador tiene la obligación jurídica de realizar todos los actos que sean necesarios para mejorar la salud y alcanzar un más alto nivel de bienestar físico, mental y social.⁵²

d. Caso de los Menores de la Comunidad Paynemil

Por fin, los autores traen el caso de los menores de la provincia de Neuquén, en Argentina. En marzo de 1997, una defensora de menores local, interpuso una Acción de Amparo para garantizar la salud de los niños y jóvenes de la comunidad indígena local, afectados por el consumo de agua contaminada con mercurio y plomo. En su pedido, solicitó que el Estado proporcionara agua potable necesaria para la supervivencia de la comunidad.

El juez de primera instancia acató la demanda, ordenando a la provincia que tomara medidas, entre ellas el suministro de 250 litros diarios de agua potable para cada habitante de la comunidad, así como la realización de medidas necesarias para tratar el problema y garantizar que no se repitiera en el futuro. Confirmada la decisión, la Provincia entregó solamente 14 litros de agua diaria por persona, sin realizar ninguna de las otras medidas ordenadas judicialmente.

Frente a este incumplimiento, la defensora presentó una denuncia a CIDH, en la cual expuso los hechos descritos. Además de denunciar el incumplimiento estatal, la petición también hizo mención a la discriminación sufrida por los miembros de la Comunidad en su derecho al acceso al agua

(52) No estamos afirmando que haya derecho subjetivo en los casos en examen. Apenas traemos a colación la discusión, para demostrar como ha sido utilizada esa importante instancia de discusión de esos derechos ante tribunales y cortes internacionales, y cómo esos mecanismos pueden ser invocados y recorridos.

potable, en relación a los demás habitantes. Resaltó las violaciones de los derechos de los niños (art. 19 de la Convención), los derechos a la salud, a la vida en un ambiente sano, todos protegidos por la Convención.

La Comisión abrió el caso y el Estado argentino respondió a la primera comunicación en diciembre de 1998. En setiembre de 1999, se inició un proceso de solución amistosa entre las partes, mediado por la CIDH. Se espera que la solución amistosa incluya medidas concretas para responder a las reivindicaciones de derechos económicos, sociales y culturales.⁵³

Se ve que el movimiento por la justiciabilidad y responsabilidad por el cumplimiento de derechos sociales, económicos y culturales es una constante en el mundo contemporáneo.

A título de finalización del presente artículo, tratamos de resumir las ideas principales desarrolladas con propósito eminentemente didáctico.

1. En el Brasil, la Constitución de 1988, que coronó el proceso de redemocratización, y que del punto de vista simbólico superó el modelo anterior, adoptó un modelo programático y dirigente, siendo pródiga en la formulación de derechos fundamentales de defensa y de prestación de deberes al Estado y a los particulares.
2. En el orden constitucional brasileño, los derechos fundamentales no son concebidos como simple derechos de defensa frente al Estado. Al contrario, tales derechos exigen comportamientos activos (protección y promoción) de los varios poderes públicos de la federación brasileña (federal, estatal, distrital y municipal). Además, tales derechos son, en gran medida, aplicables directamente a las relaciones jurídico-privadas, con algunos matices.
3. El Poder Judicial ha sido provocado, sobre todo por el Ministerio Público brasileño, a cuestionar y evaluar políticas públicas, especialmente de derechos de sociales, económicos y culturales, ya sea en función de las obligaciones y derechos constitucionales directamente sacados de la Constitución, o en razón de omisión, ilegalidad, desvío de poder o irrazonabilidad (género) de los poderes públicos en el cumplimiento de las metas constitucionales e infra-constitucionales.
4. Tales acciones, individuales o colectivas (conflictos de masa) pretenden, en no pocos casos, obligar al Poder Público o al Administrador

(53) Todo de acuerdo con los citados autores Cavallaro y Pogrebnihi.

Público a alterar un estándar de comportamiento y, así, también ajustar políticas públicas. Este modelo es incentivado y promovido por el dibujo de las normas constitucionales que pretenden infundir mayor participación política y pública a las decisiones en el Estado Democrático de Derecho.

5. Brasil, a pesar de las reformas liberalizantes por las que pasó en la década pasada, siguiendo la tendencia universal de reducción del aparato del Estado, permanece con el alma y con la columna vertebral de un Estado Democrático de Derecho, comprometido con los valores substantivos de promoción de justicia social, igualdad y libertad. Tales reformas no tuvieron el poder de obscurecer el carácter compromisorio de la Constitución de 1988.
6. El fenómeno de la justiciabilidad de las políticas públicas se manifiesta de varias maneras, ya sea en el control de la constitucionalidad, o en la defensa de acciones de finalidad colectiva.
7. Es posible, en determinados casos, de acuerdo con el diseño constitucional y con el esqueleto legal, a veces solamente con el primero, exigir judicialmente que los administradores públicos implementen medidas o políticas que permitan una vida más digna y justa a los brasileños.
8. Al conceder esa amplia tutela, el Poder Judicial no debe "invadir" el área de actuación del Poder Ejecutivo, pero sí puede y debe corregir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos o desvíos de poder, decisiones desproporcionadas o insensatas, como también corregir o promover acciones afirmativas, compatibilizando las políticas públicas con las directrices y metas constitucionales.
9. En Brasil, la partir de la década del 80 se abrió la posibilidad al juez, para el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer en materia de interés difuso y colectivo, ordenar la ejecución específica o la conminación de multa, independientemente del pedido del autor en ese sentido. El Código de Defensa del Consumidor y el Estatuto del Niño y del Adolescente son ejemplos elocuentes de una verdadera revolución procesal en la búsqueda de la mejor atención posible al derecho de la parte.
10. La teoría de la "reserva económica de lo posible" como argumento y límite objetivo a la atención de los derechos sociales ha sido regularmente invocada por la doctrina y por la jurisprudencia brasileña. De un lado, tenemos partidarios fieles de su integral aplicabilidad, de otro, hay respetables oposiciones a su integral adopción frente a la

realidad constitucional brasileña. Parece prudente aceptar la teoría con matices.

11. Todos los derechos tienen costos y dependen de la sociedad. (Sustein)
12. Las deliberaciones y decisiones públicas acerca de los gastos públicos deben ser hechas y conducidas por el poder político y democrático en los espacios libres de conformación, para que el embate y la creación normativa broten voluntariamente del espacio social.
13. La Constitución no debe ser un instrumento autoritario para el modelado de todos los espacios sociales. Ni siquiera le cabe al Poder Judicial o a la jurisdicción constitucional sofocar el espacio de la política, de los individuos y la autonomía privada de la persona humana.
14. Es a partir de las normas y principios constitucionales, sobre todo aquellos que cautelan la protección a la dignidad humana, en el núcleo de los derechos fundamentales, que encontraremos los deberes del Estado, positivos y negativos para su regular compostura.
15. Frente a la realidad brasileña, al Poder Judicial se le atribuye una importantísima misión de co-responsable para la corrección de las desigualdades sociales, en los límites de su actuación creativa y promocional de los derechos fundamentales.
16. No obstante la formulación y ejecución de políticas públicas dependan de opciones políticas a cargo de los poderes políticos, no hay libertad absoluta en ese dominio, ni del legislador ni del Ejecutivo. Si tales poderes actuaran de modo irrazonable o trataran de neutralizar derechos sociales, con inercia o abusivamente, afectando la existencia digna, le compete al Poder Judicial corregir tales conductas. (STF)
17. La justiciabilidad de los derechos fundamentales llegó al sistema interamericano y constituye un importante remedio para la promoción y corrección de vías en busca de la plena eficacia de los principios cardinales de la civilización democrática y pluralista en el Estado de Derecho.

¿SON VINCULANTES LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA COMISIÓN Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS?

(CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD)

Juan Carlos Hitters

SUMARIO: I. La justicia trasnacional y su influencia en el derecho interno. 1. Desarrollo progresivo. 2. El deber los Estados de "adaptar" el derecho interno. II. Control de convencionalidad y el control de constitucionalidad. 1. Generalidades. 2. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión Interamericana? El valor de las Recomendaciones. 3. ¿Son vinculantes los fallos de la Corte Interamericana? a) En el caso concreto. b) Efecto expansivo. Casos: "Barrios Altos", "El Tribunal Constitucional de Perú" y "La Cantuta" (obligatoriedad para todos los poderes públicos). c) Acatamiento amplio (efecto erga omnes) d) ¿Son vinculantes las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? III. Final.

I. LA JUSTICIA TRASNACIONAL Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO INTERNO

1. Desarrollo progresivo

A modo de introito es dable poner de resalto la incidencia que *progresivamente*¹ ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la legislación interna, a tal punto que poco a poco y por su influencia se han ido modificando diversas instituciones locales —de forma y de fondo— para adaptarlas a este nuevo esquema *sustancial* (que nace de los tratados y del *ius cogens*) y *adjetivo* (con fuente en la Carta de la OEA, las Convenciones y en los Reglamentos).²

Hace algún tiempo hubiera sido impensable para los cultores de las ciencias jurídicas en general, y del derecho internacional en particular, imaginar que los pronunciamientos y las directivas o Informes emitidos por entes cuasi-judiciales y judiciales —en el caso la Comisión Interamericana Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos respectivamente— podrían “meterse” en la corriente sanguínea de los distintos países con tal fuerza como para lograr trastocar sensiblemente ciertas normas locales, incluyendo a las de linaje constitucional.

Podemos señalar desde ese punto de mira que el modelo aquí abordado ha producido un doble efecto, esto es, por un lado la aparición de “decisiones” o Informes de estos organismos trasnacionales “controladores” de la actividad local (en cualquiera de sus tres poderes);³ y por otro la incorporación de una serie de preceptos (los tratados y las convenciones internacionales) que se han colado en el ámbito nacional y que aparecen como directamente operativos (*self executing*). Tal cual lo hemos remarcado en trabajos anteriores este fenómeno ha adquirido tanta altitud que a ningún abogado que inicia hoy un proceso de cualquier tipo —ni al juez que debe resolverlo— le puede pasar inadvertido que el pleito no termina ya —como antes— dentro de la frontera, sino que puede trascender sus límites y dirigir sus pasos hacia una senda trasnacional.

(1) NIKKEN, PEDRO, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, 1987.

(2) Corte IDH, Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005, Serie A No. 19, párr. 13 b.

(3) MORELLO habla de soberanía compartida, *Movidas y reservas de la dimensión Transnacional del Derecho*, Revista La Ley, Buenos Aires, 2004-B, p. 1350.

¿Quién hubiera pensado hace apenas unas décadas en semejante evolución en favor del ser humano y contra los desbordes del Estado? (que siempre resulta legitimado pasivo en estos andariveles que tramitan fuera de los limbos nacionales). ¿A quién se le hubiese ocurrido en tal época, por ejemplo, que la propia Corte Suprema de la Nación Argentina —con muy buen tino— hubiera dicho en el Caso SIMÓN⁴ —luego de un desarrollo progresivo de su jurisprudencia—, que el derecho local queda supeditado al Internacional de los Derechos Humanos en los delitos de lesa humanidad y que este último ejerce una especie de tutela sobre aquél; o que en el Caso Bulacio⁵ ciertas decisiones firmes del más alto cuerpo de justicia del país (como por ejemplo la prescripción de la acción penal) pudieran derretirse al acatar pronunciamientos de la Corte Interamericana Derechos Humanos?

De ahí entonces que resulta menester recortar el rostro del sistema interamericano para verlo con nitidez y comprender a cabalidad estos notables y plausibles adelantos y reacomodamientos que han aparecido a raíz de la jurisprudencia parida por los órganos del Pacto de San José de Costa Rica; por supuesto sin olvidar en tal sentido las decisiones de los organismos de la ONU, de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Tribunal de la Unión Europea, las que directa o indirectamente vienen ejerciendo una notable influencia en el sector interno de nuestro continente.⁶

Se ha configurado así lo que hemos llamado —siguiendo a Cappelletti— la dimensión supranacional del derecho del proceso y de la justicia⁷ con la evidente intención de que el respeto de las libertades humanas logre un nivel metanacional y uniforme (*lex universalis*).⁸

(4) Corte Suprema Nacional, SIMÓN, JULIO H. y otros, sent. 14 junio 2005, La Ley, Buenos Aires, 29 de julio de 2005, comentado por GREGORIO BADENI.

(5) Véase, Corte Suprema Nacional, ESPÓSITO, MIGUEL ANGEL s/ incidente de prescripción, E. 224. XXXIX, fallo del 23 septiembre 2004.

(6) Como dice BIAVATI, "Es difícil encontrar en los ordenamientos modernos un órgano judicial que haya contribuído al desarrollo de la Unión Europea como lo ha hecho la Corte que funciona dentro de dicho ámbito. Añade el autor que el Derecho Comunitario —como hoy se la conoce— probablemente no existiría sin el esfuerzo eficaz y silencioso de tal cuerpo "ubicado en el palacio urbano de la periferia del Gran Ducado de Luxemburgo". BIAVATI, PAOLO, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, en Coloquio, *Administración de Justicia en Iberoamérica y Sistemas Judiciales Comparados*, México, Octubre de 2005.

(7) CAPPELLETTI, MAURO, *Acceso a la Justicia. Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológica*, traducido por JUAN CARLOS HITTERS, JA, 1981-III-810/814.

(8) HITTERS - FAPPIANO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, 2006, T. I, § 9. Ídem HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, 1999, T. I, p. 29.

En tal perspectiva, es dable reiterar, que como consecuencia de dicha evolución, el clásico *control de constitucionalidad* realizado dentro de los países —por órganos centralizados (concentrado), o fragmentariamente por cualquiera de los jueces (difuso)—⁹ se ha tornado a partir de entonces mucho más fascinante y abarcador, dándole cabida al *contralor de convencionalidad*.

Queremos de esta manera enfatizar el valor que ha adquirido ese *derecho sin fronteras*; y mostrar la doble influencia que en nuestro ámbito continental tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos al poner en marcha, por un lado un control supranacional (a través de la Comisión y de la Corte Interamericana); y por otro —y ello es quizá lo más importante— al haber implantado un plexo normativo (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) —por medio de tratados y convenciones internacionales— que entra en el torrente jurígeno local, y se convierte en derecho positivo, por ejemplo el de rectificación y respuesta (o derecho de réplica), o la doble instancia en los andariveles del derecho criminal.

2. Deber de los estados de “adaptar” el derecho interno

En los casos antes citados la Corte IDH, a través de su *control de convencionalidad* le ha echado mano a los artículos 1.1 y 2 de la Convención, que obligan a los países a *respetar* los derechos y libertades reconocidos por ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio (art. 1.1); debiendo “adoptar” las respectivas disposiciones internas al Pacto de San José (art. 2).

En tal aspecto no debemos olvidar que según la Corte para cumplir con el mandato del aludido art. 2, es necesario: 1) el *dictado de normas* y 2) el *desarrollo de prácticas* conducentes al acatamiento efectivo de los derechos y libertades consagrados en el pacto de marras. Por ello como —ya lo dijimos— resulta obligatorio *suprimir los ‘preceptos’ y las ‘prácticas’ de cualquier naturaleza que entrañen una violación de las garantías¹⁰ previstas en la Convención*.¹¹ “Este deber general del Estado Parte implica que las medidas del

(9) Sobre los diversos sistemas de control de constitucionalidad, véase, Alcalá Nogueira, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 173 y siguientes.

(10) Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 120.

(11) Corte IDH, Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago, Sentencia 11 de marzo 2005, Serie C No. 123, párr. 91; Caso Lori Berenson Mejía, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, párr. 219; Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, Sentencia de 2 de septiembre de 2004,

derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para el cual el Estado debe 'adaptar' su actuación a la normativa de protección de la convención"¹². (El entrecomillado nos pertenece)

Desde antiguo ¹³ tal Tribunal ha establecido que "en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías, y Estado de Derecho, constituyen una tríada", en la que cada componente se describe completa, y adquiere sentido, en función de los otros, criterio ratificado en cada momento. ¹⁴

Corroborando lo expuesto no se le ha escapado a esa institución que una norma consuetudinaria generalmente aceptada apunta a señalar que el Estado debe 'adaptar' sus normas locales para asegurar el cumplimiento de los tratados sobre esta materia. ¹⁵

Es importante repetir que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos pivotea sobre dos cuadrantes fundamentales, por un lado el valor del *derecho de gentes*, ¹⁶ y por otro la *influencia de los tratados* ¹⁷ y de la *jurisprudencia internacional*. ¹⁸

Serie C No. 112, párr. 206; Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 101.

(12) Caso Yatama Vs. Nicaragua (cit.), párr. 170; Caso Lori Berenson Mejía (cit.), párr. 220; Caso "Instituto de Reeducción del Menor" (cit.), párr. 205 y Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párr. 142.

(13) La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párr. 34.

(14) Opinión Consultiva OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 92. Ídem caso Yatama vs. Guatemala (cit.).

(15) Corte IDH, Caso Cantos Vs. Argentina, Sentencia de 28 de Noviembre de 2002, Serie C No. 97, párr. 59; Corte IDH. Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párr. 164; Caso Bulacio, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100; párr. 140. y Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay (cit.), párr. 205.

(16) En ese sentido una norma consuetudinaria prescribe que el Estado que ha firmado un convenio sobre Derechos Humanos debe introducir en el Derecho Interno las modificaciones necesarias para su incorporación a tal ámbito.

(17) Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay (cit.), párrs. 140 a 144.

(18) Corte Suprema de la Nación, Verbitsky, Horacio, s/ Habeas Corpus, Sent. del 3 de mayo de 2005.

II. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

1. Generalidades

La Corte IDH ha dejado en claro desde siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones domésticas sino que su tarea *es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia*.¹⁹

Por ello ha establecido —sin entrometerse en las jurisdicciones locales— que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos “...tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada”.²⁰ En ese mismo sentido ha añadido que sólo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional “...deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”.²¹

Esa doctrina legal que ‘indirectamente’ tolera la fiscalización de la actividad jurisdiccional doméstica ha sido recibida por la Corte Suprema de la Nación Argentina con cierta cautela y con algunas idas y vueltas, aunque como veremos, en los últimos tiempos fue acatada *in totum*, con ciertas disidencias.²²

(19) Como bien apunta el Juez CAÑADO TRINDADE, no se trata en verdad de “revisar” las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes. (GERMÁN, ALBAR y CAÑADO TRINDADE, ANTONIO, *Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos*, en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Cox Editores, 1998, Costa Rica, p.584).

(20) Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144, Párr. 167.

(21) Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005., Serie C No. 13, párr. 198; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 121.

(22) HITTERS, JUAN CARLOS, *Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos*, LA LEY, Buenos Aires, 2003–D, p. 1373.

Hemos querido adelantar a modo propedéutico que ese Tribunal internacional ha sentado la postura en el sentido de que por regla, él no se ocupa de modificar en forma directa el derecho interno, ya que su misión consiste en 'controlar' si las normas locales acatan —o no— las convenciones internacionales; y por ende —repetimos— *no se convierte en una 'cuarta instancia' que deja sin efecto las leyes de los países.*

2. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión Interamericana? El valor de las Recomendaciones.

Corresponde preguntarse si las "decisiones" de la Comisión tienen valor vinculante. Antes que nada importa destacar que el tema es ríspido, ya que dicho cuerpo no goza de jerarquía jurisdiccional en sentido estricto, y por ende no dicta "sentencias" como la Corte Interamericana, aunque se ve una gran similitud con éstas. La Comisión produce Informes, Conclusiones y Recomendaciones, que por lo menos poseen un notorio valor moral, jurídico y político.

No es fácil saber si tales pronunciamientos tienen o no efecto vinculante, sobre todo partiendo de la base de que este cuerpo actúa en varias esferas, y en distintos tipos de casos. Sin embargo, como muy bien remarca O'Donnell,²³ en las denuncias individuales regidas por la Convención, las decisiones reúnen las condiciones para ser obligatorias, ya que se trata de un "proceso" con todas las garantías, por lo que en estas situaciones la Comisión actúa como un organismo cuasi-jurisdiccional, a tal punto que sus resoluciones poseen las mismas formalidades que un fallo.²⁴

Sin pretender entrar en elucubraciones demasiado complicadas ni en discusiones ateneistas, podemos decir que como resulta por demás sabido, es posible la actividad contenciosa de un cuerpo no jurisdiccional, ya que —por ejemplo— algunos entes de naturaleza no judicial, pueden ejercitar ciertas actividades de aquel tipo. Tal sería el encuadre de la Comisión, en los casos en los que actúa a través de un verdadero proceso, ejerciendo la misión jurígena de individualización del derecho.

(23) O'DONNELL, DANIEL, *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Perú, 2ª Edición, 1989, pp. 487-490. Véase también, CHIABRERA, TRINIDAD, *La revisión de las sentencias nacionales por los organismos interamericanos: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, JA-2006-I, p. 1272. Ídem, HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 1ª Edición, Ediar, 1999, ob. cit., T. II, p. 278-279 y 392.

(24) DUNSHEE DE ABRANCHES, CARLOS, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OEA, Washington, 1980, pp. 487 y 490.

Como lo hace ver O'Donnell, el organismo que nos ocupa ha comenzado hace ya tiempo a llevar a cabo una interpretación de las consecuencias legales de las violaciones, incluyendo *indemnizaciones* en favor de las víctimas.²⁵

Todo ello —no sin ciertas dudas— nos permite expresar que determinados pronunciamientos, es decir los provenientes de una denuncia, que deviene luego de un “proceso” con todas las garantías, pueden considerarse intrínsecamente obligatorios, con valor moral y jurídico aunque por supuesto no son “ejecutables”. De todos modos no debemos olvidarnos que una de las características del derecho internacional de los derechos humanos, es que la mayoría de sus decisiones no tienen esta última característica, pero producen efectos vinculantes indirectos.²⁶

Abordamos esta problemática para intentar demostrar la influencia que han tenido en el ámbito interno argentino las Recomendaciones de la Comisión. Por ejemplo, el art. 8.2 h del Pacto de San José de Costa Rica impone el derecho que tiene el inculpado por un delito a recurrir ante una instancia superior. Dicho precepto ha dado lugar a un largo y antiguo debate en la Argentina, pues algunos pensaron hace ya tiempo que ese requisito se cumplía con la posibilidad de incoar el recurso extraordinario federal que tipifica el artículo 14 de la vieja ley federal 48, mientras que otros sostuvieron —sobre todo la jurisprudencia interamericana— que tal vía, por ser extraordinaria y por ende limitada por regla a las cuestiones de derecho, no cubría las expectativas de aquella norma supranacional, y este fue uno de los motivos para que en el ámbito doméstico se crearan algunos Tribunales de Casación penal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el viejo caso “Jáuregui” había resuelto que el requisito de la doble instancia se acataba con la posibilidad de incoar el recurso extraordinario federal.²⁷

Lo cierto —y como es por demás conocido— es que la Comisión Interamericana contradijo esas pautas y sostuvo en el caso “Maqueda” que el aludido remedio no cumplía con el requisito de la *doble instancia*. Todo hacía pensar que al estar luego en funcionamiento los tribunales de casación los problemas estaban solucionados, mas —como es sabido— ello no fue así.²⁸

(25) O'DONNELL, ob. cit., p. 490.

(26) HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 1999, ob. cit., Tomo II, pp. 282–283, y 393.

(27) Fallos 311:274.

(28) Corte Suprema, Casal, Matías Eugenio y otros/ robo simple en grado de tentativa

El citado caso “Maqueda” fue el *leading case* ²⁹ en esta problemática, ya que la Comisión dejó sentado que el Estado argentino había violado el art. 8.2 h, y a la par el art. 25 de la misma Convención, ³⁰ habida cuenta de que el recurso de marras no resultaba apto —se dijo entonces— para satisfacer la doble instancia, postura que ratificó en los casos “Girolidi”, “Abella”, y posteriores.

En el renombrado caso “Girolidi”, ³¹ del 7 de abril de 1995, la Corte Suprema de la Nación, y luego ya de la Reforma Constitucional de 1994, donde se les dio jerarquía constitucional a ciertos documentos de derechos humanos, entre ellos el Pacto de San José, cambió su postura sentada en “Jáuregui” y terminó diciendo, que teniendo en cuenta dicha reforma y “considerando su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales para su interpretación y aplicación...” el recurso extraordinario federal no era apto para acatar lo dispuesto en el art. 8.2.h del aludido Pacto. Añadió que la jurisprudencia de los tribunales internacionales “*debe servir de guía* para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (la bastardilla no está en el texto original). Tales razonamientos se aplicaron a rajatabla en el “Bramajo” ³² y en otros asuntos ulteriores.

En el caso “Abella” (juzgado también por el alzamiento de La Tablada), ³³ de similares características a “Maqueda”, la Comisión, en su

—causa N° 1681—Sent. de 20/09/2005. Allí dicho tribunal prácticamente ordinariizó el recurso de casación en el ámbito nacional.

(29) Informe de la Comisión, Caso 11.086 (9 de febrero de 1994). En efecto, Guillermo Maqueda intervino el movimiento sedicioso de “La Tablada” en el que los rebeldes tomaron una unidad militar. Por ello fue condenado en 1990 por la Cámara Federal de San Martín en virtud de un procedimiento especial regulado por la ley 23.077 (Adla, XLIV-C, 2535), que imponía el juzgamiento por dicho órgano en instancia única. Interpuso ante ese Tribunal el recurso extraordinario federal, que fue rechazado, por lo que llegó en queja ante la Corte Federal, la que en 1992 la repelió; por lo que el afectado llegó a la Comisión considerando que se había violado el aludido art. 8.2.h. El cuerpo Interamericano, el 9 de febrero de 1994, emitió su Informe, sosteniendo que efectivamente el Estado Argentino infringió tal norma. El afectado inició —por medio de la Comisión— una demanda ante la Corte regional, y el caso terminó en una Solución Amistosa (previa conmutación de la pena), por lo que la Comisión desistió de la pretensión incoada.

(30) Habla de que toda persona tiene el derecho al ejercicio de un “recurso sencillo y rápido” que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

(31) Fallos 318:514.

(32) Fallos 319:1840.

(33) Fallos 321:3565, del 28 de diciembre de 1998.

Informe del 18 de noviembre de 1997, dijo que si bien la Constitución Nacional no impone la doble instancia —recordemos que ya había sido modificada en 1994— sí lo hace el Pacto de San José de Costa Rica en el art. 8.2 h, que en virtud de dicha reforma adquirió jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22.). Reiteró allí la Comisión, que el recurso federal no es idóneo para la doble instancia pues por regla no admite el control de los hechos ni de la valoración de la prueba.

A los fines de conocer cuál es el valor —vinculante— de las Recomendaciones de la Comisión, lo cierto es que la Corte Argentina había dicho en “Girolodi” y “Bramajo” —como vimos— que las mismas debían “servir de guía” para la interpretación de los tratados. Empero luego a partir del caso “Acosta”³⁴ (fallado en 1998) hizo algunos cambios —retrocesos— respecto a su anterior postura, que luego se potenciaron en el caso “Felicetti”.

Puso de relieve en Acosta la mayoría de la CSN —repárese que Claudia Acosta, es una de las condenadas en la causa “Abella” (La Tablada)—³⁵ que los Informes de la Comisión no resultan vinculantes para el Poder Judicial, añadiendo que los organismos internacionales no son otra instancia respecto de los tribunales argentinos. Señaló también que el Estado Argentino en cumplimiento de sus obligaciones internacionales “debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta razonable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquellas decisiones vinculantes para el Poder Judicial”.³⁶

Conviene acotar que la minoría —de los ex jueces Boggiano y Bossert— se puso en las antípodas dando pleno valor a esos pronunciamientos.³⁷

En el caso “Felicetti”³⁸ resuelto por la Corte Argentina el 21 de diciembre de 2000, ésta ratificó la postura expresada en Acosta, y añadió algunos conceptos.

(34) Fallos 321: 3564.a

(35) La minoría en cambio, constituida por los jueces Boggiano y Bossert, le dieron valor vinculante.

(36) La mayoría de la Corte dijo allí que por razones de seguridad jurídica las decisiones de los jueces argentinos no pueden revisarse por “ninguna jurisprudencia internacional”, incluyendo los fallos de la Corte Interamericana. Ello es cierto, ya que el órgano jurisdiccional interamericano no es, una cuarta instancia, que puede “casar” fallos del derecho interno (solo debe decir que viola la Convención), pero de ahí no puede deducirse que sus pronunciamientos no sean vinculantes.

(37) Sostuvieron que dichas recomendaciones son vinculantes para todos los jueces del país (Fallos 321 y siguientes).

(38) Fallos 323:4131.

Sostuvo —también por mayoría— que las Recomendaciones de la Comisión en el Caso “Abella”³⁹ lo fueron para el futuro, no para los ya decididos, aunque de todos modos no los consideró vinculantes.⁴⁰ Además puntualizó algo que nunca había dicho: que el art. 8.2.h no requiere la renovación del debate ante un organismo jurisdiccional superior, lo que pide dicha norma —enfaticó— es que la condena provenga de un tribunal superior. Lo cierto es que con ese razonamiento de un plumazo casi se pulveriza la doble instancia.⁴¹

Expresó allí la mayoría —en síntesis— que el citado precepto “... no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta, con lo que el juzgamiento directo por ésta... en modo alguno afecta las garantías de derecho de los procesados. Una interpretación distinta pondría en pugna la cláusula del pacto con el art. 117 de la Constitución según la cual la Corte Suprema tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas..., pues ambas tienen sin lugar a dudas gran valor por imperio de lo establecido en el art. 75 inc. 22 de la Constitución, semejante conflicto carecería de solución... lo que la Convención aseguró, pues fue que la condena proviniese del tribunal superior en grado y no de uno inferior. Y en la época que la sentencia fue dictada no había sido aún creada la Cámara Nacional de Casación y los tribunales superiores de las causas penales federales eran las Cámaras Federales de Apelaciones”.

En trabajos anteriores dijimos que no compartíamos aquella solución, ya que la Corte Nacional le había hecho decir al art. 8.2 h lo que no decía, y en todo caso ante la eventual colisión de normas, debía tenerse en cuenta que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados

(39) Recomendó allí la Comisión en el caso que ya hemos analizado “...Que en cumplimiento de esas obligaciones previstas en los artículos 2 y 8.2 h de la Convención Americana, adopte las medidas necesarias con arreglo a sus predicamentos constitucionales, a fin de hacer plenamente efectiva, ‘en lo sucesivo’, la garantía judicial del derecho de apelación a las personas procesadas bajo la ley 23.077...”. (La comilla simple nos corresponde)

(40) Criterio ratificado recientemente, en la causa “Recurso de hecho deducido por Jorge Francisco Alonso en la causa Alonso...” incoado el 19/09/2002.

(41) El doctor Boggiano, como parte de la minoría puso de relieve, que en este caso particular de Fellicetti (La Tablada), cuando en 1998 la Cámara Federal lo condenó estaba en vigencia el art. 8.2 h, y por lo tanto imperaba la doble instancia. Ahora —dijo— se puede mejorar la situación de encartado por vía del recurso de revisión que fue la vía ejercida por éste.

—ratificado por Argentina— dice que no puede invocarse ninguna norma de derecho interno para infringir una convención internacional. ⁴²

En tal aspecto coincidimos entonces con Germán Bidart Campos y con Susana Albanese ⁴³ en los vinculantes efectos que tienen para los jueces del derecho interno las opiniones y decisiones de los dos órganos interamericanos del Pacto de San José, pues si los Estados se reservaran el derecho a interpretar las Recomendaciones de la Comisión, para aplicarlas en el ámbito doméstico según las circunstancias de cada caso concreto, estarían desvirtuando el sistema internacional de derechos humanos al que se han afiliado y en el que asumieron sus obligaciones.

Dicen estos autores que el acatamiento de la Argentina a la jurisdicción supraestatal de la Comisión y de la Corte “perdería el sentido que ha de asignarle la buena fe en las relaciones internacionales si los informes de la Comisión, en vez de resultar obligatorios, quedaran librados a merced y discreción de las autoridades argentinas...”. ⁴⁴

En tal sentido debemos reconocer la fuerza jurígena que tienen las Opiniones Consultivas y con mayor razón los fallos de la Corte Interamericana, por provenir de un organismo típicamente jurisdiccional. ⁴⁵

En suma podemos decir que la Corte Nacional en anteriores integraciones había dado marchas y contramarchas “minorizando” el valor de los pronunciamientos de la Comisión, ya que al principio tanto en “Giroldi” como en “Bramajo” sostenía que los mismos debían servir de guía... reiterando allí algunos criterios ya esbozados con anterioridad. ⁴⁶ En “Felicetti”, siguió la doctrina “Acosta” —como ya hemos anticipado— sosteniendo que el Estado Argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuestas favorables a las Recomendaciones de la Comisión, empero ello no equivale a consagrar —dijo entonces la mayoría— el deber de los jueces de dar cumplimiento a su contenido, “al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial”. ⁴⁷

(42) HITTERS, JUAN CARLOS, *Criterios establecidos...*, ob. cit., (entre otros).

(43) En un trabajo publicado bajo la autoría de ambos en JA, 1999-II-357, titulado *El valor de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Véase, en especial p. 43.

(44) Trabajo citado.

(45) SAGÜÉS, NÉSTOR, *Nuevamente sobre el valor, para jueces argentinos de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, JA, 1999-II-364.

(46) Caso, *Ekmekdjian c. Sofovich*, del año 1992 (Fallos 315:1492). Véase, también *Caso Gorriarán Merlo*, del año 1999 (Fallos 323:2488) (La Ley, 1992-C, 543; DJ, 1992-2-296; 1996-1-770; La Ley, 2000-B, 108; 2001-C, 50; DJ, 2001-1-1120).

(47) Véase *Felicetti, Roberto y otros (La Tablada)*, F. 787. XXXVI; sent. 21/12/2000, (323:4130).

Criterio éste que nos pareció equivocado, por lo que preferimos la posición minoritaria, que con el correr de los tiempos hizo mayoría.

Quedó en claro en los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de la Nación que los Informes y las Opiniones de la Comisión constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación y ordenación valorativa de las cláusulas del Pacto de Costa Rica, que deben ser tomadas en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno armonizadas con aquéllas.⁴⁸

3. ¿Son vinculantes los fallos de la Corte Interamericana?

a) *En el caso concreto*

Destacamos ya que las sentencias de la Corte IDH deben ser acatados por la jurisdicción interna.⁴⁹

Sin embargo, ese camino no ha sido llano para los tribunales de los diversos países que componen el modelo aquí analizado, a tal punto que la Corte Suprema de la Nación Argentina ha ido evolucionando *progresivamente* —con marchas y contramarchas— para cumplimentar con los pronunciamientos tanto de la Comisión como los de la Corte regional.

Con respecto al incumplimiento de los tratados en el ámbito doméstico este país fue por primera vez condenado por la Corte Interamericana en el año 2002 en el Caso “Cantos”, por violentar los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al perjudicar el acceso a la justicia del reclamante.⁵⁰ Ese tribunal mandó a la Argentina —entre otros tópicos— a fijar nuevamente *de manera razonable* los gastos de un pleito por considerar que los determinados con anterioridad implicaban limitaciones económicas para el acceso a la justicia.

En dicho asunto (año 2003) el citado órgano local no dio total acatamiento al decisorio referido invocando razones de “derecho interno”. Dijo por ejemplo que la reducción de los emolumentos de los peritos oficiales que no habían participado en el juicio internacional afectaba el derecho de

(48) Voto del Dr. Maqueda, Hagelin Ragnar, R. 17.XXXVII, párr. 15. Ídem voto de los Dres. Boggiano y Bossert en Fallos: 321:3555.

(49) GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *Los Derechos Humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, México, 2001, p. 156.

(50) Corte IDH, Caso Cantos, pronunciamiento del 28 de noviembre de 2002, véase, GONZÁLES CAMPAÑA, GERMÁN, *Juicio Internacional a la Justicia Argentina. Tasas, honorarios, costas y plazos en la mira de la Corte Interamericana*, Revista La Ley, Tomo 2003-C, p. 1.

defensa. Sin embargo la minoría entendió que el fallo debía respetarse en su totalidad por ser el mismo vinculante.⁵¹

Finalmente esa circunstancia y a fin de dar cumplimiento con la sentencia interamericana, dispuso por el Decreto 1313 del 11 de agosto de 2008, que el Poder Ejecutivo Nacional, por conducto de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, se llevaran a cabo las actuaciones pertinentes.

Luego, en el Caso "Bulacio"⁵² la Corte IDH condenó nuevamente a la Argentina por violar los artículos 4, 7, 8, 25 y 1.1 de la Convención, en esta oportunidad por la muerte de un joven por parte de la policía. Dispuso allí que se investigue y se sancione a los responsables y que sean indemnizados los familiares. La Corte Nacional —en un interesantísimo decisorio y por entonces con una nueva integración— cambió de tornas y —con algunas disidencias pero en concordancia argumental— acató a cabalidad aquella sentencia,⁵³ a tal punto que dejó sin efecto un fallo local que había decretado la prescripción de la acción penal a favor del imputado (Comisario Espósito), disponiendo que se juzgue nuevamente al mismo.⁵⁴

Empero —vale la pena señalarlo—, en el ámbito local no se concluyó todavía la nueva investigación ni se modificaron en su totalidad las normas domésticas implicadas, como lo dispuso el fallo de la Corte IDH. Por ello

(51) Corte Suprema de la Nación Argentina, Expte. 1307/2003 Decisorio del 21 de agosto de 2003, (véase el voto de la minoría Dres. Boggiano y Maqueda).

(52) Corte IDH, Caso Bulacio vs. Argentina (cit.). Puso énfasis allí la Corte Interamericana siguiendo sus precedentes que son inadmisibles las disposiciones sobre prescripción o de cualquier otro obstáculo de derecho interno (párr. 116) mediante los cuales se pretenda impedir la investigación (arts. 1.1, 2 y 25 del Pacto de Costa Rica). Ninguna disposición de la legislación doméstica puede impedir el cumplimiento de las obligaciones del Estado en cuanto a investigar y sancionar a los responsables (párr. 117) ni obstaculizar decisiones de órganos internacionales (párr. 119), se ha configurado, añadió, un caso de impunidad por lo que el Estado debe concluir la investigación e informar sobre sus avances (párr. 191).

(53) Corte Suprema de la Nación Argentina, Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción, E.224 39 del 23 de diciembre del 2004.

(54) Pese a las disidencias antes señaladas todos los integrantes de la Corte Nacional (con algunas variantes argumentales) han acatado el pronunciamiento aludido partiendo de la base de que ella como parte del Estado debe cumplir los fallos de la Corte Interamericana, aunque —en este caso— tal actitud perjudique el derecho de defensa en el derecho interno, que tiene raigambre constitucional. En este aspecto el Dr. Fayt puso de relieve que si bien es cierto que hay que acatar el fallo del aludido cuerpo regional (Fallos 321:3555), ello no significa que haya que restringir los derechos procesales de los individuos, la competencia de la Corte Interamericana —añadió— se refiere exclusivamente a la responsabilidad del Estado y no a la de los individuos.

el Gobierno Argentino, dictó en el año 2008 el decreto 1313, antes aludido, a los efectos de evitar nuevas condenas.⁵⁵

(55) La norma dice textualmente: [“Decreto 1313/2008. En el ámbito del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos se dictarán las resoluciones necesarias para que el señor Secretario de Derechos Humanos, pueda intervenir como parte querellante en las causas en que se investigue la comisión de delitos en perjuicio de Walter D. Bulacio. Bs. As., 11/8/2008.

VISTO, el Decreto N° 161 de fecha 31 de enero de 2003, la sentencia de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en el caso ‘Bulacio vs. Argentina’ (N° 11.752) de fecha 18 de septiembre de 2003, el fallo de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION en autos ‘Espósito, Miguel Angel s/ incidente, de prescripción de la acción penal’ del 23 de diciembre de 2004, y la Resolución N° 74 del 1° de agosto del corriente del Señor Procurador del Tesoro de la Nación, y,

CONSIDERANDO:

Que por acuerdo suscripto el 26 de febrero de 2003 con los representantes de la familia de Walter David BULACIO y la COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, el Estado argentino reconoció su responsabilidad internacional en el caso ‘Bulacio vs. Argentina’ (N° 11.752) en trámite ante la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Que por sentencia recaída en el caso el 18 de septiembre de 2003, el tribunal internacional impuso al Estado argentino, entre otras obligaciones, la de ‘proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos’, y la de ‘que los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones’.

Que, en mérito a ello, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, por fallo del 23 de diciembre de 2004, en los autos ‘Espósito, Miguel Angel sobre incidente de prescripción de la acción penal’, resolvió revocar la declaración de extinción de la acción penal por prescripción en las actuaciones judiciales que investigan la privación ilegal de la libertad de Walter David BULACIO.

Que, en otro orden, el Señor Procurador del Tesoro de la Nación dispuso mediante Resolución N° 74 del 1° de agosto del corriente, encomendar al Servicio Jurídico Permanente del MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, la representación del Estado Nacional en el Expediente N° 11.636 del registro de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, iniciado con la denuncia que presentara José María CANTOS por ante la COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; y la representación del Estado Nacional en la causa caratulada Caso N° 11.752 del registro de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, iniciado con la denuncia que presentaron los familiares de Walter David BULACIO por ante la COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ambos en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia.

Que el Estado Nacional tiene un significativo interés institucional en satisfacer los deberes emergentes de su declaración de responsabilidad internacional, entre los que se encuentra el de garantizar a los familiares de la víctima el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que en el caso requiere que, con el máximo respeto a la división constitucional de poderes, el Poder Ejecutivo nacional adopte intervención en las actuaciones judiciales de referencia.

Que el MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, por conducto de la SECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, es el órgano a través del cual el

Vemos en “Espósito” (“Bulacio”) un avance en la jurisprudencia interna.⁵⁶ En efecto, sostuvo sin eufemismos ese cuerpo —por mayoría— que “...la decisión [de la Corte IDH] ...*resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)*, por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional...” (párr. 6).⁵⁷ [énfasis agregado]

Gobierno Nacional desarrolla la política en materia de promoción y defensa de los derechos humanos (conforme artículo 22 de la Ley de Ministerios, N° 22.520 —t.o. según Decreto N° 438/92 y sus modificatorias).

Que, en consecuencia, corresponde autorizar al titular del referido Ministerio para el dictado de los actos necesarios a fin de que la SECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, o los funcionarios a quienes se les encomiende ese cometido, puedan intervenir como parte querellante en los procesos en los que se investigue la comisión de delitos en perjuicio de Walter David BULACIO, como asimismo asumir la representación del Estado Nacional en los Expedientes N° 11.636 [Cantos] y N° 11.752 [Espósito] del registro de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Que la especialidad de la materia de que se trata, ajena al cometido habitual de los servicios jurídicos permanentes y delegados del Cuerpo de Abogados del Estado, configura una situación excepcional que torna procedente la designación de abogados que actúen en forma específica para el fin propuesto.

Que el artículo 99, inciso 1, de la CONSTITUCION NACIONAL confiere competencia para el dictado del presente acto.

Por ello,

LA PRESIDENTA DE LA NACION ARGENTINA

DECRETA:

Artículo 1º – En el ámbito del MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS se dictarán las resoluciones necesarias para que el Señor SECRETARIO DE DERECHOS HUMANOS, pueda intervenir como parte querellante en las causas en que se investigue la comisión de delitos en perjuicio de Walter David BULACIO. El Señor Secretario de Derechos Humanos podrá encomendar las tareas de seguimiento de las respectivas causas judiciales a profesionales que actúen en el organismo a su cargo.

Art. 2º – En el ámbito del MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS se dictarán las resoluciones necesarias para que la SECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, a través de la DIRECCION NACIONAL DE ASUNTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, asuma la representación del Estado Nacional en los Expedientes N° 11.636 [Cantos] y N° 11.752 [Espósito] del registro de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. El Señor Secretario de Derechos Humanos podrá encomendar las tareas de seguimiento de las referidas causas a profesionales que actúen en el organismo a su cargo.

Art. 3º – Comuníquese, publíquese, dése a la DIRECCION NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese. – FERNANDEZ DE KIRCHNER. – Anfbal D. Fernández”].

(56) Véanse los Casos LARIZ IRONDO y ARANCIBIA CLAVEL *sus similitudes y diferencias con respecto a delitos de lesa humanidad* en GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *El Terrorismo y el desarrollo progresivo de un delito internacional*, La Ley, 20 de septiembre de 2005.

(57) Ídem, CSN, Fallos: 321:3555.

Dicho criterio fue ampliamente confirmado y ampliado en el Caso "Simón",⁵⁸ donde el más alto Tribunal doméstico parando mientes en los delitos de lesa humanidad decretó —por mayoría—⁵⁹ la inconstitucionalidad de dos leyes de impunidad como las llamadas de "obediencia de vida" (Ley 23.521) y "punto final" (Ley 23.492).⁶⁰ Para ello —con buen tino— y siguiendo el modelo interamericano dinamitó varios postulados jurídicos, tales como el de la irretroactividad de la ley penal (en este caso en perjuicio del reo), el de la cosa juzgada y el de la prescriptibilidad de las acciones.⁶¹

La Corte regional siguiendo lo dispuesto por los arts. 62.3 y 68.1 del Pacto de Costa Rica ha dicho que sus fallos son —en el caso concreto— de cumplimiento obligatorio para los Estados. Los países —salvo algunas excepciones como en el Perú que finalmente luego aceptó una condena—⁶² han sido casi siempre respetuosos de los fallos de la Corte IDH no solo en cuanto a la reparación económica, sino también cuando ordenan al poder público llevar a cabo ciertas conductas reparatorias⁶³ tanto de hacer como de no hacer.⁶⁴

(58) Corte Suprema Nacional, SIMÓN, JULIO H. y otros, sent. 14 junio 2005, Revista La Ley, Buenos Aires, 29 de julio de 2005. No hace mucho ese órgano jurisdiccional ha expresado que la jurisprudencia de la Corte IDH, así como las directivas de la Comisión, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados del Pacto de San José (CSN, Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado nacional – Armada Argentina y otro s/ accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad, 28/11/2006, M.678. XXXVIII, T. 329, p. 5382). Aquí ese tribunal ya no habla de que los preceptos deben "servir de guía", como decía en "Giroldi" y "Bramajo".

(59) Esta vez con la disidencia del Dr. FAYT, que en su brillante voto consideró que la Corte IDH no puede decidir sin base legal retroactivamente la imprescriptibilidad de la acción penal (párr. 7).

(60) Dicho pronunciamiento fue criticado por varios autores (entre ellos por GREGORIO BADENI, *El Caso SIMÓN y la supremacía constitucional*, La Ley, 29 de julio de 2005), la Academia Nacional de Derecho y por el Colegio de Abogados de Buenos Aires. En el caso "Casal" la CSN ratificó lo dicho en "Simón".

(61) Todo ello basándose en la doctrina jurisdiccional del referido tribunal regional (véase, PIZZOLO, CALÓGERO, *La validez jurídica en el ordenamiento Argentino. El bloque constitucional federal*, LA LEY, Buenos Aires, 2006–D, p.1022).

(62) Véase, HITTERS, JUAN CARLOS, *Imposibilidad de retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el caso de Perú)*, LA LEY, Buenos Aires, 1999–F, p. 893.

(63) Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua (cit.); Corte IDH, Caso La Cantuta Vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162; Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154. Véase, HITTERS, JUAN CARLOS, *Los Tribunales Supranacionales*, LA LEY, Buenos Aires, 2006–E, p. 818.

(64) Corte IDH, Casos: Barrios Altos vs. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75); La Cantuta Vs. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional Vs. Perú (Sentencia de 31 de

Por último y para demostrar esta influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno, no ya en el asunto concreto sino como doctrina legal, podemos citar el caso “Verbitsky” donde el referido cuerpo, siguiendo los pronunciamientos de la Corte Interamericana, ordenó al Poder Judicial bonaerense adaptar las condiciones carcelarias a los conceptos modernos y a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a llevar a cabo acciones en tal sentido.⁶⁵

b) *Efecto expansivo. Casos: “Barrios Altos”, “El Tribunal Constitucional del Perú” y “La Cantuta” (obligatoriedad para todos los poderes públicos)*

En los últimos tiempos la Corte IDH refiriéndose al derecho interno peruano y a partir de los casos: “Barrios Altos”, “El Tribunal Constitucional de Perú” y especialmente en “La Cantuta”, ha puesto énfasis en señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos para todo el derecho interno de un país, en este caso, Perú.⁶⁶

El propio Tribunal Constitucional de dicha nación ha ratificado los efectos atrapantes de los decisorios de marras de la siguiente manera: “... La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutoria (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria] CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito *la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos

enero de 2001, Serie C No. 71). Véase Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104.

(65) Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Verbitsky, Horacio”. Sup. Const 2005 (julio), 32, con nota de MARCELA I. BASTERRA; PEDRO M. LORENTI (H.) – DJ 18/05/2005, 174 – Sup. Penal 2005 (agosto), 16, con nota de MARÍA DE LOS ÁNGELES MILICIC; VÍCTOR R. CORVALÁN, Revista La Ley. 2005/05/03. Ver también Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. P.83.909. “Verbitsky, Horacio. —Representante del Centro de Estudios Legales y Sociales— Habeas Corpus. Rec. de casación. Rec. extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley”. Diciembre de 2005.

(66) Corte IDH, Casos: Barrios Altos vs. Perú (cit.); La Cantuta Vs. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional Vs. Perú (cit.).

los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal [...] La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la [Corte Interamericana], de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere". 67 [énfasis añadido]

En efecto, la Corte IDH en el caso "La Cantuta" ha expresado que "... De las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso *Barrios Altos* está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia". 68

Por ende, importa parar mientes en que tanto en "Barrios Altos", como en los casos "Tribunal Constitucional de Perú" y en "La Cantuta", la Corte IDH se comportó como un Tribunal Constitucional anulando las leyes de amnistía, con efecto *erga omnes*. 69

Obsérvese, entonces, cómo dicho órgano interamericano ha "amplificado" notablemente su tradicional doctrina legal, sosteniendo ahora que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive, (que vale para el caso particular), sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia), a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares.

(67) Tribunal Constitucional en el caso Arturo Castillo Chirinos, Expediente N°2730-06-PA/TC, del 21 de julio de 2006, párrs. 12 y 13.

(68) Caso La Cantuta Vs. Perú (cit.), párr. 186, citando el caso Barrios Altos vs. Perú (cit.). Dichas pautas fueron aplicadas por la CSN en varios casos, entre los que podemos citar: Hagelin, Ragner (cit.), voto del Dr. Fayt, párr. 7 y voto del Dr. Boggiano, párr. 4.

(69) Repárese en la similitud que tienen dichos precedentes con lo actuado por ejemplo por la CSN en el ya aludido caso "Simón".

c) *Acatamiento amplio (efecto erga omnes)*

Ya hemos puntualizado —quizá con demasiada insistencia— que las sentencias de dicho órgano son obligatorias para el caso concreto, y en algunas circunstancias para los demás asuntos de la misma esencia (como en Perú), a lo que añadimos que tal temperamento ha sido receptado también por nuestra CSN, en los temas vinculados con delitos de lesa humanidad donde se han aplicado a rajatabla dichas pautas jurisdiccionales tal cual lo hemos ya señalado.

La duda aparece cuando se pretende saber si sus fallos originan una especie de ‘doctrina legal’ de aplicación digamos obligatoria no sólo para los delitos de lesa humanidad sino para todos los casos similares, en cualquiera de los países signatarios.

En este orden de pensamiento parece preciso acotar que el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional —particularmente en el ámbito de los derechos humanos—, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes.⁷⁰

Empero, lo cierto es que ninguna norma del Pacto de San José le da el carácter vinculante, válido para todos los asuntos a los decisorios de la Corte IDH, salvo obviamente, para el caso concreto.

Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Surge —a nuestro modo de ver— de tal análisis que en principio existe por lo menos una *vincularidad moral y también jurídica de acatamiento* ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes (art. 1.1 y 2 del Pacto de San José).

Cuando la CSN sostiene que los pronunciamientos de la Corte IDH y de la Comisión IDH “deben servir de guía” o que “constituyen una imprescindible pauta de interpretación”, está diciendo —desde la perspectiva del derecho interno— que los mismos tienen valor de doctrina legal.

(70) GOZAÍNI, OSVALDO, *Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno*, en *El papel de los Tribunales Superiores*, Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello, Segunda Parte, BERIZONCE, ROBERTO; HITTERS, JUAN CARLOS Y OTEIZA, EDUARDO Coordinadores, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 307.

d) *¿Son vinculantes las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*

La competencia consultiva está regulada en el Pacto de San José, en el Reglamento y en el Estatuto, y tiene en miras según lo ha expresado el mencionado Tribunal ⁷¹ —coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados. Se trata, de un *método judicial alterno*, por medio del cual se puede lograr la interpretación de la Convención *sub examine*, y de otros tratados atinentes a los derechos humanos en el sistema interamericano. Como con toda claridad lo ha puesto de relieve ese Tribunal esta tarea que cumple “es única en el derecho internacional contemporáneo”. ⁷²

Si bien es cierto que estamos en presencia de un tipo de jurisdicción, no lo es menos que, según lo ha remarcado dicho organismo, existen diferencias con la función “contenciosa”, a saber: a través de la última se dispone que se garantice al lesionado, mientras que por la consultiva se logra una interpretación de ciertos documentos internacionales (misión asesora); la contenciosa depende de la aceptación previa de los Estados, la otra no (dado que impera automáticamente a partir de la ratificación de la convención); la primera culmina con un fallo que en algunos casos puede ejecutarse (artículo 68.2 Conv.), mientras que la consultiva no es coercible, aunque la práctica internacional demuestra que siempre es acatada por los países. ⁷³

La verdad es que la figura de marras se inserta en el sistema regional con algunas modalidades propias, es decir posee una esencia especial, que nos muestra una marcada distinción con la tarea similar que llevan a cabo, tanto el Tribunal Europeo de derechos humanos, como la Corte Internacional de Justicia.

(71) HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo II, 1999, ob. cit., párr. 317.

(72) Opinión Consultiva, OC-3/83, del 8 de setiembre de 1983, Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4, Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Serie A: Fallos y Opiniones, N° 3, párr. 25.

(73) Opinión Consultiva, OC-3/83 (cit.), párr. 15-21. Señaló dicho cuerpo que en la tarea consultiva no hay “partes” (párr. 14) pues no existen “demandados”, ya que en esta actividad se busca una “interpretación” y no una “condena”, por ende la Corte no está obligada a resolver primero su competencia y luego el fondo (párr. 14). Desde esta perspectiva, convengamos que los Estados no son llamados a defenderse, pues en verdad no resultan “denunciados”, aunque este tipo de jurisdicción puede afectar ciertos intereses de ellos (párr. 15). La función que nos ocupa, no tiene —tal cual vimos— efectos vinculantes (párr. 19). La palabra “caso” solamente se utiliza para la contenciosa (párrs. 19 y 20). También varía, la legitimación activa: no obstante los requisitos de la contenciosa no se extienden a la consultiva (párr. 21).

Existen algunas dudas en doctrina con respecto a la naturaleza jurídica de la función consultiva, en el sentido de saber si estamos ante una tarea jurisdiccional o no. Elucidar la problemática escaparía a nuestro propósito. No obstante ello y si nos adscribimos a la teoría del órgano, la conclusión no admite réplica, pues parte de la base que toda la actividad de un tribunal —como el Interamericano— es jurisdiccional, por ser un cuerpo de esencia judicial.⁷⁴

Las discrepancias entre los autores surgen con mayor énfasis cuando se pretende saber si tales dictámenes *son o no vinculantes*, y aquí, si bien es cierto que en principio la respuesta parece ser negativa, no lo es menos que en la realidad estos pronunciamientos originan un efecto similar al de la jurisdicción contenciosa,⁷⁵ ya que son voluntariamente acatados por sus destinatarios, sin reparos.⁷⁶ Tan es ello así que en la Opinión Consultiva, OC-3-83 —sobre las restricciones a la pena de muerte— el gobierno de Guatemala luego que se expidió la Corte regional dispuso la abolición de ese castigo máximo.⁷⁷

Puede decirse —en suma— que no obstante que tales opiniones no son obligatorias en sentido estricto, su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte;⁷⁸ y si bien su esencia es típicamente asesora, no por ello deja de ser *jurisdiccional*,⁷⁹ y tiene por objeto coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados americanos, en lo que concierne a la protección de los derechos humanos.⁸⁰

(74) CISNEROS SÁNCHEZ, *Algunos aspectos de la Jurisdicción Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Estudios y Documentos*, IIDH, p. 53.

(75) BUERGENTHAL, THOMAS, *Las Convenciones Europeas y Americana*, en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Editado por la Secretaría General, OEA, Washington, 1980, p. 185.

(76) De todos modos —reiteramos— ello no nos puede llevar a confundir ambas competencias, pues como dijo la propia Corte Interamericana, en el procedimiento contencioso, dicho Tribunal no sólo debe interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir sobre los mismos: sino también si fuere del caso, garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. En cambio en la temática consultiva, la Corte no está llamada a resolver las cuestiones fácticas, sino a emitir su parecer sobre la interpretación de una norma jurídica. En esta oportunidad ese cuerpo ejercita una misión asesora que no tiene el mismo efecto coercitivo que se le reconoce a la contenciosa [Opinión Consultiva, OC-3/83 (cit.), párr. 32].

(77) Opinión Consultiva, OC-3/83 (cit.).

(78) DUNSHEE DE ABRANCHES, CARLOS, ob. cit., p. 123.

(79) PIZA ESCALANTE, RODOLFO, *La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos*, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, IIDH, Costa Rica, p. 168, nota 9.

(80) Opinión Consultiva, OC-1/82, del 24 de setiembre de 1982, "Otros Tratados" Objeto

Si bien es cierto que la propia Corte IDH ha dicho que sus Opiniones Consultivas "...no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención...",⁸¹ no lo es menos que posee "...efectos jurídicos innegables...".⁸²

Ha resaltado no hace mucho dicho órgano interamericano el "amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo. Esta constituye un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos 'internacionales' sobre derechos humanos. Con ello se auxilia a los Estados y órganos en la aplicación de tratados relativos a derechos humanos, sin someterlos al formalismo y a las sanciones inherentes al proceso contencioso",⁸³

En síntesis puede sostenerse que esta específica alta función interpretativa que cumple el cuerpo de marras, si bien no es vinculante en sentido propio, su fuerza —como vimos— se apoya en la autoridad científica y moral de la Corte, y tiene efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional, y en particular para el Estado que lo solicitó.

V. FINAL

Se infiere de lo antedicho la notable *influencia*⁸⁴ que han ejercido en el derecho interno⁸⁵ los tribunales internacionales y por ende la aplicación de los tratados y de los pronunciamientos de los órganos del Pacto de San José.⁸⁶

de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A: Fallos y Opiniones, N° 1, párr. 25.

(81) Opinión Consultiva, OC-1/82, (cit.), párr. 51.

(82) Opinión Consultiva, OC-15/97, del 14 de noviembre de 1997, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A: Fallos y Opiniones, N° 15, párr. 26.

(83) Opinión Consultiva, OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005, Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A: Fallos y Opiniones, N° 19, párr. 18.

(84) Véase, MONTESIRI, RICARDO Y ROSALES CUELLO, RAMIRO, *La sentencia arbitraria como vulneración al debido proceso*, JA, 2005, Fascículo 2, del 12-01-2005.

(85) Conf. MORELLO, AUGUSTO, *La defensa en juicio. Nuevos contenidos y reformulaciones*, La Ley, 2001-C, 49.

(86) Como dice MORELLO: "En la nueva edad de las garantías y de un opulento y efectivo proceso justo la gravitante influencia de los Tribunales transnacionales y sus vinculantes sentencias, condicionan el modelo interno de las naciones integrantes de las respectivas comunidades (las de América Latina o las de la Europa Unida, así la Corte de la Convención

Es importante ver cómo las directivas emitidas por estos cuerpos supranacionales se han derramado como derecho positivo en el ámbito doméstico; y en paralelo observar la importancia del contralor heterónimo por parte de la Comisión y de la Corte que han terminado no sólo por inspeccionar el acatamiento por parte de los Estados de ciertas convenciones internacionales; sino también —y por vía excepcional— a las propias decisiones de los jueces locales.⁸⁷

Todo ello ha logrado verdaderas mutaciones en los ordenamientos de los diversos países sujetos a este régimen, tanto de origen *sustancial* como *adjetivo*. Por ejemplo, y como ya lo pusimos de resalto, a través del pronunciamiento en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos),⁸⁸ Chile tuvo que corregir su propia Constitución.

En el año 2005 en el Caso “Palamara Iribarne vs. Chile”⁸⁹ la Corte IDH ordenó dejar sin efecto sentencias condenatorias dictadas en 1995 por la Corte Marcial de la Armada, que habían dispuesto la prohibición de la publicación de un libro el cual abordaba aspectos relacionados con la inteligencia militar. Aquel tribunal dispuso en paralelo que el Estado debía permitir la edición de dicha obra.⁹⁰

En el año 2006 en el Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” citando a “Barrios Altos” reiteró el criterio de la imprescriptibilidad de las leyes de amnistía y dejó en claro enfáticamente que en el derecho interno el Estado debe dejar sin efecto las resoluciones y sentencias dictadas sobre esta problemática —que permitían la impunidad— y remitir las actuaciones a la justicia ordinaria, para que dentro de un pronunciamiento penal se identifique y sancione a todos los responsables de la muerte del Señor Almonacid Arellano.⁹¹

Americana sobre Derechos Humanos, o el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo). El impacto fue notable en el área penal (CS, a partir del caso “Giroldi”, Fallos, 318:514), MORELLO, AUGUSTO, *Recurso de casación, o recurso de apelación*, La Ley, 2002-C, 122.

(87) HITTERS, JUAN CARLOS, *Los Tribunales Supranacionales*, ob. cit.

(88) Corte IDH, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73; Barrios Altos vs. Perú (cit.), La Cantuta Vs. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional Vs. Perú (cit.).

(89) Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile (cit.), párr. 9.

(90) El Señor Humberto Palamara Iribarne escribió el libro aludido que supuestamente dañaba la imagen de la Armada Chilena por lo que en el orden interno se dispuso la eliminación del texto del disco duro de la computadora personal de Palamara Iribarne (Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile [cit.], párr. 2).

(91) Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (cit.), párr. 148. Véase el Dictamen del Perito propuesto por la Comisión Humberto Raúl Ignacio Alcalá Nogueira quien hace un detallado análisis del derecho interno Chileno, párr 72 c).

Más recientemente, esto es en el año 2006, en el Caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”⁹² la Corte IDH condenó a dicho país trasandino a modificar su legislación doméstica. En efecto, la Comisión Interamericana presentó una demanda con el fin de que se declare que el Estado fue responsable por la violación de los derechos consagrados en los arts. 13 (Libertad de Pensamiento y Expresión) y 25 (Derecho a la Protección Judicial). Señaló allí en su pretensión liminar que las autoridades locales se habían negado a brindar a Marcel Claude Reyes y otros, la información requerida ante el Comité de Inversiones Extranjeras, con referencia a una empresa forestal relacionada con un proyecto de deforestación, por ser perjudicial —según los denunciantes— para el medioambiente e impedir el desarrollo sostenido de Chile. Finalmente la Corte —tal cual lo adelantamos— hizo lugar a dicha pretensión e indicó que se debía adecuar el derecho interno para posibilitar la publicidad de los actos de gobierno.⁹³

Acatando tal decisorio Chile dictó una ley disponiendo que a partir de abril de 2009 —cuando entre en vigencia dicha normativa— el requerimiento de información hecho por cualquier ciudadano a un organismo público, sobre una resolución de su área, deberá ser respondido en un máximo de 20 días.⁹⁴ De esa forma el fallo sentó jurisprudencia reconociendo por primera vez el derecho de acceso a la información pública como un dere-

(92) Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151.

(93) Dicho cuerpo jurisdiccional sostuvo que “[...] El Estado debe, a través de la entidad correspondiente y en el plazo de seis meses, entregar la información solicitada por las víctimas, en su caso, o adoptar una decisión fundamentada al respecto, en los términos de los párrafos 157 a 159 y 168 de la presente Sentencia [...] El Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los Hechos Probados de esta Sentencia, los párrafos 69 a 71, 73, 74, 77, 88 a 103, 117 a 123, 132 a 137 y 139 a 143 de la presente Sentencia, que corresponden a los capítulos VII y VIII sobre las violaciones declaradas por la Corte, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutive de la misma, en los términos de los párrafos 160 y 168 de la presente Sentencia [...] El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, de acuerdo al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 161 a 163 y 168 de la presente Sentencia [...] El Estado debe realizar, en un plazo razonable, la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo el control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información, en los términos de los párrafos 164, 165 y 168 de la presente Sentencia [...]”.

(94) En Argentina el Decreto 1172/2003 obligó al Poder Ejecutivo a dar información en los casos que le sea solicitada.

cho fundamental y parte de la columna basal del sistema democrático, ⁹⁵ extensible —según creo— a todo el ámbito interamericano en la medida en que se den similares circunstancias fácticas.

Recuérdese también que en Guatemala la Corte IDH suspendió la pena de muerte en un asunto concreto a través de una medida provisional. En el mismo sentido el más alto cuerpo judicial argentino —siguiendo dichas pautas— ha permitido la modificación de sentencias que habían pasado en autoridad de cosa juzgada en el sector local, o la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del acusado (BULACIO, SIMÓN). Este Tribunal en el caso "CASAL" ⁹⁶ pegó un verdadero brinco para responder a lo normado en el artículo 8° 2.h. del Pacto de San José (en cuanto a la doble instancia) ampliando —por vía jurisdiccional— la competencia de la Cámara de Casación Penal atribuyéndole tareas casi propias de la alzada. ⁹⁷

Desde tal óptica no olvidemos que la Corte de la Nación poniendo en juego la jurisprudencia internacional ha dado instrucciones a los jueces inferiores para que eviten el agravamiento de las condiciones carcelarias y aún más, intimó a los poderes legislativos y ejecutivos bonaerenses para que adecuen la legislación procesal y las prácticas a los estándares nacionales e internacionales ("Verbitsky").

Todas estas decisiones de los cuerpos supranacionales —especialmente las de la Corte— han servido, como dice MARCEL STORME, para uniformar la jurisprudencia regional, tal cual sucedió en el viejo continente. Ha señalado con mucha claridad dicho autor que a través de la interpretación hecha por el Tribunal del Tratado de Roma —con sede en Estrasburgo— en especial del artículo 6° —similar al artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica— más de ochocientos millones de habitantes pertenecientes al Consejo de Europa están bajo la influencia de ese Tribunal internacional. ⁹⁸

(95) La sentencia no sólo mandó a dar la información denegada sino también a crear las herramientas que garanticen el derecho a la información. De ahí la normativa dictada con vigencia a partir de abril de 2009.

(96) Véase MORELLO, AUGUSTO, GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, *Reformulación de la casación penal*, La Ley, Suplemento Penal, Octubre, 2005, 16.

(97) Suprema Corte de la Nación Argentina, Casal, Matías Eugenio y otros/ robo simple en grado de tentativa, causa N° 1681. C. 1757. XL. Fallo del 20/09/05.

(98) Sostiene Ayala Corao —ex integrante de la Comisión IDH— que "... En Latinoamérica se ha consolidado constitucional y convencionalmente un estándar mínimo común en materia de protección efectiva de los derechos humanos, a través de la influencia integradora de la Convención Americana y la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano, con la jurisprudencia constitucional. Ello ha llevado a la existencia de un núcleo fundamental o esencial de derechos que se impone a los países, constituyendo así una

Por eso señalamos que en verdad la Corte Interamericana en el campo doméstico ha jugado un papel que podríamos llamar “casatorio”⁹⁹ imponiendo indirectamente cierta homogeneidad en la interpretación de la Convención y de otros tratados,¹⁰⁰ y ha supervisado inclusive el cumplimiento de sus propios fallos.¹⁰¹

No queremos finalizar sin reiterar que estos decisorios judiciales son obligatorios para los Estados en cada caso concreto, de conformidad con los artículos 62.3 y 68 del Pacto de Costa Rica y la jurisprudencia del Tribunal regional que hemos citado.

Desde este cuadrante ha puesto de relieve reiteradamente la Corte IDH que la obligación de acatar sus juicios corresponde al principio básico del derecho de la responsabilidad internacional de los países¹⁰² apuntocado en la jurisprudencia internacional, según la cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*).¹⁰³

Como lo ha remarcado ese Tribunal y tal cual surge “...del artículo 27 del de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, [los

base común, un nuevo *ius commune* para las Américas y concretamente para Latinoamérica [...] De allí la importancia de armonizar las jurisdicciones nacionales y particularmente las constitucionales con las jurisdicciones internacionales, a fin de lograr la protección efectiva de los derechos humanos, atendiendo siempre a su progresividad. Ello está permitiendo la confluencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos, para la consolidación de una nueva rama: el *Derecho de los derechos humanos*. Este derecho es en definitiva el nuevo Derecho global, es decir, un Derecho de gentes, universal, integrador (internacional y nacional), que descansa sobre los valores del Derecho Natural, como ley suprema de la humanidad que emana de la dignidad de la persona humana” (AYALA CORAO, CARLOS, *La repercusión de la jurisprudencia internacional sobre Derechos Humanos por la jurisprudencia constitucional*, en Foro Constitucional Iberoamericano, ISSN 1696-2494, N° 7, 2004, pags. 1-74.

(99) En sentido lato.

(100) Véase, ALBANESE, SUSANA, *Supervisión e incumplimiento de sentencias nacionales e internacionales. Problemas estructurales*, JA, Fascículo 10-2005, ps. 3-17.

(101) Sostiene MORELLO que las Corte Supremas Nacionales no son ya instancia última y que la eventual revisión de sus pronunciamientos definitivos sucede en una instancia internacional (*Estudios de Derecho Procesal*, T.II, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 1209-1209).

(102) Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá (cit.).

(103) Ha dicho la Corte IDH que la responsabilidad del país —por el principio de continuidad del Estado— se origina con independencia de la época en la que se cometieron las violaciones. Véase, Corte IDH, Caso Yvon Neptune Vs. Haití, Sentencia de 8 de mayo de 2008, Serie C No. 180, párrs. 41 y siguientes.

Estados] no pueden por razones de orden interno dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida". (lo remarcado no está en el original) 104

Sin perjuicio de ello también hemos puesto de resalto que la jurisprudencia de este órgano de la OEA —y en algunos pronunciamientos la de la Comisión— 105 está revestida de cierto valor vinculante en ‘general’ (no hablamos ya del caso concreto), o por lo menos deben servir de guía para la interpretación de la Convención por parte de los tribunales argentinos.

A modo conclusivo es posible reiterar que las sentencias de la Corte IDH son atrapantes no sólo para el caso juzgado, sino también como ha sucedido en Perú, para todo el Estado en asuntos similares (“Barrios Altos”, “El Tribunal Constitucional de Perú” y “La Cantuta” por ejemplo), pauta que hemos denominado “efecto expansivo” (véase punto III, C, 2).

En lo que hace a la vinculación general de la doctrina legal de los fallos de la Corte IDH, el tema es discutible, aunque nosotros creemos que tiene valor *erga omnes* ya que el incumplimiento de los tratados y de directivas de los órganos del Pacto de San José, imponen a la postre, la responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica) en cualquiera de sus tres poderes 106 (art. 27 de la Convención de Viena ya citado). 107

Las Opiniones Consultivas, según lo destacamos, tienen efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional y en particular para el Estado que las solicita.

(104) Corte IDH, Caso Liliana Ortega y otras, Medidas Provisionales respecto de Venezuela del 4 de mayo del 2004.

(105) HITTERS, *Criterios establecidos...*, ob. cit.

(106) HITTERS, JUAN CARLOS, *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales*, LA LEY, Buenos Aires, 2007–C, p. 875. Ídem en *Estudios Constitucionales*, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2007, p. 203–222.

(107) Sobre la responsabilidad del Estado por violación de los tratados internacionales véase el excelente libro de los juristas colombianos Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Amaya, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*, IIDH, UNAM, México, Temis, Bogotá, Colombia, págs. 246 a 346.

NOTAS

LA MORAL PÚBLICA EN MÉXICO

Jorge Carpizo

1. Bien sabido es que las instituciones las hacen funcionar y las actualizan las personas, éstas son la sangre y la energía de aquéllas. Instituciones correctamente estructuradas no funcionan adecuadamente si en los cargos directivos no se encuentran las personas idóneas. Cuando los servidores públicos son incompetentes, irresponsables, no comprometidos con su labor o corruptos, o una combinación de algunos o de todos estos aspectos, las mejores instituciones se encaminan ineluctablemente al fracaso, el cual puede ser de proporciones mayores, si además se aúnan estructuras mal o débilmente concebidas.

La situación anterior resulta más grave si se inscribe en un clima social de desprecio a la ley, de tolerancia a la corrupción, de impunidad, de pérdida de valores morales laicos y de mentiras.

De esas cuestiones me he ocupado con anterioridad, y hoy regreso a ellas.

2. En mayo del año 2000 dibujé, a grandes trazos, algunos aspectos del sistema político mexicano y el panorama moral del país determinado por una quinteta de graves problemas: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras.

Entonces afirmé que:

Durante la Segunda Guerra Mundial y los tres decenios siguientes, México vivió un trascendente crecimiento económico —el desarrollo es-

tabilizador— en el cual el aumento del producto nacional bruto alcanzó porcentajes muy importantes, la inflación estuvo bajo control; en algunas épocas el salario de los trabajadores aumentó realmente, se creó y fortaleció una clase media y la educación pública —principalmente la universitaria— propició la movilidad social; fueron, en varios aspectos, años dorados. La esperanza de mejores niveles económicos y sociales para gran parte de la población conformaba un ambiente estable, tanto en lo político como en lo social, aunque surgieron algunas inconformidades, algunas de ellas de especial gravedad.

La deuda externa de México hasta 1970 —alrededor de tres mil millones de dólares— era aceptable, dado el tamaño de la economía. El país gozaba de prestigio mundial por su política internacional autónoma y su defensa del principio de no intervención, que en diversas ocasiones lo alejaron de los intereses y motivaron presiones estadounidenses.

El sistema político era examinado con curiosidad e interés por propios y extraños, un remanso de estabilidad, aunque ya contenía los gérmenes de su deterioro, en una América Latina convulsionada por frecuentes golpes de Estado. Este sistema político giraba alrededor de dos ejes complementarios: un partido político hegemónico, cuyo jefe real era el presidente de la República, lo cual le permitía designar a gobernadores, legisladores federales y principales presidentes municipales. En esta forma, tenía en sus manos al Congreso de la Unión, en donde su partido, por décadas, controló en la Cámara de Diputados más del noventa por ciento de las curules, y en la de Senadores, el cien por ciento. El sistema federal se deterioraba porque los gobernadores eran casi funcionarios de confianza del presidente.

Al no tener ningún contrapeso en el Senado, el presidente nombraba con libertad a los ministros de la Suprema Corte de Justicia, y éstos aceptaban la sugerencia presidencial acerca de quién los debería encabezar. Sin embargo, el juicio de amparo alcanzó un alto grado de efectividad.

El partido hegemónico se integraba —y se integra— por sectores, y las principales organizaciones laborales, campesinas y populares pertenecían a él; sus líderes eran parte de la élite política, en virtud de que se les premiaba primordialmente con gubernaturas, diputaciones, senadurías y magistraturas. Sólo existía un partido de oposición con alguna fuerza política; los otros, muy pequeños, eran satélites del hegemónico; postulaban como candidato a la Presidencia de la República a la misma persona que el partido hegemónico. La vida política estaba cercana a la paz de los sepulcros, salvo cuando surgían fuertes disputas por el poder al interior del partido hegemónico, las cuales en varios sexenios pudieron

casi diluirse, especialmente en los años que alcanzó su máximo esplendor el presidencialismo mexicano.

Existieron brotes sociales de inconformidad que fueron superados por la negociación, la cooptación o la represión. Fue un sistema muy astuto que supo cooptar a los opositores y críticos valiosos, encauzar y canalizar las inquietudes sociales; generalmente fue exitoso en ambos aspectos.

Una peculiaridad consistió en que el sistema político fue mayormente aceptado —con sus honrosas excepciones—, y las críticas en esos años fueron muy escasas. Líderes intelectuales, religiosos, sociales, políticos de oposición con prestigio y fuerza constituyeron sus soportes; las críticas, cuando las había, eran débiles. Incluso, muchos de los políticos que posteriormente han sido importantes en el proceso de la democratización del país, en esos años formaban parte de este sistema, algunos, como jóvenes, comenzaban a ascender en la pirámide política, otros ya tenían cargos de responsabilidad.

Este sistema tuvo elementos positivos, como la estabilidad política, el crecimiento económico, un tinte social representado en aspectos como la educación pública gratuita, los derechos de los trabajadores, la reforma agraria, la seguridad social, la seguridad pública y un buen margen de libertades. Ese sistema no fue una dictadura ni un régimen totalitario. No obstante, tenía en sí los elementos de su propia destrucción, que se fueron agravando y, como un cáncer, extendiéndose por todo su organismo y en el propio cuerpo social.

La pobreza de amplios sectores no pudo ser superada; al contrario, hubo regresiones cuando la economía comenzó a perder su vigor y las crisis económicas recurrentes asolaron al país. La gran desigualdad social que siempre ha existido se profundizó; cada día los ricos fueron y son menos y más ricos, y los pobres más y más pobres.

La permanencia en el poder de un solo partido y el hecho de que la alternancia política no era una posibilidad cercana trajeron consigo corrupción e impunidad, enfermedades que, como no fueron detenidas, crecieron e invadieron todos los rincones del país. Desde el presidente de un municipio pequeño hasta el de la república, sabían que su sucesor —salvo pocas y no importantes excepciones— los protegería como salvaguarda del sistema del partido político hegemónico: ésta era una de las reglas de oro.

La corrupción tenía un amplio margen de tolerancia social. Se robaba del presupuesto, pero más común era la realización de negocios aprovechándose del cargo; al dejar éste se tenía una fortuna chica, mediana o inmensa,

según fuera el caso, pero no lícita; y quien lo hacía seguía siendo aceptado socialmente, incluso más, con la adición y prestigio que otorga el dinero.

Hubo, y no hay duda alguna de ello, políticos honestos dentro del partido hegemónico; a quienes se solía considerar tontos, ya que no aprovechaban la oportunidad que se les presentaba. La corrupción fue permeando a otras capas sociales: los empresarios que hacían negocios con el gobierno, los dueños de los medios de comunicación que recibían “prebendas” y exención de obligaciones fiscales, los comunicadores que se beneficiaban con los conocidos “chayotes”, los ministros de iglesias que recibían “limosnas” de origen dudoso, pero especialmente la no aplicación de la ley.

En otros niveles, líderes sindicales que aceptaban “regalos” de los patronos o que se convirtieron en grandes contratistas, ciudadanos que preferían dar una “mordida” al policía o al burócrata, que pagar una multa o realizar normalmente un trámite, jueces que fueron comprados por una de las partes en el juicio. La corrupción y la impunidad se fueron extendiendo y haciéndose cada vez más grandes: “puedo aprovechar la oportunidad que se me presenta, y qué, al fin de cuentas nada me pasará”.

Como bien se ha dicho el poder corrompe y el poder absoluto corrompe totalmente; el partido hegemónico y su jefe —el presidente de la república— tenían un poder casi absoluto, con pocos límites, sin el equilibrio real de los otros dos poderes, del sistema federal ni la posibilidad de la alternancia en el poder.

La corrupción y la impunidad continuaron avanzando; fueron invadiendo algunos de los estratos más altos de la política, del empresariado, de las finanzas, de los medios de comunicación, e incluso de líderes religiosos.

En cualquier país del mundo en que un partido político permanece indefinidamente en el poder, se dan casos —más o menos graves, generalmente muy graves— de corrupción e impunidad. Entre los ejemplos más recientes, en países desarrollados, encontramos los de Italia, Japón, la Unión Soviética e incluso España, aunque el gobierno de este último país sólo duró aproximadamente catorce años. Luego, la situación de México no es como es porque sea México específicamente, sino porque un poder que no posee contrapesos —y no tiene uno de los más importantes: la posibilidad de la alternancia en el poder derivada de la decisión de una elección libre— caerá con más facilidad en los graves fenómenos de la corrupción y de la impunidad.

Esa falta de contrapesos y la acumulación de facultades en el presidente comenzaron a tener consecuencias en la economía, debido a decisiones

erróneas en este campo. Decisiones muy delicadas que afectarían todo el marco económico del país no fueron discutidas ni aprobadas en el Congreso ni encontraron mayor oposición, pero la realidad hizo pagar costos muy elevados al país y a su población: desempleo, inflación, crecimiento desorbitado de la deuda pública interna y externa, bruscas devaluaciones, profundización de las desigualdades sociales, pauperización de la clase media y trabajadora. Las decisiones políticas —sin contrapesos— afectaron negativamente la economía, provocando varias crisis que no llegaron al estallido social, pero trajeron consigo un gran malestar, indignación, desasosiego en nuestra sociedad y mayor pobreza para millones de mexicanos.

El presidente mexicano se asemejó a los emperadores romanos: sus decisiones unipersonales y su manera de ser afectaron a toda la nación. Si el presidente resultaba bueno, ¡qué suerte!; si no, millones y millones teníamos y tenemos que pagar el costo de esas decisiones unipersonales y erradas.

Los niños y jóvenes nacieron y crecieron en este ambiente político y social, en el cual los dos valores más importantes y relacionados entre sí fueron y son: poder y dinero a como dé lugar y sin importar cómo se obtenga; lo único valioso es poseerlos, ya que ellos atraen todos los demás aspectos positivos de la existencia: felicidad, prestigio, reconocimiento.

Poder y dinero fueron y son compañeros de un tercer factor: la impunidad; se podía hacer casi de todo para adquirir poder y dinero y las posibilidades de que nada adverso aconteciera eran muy altas; en lugar de castigos, se obtendrían premios; peor ejemplo no podía existir para niños¹ y jóvenes.

Para ir subiendo en la pirámide del poder, "todo se valía", mucho más la simulación y el engaño. Una de las bases del sistema era y es la frase "sí, señor", la cual funcionaba desde la cúspide —el presidente de la república— hacia abajo, pasando por todos los niveles del poder político. No se sabía y no se sabe quién es quién; alguien podía trabajar junto a otro durante muchos años y, al llegar a un cargo muy importante, éste mostraba su verdadero rostro a los funcionarios que le estaban subordinados; para los de arriba, continuaba siendo el "sí, señor".

Los políticos mexicanos parecían inspirados en el ejemplo del emperador romano Claudio: subsistir a como diera lugar, no brillar con luz propia sino con la del jefe, no dar muestras de inteligencia ni de criterio

(1) Me refiero a niños, dependiendo de su madurez intelectual, entre once a catorce años.

propio, aguantar, disimular, quedar bien con todos, especialmente con el jefe. El cargo de elección popular no se debía al pueblo sino al presidente, y la permanencia en los privilegios del sistema político se debía también a éste; luego, a quien había que agradar era a él; había que ser como el presidente —o el jefe— deseaba que se fuera; la identidad propia no tenía ninguna importancia y, si en alguna ocasión llegaba el premio mayor, ya habría oportunidad de mostrar el verdadero rostro. La mejor prueba de esta afirmación consiste en que en varias ocasiones, el presidente designó a su sucesor, basado en una serie de cualidades que le había demostrado durante los largos años que habían trabajado juntos, pero durante la campaña presidencial, o a partir de que la banda presidencial cruzaba el pecho de su sucesor, veía con horror que se había equivocado, que el delfín era completamente diferente de lo que se había imaginado, y eso que se suponía que él estaba vacunado contra la simulación y el engaño, porque fueron precisamente los instrumentos que él mismo había empleado para escalar, y a él no lo iban a engañar. Estaba vacunado y alerta, pero... El Claudio mexicano tenía mil rostros y mil facetas; llegó a ser más sofisticado que su paradigma romano.

Los niños y los jóvenes veían y vivían en tal atmósfera social y política; eran temas que no se ocultaban, estaban presentes en la conversación cotidiana de los mayores: corrupción, simulación, mentiras, engaños e impunidad.

Nunca será acertado generalizar, pero la corrupción permeó y se apoderó de gran parte del sistema. Siempre hubo y hay gente honesta, pero el sistema propició la compra de jueces y magistrados; líderes sindicales obtuvieron grandes fortunas por contratos de obras o por un porcentaje de ellas; empresas proveedoras del gobierno vendieron, a precios altos, productos de baja calidad, e incluso inservibles o echados a perder; líderes sociales y políticos de "izquierda" vivieron como millonarios norteamericanos. Se decía: piensan como Carlos Marx y viven como Carlos Trouyet, uno de los hombres más ricos del país en aquel entonces; funcionarios-empresarios hicieron negocios jugosos y, cuando se podía, daban mordidas al presupuesto.

A nadie se exigía responsabilidad alguna —perdón, quizá de vez en cuando al cartero o al oficinista—: la impunidad pura y absoluta, a menos que un funcionario o autoridad importante hubiera caído de la gracia del señor presidente; entonces sí, todo el peso de la ley contra él, pero no como un acto de justicia, sino de venganza y de advertencia para los demás: se puede hacer todo lo que se quiera, menos molestar o disgustar al presidente, porque entonces sí se demostrará cómo se aplica la ley en el país: la espada

de Damocles sobre el cuello del funcionario a discreción del presidente.

El dinero y el poder como valores supremos; la mentira, el engaño, la simulación, como sus parientes cercanos o instrumentos necesarios para su obtención, y la impunidad como el manto protector de esos valores: éstos eran y son los que han permeado a grandes sectores sociales; éstos son los valores que han sido sembrados en muchos niños y jóvenes, quienes anhelan poseerlos. El éxito reflejado en quienes han obtenido poder y dinero sin importar los medios que han empleado; consideración y prestigio sociales para quienes escalaron la pirámide social y política, y representan esas desvergüenzas, sin importar sus biografías y sus ilícitos. Se podía y se puede ser un gran ladrón, un gran delincuente, pero, con poder y dinero, se era y se es un gran señor. Los niños y los jóvenes contemplaban esta situación, y muchos de ellos querían ser como esos grandes señores.

Esta atmósfera moral se vino a agravar por dos factores: por la impunidad que hizo cada vez más audaces a los delincuentes de cuello blanco —¡al fin nada le pasa a nadie!— y por el narcotráfico, el cual implica que pasan ríos de oro —decenas y cientos de millones de dólares— cerca o muy cerca de funcionarios públicos, empresarios, banqueros, comunicadores, jueces, sacerdotes, policías, y ya la opinión pública sabe —los casos aumentan— que muchos no resisten la tentación. A veces la liebre salta en donde menos se espera; el narcotráfico ha sido un factor multiplicador de la corrupción en nuestro país, porque los valores morales ya habían sido lesionados por el sistema descrito y en el cual hemos vivido.

Así, por ejemplo, incluso en estados y ciudades conservadores, llegaban desconocidos y compraban grandes empresas, depositaban grandes cantidades en los bancos, adquirirían residencias lujosas, comenzaban a frecuentar a las mejores familias del lugar, las cuales aceptaban asistir a sus fiestas, e incluso a emparentar políticamente y a ser socios de los recién llegados. ¿Quiénes eran? No se sabía ni se quería saber, pero poseían fortunas inmensas y entonces eran bienvenidos. ¿Presentían los lugareños que esa fortunas podían estar ligadas al narcotráfico?

Ellos daban grandes limosnas y tampoco nadie preguntaba quiénes eran; para qué, sí con ellas se podían construir obras extraordinariamente lujosas, como llegó a ocurrir en el seminario de Tijuana en el cual, posteriormente, dormían buscados narcotraficantes.

La regla del narcotráfico: plata o plomo, llegó primero a policías y fue subiendo de nivel, jefes, políticos de rango mediano, agentes del ministerio público, comunicadores de poco prestigio, jueces federales, soldados; poco a

poco los niveles fueron subiendo hasta alcanzar a algunos de los más altos. Nunca hay que generalizar porque no corresponde a la realidad, pero...

Existía en México —¿existe todavía?— una regla no escrita según la cual si una persona pertenecía a cierta dependencia y delinquía, había que ocultar el hecho para no desprestigiar a la institución; se le podía hasta separar del cargo, pero nada más; había que alejar a la dependencia del escándalo. Se pensaba que juzgar a un juez desprestigiaba al Poder Judicial, juzgar a un agente del ministerio público deterioraba a la Procuraduría, juzgar a un sacerdote, lesionaba a su iglesia, juzgar a un comunicador erosionaba a toda la profesión y así hasta el infinito, la cultura de la impunidad y de las complicidades en todo su esplendor. Antes que nada, el prestigio de la institución, el prestigio muy mal entendido, pretextos para seguir reforzando la impunidad.

Los casos llegaron a las más diversas y más prestigiadas instituciones del país; los ejemplos pueden llegar al infinito, la total impunidad, pero todos son inocentes y hacen gala de ello.

La mentira y el disimulo —¿cinismo?— como parte del sistema. ¡Todos somos inocentes!: políticos, empresarios, banqueros, comunicadores, sacerdotes, líderes sindicales y sociales. ¡Todos somos inocentes! Todos lo pregonan y cada quien defiende su caso. Todos dicen que pueden justificar las mansiones en que viven —muchos de los millonarios estadounidenses y europeos no las tienen—, su colección de carros, sus casas de campo aquí y en el extranjero, su esposa e hijas adornadas con las alhajas más caras; todo ese dinero proviene de fuentes lícitas, sostienen. Poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras: la quinteta de la muerte para México.

Los partidos políticos de oposición se han venido fortaleciendo, los escándalos florecen —porque ya es imposible ocultarlos—, la consolidación de una sociedad más crítica, alerta, cansada de tantos abusos, no ha podido detener el fenómeno de la corrupción ni disminuirlo, probablemente en algunos sectores haya aumentado, como todo lo relacionado con el narcotráfico, los contratos públicos y los rescates bancarios y de carreteras. La corrupción, una hidra de un millón de cabezas.

El problema de la corrupción no es un problema exclusivo del gobierno federal ni del partido hegemónico, también ha prosperado en *algunos* gobiernos estatales y municipales de oposición. En ciertos casos, parece que la finalidad es: quítate tú para que entre yo, que ya me toca mi rebanada de pastel. Ésta es una de las tragedias más grandes del México de nuestros días; ojalá que esté equivocado, lo deseo con vehemencia.

Actualmente, todo el país es suspicacia y rumores; todos somos inocentes y para probar esa inocencia se miente con desenfado y con cinismo; al fin que nada va a pasar, ya que la mentira no tiene un costo. A veces, es difícil probar la existencia de esas fortunas enormes, y más, si la mayor parte de ellas se encuentra en países pequeños que se han convertido en paraísos fiscales y encubridores de grandes delincuentes. Si alguien fuera un pequeño defraudador o delincuente, que no se acerque a aquéllos; no le harán caso, pero a quienes llevan decenas y centenas de millones de dólares a depositar, les tenderán alfombras rojas y no les preguntarán sobre el origen de esas fortunas.

En México, muchos de sus dueños —no todos— mienten: que no es tanta su fortuna, que les señalen en dónde se encuentra, que su dinero tiene origen lícito, que son sus enemigos quienes los atacan. ¡Pobrecitos! No se sabe a quién creer; algunos de los peores delincuentes quieren ser políticos en diversos partidos, comunicadores o líderes morales: la descomposición política, social y ética en grados inimaginables. El ladrón gritando “agarren al ladrón”, y lo vocifera con tal seguridad, sangre fría y cinismo, que la sociedad ya no sabe a quién creer. Esta situación me recuerda una escena de varias películas, en la cual una tercera persona se encuentra entre el asesino y el protector; ambos le juran que son el protector y sólo uno lo es; si se equivoca, en ello le va la propia existencia. ¡Qué momentos más difíciles! Así se encuentra la sociedad mexicana en nuestros días, y para no dejarse engañar tiene que informarse, pensar y reflexionar; no creer a nadie, sino llegar a sus propias conclusiones.

¡Pobre sociedad mexicana que ha sido y continúa siendo tan engañada! ¡Pobre sociedad mexicana a la que tanto se le ha mentido y se le sigue mintiendo! Si sólo la engañaran algunos líderes políticos, la situación sería preocupante, no alarmante; pero también se han acostumbrado a hacerlo *algunos* líderes empresariales, bancarios, sindicales, sociales, religiosos, de los medios de comunicación, académicos, intelectuales y del ambiente artístico.

Poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras es el ambiente moral dentro del cual han crecido nuestros niños y jóvenes; es el ejemplo que generaciones y generaciones de mexicanos les han dado, y éstos —niños y jóvenes— es lo que han querido y quieren alcanzar en su existencia: poder y dinero a como dé lugar; además, si es hábil, inteligente y bien relacionado, se gozará de impunidad. ¿Se puede querer o desear algo más? Empero, no todos sucumbieron a ese canto de sirenas y se estrellaron contra las rocas de la indecencia y de la inmoralidad.

3. Ciertamente, las desvergüenzas de la quinteta de la muerte son vicios muy antiguos y arraigados en nuestra sociedad. Los conoció y sufrió la sociedad colonial durante casi tres siglos. Los mismos perduraron en el siglo XIX y en las tres primeras décadas del XX en nuestro país. La historia y las crónicas no dejan espacio para duda alguna.

No obstante, mis reflexiones en relación con el mencionado quinteto de la muerte, en mayo de 2000, versaron respecto a las décadas del partido hegemónico, debido a que mi existencia transcurrió en aquéllas, que esa atmósfera moral no fue un relato sino un espectáculo vivo y cotidiano y que, indudablemente, los hechos del partido hegemónico y el crecimiento del cáncer del narcotráfico configuraron esa secular quinteta de la muerte con sus propias peculiaridades.

Sin embargo, las páginas siguientes verifican que el peso que le asigné a la existencia del partido hegemónico fue exagerado. La realidad, por desgracia, así me lo demuestra, en virtud de que el partido hegemónico desapareció, y la quinteta de la muerte: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras continúa gozando de estupenda salud y energía.

4. En julio del año 2000, el Partido Acción Nacional ganó las elecciones presidenciales. Las expectativas fueron enormes desde los más diversos ángulos; la campaña del candidato presidencial ganador se había basado, en gran parte, en un discurso sobre la honestidad y la lucha frontal contra la corrupción y la impunidad.

Debe asentarse, que en ese momento, los entonces partidos políticos de oposición a nivel federal ya gobernaban casi la mitad de la población de las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios. Es verdad que se escuchaban rumores de corrupción en algunos de esos gobiernos, pero no se presentaban pruebas, lo cual se hizo pasados los años. Además, nos resistíamos a admitir que los gobiernos locales y municipales de los partidos de oposición, estuvieran incurriendo en los mismos vicios que el partido hegemónico, debido a que por decenios sus banderas habían sido la honestidad y la lucha contra la corrupción. Parecía inconcebible que al llegar al poder, incurrieran en los vicios que tanto habían criticado.

No obstante, se pensaba que la situación cambiaría cuando el partido hegemónico perdiera la presidencia de la República y, desde esa posición de poder, se lucharía por extirpar los cánceres que corroen la moral pública del país y que lo han conducido a crisis de proporciones mayores; una de las últimas fue la devaluación del peso en diciembre de 1994, la que se avisó con anterioridad a importantes banqueros y empresarios, quienes sacaron miles de millones de dólares del país —los extranjeros retiraron sus fondos

hasta febrero de 1995—y que trajo como consecuencia bancos en bancarota técnica y banqueros que multiplicaron sus fortunas personales.

Pues bien, a fines de la década de los años ochenta, especialmente con las elecciones federales de 1988, se vislumbró el comienzo del fin del partido hegemónico y la conformación de un sistema tripartito de partidos políticos² a nivel federal. En ese año, el partido hegemónico, aunque conservó una pequeña mayoría en la Cámara Federal de Diputados, ya no contó con el quórum necesario para realizar reformas constitucionales por sí solo, generándose un contexto en el que le era necesario negociar dichos proyectos; además, comenzó a perder gubernaturas: Baja California, Guanajuato y Chihuahua.

En 1997, el partido hegemónico no contó con mayoría absoluta en la Cámara Federal de Diputados y perdió las elecciones para jefe de gobierno en el Distrito Federal. El sistema tripartito de partidos políticos se estaba consolidando con fuerza y rapidez. No obstante, la quinteta apuntada: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras, continuó. Los ejemplos sobran. Uno es más que suficiente por paradigmático: el FOBAPROA, que se creó para rescatar el sistema bancario del país. Ciertamente, el gobierno no podía permitir el colapso de dicho sistema. Si los mecanismos que se crearon fueron los apropiados o no, no es asunto inherente a mi planteamiento; sí lo es la inmensa corrupción que existió en el manejo del mencionado FOBAPROA, y de la cual existen testimonios fidedignos. Al final, a casi nadie se le fincó responsabilidad alguna, los bancos se vendieron a consorcios extranjeros. Los mexicanos —en virtud de que las deudas del entonces FOBAPROA, hoy IPAB, son para todos los efectos prácticos deuda pública— estamos pagando esa gran corrupción, y el sistema bancario, en manos extranjeras, obtiene ganancias fenomenales derivadas de los pagarés del FOBAPROA; durante muchos años restringió el otorgamiento de créditos —una de sus funciones esenciales— porque tiene asegurado los magníficos intereses que recibe provenientes de dichos pagarés y sin correr riesgo alguno.

Diversas voces señalaron esa inmensa corrupción, se aportaron pruebas, pero nada aconteció: continuó la corrupción y la impunidad, la mentira y el cinismo. Los beneficiados del FOBAPROA exhibieron su poder y su dinero sobre la pobreza y miseria de decenas de millones de mexicanos; algunos de ellos gozan de prestigio social y se les considera señores de respetabilidad. La atmósfera nacional cuajada de cinismo.

(2) No significa que sólo existan tres partidos políticos, sino que únicamente tres tienen la posibilidad de obtener el gobierno en las elecciones.

Lo anterior acontecía en los estertores del partido hegemónico, cuando los partidos de oposición se habían fortalecido y podían exigir responsabilidades, y cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación se suponía que había alcanzado una independencia que no había conocido durante las primeras nueve décadas del siglo XX.

Es decir, en la última etapa del partido hegemónico, y cuando los partidos de oposición gobernaban Estados y municipios, la quinteta apuntada continuaba estableciendo sus fueros como si la realidad política no hubiera cambiado: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras, tan poderosas y fuertes como siempre.

5. Como ya dije, las esperanzas de que ¡al fin! la presidencia de la República la ganara un partido de oposición se convirtió en realidad. Además, en 2000, en las dos cámaras legislativas federales, ninguno de los tres grandes partidos políticos obtuvo la mayoría de los asientos. El sistema tripartito de partidos políticos se había consolidado en el país, cuando menos para los años próximos. Los pesos y contrapesos constitucionales, en un contexto como éste, podrían funcionar y, ahora sí, era posible comenzar a combatir la corrupción, la impunidad, los desvíos de poder y el ambiente lleno de mentiras en que el país había vivido.

El gobierno federal 2000–2006 poco hizo al respecto, y en varios renglones se retrocedió en relación a los efectos de la mencionada quinteta mortal. Unos cuantos ejemplos dan idea de lo acontecido, los casos de: Amigos de Fox, Pemexgate, los supuestos negocios ilícitos de los hijastros de Fox, el aumento del narcotráfico y la impunidad de que gozaron algunos de los carteles de ese flagelo, el contubernio de sectores del gobierno con algunos empresarios para realizar inmensos negocios.

A su vez, en el gobierno del Distrito Federal la situación no cambió: las “mordidas” crecieron en monto, la sociedad contempló videos en que funcionarios locales recibían miles de dólares en billetes, y obras cuyos costos nunca se transparentaron.

Las anécdotas son interminables, pero reflejan bien el panorama del sexenio 2000–2006. Algunas de ellas:

A un secretario de Estado muy cercano al presidente, le advirtieron lo peligroso de su reciente cercanía con un personaje probablemente ligado al narcotráfico. Su contestación fue: me gustaría poseer la vigésima parte de su fortuna; continuará siendo mi amigo.

Se exhibió en los canales de televisión un video en el cual la subprocuradora general de justicia admitió que propició la tortura de una persona con quien había tenido un accidente de tránsito, y al verla “encajuelada” y torturada por sus alumnos—policías, exclamó: mejor lo hubieran matado. Y nada pasó. Al contrario, el gobierno la protegió totalmente.

Se presionó a empresarios para que “donaran” fuertes cantidades de dinero a la fundación de la Sra. Fox o regalos a la pareja presidencial a cambio de favores y prebendas gubernamentales. Era frecuente escuchar las quejas de los afectados en reuniones privadas, pero ninguna protesta en público, y menos una prueba exhibida.

El presidente declaró a los medios de comunicación que no le había solicitado a Fidel Castro que abandonara la reunión de jefes de Estado que se celebraba en Monterrey. Pocos días después, México escuchó la grabación en la cual el presidente mexicano le decía a Castro: “comes y te vas”. Al respecto, se hicieron variadas bromas. Las encuestas —precedidas por un enorme gasto publicitario— mostraron que el episodio no tuvo repercusión significativa en la popularidad del presidente. Se consideró, por grandes sectores sociales, que era una minucia.

6. La época del partido hegemónico terminó en el año 2000, forma parte de la historia nacional. Por ahora, y no conozco hasta cuando perdurará, México configura un sistema tripartito de partidos, pero la quinteta de la muerte continúa tan fuerte y vigorosa como siempre.

La primera conclusión que se deriva de la anterior afirmación es preocupante, la raíz de esa quinteta no responde sólo o predominantemente a factores políticos. La enfermedad es más profunda y extendida de lo que parecía, y de lo que yo mismo consideraba.

En países desarrollados en los que un solo partido se ha perpetuado en el poder, y he señalado en este ensayo algunos ejemplos, el cambio de partido político en la jefatura de gobierno trajo consigo algunas mejoras, en muy diversos grados, en los problemas de corrupción e impunidad. Desde luego, no se extirparon esos males. En México, el fin del partido hegemónico hasta ahora no ha afectado a esa quinteta de la muerte, sino que en varios aspectos los ha fortalecido: el cinismo ha aumentado, las mentiras se han multiplicado y, por el hecho de que durante décadas estuvieron en la oposición política, muchos servidores públicos, federales, locales y municipales, ven justificado hacer lo que antes criticaron: utilizar el poder para enriquecerse, para establecer alianzas de toda índole en beneficio propio y para negociar impunidad.

Los poderes públicos y los poderes de hecho se encuentran en una convivencia de beneficios mutuos, vista en pocas ocasiones, aunque existen excepciones. El Estado debilitándose. Pocas son las voces que dan la alarma.

La sociedad continúa sin reaccionar como debiera. Existe un alto grado de tolerancia social a la corrupción y a la impunidad. Una oración resume lo acontecido en esos seis años —de 2000 a 2006— y que tiene décadas de antecedentes, aunque no tan burdos ni cínicos. Ante la repentina y exhibida riqueza de los hijastros del presidente, el padre de éstos declaró: mal harían de no aprovechar la oportunidad que se les presenta. La reacción social ante tal descaro fue mínima, más bien se prestó a bromas.

Los niños y los jóvenes continúan viendo, sintiendo y viviendo que poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras son algunas de las coordenadas centrales de la sociedad mexicana. Son los ejemplos que conocen y a eso aspiran: ser un señor con poder y dinero, sin importar cómo se obtuvieron, ya sea en la actividad política, los negocios, el crimen organizado, dirigencias de organizaciones sociales o religiosas. El poder y el dinero —están seguros— traen consigo impunidad y se le considerará un gran señor. Claro que sí. A quien diga lo contrario se le toma por iluso, loco, cretino, e incluso peligroso. De esos asuntos se habla y se escribe, pero sin consecuencias. No resisto la tentación de asentar lo que expresó uno de los jerarcas religiosos más importantes de México, en una cena, con una sonrisa parecida a la de la Mona Lisa: “el dinero no es dios, pero casi lo es”.

7. El panorama moral descrito no responde únicamente al hecho de que un solo partido político haya gobernado el país durante casi setenta años. La alternancia en el poder es parte de la esencia democrática y ayuda a superar algunos problemas. Conste, sólo algunos. En México, hasta ahora, ninguno de los apuntados se ha debilitado, en virtud de que varios de esos males los comparten extensos sectores de la sociedad.

La moral pública en México se encuentra enferma, y es un estado difícil de superar, debido a que su saneamiento implica un cambio de mentalidad, y ello es lo más difícil y prolongado de alcanzar, pero es posible y debe ser posible por el bien del país.

Enuncio algunas acciones que serían efectivas para combatir la quinteta de la muerte: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras, que asuela y denigra a nuestra nación:

- a. Lucha frontal y sin cuartel en contra de la corrupción por parte del gobierno. Tolerancia cero. No más discursos, sino acciones y más acciones.

- b. Simplificación de trámites administrativos para que el ciudadano cumpla en forma sencilla con sus obligaciones, y el margen discrecional del servidor público sea mínimo para evitar posibles corruptelas.
- c. Campañas de concientización en los medios de comunicación para que la sociedad se involucre en la lucha contra la corrupción, para ir desterrando la cultura de la "mordida", gratificaciones, pago de porcentajes, regalos a los servidores públicos. Sensibilizar a la población de que debe respetar la ley, porque además de los beneficios que implica para la sociedad, es lo más conveniente para las personas y sus familias. Un ejemplo: la corrupción aleja, entre otros factores, la inversión extranjera, lo que trae como consecuencia menor creación de empleos, cuando tenemos un déficit de los mismos, y si no es uno quien sufre el problema del desempleo, lo es probablemente un familiar o un ser cercano.
- d. Hacer efectivo el principio democrático de que nadie se encuentra por encima de la ley, y nadie debe solicitar excepciones a su aplicación. Es decir, impunidad cero. Se debe comenzar con la aplicación de la ley en casos paradigmáticos para que la sociedad comprenda que no es una campaña más, que no son simples palabras; sino la manifestación de real voluntad política de aplicar la ley y de que se fortalezca el Estado de Derecho.

En este sentido, importante es que se proceda únicamente cuando se haya realizado una buena investigación y se cuenten con las pruebas jurídicas suficientes. En los casos paradigmáticos tiene especialmente que quedar claro que no se trata de venganzas políticas, "chivos expiatorios", o de complacer a un personaje, grupo poderoso o a la opinión pública.

En la lucha contra la impunidad no hay nada mejor que los hechos. La sociedad está harta de palabras y de promesas.

- e. Hay que propiciar cambios en las actitudes mentales, que los niños y jóvenes comprendan que los dos valores más importantes no son el poder y el dinero.

El poder no pertenece al servidor público sino a la comunidad, y debe estar al servicio de ésta, y no del funcionario. Si no es así, a este último hay que exigirle responsabilidades.

Toda persona tiene derecho a disfrutar el producto de su trabajo, obtenido dentro de los marcos legales. El dinero debe provenir de fuentes lícitas.

La sociedad tiene que estar alerta. No es posible que le guarde respeto a quien ostenta una riqueza inexplicable —que generalmente es muy explicable—, a quien tiene “relaciones peligrosas” como puede ser con gente próxima al crimen organizado, o a quien le miente y le vuelve a mentir.

- f. Abrir, con toda seriedad, el debate social sobre la quinteta de la muerte que aflige a nuestra sociedad.

Organizar una gran campaña de medios sobre los valores morales laicos y cívicos, como los de la verdad y la solidaridad social. Entre los aspectos que se podrían pensar se encuentra la producción de biografías de quienes, en diversas épocas de nuestra historia, han hecho honor a esos valores morales laicos.

- g. Convertir a los órganos fiscalizadores, como la Auditoría Superior de la Federación y sus análogas en las entidades federativas y en el Distrito Federal, en verdaderos órganos constitucionales autónomos; es decir, que no dependan de ninguno de los tres poderes, pero que sí sean responsables de sus actos. Asimismo, hay que revisar sus facultades para fortalecerlas con la finalidad de que cumplan ejemplarmente con las funciones que les corresponden.
- h. Mejor funcionamiento de los poderes judiciales, desligándolos del poder político, donde aún esto no ha ocurrido. Reforzar su independencia, preparación y remuneración en las entidades federativas que todavía presentan déficits en estos aspectos. Y en todos los casos es necesario alcanzar el principio constitucional de que la justicia sea rápida y expedita.
- i. En sectores sensibles a la corrupción como son, entre otros, los ministerios públicos, policías y servidores aduanales, así como, en las grandes empresas públicas, fortalecer el sistema de responsabilidades, al mismo tiempo que se creen estímulos sociales y económicos para los buenos servidores, que sí existen. O sea, aplicar la muy antigua ley de “la zanahoria y el garrote”, que sí funciona y que, además, es justa y legal.

Ciudad Universitaria, D. F., marzo de 2008.

REPORTAJE

REPORTAJE A LINARES QUINTANA, EL CONSTITUCIONALISTA DE AMÉRICA (EN SU 99 ANIVERSARIO)

Ubaldo Centurión Morinigo

NOTA: La presente entrevista fue realizada por el profesor universitario y periodista paraguayo Ubaldo Centurión en la ciudad de Buenos Aires, coincidiendo con el aniversario del eminente constitucionalista Segundo V. Linares Quintana (n. La Plata, 1909), retirado de toda actividad pero en plena producción intelectual. Lo reproducimos aquí en señal de homenaje al ilustre maestro argentino, autor de tan grande como prolífica obra. (D.G.B.)

—Maestro: si yo no le digo profesor y le digo maestro, le digo porque el maestro enseña, no solamente nociones de la materia a su cargo, enseña modos de conducta. Y yo estoy llegando a las 14:30 a su casa, y lo encuentro trabajando, maestro. Con su máquina de escribir, consultando libros, con carpetas inmensas, con sus trabajos... ¿Qué puede decirme sobre esto, maestro?

—Bueno, que la verdad no hago sino cumplir con mi vocación, que es el destino que Dios me ha fijado y que lo estoy cumpliendo con mucho gusto, y tratando de hacerlo de la mejor manera posible. Y, además, tratando de no ser egoísta y de que los conocimientos que he ido adquiriendo los pueda transmitir a otros maestros.

—Ese es otro rasgo: el maestro tiene que ser generoso. Un hombre egoísta no puede ser maestro.

—Y me he preocupado mucho de que en mi entorno se forme un grupo extraordinario de especialistas de alto nivel, donde está usted, donde está Vanossi, Aja Espil, que murió... un grupo muy importante, ¿no es cierto?

—¿Cuál es su libro actual, de la Revolución Empírica en Materia Constitucional?

—Sí. Pero el título puede ser La Ciencia del Poder Moderno, ¿se da cuenta?

—En la línea de Loewenstein...

—En la línea que actualmente prevalece, que es la de Loewenstein, la de Friedrich... Fíjese, el libro de Friedrich. Lo poco que yo he ganado lo gasto en libros, ¿no?

—Aquí veo libros que usted trajo de Estados Unidos cuando fue exiliado, libros que solamente tiene usted, por ejemplo, de Harold D. Lasswell.

—El gran protagonista de la revolución empírica, Lasswell. Y este es el libro de Hingston, que es lo más importante que se ha publicado sobre la revolución empírica. Se llama "El Sistema Político".

—Escrito por Alfred Aknopf...

—Sí. Estoy traduciendo eso...

—¿Usted traduce del inglés, maestro?

—Escarbando, estoy traduciendo del inglés, de las revistas norteamericanas de ciencia política...

—¿Todas son publicaciones en inglés que usted traduce, maestro?

—La Nueva Revolución en Ciencia Política, de Hingston...

—¡Qué extraordinario! Usted, maestro, cuando llegó exiliado por sus principios morales inflexibles, se fue de la época peronista de la Argentina, enseñó y pronto llegó a dominar el inglés...

—¡Condenado a muerte! ¡Me condenaron a muerte a mí! El ejército revolucionó al pueblo...

—El ejército revolucionó al pueblo y condenó a muerte...

—¡Claro!

—Y le quitaron las cátedras, ¿verdad?

—Por supuesto, las cátedras y todos mis cátedras...

—Las cátedras en la Universidad Nacional de Buenos Aires y de La Plata...

—Claro, ¡todos mis medios de vida!

—Maestro, ¿qué le pareció el librito que yo escribí con mucha emoción, con mucho afecto y admiración a usted, "La Vida a los 98 años"?

—Es muy interesante, confirma su dedicación, pero confirma también su excesiva generosidad para conmigo.

—Maestro, cómo yo no iba a ser generoso con usted, si el maestro Loewenstein dijo la verdad sobre usted. Lo ponderó Loewenstein, maestro...

—Bueno, ese es mi timbre de honor, diría yo...

—Y siempre se dijo que Loewenstein era un hombre avaro en los elogios...

—¡Sí!

—Y, en cambio le produjo su timbre de honor máximo, ese prólogo lleno de elogios para usted, escrito por Loewenstein...

—Sí, sí. Realmente, para mí fue algo asombroso, ¿no? Pero era un hombre muy generoso... que se desesperaba por venir a la Argentina y quedarse en Argentina, y al lado mío enseñando. Y en ese momento Muñoz le había conseguido que lo invitaran, todo pago. ¡En ese momento me echaron otra vez de la universidad!

—Por defender la Constitución, maestro...

—¡Claro! Si yo nunca me he metido en Política. He defendido la Constitución de 1853 y 1860, que es la Constitución histórica, el acta fundacional del Estado Republicano argentino. Usted sabe que la primera Constitución que tuvo la Argentina, eso lo ha dicho Bartolomé Mitre en *La Historia de la Universidad Argentina*, fue el acta del Cabildo del 25 de mayo de 1810, que la leyeron en los balcones del Cabildo, en la Plaza de Mayo, y el pueblo por aclamación del único acto de democracia directa de la historia argentina, aprobó esa Constitución, que es el Acta Fundacional.

—¿Por qué, maestro, lo llaman a Linares Quintana el padre del recurso de amparo en la Argentina?

—Bueno, porque algo tuve que ver en que la Corte Suprema modificara su jurisprudencia y admitiera la existencia de un recurso de amparo que no aparecía mencionado ni en la Constitución ni en ninguna ley, para proteger todos los actos inconstitucionales que no fueran la libertad personal, que ya estaba protegida por el Habeas Corpus, que fijaba la Constitución. Y, entonces, en mi conferencia de incorporación de la Academia, en que me propuso y me presentó el Premio Nobel Carlos Saavedra Lamas...

—¿De la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales?

—Exactamente. Al incorporarme yo elegí ese tema, justamente por esa necesidad que había de ese recurso. A raíz de eso la Corte Suprema por boca de su Presidente, el Dr. Alfredo Orgaz, lo mandó a su Secretario para pedirle todos los antecedentes que yo había tenido en cuenta en mi conferencia, para sostener la existencia del recurso de amparo. A raíz de eso la Corte, a las pocas semanas, citó el fallo en el caso Ángel Siri, que era la clausura de un periódico en la ciudad de Mercedes, provincia de Buenos Aires, e hizo lugar a la protección rápida y expeditiva, similar al Hábeas Corpus, admitiendo la existencia implícita de un recurso de amparo en la Constitución.

—¿Y qué le dijeron porque no fue mencionado en el fallo, a pesar de haber dado las bases doctrinarias, y haber hecho el estudio Linares Quintana?

—A los pocos días Repetto me pidió otra entrevista, en nombre del Presidente de la Corte. Me devolvió los libros y las cosas que le había prestado, y me agradeció en nombre del Presidente de la Corte, por la colaboración que había prestado, diciendo que no me mencionaba en el fallo porque la Corte no cita a autores vivos... Yo le dije a Repetto: "Dígale al Señor Presidente de la Corte que para mí es harto agradecimiento el hecho de que la Corte haya adoptado o aceptado mi doctrina, modificando la que seguía anteriormente".

(...)

—Que me visitó hará quince días, para invitarme a esta jornada, que yo le expliqué que no podía ir...

—Dalla Vía le recordó con mucho afecto y admiración. Me dijo que estuvo en su casa...

—Me trajo una copia encuadernada del expediente del caso Siri, que se lo voy a mostrar...

—Maestro, le escuché en una brillante conferencia a un hombre que también lo escuchó con suma atención. Yo diría, hasta con cierta veneración le escuchó en su brillante conferencia, cuando presentó su monumental Tratado de Interpretación Constitucional, en dos tomos, con mil páginas cada tomo... Vanossi me había dicho que tenía otro compromiso, por eso no me aceptó sentarse a mi lado. Pero, sin embargo, al quedarse de pie y escucharlo a usted quedó tan impresionado por su conferencia, por su sabiduría, que se sentó y estuvo hasta el final de la conferencia, a pesar de tener otro compromiso que no podía, de ninguna manera, suprimir... Se olvidó de eso, y le escuchó a usted, absorto...

—Vanossi es otro de mis alumnos más brillantes que he tenido, y se formó también en mi cátedra, de manera que integró esa cátedra realmente excepcional, yo la llamo histórica, donde estaban Muñiz, Rodríguez Galán, Aguirre Lanari, Aja Espil, y otros que no recuerdo, verdaderos maestros...

—Le dije a Vanossi: "Usted sigue cada día más brillante. Estuvo hoy más brillante que en Santa Fe". Hace varios años dio una conferencia en Santa Fe. Le aseguro, maestro querido, su discípulo Vanossi estuvo más brillante en Buenos Aires que hace años en Santa Fe...

—Sí, sí...

—¿Sigue siendo un hombre estudioso?

—Sí, sí. Muy estudioso. Y ha escrito un libro sobre la doctrina constitucional...

—¿Y sobre el Estado Social de Derecho?

—Sí. Pero sobre la doctrina constitucional son dos tomos orgánicos importantes, ¿no?

—¿En qué año fue su discípulo Vanossi?

—Yo no recuerdo... imagínese... yo he estado 50 años acá, en Buenos Aires y La Plata, y mi orgullo es que se han formado brillantes constitucionalistas. Muñiz, Rodríguez Galán, Aguirre Lanari, Vanossi... en fin. No quiero dar nombres porque me puedo olvidar, ¿no es cierto?

—Pero no solamente brillantes, sino que fueron siempre leales con usted...

—Leales, y con intachable conducta cívica. Porque para enseñar Derecho Constitucional, realmente hay que tener una conducta cívica ejemplar, porque el Derecho Constitucional se enseña con las lecciones, pero con el ejemplo.

—O sea, la autoridad moral de un constitucionalista tiene que ser muy cuidada por el profesor...

—Así es. El constitucionalista tiene que ser muy cuidadoso de su conducta, de su vida pública y privada.

—Eso lo que le preocupaba siempre a mi maestro titular de Derecho Constitucional, César Garay, el hijo del héroe Yrendágüe. Esa coherencia entre lo que decía y lo que hacía.

—Claro, claro...

—Él era un hombre honrado, era una gran figura ética del Paraguay, y también un intelectual brillante.

—Sí, sí. Me pidieron que de una Conferencia en la Academia de Ciencias Políticas en octubre. Y el tema sobre la teoría empírica. Pero también estoy pensando en hacer sobre otro tema, que podría ser el antecedente español de los fueros, ¿no es cierto?

—Ese librito extraordinario que usted publicó sobre los antecedentes de los fueros...

—Sí, acá los tengo...

—¡Como un antecedente de los derechos humanos!

—O sino sobre Joaquín González, que es el intérprete por excelencia de la Constitución.

—Yo le cuento, maestro, me emocioné porque sigue usted tan vigente como siempre. Hoy fue citado, esta mañana, ante 200 constitucionalistas de Argentina, de Chile, de Perú, del Paraguay... fue citado el maestro Linares Quintana.

—¿En qué año estuvo, maestro, en San Juan?

—En 1934...

—¿Y visitó la casa de Sarmiento?

—Sí, sí, la casa de Sarmiento.

—A quien usted admira. Usted me enseñó a mí a respetar la figura intelectual y moral de Sarmiento.

—Y en Catamarca estuve en la celda del Convento donde se alojaba el padre Fray Mamerto Esquiú, el orador de la Constitución...

—Mamerto Esquiú...

—Sí. Usted sabe que en ese momento fue motivo de la jura de la Constitución del '53, que fue muy discutida y combatida por los fanáticos derechistas de la Iglesia Católica. Porque hasta ahora todas las Constituciones y proyectos de Constituciones que se elaboraron en nuestro país establecieron la religión católica como religión del Estado...

—En el Paraguay existió la religión oficial del Estado, hasta la Constitución de 1967. La Constitución nuestra, que en gran medida colaboró para su redacción Paciello, la de 1992, ya suprimió la religión del Estado. Ya somos un Estado laico...

—Claro, claro...

—La Constitución del '67 tenía como requisito ser católico apostólico romano para ser candidato a Presidente de la República...

—Claro. Y, entonces, él tuvo una gran oposición a la Constitución. Y en su sermón Esquiú defendió la Constitución, y dijo que la vida del pueblo argentino dependía del cumplimiento de esa Constitución. Un maravilloso... Yo di una conferencia en la Academia, hace muchísimo ya, que tal vez la repita en octubre, en lugar de la otra conferencia.

—Mis doscientos alumnos están ansiosos de venir a Buenos Aires para saludarlo al maestro, así que esperen hasta octubre, ¿verdad?

—Y, podría ser, ¿no?

—¿O podrán venir en mayo?

—Podría ser en la Academia, en el primer piso...

—La fecha que usted sugiera, maestro...

—Sí, alrededor del 8 de octubre, más o menos...

—¿Esa es la fecha que usted sugiere que vengan los estudiantes de Derecho, para escuchar su conferencia?

—Si quieren y pueden venir, ¿no?

—Claro que quieren venir, ¡quieren conocerlo al maestro Linares Quintana!

—El otro tema, aunque ya han hablado mucho, es sobre el Joaquín González y la política del espíritu, que fue definido después por Osvaldo Loudet, una maravilla. En este libro hay un capítulo dedicado a los que trajeron los estudios y marcaron el rumbo en psicopatología política, donde me ocupó de Sarmiento, después de Loudet, de José María Ramos Mejía,

que fue uno de los más brillantes integrantes de la famosa generación del '80, ¿no es cierto? Y entonces me ocupo de él y me ocupo de Loudet también. En un capítulo sobre psicopatología política, donde me ocupo de la psicología de la dictadura. Y, fíjese que no he podido encontrar el libro que traje de Estados Unidos, en inglés, sobre la psicología de la dictadura, que escribió el Profesor Gilbert, el psicólogo del Tribunal de Nuremberg, que juzgó a los criminales de guerra nazi. Y él, como psicólogo del Tribunal, entrevistó diariamente a todos y cada uno de los que lideraron la guerra nazi, y con ese material escribió un libro que se llama *La Psicología de la Dictadura*, que yo lo iba a traducir cuando estaba en Estados Unidos... Mire: traducir es peor que escribir un libro, y el tiempo que lleva. Así que decidí traerlo, y lo tengo en este mar de libros...

—Como decía Ortega y Gasset, “el traductor es traidor, porque cuesta mucho llevar una idea a otro idioma, sin que pierda esencia”.

—Y uno nunca está satisfecho porque siempre está traicionando lo que dijo el autor. Es muy difícil...

—Llevar una idea sin perder su efecto, su esencia, a otro idioma, cuesta mucho.

—Ahora cometo un sacrilegio, porque en este libro, para referirme al proceso que ha seguido la ciencia política desde que la fundaron Aristóteles y Platón, y que fue un esfuerzo cuya meta era convertirle en disciplina científica a la ciencia política. Y, entonces, yo le llamo a ese proceso de “cientifización”, un neologismo que hasta consulté con miembros de la Academia de Letras, y me dieron: “Y bueno, es la realidad. No hay otra palabra para describir el proceso del encuadramiento, en el más riguroso marco científico, a una disciplina”. Es la “cientifización”. ¡Y es un invento la palabra!

—Qué bien, ¡aporta, enriquece el léxico del derecho constitucional!

—O lo empobrezco, pero bueno... (Risas)

—Usted lo dice por humildad. Usted enriquece el vocabulario y el léxico del derecho constitucional.

—Cada ciencia va inventando palabras. Fíjese en medicina, el nombre de enfermedades... van inventando nombres de enfermedades.

La duración de la vida humana no es suficiente para poder decir que sé algo, o sea, que tenía razón Sócrates cuando decía “sólo que se no sé nada”. Porque a medida que uno avanza leyendo, aprendiendo, se da cuenta los vacíos que le quedan, y que ya no tiene tiempo de llenarlos, ¿no?

—Por eso otro filósofo decía, maestro, “el que pierde la mañana pierde la tarde; y el que pierde la tarde, pierde la vida”.

—Claro, claro...

—Y usted no pierde la vida, porque todos los días trabaja.

—Algunas veces me preguntan: “¿Duerme siesta?”. ¡Qué voy a dormir siesta! La siesta es la hora que más trabajo, les digo...

—¿Y a la noche también trabaja?

—Sí, sí...

—Trabaja los sábados, los domingos... trabaja en Semana Santa. A mí me consta, maestro, que usted trabajó en el mes de enero, cuando había gente de vacaciones en Mar del Plata, cuando había gente de vacaciones en Acapulco... ¡usted trabajaba siempre acá!

—Claro. Y después, tengo la máquina de escribir al lado, de manera que en cualquier momento...

—Y usted no tiene ninguna secretaria, nadie que le ayude...

—No, tengo a esta chica Rosa, pero claro... aparte usted no se imagina lo que cansa físicamente mover esos biblioratos... traerlos, llevarlos. ¡Yo trabajo con biblioratos!

—Pero lo que a mí me alienta, maestro, ¿sabe qué? Después de aquella tremenda caída que usted tuvo se movía con bastón. Y ahora se movió solo. ¡Me emocionó verlo caminar solo! Sin ayuda de bastón. Usted antes andaba con su silla, andaba con su bastón, y ahora se liberó del bastón...

—El kinesiólogo que me atiende, me dijo: “Cuando usted me llamó por primera vez, yo pensé que usted no podía caminar más”, me dijo. Y sí. Yo le digo: “Bueno, pero si es un kinesiólogo tan bueno como usted...”. Y me dice: “No. ¡Su voluntad!”. “Usted tenía la fuerza de voluntad de que tenía que volver a caminar”, me dice...

—¡Y las tremendas ganas de vivir!

—Sí, de vivir. Vivir en el sentido de plenitud, intelectualmente, espiritualmente. No la vida física, ¿no?

—Sigue enseñando, maestro. Antes enseñaba con sus clases, ahora sigue enseñando con sus libros...

—Claro, claro... Y, sobre todo, dejar conocimientos que seguirían, ¿no es cierto?

—Porque Marañón dice: “el profesor enseña con sus clases, pero también con sus libros”.

—Claro, así es. Miguel de Unamuno, en su última lección dijo: “Enseñar es también aprender”. Y es así. La cátedra, y a usted también le está pasando, nos ha hecho estudiar y seguir estudiando...

—Cierto.

—Yo siempre he preparado cada lección como si fuera una conferencia. Y hay material nuevo, nuevos libros... Otros que la arrutinan, o repiten lo mismo. Porque, además, se puede ser un gran pensador, un gran escritor, y no saber enseñar.

—Como hemos tenido un gran médico, que era brillante en medicina pero no sabía enseñar. Sus clases eran aburridas. Los alumnos se dormían en sus clases...

—Yo he visto, cuando era Vicepresidente del Instituto, adonde fue Ortega y Gasset, en fin, todos los que venían acá...

—¿Usted lo vio a Ortega y Gasset disertando, maestro?

—Claro, sí...

—¿Hablaban sin papeles?

—¡Yo me fijé hasta en la manera de sentarse! (Risas)

—¿No usaba papeles?

—Y...siempre algún papelito en la mano. Pero no, ellos no necesitan nada...

—¿Una ayuda memoria?

—Ellos podían hablar horas de horas, lo que también era una tentación para divagar. Por eso, cuando usted lee a Ortega y Gasset, y a Marañón, y eso, que para mí son sabios, de repente me cuesta recoger el concepto principal, porque han hablado mucho en torno a eso, ¿no es cierto? ¡Pero son brillantes! Y Marañón...

—Marañón tanto escribió, maestro, que llegó a escribir sobre la cocina española...

—Era médico.

—Era médico. Y llegó a escribir hasta sobre la cocina española. Los domingos dicen que se iba a su quinta, que quedaba a pocos kilómetros

de Madrid, se pasaba trabajando los domingos de mañana, tarde y noche. Y cuando llegaba a su casa le decía a su señora: "No vengo cansado. Yo vengo descansado, porque vengo de escribir, de realizar mi voluntad, de ejecutar mi proyecto. Mi proyecto de hoy terminé".

—Es lo que decía el famoso periodista Azorín, ¿no? Él vivía en el campo, al borde de un camino, una calle muy transitada por la gente que iba a trabajar a la ciudad, y la que volvía, ¿no? Entonces un vecino pasaba todos los días por ahí, al comienzo del día y al volver del trabajo. Y cuando iba, a la mañana, Azorín estaba escribiendo. Y pasaba este hombre y le decía: "Buenos días, señor... ¿Trabajando?". "No, descansando".

—Qué bien. Qué hermoso, maestro... Nunca me contaron eso, es algo realmente hermoso.

—Tengo amigos míos, de la familia, que me dicen: "Vos siempre leyendo, estudiando, escribiendo...". "¡Y esa es la vida!", les digo. "Ahora estoy calculando lo que me puede quedar de vida para ver lo que me alcanza para hacer ciertas cosas... escribir un libro, dos libros. O hacer esto...".

—Qué conferencias dar...

—Claro. Y esta limitación del movimiento me contiene mucho, ¿no? Pero hace que me dedique más a trabajar.

—Y está apoyado por su hermana, por Berta...

—Sí, sí...

Porque yo me quedé solo después de la muerte de mi señora. Y, en cierto modo, estaba muy conforme porque no tenía horario. Escribía hasta que me cansaba y me quedaba sin comer, y seguía hasta las diez de la noche... Y ahora, con ella, me da de comer... ella duerme su siesta.

—¿Doña Berta, y quién?

—Berta y Beatriz. Eran cinco mujeres, murieron las otras. Y dos varones, que también murieron.

—Dos que están siempre leal y solidariamente a su lado, que lo quieren mucho, ¿verdad?

—Sí, sí. Hemos sido muy unidos, ¿no es cierto? Y tengo la satisfacción que he tenido estos alumnos que después han sido catedráticos, siempre han sido buenos amigos, leales... y converso con ellos. Pero, claro, tengo que esperar que ellos me visiten, porque ellos tienen también muchas tareas, ¿no? Así que muchas veces por teléfono hablamos y consultamos.

—Maestro, yo voy a hacer todo lo posible. Voy a dejar mis compromisos y voy a estar el 7 de agosto con usted, su cumpleaños, para abrazarle fuertemente a mi maestro, como discípulo. Siempre he sido su discípulo, y seguiré siendo por mucho tiempo su discípulo al amparo de Dios, y para que su madre siempre le bendiga.

—¿Cómo se siente para los 98 años que se acercan, maestro?

—No le doy importancia, ¿no es cierto? Nunca lo festejo...

—¿Un día más de trabajo?

—Sí, un día más de trabajo... Yo creo que es un error festejarlo, igual que los homenajes. Les digo: "Mire. Un homenaje en vida es el entierro en vida". ¡Es así!

—¿Entonces no le gustó nuestro homenaje de El Derecho, cuando yo llegué con 200 estudiantes con la Medalla?

—No, eso es otra cosa. Pero hay otro tipo de homenajes. "Te van a hacer un homenaje en tal Academia...". Y digo: "No... ya me hicieron...". Ese tiempo que yo tengo que preparar la conferencia, yo dedico a terminar un libro. Porque uno tiene que mezquinar el tiempo que le queda de vida. Por ejemplo, cuando yo me puse a escribir el Tratado de nueve tomos, y eso que hace cuántos años... ¡Yo siempre estaba ansioso de terminar, que no quede incompleto!

—¿Cuántos años le llevó terminar esa monumental obra?

—Nueve años...

—¡Nueve años le llevó!

—Sí, sí...

—¿Y con la venta de ese libro compró su departamento?

—Exacto. Yo alquilaba este departamento, y medio que me echaron de la cátedra... después fui Presidente del Instituto de Estudios Económicos y Sociales de la Unión Industrial Argentina. La intervino Perón y me echaron... Y así, de todas partes, ¿no?

—Y usted superó todo, maestro...

—Hasta que llegó la comunicación de la FARC...

—¿Condenándolo a muerte?

—Me dijeron: "Usted ha sido juzgado y condenado".

Así transcurrió nuestra amena y cordialísima entrevista con el constitucionalista del siglo de la República Argentina, como nos ha dicho el brillante profesor de Derecho Constitucional, Dr. Gregorio Badeni. Nos habló con emoción de los gratos ex alumnos, a quienes invitó a incorporarse a su altísima y prestigiosa cátedra de Derecho Constitucional. Ninguno de ellos le falló en el plano moral, y ninguno de ellos fracasó en su intento de elevarse intelectualmente, y triunfar ora como Canciller, ora como embajadores, ora como altos y honrados funcionarios del Estado. Nos manifestó el maestro que él nunca albergó odio o resentimiento en su corazón, motivo por el cual duerme tranquilo, duerme serenamente tras arduas y largas jornadas de trabajo. Como decía el recordado y brillante escritor Francisco Umbral: "EL ODIOS PRODUCE CÁNCER". Nunca en su vida buscó dañar a nadie, nunca conoció la miseria espiritual del egoísmo o la mezquindad. Nos recuerda el catedrático argentino con más de 50 años de docencia que solamente le afectó una vez el trato que le dio un ex alumno con una salida impetuosa que, en alguna medida, ofendió su dignidad de catedrático, por discrepar con la opinión de quien lo había formado en el campo del Derecho Constitucional lo trató duramente, y se apartó en forma definitiva de él. Pasaron los años, y al llegar Linares Quintana a un Banco lo encontró en la fila a ese ex alumno que había tenido ese desafortunado e irreverente comportamiento con él, en una injusta e inmerecida explosión de sus nervios y de su apasionada demencia. De inmediato, al verlo, Linares Quintana decidió darle un fuerte y cordialísimo abrazo, estando el ex alumno de espaldas al insigne preceptor. Se sorprendió grandemente el arrebatado hombre de derecho que, al verse abrazado por Linares Quintana, también él lo abrazó calurosamente y con emoción, quedando —por tanto— reanudada la relación amistosa que durante décadas sostuvieron al calor de un profundo y entrañable afecto.

Solamente recuerda hoy el caso de un colega en la cátedra que faltó a elementales deberes de la lealtad, mucho lo había alentado en su formación Linares Quintana, le había dado su firme y sostenido apoyo moral para incorporarse y continuar en la docencia. Pero, a pesar de haber sido destituido de sus cátedras, el autor del monumental Tratado de Interpretación Constitucional, presentado en el mes de octubre del año pasado, guardó total indiferencia ante ese caso que indignó a tanta gente, y siguió enseñando en la misma Facultad, como si nada hubiese pasado retirándole, cobardemente, hasta el saludo.

En el final de nuestra larga y tan instructiva visita, nos dice que un filósofo expresaba: "EL HOMBRE-HOMBRE". El hombre sin miserias espirituales, el hombre que sabe vencer ignominiosas crueldades, el hombre que no cae

víctima de vicios que lo anulan o de irracionales pasiones que lo aniquilan. El hombre-hombre, el hombre que sabe salvar su dignidad en las más duras encrucijadas de la vida.

El hombre que no es tráfuga ni de su vergüenza ni de sus deberes morales, el hombre-hombre que eleva con altivez y con grandeza su transparente y fervoroso magisterio de la libertad.

CRÓNICAS

EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA CIUDAD BLANCA

A PROPÓSITO DEL IX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Jhonny Tupayachi Sotomayor *

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Arequipa, la “Ciudad Blanca” se vistió de gala en el 2008, puesto que tuvo la honrosa tarea de acoger a ilustres visitantes nacionales e internacionales, quienes participaron en el “IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional”, el mismo que fue organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, así como por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, evento realizado los días 18, 19 y 20 de septiembre, participando destacados juristas de orden nacional y del extranjero, académicos, magistrados, investigadores y estudiantes de Derecho.

Recordemos que en el año 2005 se realizó también en Arequipa el “VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional”, el mismo que contó con la

* Abogado y Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Profesor de Pre y Post Grado en diversas universidades en Arequipa y Puno. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

participación de 17 ponentes extranjeros, cerca de 40 profesores nacionales y más de mil alumnos, quienes en delegaciones de diversos puntos del país, concurren a dicho evento, siendo éste un rotundo éxito, en el cual se debatieron temas de gran interés como Derechos Humanos, Descentralización, Reforma Constitucional, Tribunal Constitucional, Constitución Europea, entre otros temas, arribando a conclusiones, las mismas que fueron publicadas en el libro de Ponencias presentadas a dicho Congreso.

Estamos convencidos de que en el estudio del Derecho Constitucional hay mucho por decir aún, la constante evolución de algunas instituciones constitucionales y la desnaturalización de otras, obliga a las universidades y colegios profesionales, especialmente al de abogados, a pronunciarse y emitir opinión. Que mejor si esta opinión sea el corolario del debate académico de destacados especialistas, quienes plasmarán sus propuestas académicas y análisis sobre el temario planteado.

Arequipa, “cuna de la juricidad”, ciudad caudillo, tierra de tradiciones jurídicas, fortín de la democracia, no puede estar ausente del debate académico. Es por ello que a través de las instituciones de mayor realce y representación organizó el “IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional”, siendo que la Comisión Organizadora Central, bajo la tutela de Domingo García Belaunde y Francisco J. Eguiguren Praeli (Presidente Honorario y Presidente, respectivamente, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional), y su dinámico Presidente Ejecutivo Jorge Luis Cáceres Arce, quien con el apoyo de Oscar Urviola Hani (Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María) y Hugo Salas Ortiz (Decano del Ilustre Colegios de Abogados de Arequipa), se han preocupado para que el IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional convoque los mejores académicos en esta disciplina.

II. LA INAUGURACIÓN Y DOS LECCIONES MAGISTRALES

El jueves 18 de septiembre se dio inicio al IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional (IX CNDC), pasada las diez de mañana, en el salón social del Club de Abogados de Arequipa. Se hicieron presentes en la mesa principal Domingo García Belaunde, Carlos Mesía Ramírez (Presidente del Tribunal Constitucional), Hugo Salas Ortiz (Decano del Colegio de Abogados de Arequipa), Oscar Urviola Hani y Jorge Luis Cáceres Arce, para dar inicio a la ceremonia de inauguración.

La bienvenida a la comunidad jurídica, por parte del Decano del Colegio de Abogados a la Ciudad Blanca, fue muy bien recibida tanto

por los participantes nacionales y extranjeros, pero fueron las palabras de Domingo García Belaunde, "congresólogo" de trayectoria, quien hizo el recuento de la actividad constitucional de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional en nuestro país, así como del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, destacando la presencia arequipeña en la misma, siendo que Arequipa por tercera vez organizaba este magno evento, demostrando una gran convocatoria de juristas, profesionales y alumnos, al igual que Francisco J. Eguiguren, quien destacó la calidad de los profesores nacionales y en especial de los extranjeros presentes, ello en el marco de un entusiasmo juvenil, reflejado por los estudiantes venidos de los distintos puntos del Perú.

Por su parte Jorge Luis Cáceres Arce trajo a la palestra el recuerdo de aquellos juristas arequipeños de antaño, resaltando la denominación de "Arequipa cuna de la juricidad", puesto que por segunda vez le tocó presidir la organización del IX Congreso Nacional, tarea que desempeñó en forma conjunta con el apoyo de la Comisión Organizadora, agradeciendo la confianza depositada en su persona, para liderar este vasto encuentro académico.

La presencia de Carlos Mesía Ramírez, Presidente del Tribunal Constitucional del Perú, resaltó el matiz constitucional fluyente en el recinto académico, destacó la intensa labor jurisprudencial que viene desarrollando el Tribunal Constitucional peruano, la misma que en certámenes de trascendencia jurídica como el IX Congreso deben ser discutidas y en algunos casos criticadas, pero "son aquellos espacios académicos donde el debate constitucional nacional y extranjero sirve de base para un enriquecimiento cultural, donde las ideas trascienden los intereses y se reflejan en las opiniones y divergencias, que no solo engrandece nuestra cultura, sino también nuestra doctrina".

La mañana no podía terminar de mejor forma que con la presencia de dos maestros del Derecho Constitucional, los distinguidos profesores Héctor Fix-Zamudio y Néstor P. Sagüés, el primero de ellos, cuya presencia no solo enaltecó el IX Congreso sino que fue la primera visita del prestigiado maestro mexicano a tierras arequipeñas, siendo su prolífica pluma en el Derecho Constitucional de consulta obligatoria para quien se precie de constitucionalista; y por otra parte Néstor P. Sagüés, cuyo aprecio por el Perú ha quedado demostrado por su valiosa participación en numerosos eventos académicos. Ambos volcaron sus experiencias en sendas conferencias magistrales, quienes lejos de una retórica de pesado entender, armaron una suerte de dinámica académica y experiencia doctrinaria, la misma que fue debidamente internalizada por los asistentes.

El maestro Fix-Zamudio, nos ilustró sobre la evolución del proceso de Amparo, destacando que el juicio de Amparo mexicano se ha desarrollado exitosamente, e influyó en todos los países del subcontinente y de España. Fix-Zamudio destacó el proceso de amparo como uno de mayor alcance en la protección de los derechos y libertades fundamentales, excluyendo a los instrumentos jurisdiccionales de tutela específica, como son el hábeas corpus y hábeas data. En razón a la naturaleza jurídica del proceso de amparo, lo cual es un tema polémico y discutido en cada país, señaló que se debe de englobar el fenómeno a la luz de la Teoría General del Proceso y de ahí considerar la naturaleza del amparo como un auténtico proceso jurisdiccional autónomo.

Por su parte, Néstor P. Sagüés, nos ilustró sobre el tema del "*Poder constituyente irregular*", el mismo que alude al ejercicio de tal competencia estatal sin hallarse sujeto, o por haber actuado en contravención de reglas jurídicas que lo condicionan, analizando los límites del contenido, de procedimiento y del poder constituyente irregular.

III. LAS JORNADAS ACADEMICAS Y EL DEBATE CONSTITUCIONAL

1. Jueves 18 de septiembre

Dentro del programa académico del Congreso, se han desarrollado los temas: Derechos Fundamentales, Jurisdicción Constitucional, Reforma Constitucional, Reforma del Poder Judicial, Derecho y Democracia en Latinoamérica y Descentralización, temas que han sido analizados y discutidos no solo en las mesas redondas programadas, sino también en los talleres de trabajo, fortaleciendo y enriqueciendo el debate académico.

En la tarde del 18 de septiembre, en el auditorio del Colegio San José, se dio inicio a las dos primeras mesas redondas, con el tema *Derechos Fundamentales*, donde se discutieron diversos aspectos relacionados a dicho concepto, contando con la participación de los profesores Luis Castillo Córdova (Piura); "*Fundamentación filosófica de los derechos humanos: La persona como inicio y fin del Derecho*"; José Julio Fernández (España) "*Seguridad y libertad: ¿Equilibrio imposible? Un análisis ante la realidad de Internet*"; por su parte, André Ramos Tavares (Brasil) y Benjamin Carrasco del Carpio (Arequipa), desarrollaron algunos planteamientos en razón a la protección y defensa legal de los derechos humanos, bajo una posición crítica y de marco legal comparado. La constante evolución de los derechos humanos

ha llevado a que estos sean constantemente estudiados y analizados. Las diversas concepciones de los mismos y su reconocimiento, ha generado discusiones doctrinarias en razón a su tratativa y aplicación en el marco legal de las naciones, por lo que las innovaciones doctrinarias son acusadas en algunos momentos de inviables.

La segunda mesa redonda fue la de *Jurisdicción Constitucional*, la que reunió a diversos profesores, quienes desarrollaron los temas: Samuel Abad Yupanqui (Lima) "*El proceso de Amparo: nuevas perspectivas*", Francisco J. Eguiguren Praeli (Lima) "*Innovaciones recientes introducidas por el Tribunal Constitucional peruano en materia procesal constitucional*", Aníbal Quiroga León (Lima) "*La supremacía del control constitucional en el derecho procesal constitucional peruano: un sistema mixto*", Gerardo Eto Cruz (Trujillo) "*El sentimiento constitucional peruano*" y Ruy Samuel Espíndola (Brasil) "*El derecho procesal constitucional en el marco comparado del Perú y Brasil*". Debemos recordar que el Derecho Procesal Constitucional ha venido en crecimiento en el Perú, ello desde la dación del Código Procesal Constitucional en el año 2004, fecha desde la cual se ha dado con mayor orden y en algunos casos eficacia, el desarrollo de los procesos constitucionales, antes llamados "garantías constitucionales". A ello debemos de sumar la implementación del precedente vinculante constitucional en el marco constitucional peruano, lo cual ha convertido al Tribunal Constitucional no sólo en un intérprete constitucional sino también en un creador constitucional, muchas veces criticado.

La conferencia magistral que dio cierre al primer día fue asumida por el destacado jurista mexicano Jorge Carpizo, quien dentro de sus planteamientos y polémica exposición nos trae a la mente la pregunta de ¿quién puede controlar al Tribunal Constitucional? ¿Cuáles son sus límites? desarrollando algunos planteamientos de control al supremo interprete constitucional, que despertaron gran interés.

2. Viernes 19 de septiembre

La jornada académica del viernes 19 de septiembre, fue verdaderamente maratónica, puesto que se desarrollaron los talleres de trabajo por comisiones temáticas, en los auditorios de la Universidad Católica de Santa María y los debates fueron en forma simultánea, tres talleres a la vez, diversos profesores de Derecho Constitucional nacionales y extranjeros, debatían frente a profesores, magistrados, abogados y los infaltables alumnos en aquellos temas, que en la profundidad de la reflexión y las diferencias, nos llevaron a valiosas conclusiones.

Los talleres desarrollados en el primer turno (9:00 a.m. a 11:00 a.m.) fueron llevados a cabo bajo una mesa directiva cada uno: *Derechos Fundamentales* (bajo la presidencia de Luis Castillo Córdova y la compañía de Miguel Vilcapoma y Elena Alvites), *Jurisdicción Constitucional* (bajo la presidencia de Víctor García Toma y la compañía de Gerardo Eto Cruz y Edgar Carpio Marcos) y *Reforma Constitucional* (bajo la presidencia de Samuel Abad Yupanqui y la compañía de Jorge Luis Cáceres Arce y Enrique Pestana Uribe).

Los talleres desarrollados en el segundo turno (11:00 am. a 01:00 pm.) bajo la misma temática de sus antecesores fueron: *Reforma del Poder Judicial* (bajo la presidencia de Eloy Espinosa-Saldaña y la compañía de Susana Castañeda Otsu y Ramiro Bustamante), *Derecho y Democracia en Latinoamérica* (bajo la presidencia de Alberto Borea Odria y la compañía de Francisco Miró-Quesada Rada y Víctor Julio Ortecho Villena) y *Descentralización* (bajo la presidencia de Ernesto Blume Fortini y la compañía de José F. Palomino Manchego y Humberto Uchuya Carrasco), talleres donde participaron profesores locales, nacionales y extranjeros, lo cual enriqueció el debate constitucional, cada vez más la jornada académica se iba enriqueciendo, sin dejar de reconocer la participación de las distintas delegaciones de alumnos provenientes de distintos puntos del Perú y del extranjero.

Dentro de los talleres programados debemos destacar también el del "*Concurso de Ponencias Estudiantiles*", el mismo que estuvo presidido por Francisco Morales Saravia contando con la compañía de Christian Donayre Montesinos y Giuliana Arce Cárdenas, donde alumnos de diversas universidades del país, expusieron sus trabajos de investigación, destacando la presencia de Rahavena Viana Melo (estudiante de la Universidad de Recife), quien ocupara el 3er puesto en dicho concurso y que vino desde Brasil para participar en el IX Congreso, fomentándose así no solo la iniciativa académica en los alumnos, sino también la confraternidad y unión cultural.

Por la tarde del mismo día y cerca de las cuatro de la tarde, se continuó con las mesas redondas, siendo la tercera la de "*Reforma Constitucional*", la misma que estuvo integrada por Alberto Borea Odria (Lima), Carlos Hakansson Nieto (Piura), Sigifredo Orbegoso Venegas (Trujillo). En dicha mesa se discutieron algunos planteamientos para la reforma constitucional, destacando los planteamientos del Alberto Borea, quien incide en los mecanismos para regresar a un parlamento bicameral y los postulados de Carlos Hakansson en razón a la inhabilitación política, no dejando atrás la polémica exposición de Sigifredo Orbegoso en razón al acceso a la in-

formación pública, mecanismo que debe ser fortalecido para un adecuado control del Estado.

Posterior a ello, la cuarta mesa "*Reforma del Poder Judicial*", contó con un pleno de gran valía, integrada por Eloy Espinosa-Saldaña (Lima), Susana Castañeda Otsu (Lima), Ramiro Valdivia Cano (Arequipa) y Ramiro Bustamante Zegarra (Arequipa), quienes tienen y han tenido contacto directo con la estructura, organización y trabajo del Poder Judicial; aportaron valiosas ideas para una eficaz administración de justicia, incidiendo en algunos casos en las facultades, composición y forma de elección de los órganos vinculados a la administración de justicia, Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal Constitucional y Ministerio Público, destacando que hay muchos puntos (recomendaciones) que no se han aplicado hasta la fecha, pese a que obran en los proyectos que son de vital necesidad para un eficaz desarrollo y funcionamiento de la instituciones mencionadas.

A comienzos de la noche y a modo de fin de cierre del segundo día de jornadas académicas, se dieron las siguientes conferencias magistrales, las que fueron asumidas por los profesores Lucio Pegoraro (Italia) y Diego Valadés (México). El primero de los mencionados desarrollo el tema "*Metodología y modelos para una investigación sobre derechos fundamentales (con especial referencia a las transiciones constitucionales)*", ponencia desarrollada bajo un marco legal comparado sin dejar de lado una perspectiva crítica, destacando que el estudio de los derechos representa la piedra fundamental que nos permite comprender cuál es y cómo opera la forma de Estado, analizando como dicha concepción evoluciona de una generación a otra. Por su parte Diego Valadés, no hace un recuento entre las diferencias entre el sistema presidencial y el sistema parlamentario, retomando bases históricas en su ponencia, considerando para ello las diferencias doctrinarias sobre que sistema es más efectivo.

Debemos considerar que el origen de la polémica sobre el sistema presidencial no está en las deficiencias objetivas de este sistema, sino en la forma arbitraria de su ejercicio y en los numerosos y dolorosos episodios de abusos que ese desempeño ha propiciado. Por eso, más que plantear el cambio del sistema a partir de las inconsistencias y defectos que lo caracterizan, se ha abierto la posibilidad de renovarlo y racionalizarlo. En los sistemas parlamentarios es indispensable que el gobierno cuente con el apoyo de ese órgano, así se trate de un gobierno en minoría, en tanto que este soporte político no resulta imprescindible en los sistemas presidenciales, excepto donde se requieren la aprobación del programa de gobierno y la confianza del Congreso para la investidura del gabinete o de quien lo

encabeza. Con estas y otras más reflexiones el maestro mexicano desarrolla el tema llegando a la sutil conclusión que los sistemas son asequibles para una adecuada gobernabilidad, ello de acuerdo a la realidad social que los aplique, siendo el hombre quién en todo caso debe cumplir sigilosamente con las pautas de cada uno de ellos.

3. Sábado 20 de septiembre

Para el tercer y último día del IX Congreso se tuvo un programa similar a los días anteriores; reunidos nuevamente en el Auditorio del Colegio San José se dio inicio a las dos últimas mesas redondas: *"Derecho y Democracia en Latinoamérica"*, la cual estuvo conformada por los profesores: José F. Palomino Manchego (Lima) con su ponencia *"Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del Derecho"*, Miguel Vilcapoma Ignacio (Huancayo) con el tema *"La extensión del recurso de agravio constitucional ¿una reforma constitucional?"*, Francisco Miró-Quesada Rada (Lima) con el tema *"Democracia directa en las constituciones latinoamericanas: un análisis comparado"* y José Vicente Haro (Venezuela). En el caso de los profesores peruanos destacaron la evolución democrática que ha venido dándose en nuestro país, los mecanismos de participación de la ciudadanía frente al poder del Estado y la evolución de la política y desde luego de los partidos políticos en el Perú. Por otra parte el auditorio se sensibilizó frente a la narración jurídico-social del joven profesor venezolano quien en su ponencia *"El caso de Venezuela y los recientes intentos de reforma constitucional o de cómo se está tratando de establecer una dictadura socialista con apariencia de legalidad"*, detalló aquellos abusos del poder frente a la propia Constitución y sobretodo frente a la población. Venezuela *"se ha convertido en la justificación constitucional de una dictadura, que doblega a la voluntad de mayoría ciudadana, con las ideas de un socialismo que lejos de buscar el bien común busca el bien personal, la perpetuidad en el poder por parte de Chávez, donde la libertad en todo sus formas se ve doblegada frente al poder del Estado"*, concluyó el joven profesor.

Para finalizar la mañana se hizo presente Oscar Puccineli, quien en su conferencia magistral sobre *"Nuevos paradigmas del Derecho a la imagen personal y los derechos sobre las imágenes de personas y cosas"*, desarrolló los orígenes, evolución y contornos actuales del derecho a la imagen, la misma que debe tener una adecuada protección frente a la prensa y la libertad de información y difusión, considerando principios emanados de la jurisprudencia francesa y recepcionado en el derecho argentino haciendo un paralelo legal, destacando aportes para una reflexión acerca a este tema y planteando elementos que distinguen el derecho a la imagen y el de la intimidad, los mismos que deben ser diferenciados.

En la tarde del sábado cercana la clausura y fin de jornada académica, se dieron las dos últimas conferencias magistrales; era el turno de maestro argentino Ricardo Haro quien en su ponencia "*En el sistema jurídico argentino ¿es controlable jurisdiccionalmente una reforma constitucional*", analizó los argumentos que sustentan una reforma constitucional y si dichos argumentos justifican y hacen necesaria la reforma constitucional, estableciendo las diferencias entre el poder constituyente y el poder constituido, como también, hizo mención a algunos casos de la jurisprudencia argentina en razón a la potestad de la Corte Suprema de dicho país, en ejercicio de su potestad constitucional.

Para el cierre de las conferencias magistrales, fue el turno del profesor italiano Luca Mezzeti, quien desarrollo, quien disertó en razón a los sistemas y modelos de la justicia constitucional, trayendo a recuento los orígenes de la justicia, la misma que deviene de manera jurisprudencial del sistema americano y de manera doctrinaria del sistema europeo, desarrolla los elementos de la primera sentencia constitucional (control difuso), como también el control difuso de los intereses de derecho público y privado, cerrando con su performance académico la última conferencia magistral.

IV. CLAUSURA Y CIERRE DE PROGRAMA

Próximo a las seis de la tarde del sábado 18 de septiembre y frente a una multitud de alumnos y profesores se dio clausura al IX Congreso Nacional y fue el profesor Lucio Pegoraro quien dio las palabras de agradecimiento en nombre de los profesores extranjeros; destacó la atención brindada por la Comisión Organizadora y la coordinación de las actividades realizadas, resaltando la labor de los edecanes (alumnos) que apoyaron en el traslado y guía de a los profesores visitantes. Por su parte, Oscar Urviola Hani, agradeció la presencia de los profesores extranjeros y nacionales, destacando su voluntad y ánimo de participar en esta tarea académica, la misma que no sería la última en realizarse en Arequipa, siendo Francisco J. Eguiguren, Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, quien trajo al recuerdo los congresos anteriores, los profesores nacionales y extranjeros asistentes, la buena voluntad y ánimo de los alumnos que viajan desde otros puntos del país a las sedes de los Congresos de Derecho Constitucional, dejando abierta la invitación para el Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional a realizar en septiembre del 2009, que será organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y dentro del marco de las actividades del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

V. ALGUNAS NOTAS DE RECUERDO

Queda como nota a recordar que la ciudad de Arequipa ha sido tres veces sede de los Congresos Nacionales de Derecho Constitucional, organizados y auspiciados por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, siendo el primero del 26 al 30 de agosto de 1991, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín. Tuvieron que pasar 14 años para que en los días 22, 23 y 24 de septiembre de 2005 se realice en Arequipa el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, esta vez organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, repitiendo dicha hazaña el 2008.

En el año 2005 se contó con la participación de 14 profesores extranjeros, cerca de 30 profesores nacionales y un aproximado de 1100 asistentes a las jornadas académicas, mientras que el 2008 participaron 15 profesores extranjeros, más 40 profesores nacionales y un aproximado de 1000 alumnos, entre locales, nacionales y extranjeros.

El Tribunal Constitucional Peruano, presidido por el profesor Carlos Mesía Ramírez se hizo presente en el Congreso y distinguió al maestro mexicano Héctor Fix-Zamudio, otorgándole la Medalla de Honor “José Faustino Sánchez Carrión”. La ceremonia se llevó a cabo en el Auditorio del Colegio San José de Arequipa con la presencia de todos los magistrados del Tribunal Constitucional. El Dr. Carlos Mesía entregó la distinción y el Dr. Gerardo Eto Cruz leyó una *laudatio* en honor del ilustre profesor mexicano, titulada: “Los caminos de la vida del Pontífice del Derecho Procesal Constitucional: breves líneas en homenaje a medio siglo de investigación de don Héctor Fix-Zamudio”.

Los profesores extranjeros asistentes fueron entre otros, Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés, Héctor Fix-Fierro (México), Néstor P. Sagues, Ricardo Haro, Oscar Puccineli (Argentina), Lucio Pegoraro y Luca Mezzeti (Italia), José Julio Fernández Rodríguez (España), Ruy Samuel Espíndola y André Ramos Tavares (Brasil) y José Vicente Haro (Venezuela).

Entre los profesores nacionales miembros de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional encontramos a Domingo García Belaunde, Francisco J. Eguiguren Praeli, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Ernesto Blume Fortini, Miguel Vilcapoma Ignacio, Víctor García Toma, Samuel Abad Yupanqui, Gerardo Eto Cruz, Alberto Borea Odría, Carlos Mesía Ramírez, José F. Palomino Manchego, Aníbal Quiroga León, Luis Castillo Córdova, Elena Alvites Alvites, Ernesto Alvarez Miranda, César Landa, Francisco

Miró-Quesada Rada, Susana Castañeda Otsu, Christian Donayre Montesinos, Carlos Hakansson Nieto, Enrique Pestana Uribe, Víctor Julio Ortecho Villena, Sigifredo Orbegoso, Jorge Luis Cáceres Arce, Jhonny Tupayachi Sotomayor y Ramiro de Valdivia Cano, entre otros.

Debe destacarse que en el IX Congreso al igual que el VIII se entregaron las ponencias presentadas en formato de libro, con lo cual queda prueba escrita de los trabajos presentados por los expositores, sirviendo como un aporte a la comunidad jurídica constitucional.

Solo nos queda esperar el siguiente X Congreso Nacional de Derecho Constitucional, así como el III Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional, ambos siempre auspiciados por el Asociación Peruana de Derecho Constitucional, propulsor del estudio y del debate del Derecho Constitucional en el Perú.

IX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Víctor Julio Ortecho Villena

Durante los días 18, 19 y 20 del mes en curso, se ha realizado con gran éxito el IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional en la ciudad de Arequipa; programado por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, con el auspicio del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana) y organizado por el Colegio de Abogados de Arequipa y la Universidad Católica de Santa María de aquella ciudad.

Como quiera que ahora más que nunca, la ciudadanía reclama de los principales órganos del Estado mayor seguridad jurídica, que se respete la Constitución, que las normas legales que se expidan respeten el ordenamiento jurídico y sobre todo que se apliquen adecuadamente, considero de interés público la trascendencia que ha alcanzado el referido Congreso, por lo cual nos permitimos trazar algunas pinceladas sobre tal certamen.

Ya desde hace buen tiempo la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (así como la filial peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional) vienen realizando congresos sobre la materia. Y pese a que se trata de un certamen nacional, suelen participar en él distinguidos constitucionalistas extranjeros, que de alguna manera se vienen sumando a esta especie de familia de juristas. Esta vez, han participado cuatro renombrados constitucionalistas mexicanos, tres argentinos, dos italianos, dos brasileños y un venezolano.

Resulta importante recalcar que protagonizaron rol estelar el prestigiado jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Jorge Carpizo, ex Rector de la Universidad Autónoma de México y Diego Valadés de similar prestigio que los anteriores. Y de los juristas argentinos Néstor P. Sagües, actual Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Y Ricardo Haro, gran maestro de Derecho Constitucional en la Universidad de Córdoba. Y Oscar Puccineli de la Universidad de Rosario, quienes dictaron conferencias magistrales sobre la variada temática programada para el Congreso. También nos honró con su presencia Héctor Fix-Fierro, actual Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

El certamen fue inaugurado por el Presidente del Tribunal Constitucional Carlos Mesía, con la presencia del pleno de dicho organismo, haciéndoles en otro momento las distinciones respectivas a los juristas visitantes, en especial a Héctor Fix-Zamudio.

De los juristas nacionales, que son miembros de la Asociación, participaron treinta y cinco juristas, tanto en talleres como en mesas redondas; en estas últimas con sus respectivas ponencias, destacando las intervenciones de Domingo García Belaunde (Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional – Sección Peruana), Francisco Eguiguren Praeli (presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional) Ernesto Blume Fortíni, Francisco Miró-Quesada Rada, José F. Palomino Manchego, Eloy Espinosa-Saldaña y Sigifredo Orbegoso Venegas.

La temática tratada, tanto en las conferencias magistrales como en la exposición de ponencias y realización de talleres, ha girado en torno a los Derechos Fundamentales, Jurisdicción Constitucional, Reforma Constitucional, Reforma del Poder Judicial, Derecho y Democracia en América Latina y Descentralización.

Es importante recalcar que en las diferentes participaciones, hubo una gran confrontación de las experiencias vividas en los países latinoamericanos, dentro de ellos el Perú, en lo referente a las grandes insuficiencias de protección de los Derechos Humanos, en cuya versión interna se denominan Derechos Fundamentales. Asimismo, sobre cómo vienen trabajando los Tribunales o Cortes Constitucionales en esta materia y lógicamente, las críticas favorables y desfavorables a nuestro Tribunal Constitucional.

Por otra parte, estuvo en el tapete la crítica a la débil democracia de los gobiernos del sub continente y por cierto, el de nuestro país. En forma particular, mereció tratamiento el tema de la Descentralización, con sus principales dificultades.

Finalmente debemos reivindicar la numerosa asistencia de estudiantes de Derecho (un público asistente de mil quinientas personas), y la presentación y sustentación de sus ponencias de varios de ellos, en una sesión especial.

Trujillo, setiembre de 2008

(Publicado en "La Industria", Trujillo, el 30 de septiembre de 2008)

RESUMEN EJECUTIVO DE GESTIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: AÑO 2008

I. PRESIDENCIA DEL DR. CÉSAR LANDA ARROYO

Durante los seis primeros meses de gestión del año 2008 se desarrollaron las siguientes actividades:

1. El Tribunal Constitucional celebró 15 audiencias públicas descentralizadas en las ciudades de Tacna, Chiclayo, Jauja, Ocopa, Huancayo y Arequipa. En estas audiencias también se llevaron a cabo conferencias por parte de los magistrados para los jueces y fiscales de los distritos judiciales respectivos.
2. El primer semestre se dedicó a una fuerte labor académica por parte del CEC. Así, se desarrollaron seminarios en Iquitos, Ica, Tumbes, Ayacucho, Cajamarca, Tarapoto, Arequipa y Lima.
 - a. Del 5 de febrero al 27 de marzo se realizó el Seminario-Taller Internacional denominado "Argumentación, Razonamiento e Interpretación Constitucional" en el que expusieron juristas españoles entre los que destacó Manuel Atienza, evento académico ejecutado con el apoyo y la colaboración del Proyecto JUSPER de la Unión Europea.
 - b. También se llevó a cabo el seminario "La tutela de los derechos pensionarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Balance y debates", en la ciudad de Lima, realizado en los días 4, 5 y 6 de junio de 2008.

1. Entre los casos más destacados resueltos durante este período cabe señalar:
 - a. Supuestos en los que el retiro de la confianza es una causal legítima de extinción de la relación laboral y no constituye un despido arbitrario. Demanda interpuesta por Ricardo David Chávez Caballero contra el Banco Central de Reserva del Perú, EXP. N.º 03501-2006-PA/TC, declarada infundada.
 - b. El principio-derecho de igualdad de remuneración, reconocido en la STC N.º 04922-2007-PA/TC, demanda interpuesta por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la SUNAT / Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas, contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria —SUNAT— en la que se declaró FUNDADA en parte la demanda de amparo y se ordenó a la SUNAT homologar a los demandantes su remuneración en igual nivel, cargos y categorías respectivas con los trabajadores de la SUNAT.
 - c. Derecho a no ser privado del DNI y reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica. Caso Rolando Apaza Chuquitarqui, contra el Jefe del RENIEC, en el que se declaró Fundada la demanda de Habeas Corpus interpuesta por Modesto Amanqui Ramos, abogado de don Rolando Apaza Chuquitarqui. Exp. 02432-2007-PHC/TC.
 - d. Derecho de gracia presidencial y Estado Constitucional, Caso Alfredo Jalilie Awapara contra la Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, demanda de Habeas Corpus declarada fundada EXP. N.º 4053-2007-PHC/TC.
 - e. Conflicto competencial entre la Municipalidad Distrital de Surquillo y la Municipalidad de Miraflores. Caso Mercado Municipal de Abastos, EXP. N.º 00003-2007-PC/TC, en la que se resolvió declarando Fundada la demanda interpuesta por la Municipalidad Distrital de Surquillo y Nulo el Acuerdo de Concejo N.º 032-2007-MM, emitido por la Municipalidad Distrital de Miraflores, a través del cual se aprobó la privatización del Mercado de Abastos N.º 1.
 - f. Beneficios Tributarios para las Avícolas. Caso San Fernando, Exp. N.º 05970-2006-PA/TC.
 - g. La imposibilidad de la SUNAT de discernir entre rentas lícitas e ilícitas. Caso Nicolás de Bari Hermoza Quiroz, Exp. 04382-2007-PA/TC, en el que se declaró Infundada la demanda.
 - h. La prueba circunstancial a propósito de la promoción de un Habeas Corpus atípico. Caso Tudela van Breugel Douglas a favor de Felipe

Tudela y Barreda, EXP. N.º 1317-2008-PHC/TC, en el que se declaró fundada la demanda.

- i. El abono de los días de arresto domiciliario al cómputo de la pena. Caso Moisés Wolfenson Woloch, EXP. N.º 6201-2007-PHC/TC, que declaró Fundada la demanda de Habeas Corpus.
- j. El derecho al agua potable, derecho de naturaleza positiva o prescricional. Caso Santos Eresminda Távara Ceferino contra Sedapal, EXP. N.º 06534-2006-PA/TC en que se declaró Fundada la demanda y se ordenó la restitución del servicio de agua en el inmueble de propiedad del representado de la recurrente.
- k. Control difuso en caso de la ley de justicia militar.

II. PRESIDENCIA DEL DR. CARLOS MESÍA RAMÍREZ

Durante los cinco meses de mandato de Carlos Mesía se efectuaron las siguientes acciones:

1. Se regularizó el goce vacacional de los trabajadores del Tribunal Constitucional. Aunque parezca contradictorio algunos de estos trabajadores no quisieron salir de vacaciones. Incluso tuvimos el caso de otro trabajador que no había salido de vacaciones en los últimos cinco años. Se regularizó esta situación anómala.
2. Se puso orden en el horario de ingreso disminuyéndose al mínimo las tardanzas.
3. Se eliminó el abuso en el uso de permisos de salida por parte de varios trabajadores imponiéndose el principio de dirección del empleador.
4. Se rediseñó nuestra página Web poniéndose a disposición de la ciudadanía los videos de las audiencias más importantes.
5. Se aprobó el Plan Estratégico Institucional para el año 2008–2012.
6. Se implementó una dinámica de trabajo a través de los plenos jurisdiccionales de todos los martes, que permitió emitir importantes sentencias.
7. Durante el segundo semestre el CEC continuó con su prolífica labor con seminarios y diplomados en Lima y Huancayo. Asimismo se desarrolló gracias al proyecto JUSPER de la Unión Europea:
 - a. El primer encuentro de jueces y magistrados del Tribunal Constitucional reuniéndose por primera vez a más de 300 jueces de toda la República.

- b. Con el apoyo del mismo proyecto se desarrolló el segundo encuentro de asesores.
- 1. Entre los casos más destacados resueltos durante este período cabe señalar:
 - a. El caso sobre los Tipos de Habeas Data. Caso Robert Colmenares.
 - b. La discriminación laboral por razón de sexo: despido de mujer embarazada por encontrarse embarazada. Caso Bethzabé Gambini.
 - c. El Derecho a la intimidad como límite a las facultades de fiscalización. Caso Vásquez Wong contra la SUNAT.
 - d. La Constitución Ecológica y las restricciones a la importación de vehículos usados. Caso Express Cars.
 - e. El Habeas Corpus preventivo y la sentencia en el caso de la Fiscal Loayza Suárez.
 - f. Caso Mendel Winter Zuzunaga y la Sentencia Interamericana de Derechos Humanos.
 - g. Gobierno Regional de Puno no tiene competencia para declarar patrimonio regional a la hoja de coca.
 - h. Homologación de profesores universitarios con el sueldo correspondiente a un juez supremo.
 - i. No hay órgano inmune al control constitucional cuando se vulneran los derechos fundamentales. Caso Wanka-Federación Peruana de Fútbol.
 - j. El principio de separación de poderes y la justicia militar
 - k. Requisitos para el ascenso a la categoría de Ministro de la Carrera Diplomática resultan inexigibles.
 - l. Los requisitos para la importación de vehículos tienen una finalidad preventiva y reparadora en el medio ambiente.
 - m. El caso Llamoya, la hija que mató a su madre.

III. PRESIDENCIA DE JUAN VERGARA GOTELLI

- 1. Durante el interinazgo que le tocó asumir en diciembre se avocó a dos labores principales:
 - a. Llevar a cabo el proceso de elección de autoridades en el Tribunal

Constitucional, tarea que gracias al apoyo de mis colegas se pudo llevar a cabo con éxito.

- b. Resolución del mal llamado caso Frontón porque en rigor la discusión en dicho caso no era sobre el fondo sino sobre la forma. Se trató de un proceso constitucional de Habeas Corpus que concluyó en la Corte Superior de Justicia de Lima con sentencia favorable para el demandante.

Todas estas actividades podrán ser apreciadas en la memoria que se está editando y que será publicada en nuestra página web.

DOCUMENTOS

EL PODER JUDICIAL Y LA DEMOCRACIA * **

Víctor Andrés Belaunde

Señores catedráticos, discípulos y amigos:

Es sin duda un favorable designio del Destino el que esta conferencia, cerrada para mí la Casa de Estudiantes por orden del gobierno, se realice en estos claustros que educaron a los hombres que nos enseñaron a gozar la libertad.

(*) El presente texto es el discurso pronunciado por Víctor Andrés Belaunde en el patio de la Facultad de Derecho de la casona de San Marcos el martes 22 de marzo de 1921 ante los estudiantes de ese centro universitario y publicado al día siguiente en el diario La Prensa. Lo hizo en defensa de las resoluciones judiciales recaídas en procesos de Habeas Corpus desconocidos por el gobierno de entonces a través de su Ministro de Gobierno, Germán Leguía y Martínez, lo que permitía la existencia de presos políticos en la entonces prisión de la isla de San Lorenzo. El origen está en el pedido que le hizo Luis Fernán Cisneros, entonces director de La Prensa, a fin de que Belaunde saliese al frente de las arbitrariedades que significaban el desconocimiento de los fallos judiciales y la existencia de presos políticos. Cisneros acompañó en todo momento a Belaunde durante el discurso, saliendo luego ambos del recinto universitario en hombros de los asistentes. A los pocos días y bajo el cargo de resistencia a la autoridad y de alterar el orden público, se confiscó el diario La Prensa y Belaunde y Cisneros fueron apresados y desterrados a Panamá, empezando así un largo exilio. Las vicisitudes y precisiones a este discurso constan en las notas a pie de página y en la nota explicatoria puesta al final, que corresponden a Domingo García Belaunde. (Nota de Redacción)

(**) Los titulares del diario son los siguientes: "El triunfo del Dr. Víctor Andrés Belaunde en la Universidad / Reconstrucción íntegra de la vibrante conferencia que sustentó ayer en defensa de la justicia"

¡Qué hermoso es que en este glorioso patio nos juntemos a la sombra de recuerdos augustos para defender la justicia y la democracia! (aplausos)

Yo puedo hablar en la Universidad porque no represento intereses políticos y vengo solo a defender instituciones y defender ideas. Bien sabéis que hace más de dos años estoy desvinculado de la política activa y dedicado por completo a la propaganda de los derechos del Perú en el extranjero; hace un año en el Río de la Plata y ahora último en los Estados Unidos. Así, mi punto de vista para contemplar las cosas que suceden en el Perú es completamente imparcial. Yo veo todas las cosas que acontecen en mi país desde el punto de vista de repercusión externa; y puedo declararos que la revolución del 4 de julio primero, los ataques a los periódicos después, la ley de confiscaciones, y sobretodo, el desconocimiento de los fallos de los tribunales, han debilitado nuestra posición en la política exterior.

La Federación de Estudiantes no debe mezclarse en la política, pero no es mezclarse en política defender las instituciones primordiales de la democracia. Fue política y mala política llevar a la sociedad estudiantil nombres frente a campañas electorales. No es política sino deber cívico exigir a los gobiernos el respeto del Poder Judicial.

Mas el deber de esta defensa del Poder Judicial abarca no solo a la Federación, sino a la Universidad misma; hace algunos años subrayabais con vuestros aplausos esta palabras mías: "La Universidad es la Institución máxima, superior al Parlamento y superior al Poder Ejecutivo, personificación suprema de la nacionalidad, porque ella representa la continuidad histórica y la fuerza moral".¹ Ahora os digo que la Universidad, como entidad colectiva, está amparada por las decisiones judiciales y que el atropello al Poder Judicial compromete también la existencia de la Universidad; y, por consecuencia, no solo los individuos que componen el claustro, sino la Institución misma tiene el deber de solidarizarse con los Tribunales en el conflicto entablado con el Poder Ejecutivo. (aplausos)

Contemplo con profunda tristeza y con el criterio de un hombre que ha respirado el ambiente reconfortante de otros pueblos la situación actual; yo veo que el recurso de Habeas Corpus, la más santa de las instituciones democráticas, es descatado sistemáticamente por el gobierno. Debo probar

(1) La cita no es textual, pero responde a las ideas del discurso de Belaunde en la Federación de Estudiantes en 1917 que está recogido en su folleto "La vida universitaria", I y E. Villarán, Lima 1917; 2da edición, Editorial Okura, Lima 1987. Reordenado y alterado descuidadamente se encuentra en las "Obras Completas", tomo II, Edic. del Centenario, Lima 1987.

en esta conferencia que este desacato es la destrucción de la democracia, tesis difícil de puro fácil; tesis que envuelve un lugar común que conocen todos los estudiantes de los primeros años de Derecho. Por la paradoja de nuestra política, ideales que son realidad en todos los pueblos, conceptos que en otras partes están incorporados definitivamente a la vida, tienen que ser aquí objeto de disertaciones doctrinarias.

El respeto al Poder Judicial es el sostén de todas las garantías, la base de todas las libertades; si ese respeto falla, las libertades serán solo declaraciones verbales, palabras sin sentido, fraseología estéril e irónica al mismo tiempo. Y no se trata de la libertad de los detenidos en San Lorenzo solamente; el desacato al Poder Judicial significa la inseguridad y la zozobra para todos. Bien lo sabe el señor Ministro de Gobierno cuando ha dicho que él podría poblar la isla de San Lorenzo, y lo podrá hacer si los tribunales del Perú no son respetados en sus fueros. Es un anacronismo explicar lo que es el Habeas Corpus.

El conferencista tiene que hacer una grotesca excursión al siglo XIII y olvidarse que existe en el siglo XX y no tiene límite su asombro al ver que el Perú tiene que luchar en el siglo XX para obtener lo que los ingleses arrancaron a Juan Sin Tierra hace más de setecientos años.

Después de la Revolución Francesa y de la Independencia de América, Poder Judicial y Democracia significan lo mismo; Poder Judicial y garantías individuales son una absoluta ecuación. Pero lo interesante es observar que aun antes de la era democrática el Poder Judicial fue la única valla contra el absolutismo y fue respetado por el absolutismo.

Yo pregunto: ¿Y no será respetado por un Presidente de la República?

Como esta conferencia es doctrinaria me habéis de permitir algunas referencias históricas.

Nuestra raza tuvo instituciones que limitaron el absolutismo. Se llamaban Cortes en Castilla, las Cortes y el Justicia Mayor en Aragón. Esta asombrosa institución del Justicia Mayor era una especie de juez mediador que controlaba la omnipotencia del Rey; el absolutismo se establece en España con la abolición de las Cortes y con la desaparición del Justicia.

Mas la pérdida de aquellas instituciones quedó compensada en España con las glorias de la política europea, el empeño de la Monarquía universal y la conquista de América. Nosotros tenemos también nuestro Justicia Mayor: es la Corte Suprema: la desaparición de su autoridad ha iniciado el absolutismo en el Perú; ahí hay un absolutismo que no tiene la compensación de la política exterior de los Austrias; un absolutismo que puede

conducirnos a quedar en el rango de la Guatemala de Estrada Cabrera o a ser comparables con una tribu africana. (estruendosos aplausos)

Bien sabéis que a pesar de la monarquía absoluta, el Parlamento o sea el Tribunal de París, conservó la facultad de registrar los edictos del Rey. La resistencia del Parlamento a registrar los *Lit de Justice* de Luis XVI inicia la Revolución Francesa. ¿Recordáis el hermoso caso de Enrique IV con motivo del Edicto de Nantes? El gran rey quería registrar el Edicto, que era la libertad religiosa, y el Parlamento se resistió; pero el rey no atropelló al Parlamento, los llamó como buen padre de familia, rogó y pidió y obtuvo el registro. En el presente conflicto, el Ejecutivo representa con su actitud la violación de las libertades individuales; los Tribunales representan la libertad y es triste decir que un Presidente de la República en el siglo XX ha atropellado lo que el más grande de los Borbones no se atrevió a atropellar en el siglo XVI. (aplausos)

Saben mis discípulos de Historia Moderna que Inglaterra es el país clásico de la Libertad. Pues bien, en Inglaterra en el siglo XVIII se presentó un caso, que tiene asombrosa semejanza con la situación actual en el Perú y que exige por lo mismo ser expuesto con ciertos detalles.

Wilkes era un panfletista mal reputado que atacó el discurso de la Corona. El rey Jorge, irritado, ordena al secretario Halifax que decreta la prisión de Wilkes y el incautamiento de su propiedad, mas un amigo de Wilkes presenta el recurso de Habeas Corpus a la Corte de Pleitos Comunes. El gobierno de esa época eludió el cumplimiento cambiando los guardias de Wilkes; mas la Corte mantuvo su resolución. Y cuando Wilkes fue trasladado a la Torre de Londres, la Corte le puso en libertad, y el más absolutista de los Jorges tuvo que anular aquella orden. Wilkes se presentó entonces pidiendo daños e intereses; los Tribunales condenaron al Ejecutivo al pago de más de cien mil libras. Pero el Rey, siguiendo su tenaz persecución, obtuvo que el Parlamento condenara los panfletos de Wilkes, y lo expulsara de su seno, así como el actual Gobierno arrancó de una Cámara dócil el desafuero de los señores Grau, Portella y Pardo. Mas Wilkes, el desprestigiado panfletista, así como se defendió del Rey con las Cortes, se defendió del Parlamento con el apoyo de la opinión pública. Se produce una agitación en toda Inglaterra, se organizan sociedades para apoyar a Wilkes; el lema democrático en esa época es: Wilkes y libertad. La opinión pública triunfa, eligiendo varias veces consecutivas a Wilkes para el Parlamento. En 1771 es elegido Sheriff de Londres y en 1774, la ciudad le discierne el alto honor de elegirlo Alcalde, y vuelve Wilkes al Parlamento contra el Gobierno y contra el Rey. Lord Chatham, el más grande de los

estadistas de esa época, se limitó a decir: Wilkes es un súbdito inglés, investido de ciertos derechos que la ley le asegura y de los cuales solo la ley puede privarle. Y aquí, señores, no se trata de un modesto panfletario, sino de un hombre que lleva un apellido sagrado para los peruanos; de dos militares valerosos, que serían los primeros en ofrendar a la patria su vida en caso de peligro nacional; de distinguidos ex diputados a Congreso, y de honrados ciudadanos. Y yo pregunto: ¿un Presidente de la República en el siglo XX al ponerlos en libertad no podría repetir, para honra suya, las palabras del orgulloso Chatham: "Son ciudadanos del Perú y tienen todos los derechos que la ciudadanía les confiere"? (aplausos)

Mas no solo en Inglaterra libre las decisiones de los tribunales tienen plena eficacia; la tenían también en la Prusia, tierra clásica de la autocracia y del militarismo.

Cuando visitaba Potsdam me llamó la atención ver un molino junto al palacio de los reyes de Prusia, y al preguntar que significaba aquel molino, me contaron la siguiente historia. El gran Federico era perturbado en su sueño por el ruido de aquel molino. Llama al propietario y le ofrece comprarlo. Señor, respondió el molinero, yo quiero conservar este molino que fue de mis padres y de mis abuelos; entonces el Rey ordenó la expropiación.

Mas el humilde molinero se presentó a los tribunales, que ampararon su derecho de propiedad; continuó perturbado el sueño del gran Federico, pero quedó consagrado el imperio de la Justicia.

¡¡Aspas de aquel molino seguid, seguid vuestro vuelo para decir de aquel triunfo a las generaciones futuras: Sois más grandes que la puerta de Brandemburgo y más imponentes que la columna ² de Leipzig, porque los triunfos militares poco son ante el triunfo de la justicia sobre los avances del poder!! (estruendosos aplausos)

Las instituciones gubernativas de Europa se agigantan y perfeccionan en la tierra americana. El destino quiere que en la América todo sea grande, la tierra, el hombre y la justicia.

Los Estados Unidos descubren una nueva misión para el Poder Judicial. En Europa, el Poder Judicial es la salvaguardia de las garantías individuales. En Norteamérica el Poder Judicial es el celoso guardián de la Constitución; por encima de los parlamentos de los Estados, por encima de la Casa de

(2) La versión taquigráfica dice "pirámide", lo que es un error o un lapsus del orador. Lo hemos corregido teniendo en cuenta lo que se indica en el esquema de su conferencia y que inserta en sus memorias de 1962, cuya ficha se señala más adelante.

Representantes, por encima del Senado agosto, está la Corte Suprema Federal. La Corte deja de aplicar la ley anticonstitucional. Cuando se trató del sufragio feminista, reforma que contaba con el voto de treinta y cinco Estados y se produjo la aprobación de Tennessee, el trigésimo sexto Estado, pero en legislatura ordinaria, se temió que se presentara una demanda a la Alta Corte sobre la constitucionalidad de esta última aprobación; y nadie dudó en los Estados Unidos que si la Corte acogía esta demanda su decisión prevalecería sobre el gran movimiento a favor del sufragio de la mujer, que tenía tras de sí a la nación entera. Así se respeta al Poder Judicial en los Estados Unidos.

Teniendo esta visión en el alma, ya comprenderéis el espantoso contraste que he sufrido al llegar a mi patria y al contemplar el espectáculo que ofrecemos al mundo. La Corte Suprema desoída y ultrajada, mandados al archivo sus oficios, escarnecidas sus resoluciones; desgarradas las inmunidades parlamentarias, ciudadanos despojados de su libertad, sin juicios y sin jueces, sin conocimiento de los motivos de su acusación, sin la presentación de las pruebas de su supuesta culpabilidad, por solo la obra de estos dos hermanos inseparables: la arbitrariedad y el miedo. (aplausos) Y yo me pregunto: ¿es esto una realidad o una pesadilla?

Pero ya sé que los casuístas del régimen van a decir que no tienen juicios, pero que pronto los tendrán; que no tienen jueces, pero que éstos serán nombrados dentro de poco, porque ha habido un parlamento inconsciente y servil que ha aceptado crear jueces *ad hoc*. Mas todos sabemos que los tales jueces nombrados no son jueces *ad hoc*, porque no están sometidos a la jerarquía judicial dentro de la pirámide cuya cúspide es la Corte Suprema.

Son jueces especiales, extraños a la jerarquía judicial ordinaria, son jueces por comisión. Y bien, ¿dónde estudiaremos esta institución interesante?

Aquí en la Universidad nos enseñaron que algo anacrónico, pero no monstruoso como los jueces de comisión, los fueros, quedaron abolidos el año 1856.... Nos enseñaron también que el error de conservar la jurisdicción militar para el caso de revoluciones por bandas armadas fue enmendado ya, en medio del aplauso general, y esto que la jurisdicción militar reposaba sobre el honor de una institución. Mas se trata ahora de jueces especiales, jueces comisionados, nombrados por el Poder Ejecutivo para juzgar y condenar a los enemigos del Poder Ejecutivo. La mente siente el vértigo de lo absurdo y el horror de la ignominia. No hay tratadistas modernos que nos hablen de jueces comisionados. No se han puesto en el caso de que se reviviera semejante aberración.

Para saber lo que ellos significan tenemos que hacer una excursión paleontológica. Dejar de ser jurisconsultos modernos y convertirnos en discípulos de Couvier y revivir fósiles; para saber lo que ellos significan y el juicio que merecieron a sus remotos contemporáneos, tenemos que exhumar palimpsestos.

Veamos lo que dice Escriche, el olvidado Escriche, que consultaban nuestros bisabuelos y abuelos: "No pueden crearse, pues, comisiones que tengan por objeto sacar a los ciudadanos de la jurisdicción de los jueces y tribunales establecidos por las leyes. Las comisiones de esta clase han sido siempre miradas con espanto. Contemplando Francisco I el sepulcro de Montagú, decapitado en tiempo de Carlos VI, se lamentaba de que un hombre como aquel hubiese muerto en manos de la justicia. "Ah señor, contestó un religioso que se hallaba presente, no fue condenado por la justicia sino por una comisión".

"El príncipe que sustituye jueces forzados a los órganos ordinarios de la ley, dice M. Berenger, anuncia la intención de satisfacer venganzas; y la única diferencia que pueda descubrirse entre los comisarios que nombra y los asesinos, consiste en que los primeros se encargan de imponer la muerte haciéndola preceder de la ceremonia de una sentencia, y los últimos la dan por sí mismos y sin prevención. Bajo cualquier aspecto que se presenten los tribunales de excepción, cualquiera que sea el nombre que se les diere, cualquiera el pretexto con que se les instituya, siempre deben ser mirados como tribunales de sangre. No esperéis de ellos piedad, ni humanidad, ni sentimientos de justicia; ni aun confiéis en el carácter de mansedumbre y rectitud que hayan manifestado hasta entonces los individuos que los componen. Todo hombre que comete la vileza o la cobardía de aceptar una misión que le pondrá en el caso de castigar acciones que no son reputadas criminales, sino porque desagradan a un déspota o una facción, hace el sacrificio de su honor y se convierte, desde luego, en instrumento de la injusticia". (M. Berenger "De la justice criminelle en France". Tit. I, cap. 2, tomado de Escriche "Diccionario de Legislación y Jurisprudencia", art. "Comisión" en la página 468). (aplausos) ³

Los jueces especiales no serán nombrados. No creo que haya ciudadanos peruanos que acepten ese nombramiento, que sería un oprobio y si los hubiera lancemos contra ellos la excomuni3n de la democracia, hoy m3s formidable que la excomuni3n de los Papas en la Edad Media. (aplausos) ⁴

(3) Se ha corregido la cita de acuerdo al texto de Escriche.

(4) A partir de aqu3 se incorporan las correcciones hechas por el autor en vida y que

Permaneciendo los ciudadanos presos en San Lorenzo, sin juicios y sin juez, contra los mandatos del Poder Judicial y por solo la orden del Poder Ejecutivo, imaginaos la llegada de los delegados extranjeros a la fiesta del Centenario. No se podrá ocultar el hecho. Y ellos preguntarán por la Isla, y se les dirá: es una prisión política. Se está allí a mérito de una orden del Poder Ejecutivo, que no es motivada. Los encarcelados no saben las causas de la privación de su libertad. Nadie los juzga. Y entonces los delegados pensarán que hace 130 años existía en Francia una prisión política a la que se entraba por supuestos delitos contra la Monarquía y por una orden del Rey, cuyo nombre ha pasado con estigma a la Historia: *lettres de cachet*. Tampoco había juicios, ni había jueces. Esa prisión se llamó La Bastilla. Los franceses iniciaron su libertad destruyendo La Bastilla, y nosotros celebramos el Centenario de la libertad erigiendo una nueva Bastilla. (estruendosos aplausos)

Y en la fecha clásica, por amargo contraste, cuando la Democracia y la Libertad sucumben en el Perú, se consolidan en todos los pueblos de América. En la misión que he tenido en los Estados Unidos debí presentar el balance de la Democracia en América y ese balance era favorable. En la Argentina, una ley de sufragio determina el pacífico cambio del centro de gravedad política del partido Conservador a la clase media, que representa el partido Radical. En el Uruguay, por obra del pacto constitucional en que tanta influencia tuvo nuestro amigo Brum, blancos y colorados participan del poder. La oposición tiene tres puestos en el Consejo Administrativo. El Parlamento, por la representación proporcional contiene todos los matices de opinión. En el Paraguay, el triunfo de la candidatura Gondra representa la iniciación de una nueva vida democrática. En Bolivia, el partido Republicano va al poder después de gloriosa lucha para realizar el ideal internacional que se conforma con el nuestro. En el Ecuador se suceden dos gobiernos civiles y se restablece la normalidad democrática. Colombia nos ofrece el magnífico ejemplo de la incorporación del partido Liberal a la oposición dentro de los marcos del gobierno. Tres estadistas han continuado la obra de Restrepo, de aquel Restrepo que proclamaba el derecho de oposición y aun el derecho de la rebelión.

En América Central es derribada, en medio de los aplausos del continente, la oprobiosa tiranía de Estrada Cabrera y se abre paso la idea de la Confederación de las cinco repúblicas, que les dará fuerza exterior y consolidación interna. En México cae Carranza y el gobierno de Obregón

destinó al tercer tomo de sus memorias que publicó en 1962; se reeditaron completas en 1967 y en dos tomos.

se inaugura buscando la cooperación de los intelectuales, dando la tierra a los campesinos y expidiendo una Ley de Instrucción inspirada por un gran amigo nuestro: José Vasconcelos. Cuba llama al general Crowder, autor de la nueva ley del sufragio para resolver pacíficamente el conflicto de las pasadas elecciones. Los americanos se preparan a devolver a Haití y a Santo Domingo su independencia.

En este cuadro alentador solo constituyen una excepción la Venezuela de Gómez, con su cárcel política de Puerto Cabello y el Perú de este gobierno con su Bastilla de San Lorenzo. (aplausos)

La obra de Bolívar al acercarse al Centenario solo resulta incompleta en la tierra que le vio nacer y en la patria en que coronó su epopeya. Bolívar expresa el lado luminoso y el lado sombrío de América: el lado luminoso en sus sueños del Chimborazo y en la exaltación del Potosí: el lado sombrío en los augurios de la Carta de Jamaica y en los trenos proféticos de los solitarios paseos de Santa Marta. Todos los pueblos de América se aproximan a los ideales de Bolívar. Solo Venezuela y el Perú van a realizar las maldiciones y los funestos augurios del Libertador. Pregunto a la juventud peruana si no ha llegado el momento de que en el Perú no se cumpla la maldición de aquellos augurios sino la bendición de aquellos ideales. (aplausos)

Y necesitamos reaccionar no solo por razones de orden interno, sino por razones de orden internacional. En el gran problema del Perú, el problema de nuestras reivindicaciones territoriales y nuestra integridad nacional, tenemos tres grandes apoyos: la justicia de nuestra causa, la heroica intransigencia con que la hemos defendido y seguiremos defendiéndola y la solidez y espíritu liberal de nuestras instituciones. Y no cabe duda que el establecimiento en el Perú de una dictadura por la revolución del 4 de julio, y sobretodo, el mantenimiento de un régimen personal que se agrava día a día, nos despoja de este último apoyo, que si no es el más importante, no por eso deja de ser esencial y definitivo. Se ha dicho por todos una gran verdad: el conflicto entre el poder y la justicia que hoy se desenvuelve en el orden interno es el símbolo de aquel otro conflicto entre el derecho y la fuerza que se desenvuelve en el orden externo. No demos a nuestros enemigos el argumento barato de que no podemos exigir el predominio de la justicia en el exterior cuando predomina la fuerza en el interior. No olvidemos que para establecer la justicia fuera, la mejor base es comenzar por establecer la justicia dentro. He recorrido los principales países de América, y puedo decir con satisfacción patriótica que no hay estadista honrado u hombre de ciencia que merezca el nombre de tal que no esté a favor del Perú. Prácticamente tenemos el veredicto de la humanidad.

En el orden interno, la causa de la libertad y de las garantías individuales tiene la opinión del Perú. El día que la fuerza se doblegue ante esa opinión, podemos considerar ese hecho como augurio de que la fuerza también se doblegará ante el veredicto de la justicia en el problema de nuestra integridad nacional. (aplausos)

*(En este momento se produjo el asalto cobarde de la policía secreta y se interrumpió la conferencia, mientras los universitarios daban cuenta de los asaltantes... El doctor Belaunde permaneció imperturbable, y la reanudar su discurso, exclamó emocionado: "¿queréis, discípulos, mayor prueba de que el Gobierno está preparado para entrar por el camino de la arbitrariedad y de la violencia que el ataque que acabáis de rechazar? ¡Ah, yo creo que así como habéis sabido vencer este cobarde atentado, sabréis triunfar mañana en la defensa de la causa de la justicia!")*⁵

La vida tiene una lógica inflexible. El gobierno instaurado por la fuerza y que buscó la colaboración de la Asamblea más imperfectamente elegida en la Historia del Perú, en lugar de enmendar sus errores iniciales, ha añadido día a día nuevos errores y nuevas arbitrariedades, sumiéndose inconscientemente en el abismo. A los ataques a la libertad de la prensa, a las garantías individuales, ha sucedido el caos económico, la saturnal financiera; a la saturnal financiera la desorientación y el descalabro internacional; y coronando todo esto, la rebeldía contra la institución sacrosanta, base de todas las libertades, el Poder Judicial.

Pero el país reacciona en este instante. El gobierno puede reaccionar. Se obtiene la libertad de un periodista y la opinión pública adormecida o silente, despierta, se agita, se agiganta y forma una ola incontrastable. Ella no busca el cambio de los hombres sino la vuelta a la normalidad de las instituciones. Un pueblo puede perdonar los errores iniciales de un gobierno; pero no perdonará jamás el desacierto como sistema y la violencia y la arbitrariedad como método. El instante es solemne, el momento crucial. El Gobierno instaurado el 4 de julio ha recibido este favor providencial. Es el Perú entero que lo dice, que se detenga al borde del abismo.

Bien sé que los ciegos sostenedores de esta política, dirán que retroceder es debilidad; yo digo: retroceder es valor. La verdadera cualidad de los estadistas consiste en saber detenerse. La diferencia entre Lincoln y Wilson, y que hace que aquel sea más grande que éste, es que tenía el sentido de la transacción y del compromiso, el talento de ceder. A pesar de su amor al ideal, el orgullo y la intransigencia de Wilson han contribuido

⁽⁵⁾ Esta digresión periodística ha sido eliminada en la versión corregida por el autor, que aquí mantenemos para mejor comprender el contexto del discurso.

casi tanto como la oposición republicana al fracaso de la Liga de las Naciones; los hombres de gobierno no tienen el derecho de ser orgullosos ni de ser tercos: deben ser los servidores sumisos de este amo supremo, que se llama la opinión pública. Tenemos el ejemplo de Inglaterra y de Italia. La ductilidad de Lloyd George ha salvado a la nación británica de la terrible huelga del carbón; la flexibilidad de Giolitti ha permitido cerrar las puertas de la península al bolcheviquismo; la obstinación no es la característica de los estadistas, sino de los caudillejos o mandones de otra época. El Perú entero pide hoy al Jefe del Poder Ejecutivo que sea un estadista a la moderna y que deje los métodos de los dictadores que han puesto al mismo tiempo una nota trágica y una nota cómica en la historia de América. El Perú entero le dice hoy que los gobiernos que se apoyen sobre las bayonetas, caen por las bayonetas, y los gobiernos que se rinden ante la opinión, duran por la opinión.

La disyuntiva que tiene el gobierno es la misma que tiene la nacionalidad. El Perú debe tener conciencia que se le presentan también los dos caminos. Si reacciona y hace sentir al gobierno toda la fuerza de la opinión pública, será una democracia; si continúa deprimida su energía nerviosa, se prepararán días aciagos, como los de Guatemala o Venezuela.

A estas disyuntivas corresponden responsabilidades históricas. El Jefe del Poder Ejecutivo debe tener conciencia de que después del origen revolucionario de su gobierno, frente a una situación de guerra diplomática con Chile, en situación parecida y tal vez peor que la sublevación del año 29 de Gamarra frente a Colombia, si no enmienda rumbos pasará a la historia con las maldiciones que recayeron sobre aquel régimen y será considerado como un Gamarra sin la iniciación gloriosa de Ayacucho y sin la muerte heroica de Ingavi.

Y, a su vez, si el pueblo peruano y principalmente la juventud no reaccionan en estos momentos para imponer con toda la fuerza moral los rumbos salvadores de la acción gubernativa, será considerado por los historiadores del mañana como una generación menguada, indigna de los sacrificios realizados por los héroes de la Independencia, indigna de la sangre derramada en la epopeya del Pacífico.

El momento es solemne. Lo he dicho y tengo que repetirlo: el Centenario de la libertad solo puede celebrarse con la realidad de la libertad; el Centenario de la democracia, con la realidad de la democracia. El único homenaje digno a los héroes es el esfuerzo para realizar o defender el ideal y las instituciones que nos dejaron.

En la época judaica los fariseos creían honrar a su Dios con las manifestaciones del culto externo. Leemos en "Isaías" que Jehová irritado rechazaba esos sacrificios puramente exteriores diciendo: "Me repugna la carne de vuestras hecatombes y el incienso de vuestros sacrificios; quiero la pureza de vuestro corazón y la honradez de vuestra conducta".⁶

La patria tiene también su religión y tiene su culto; le debemos no solo el homenaje de los monumentos y de las festividades, sino principalmente el homenaje de la honradez de la vida ciudadana y de la realidad de las instituciones democráticas.

Vamos a honrar este año la egregia figura de San Martín, uno de los dioses tutelares de la nacionalidad. Veo que se yergue sobre su pedestal; se entreatren sus labios de bronce y nos dice frente al espectáculo que presentamos al mundo: No quiero la pompa de vuestros mármoles, ni el brillo de vuestros bronces; quiero como homenaje a mis manes, la libertad que os traje, la justicia que invoqué al independizaros. Y vosotros, jóvenes ¿qué responderéis a aquella voz de San Martín, que repercutirá en vuestras conciencias? Responderéis: Sí, Libertador: vuelve a la tranquilidad de tu sueño, vuelve a la serenidad de tu gloria, porque al mismo tiempo que los bronces y los mármoles erigidos en tu nombre, la juventud te levanta hoy un monumento más grande: la decisión de luchar por la justicia, que es la garantía de la libertad y de la democracia. (grandes aplausos)

NOTA EXPLICATORIA

Con motivo de la ley núm. 23624 que creó la Comisión Nacional del Centenario de Víctor Andrés Belaunde (1883-1966) que estableció la obligación del Estado de asumir la publicación de sus obras completas (lo cual, lamentablemente no se ha cumplido, pues solo han salido seis tomos) me buscó César Pacheco Vélez para que lo ayudase en la búsqueda de textos de Belaunde, que él no tenía o que conocía solo de referencia. Fue así que le proporcioné diversos materiales que fue utilizando en los volúmenes que llegó a publicar, y entre ellos, el discurso de V. A. Belaunde en defensa de la independencia del Poder Judicial y que pronunció en el Patio de Derecho de la casona de San Marcos, el 22 de marzo de 1921. Y que tanta resonancia tuvo en aquel momento en el cual se definió, decididamente, el régimen de Leguía como una dictadura. No solo fueron deportados diversos dirigentes,

(6) Las ideas son indudablemente del profeta Isaías, pero aun dejando a salvo las diferentes traducciones, la cita más parece ideológica que textual (*Isaías*, Lib. I).

profesores y periodistas (entre ellos el propio Belaunde) sino que el diario que les había servido de apoyo, La Prensa, fue expropiado por el gobierno a los pocos días y editado como propio durante largos años, hasta que tras la caída de Leguía fue devuelto a sus antiguos propietarios.

Fiel a su costumbre, Belaunde preparó cuidadosamente su conferencia con la información de que disponía y redactó un esquema de ella, pero no hizo un texto escrito sino que lo confió a la memoria.

Terminada la conferencia, preparó un número especial de la revista "Mercurio Peruano" conteniendo su discurso y todos los documentos relacionados con él, incluyendo el apoyo de los decanos Deustua, Manzanilla y Villarán, así como otros pronunciamientos. Pero la policía irrumpió en la imprenta Sanmarti e incautó todo el material, con lo cual la publicación se frustró.

El discurso fue publicado en su integridad en el diario La Prensa, edición de la tarde, página 2, del día miércoles 23 de marzo de 1921. Lo que ahí aparece es la versión taquigráfica con los detalles de la conferencia, tales como los aplausos del público asistente y además la intervención de la policía que quiso interrumpir el acto y la manera como el público rechazó la intervención, ya que se trataba de un recinto universitario. Y con los giros y acentos propios de un discurso hablado, dirigido a un auditorio y no a un lector de gabinete.

Dicho texto es lo único que existe de manera completa hasta ahora. Y fue por eso que obtuve una fotocopia con la colaboración de Enrique Chirinos Soto, quien me facilitó el acceso al local tradicional del diario ubicado en el Jirón de la Unión (calle Baquijano). Recuerdo que el archivo con la colección completa del diario desde 1903 se hallaba en un depósito del primer piso herméticamente sellado con una puerta de acero. En aquel momento el diario no circulaba más. Dejó de aparecer en mayo de 1984.

Esta copia fue la que proporcioné a Pacheco Vélez y la que finalmente, apoyado con otros textos que le proporcionó Jorge Paredes Pérez, publicó en las Obras Completas, tomo II, Meditaciones Peruanas, Lima 1987, pp. 349-360. Lo que hizo Pacheco Vélez fue insertar el discurso tal como estaba en la versión taquigráfica tomada de La Prensa, pero utilizando la parte final que Belaunde había dejado corregida antes de morir y que integraba un capítulo del tercer tomo de sus memorias (cf. Planteamiento del problema nacional, edit. Lumen, Lima 1962, pp. 196-206). Esto es, Belaunde no reprodujo la primera parte del discurso y solo lo hizo de la parte final, debidamente corregida, si bien respetando la versión existente. En realidad,

la versión taquigráfica aparecida en La Prensa tiene todas las trazas de ser fidedigna, como se comprueba por el hecho de que Belaunde en la parte que selecciona para su inclusión en sus memorias, solo introduce ligeras atingencias al texto mismo, por lo que concluimos que el texto del diario era fiel. Lamentablemente, en la versión publicada por Pacheco Vélez y que se reproduce en las Obras Completas (tomo II, 1987) existen varias licencias: algunas eliminaciones, añadidos, cambios de estilo y reordenamiento de las frases fruto de las arbitrariedades del compilador, que no han debido realizarse, más aun cuando no conocemos la versión definitiva de la totalidad del discurso. Lo publicado aquí, decididamente no es una versión confiable.

Años después, Pedro Planas incorporó el discurso de Belaunde a una importante compilación de ensayos suyos. (cf. Democracia y tradición constitucional en el Perú, Edit. San Marcos, Lima 1998, pp. 525-535) En realidad, Planas no hizo ninguna investigación de archivo, sino se limitó a seguir la versión manipulada por Pacheco Vélez, si bien agregó notas y datos de su propia cosecha.

Lo que he hecho en esta oportunidad es lo siguiente: reproduzco el texto periodístico tal cual, introduciendo únicamente correcciones menores de orden mecanográfico, de puntuación y acentos, manteniendo los añadidos del periodista en relación con el discurso, y siguiendo en la parte final el texto publicado en las Memorias de Belaunde, en cuanto es notoria su mejora estilística o precisión de datos. Y adicionalmente he corregido la transcripción del texto de Escriche que Belaunde cita, y que he tomado de la edición publicada en París en 1851. A pie de página agregó varias notas que explican algunos puntos de interés.

De esta manera se rescata el texto de un discurso tal como fue escuchado y apreciado en 1921, con las precisiones que el autor hizo en la parte final y sin las adulteraciones que existen en las dos versiones publicadas. Los hechos pueden verse en las memorias de Belaunde, en donde incluso se anexa el esquema de la parte jurídica de la conferencia (el libro citado de 1962 Planteamiento del problema nacional ha sido posteriormente incorporado a Trayectoria y destino. Memorias completas, Ediventas, Lima 1967, tomo II, pp. 594-600). Y en Jorge Basadre, Historia de la República del Perú, Ediciones El Comercio, Lima 2005. Dice Basadre: "La conferencia de Belaunde, por su carácter espectacular y por los dramáticos episodios que lo acompañaron o siguieron, fue un acontecimiento sin precedentes" (cit., tomo 14, pág. 62). Lo que amerita aun más su reproducción ahora, de manera más fiel con la documentación existente. (Domingo García Belaunde)

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)