

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
DIRECTOR
LUIS ELGUERA
SECRETARIO

AÑO 13, Nº 25
JULIO-DICIEMBRE DE 2012

25 / 2012

Revista Peruana de

Derecho Público

ESTUDIOS

La relación entre la Corte Constitucional y la
autoridad de la jurisdicción común en el control
constitucional de la ley

ROBERTO ROMBOLI

El pensamiento político y los proyectos constitucionales
de Melchor de Talamantes, un ilustrado peruano en la
Independencia de México

JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO

Los procesos penales a los presidentes de la República.

El mega-proceso contra Alberto Fujimori

JORGE PAREDES PÉREZ

La alternancia: dentro y fuera del partido político

ALEJANDRO PÉREZ HUALDE

Donación de órganos de anencéfalos: una visión
según el bioderecho constitucional

ADRIANO SANT'ANA PEDRA

Antecedentes de la reforma constitucional de 1940
sobre concordatos

CARLOS PAREJA PAZ-SOLDÁN

GRILEY

Revista Peruana de
Derecho Público

EDITORIA JURIDICA GRIJLEY

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 13, Número 25 • Julio-diciembre de 2012

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, Nestor P. Sagüés, Alejandro Pérez Hualde
Brasil	: Luiz Pinto Ferreira (†), José Afonso Da Silva, Paulo Bonavides, Marcelo Figueiredo, 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 y Libreía Jurídica *Grijley E.I.R.L.*

Jr. Azángaro 1075 - Of. 207
Telf.: 321 0258 / Telefax: 427 6038
Web: www.grijley.com
E-mail: info@grijley.com

SUMARIO

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

ESTUDIOS

La relación entre la Corte Constitucional y la autoridad de la jurisdicción común en el control constitucional de la ley ROBERTO ROMBOLI	13
El pensamiento político y los proyectos constitucionales de Melchor de Talamantes, un ilustrado peruano en la Independencia de México JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO	33
Los procesos penales a los presidentes de la República. El mega-proceso contra Alberto Fujimori JORGE PAREDES PÉREZ	59
La alternancia: dentro y fuera del partido político ALEJANDRO PÉREZ HUALDE	75
Donación de órganos de anencéfalos: una visión según el bioderecho constitucional ADRIANO SANT'ANA PEDRA	105
Antecedentes de la reforma constitucional de 1940 sobre concordatos CARLOS PAREJA PAZ-SOLDÁN	119

NOTAS

Sobre el “derecho procesal constitucional” GUILLAUME TUSSEAU	181
---	-----

Jornadas de Asociaciones Constitucionales de América del Sur (Lima, 27–29 de septiembre de 2012)	185
---	-----

NECROLÓGICA

Dardo Pérez Guilhou (1926–2012) MARÍA GABRIELA ABALOS	193
--	-----

DOCUMENTOS

Democracia y despotismo en Hispano-América VÍCTOR ANDRÉS BELAUNDE	203
--	-----

Convocatoria a una Asamblea Constituyente (1948)	209
--	-----

EDITORIAL

En diciembre de 2012, nuestro sistema de jurisdicción constitucional cumplió treinta años desde que se instaló formalmente en el Perú. Éste cuenta con un órgano especializado y un conjunto de procesos constitucionales, y tuvo su nacimiento formal en 1979 con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales. El Tribunal Constitucional realizó una celebración conmemorativa de este evento, en la que hubo ponencias que destacaron la trayectoria e importancia de este sistema. Representantes de los otros órganos constitucionales del Estado participaron en el evento como invitados, así como numeroso público.

Nuestra Revista se suma a la conmemoración de la instauración de este sistema *sui generis*, al que siempre dedica una atención especial.

De otro lado, en el semestre tuvo lugar el término del período de ley de cuatro integrantes del Tribunal Constitucional: Ricardo Beaumont Callirgos, Gerardo Eto Cruz, Ernesto Álvarez Miranda y Fernando Calle Hayén, lo cual se agregó al vencimiento del período de Juan F. Vergara Gotelli en 2009. Por todo esto, al final del 2012, el TC solo cuenta con Oscar Urviola Hani como miembro en el ejercicio de su período regular.

Esta situación ha puesto en jaque al Congreso de la República, encargado de elegir y nombrar a los profesionales que habrán de cubrir estas plazas vacantes. El legislador buscó facilitarse la tarea modificando en octubre la Ley Orgánica del TC, al crear una modalidad que no pasa por publicar en el diario oficial las convocatorias y las listas. El proceso de selección podrá realizarse con una mayor soltura facilitándose la obtención de un acuerdo de las bancadas, con menor exposición del invitado al evitarse que éste pueda ser maltratado con un rechazo abierto en el procedimiento regular. Pero al parecer la exigencia de cupos de cada bancada, que se interesan en el amigo y no en la excelencia, ha dificultado la elección de magistrados.

La tardanza en el nombramiento de los nuevos miembros del Tribunal Constitucional, se hace conjuntamente con el del Defensor del Pueblo y de tres directores del Banco Central de Reserva. Estos atrasos, que esperamos sean resueltos en breve término, son muestra del bajo nivel de gran parte de las cúpulas políticas, que buscan incondicionales y no gente proba y altamente calificada.

Lima, diciembre de 2012
El Director

ESTUDIOS

LA RELACIÓN ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA AUTORIDAD DE LA JURISDICCIÓN COMÚN EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

Roberto Romboli

I. INTRODUCCIÓN. LOS ORÍGENES DE LA RELACIÓN ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LOS JUECES COMUNES: EL MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL APROBADO EN ITALIA Y LA DETERMINACIÓN DE LOS CAUCES DE ACCESO AL CONTROL DE LAS LEYES

La relación entre la Corte Constitucional y los jueces comunes tiene su fuente en los sucesivos desarrollos del modelo de justicia constitucional aprobado y, posteriormente, aplicado en Italia, donde, como en otros países europeos, cuando se decidió introducir un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, la elección que se tomó fue, como es sabido, la de un modelo concentrado.

La diversa tradición sobre el valor de la ley y la relación entre las decisiones del poder político y las funciones reconocidas al Poder Judicial, aconsejaron instituir un órgano especial (la Corte Constitucional), totalmente separado de la judicatura y compuesto según criterios funcionales que garantizaran su particular sensibilidad, incluso "política", considerada como necesaria para la delicada tarea que se le había asignado de controlar y poder declarar ilegítimo un acto aprobado por el órgano directamente representativo del cuerpo electoral.

En cambio, no se consideró necesario reconocer de manera difusa este poder al juez común.

Esto, básicamente, por tres razones:

- a) el temor de que la confrontación entre una Constitución muy innovadora y la legislación vigente, heredada por el régimen precedente, pudiera provocar una excesiva exposición de los jueces;
- b) una desconfianza general a la sensibilidad sobre los nuevos valores constitucionales por parte de los jueces formados con base en principios completamente diversos; y
- c) el temor de que la falta del carácter vinculante del precedente judicial (*stare decisis*) pudiera afectar al principio de seguridad jurídica, en caso de que una ley fuera considerada contraria a los principios constitucionales por unos jueces y no por otros.

Las discusiones de los constituyentes se centraron en los debates acerca de las dos maneras distintas de entender la actividad del futuro Juez constitucional; la primera centrada en el carácter objetivo que el control de constitucionalidad debería tener, aspirando básicamente a la eliminación de las leyes inconstitucionales, y la segunda que veía a la Corte principalmente como garantía de los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos por la Constitución, cuya protección debía ser directa, y no el resultado indirecto de la eliminación de las leyes inconstitucionales.

El reconocimiento a la Corte constitucional de la función de garante de la constitucionalidad del ordenamiento y/o de guardián de los derechos fundamentales, habría requerido racionalmente la previsión de específicos cauces de acceso, dirigidos a conseguir especialmente una u otra de las mencionadas finalidades.

En Italia el único cauce de acceso previsto resultó esencialmente el juicio en vía incidental. Este instrumento, como lo demuestran también las experiencias de otros países, tiende básicamente a someter al Juez constitucional una ley en términos de su aplicación práctica y desde la perspectiva de lo que necesita el juez para resolver el juicio común (relevancia-prejudicialidad). Por lo tanto, al menos desde el punto de vista teórico, es más apto para lograr la función de protección de los derechos fundamentales y no la función objetiva de control de constitucionalidad de las leyes.

En efecto, no se aprobó ninguna de las propuestas de establecer un recurso directo a favor de los ciudadanos (para que actuaran en nombre propio o como representantes de un interés calificado), de las minorías parlamentarias o de un fiscal de la Constitución, y la única hipótesis de recurso directo (del Estado contra leyes regionales y de las Regiones contra leyes del Estado) ha sido utilizada, tanto en su previsión constitucional y legal como en su aplicación práctica, casi exclusivamente como instrumento para regular los conflictos de competencia entre el Estado y las Regiones.

Así que si es cierto que se rechazó la hipótesis de asignar a los jueces directamente la función de controlar (de manera difusa) las leyes, también es innegable que, al ser la vía incidental el único cauce de acceso general y siendo necesaria siempre la decisión de un juez común, el papel que les fue asignado a los jueces resultó, más o menos deliberadamente, crucial y de fundamental importancia para el control de las leyes en Italia (modelo concentrado, pero con iniciativa difusa).

II. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADA A TRAVÉS DE LA VÍA INCIDENTAL EN LOS PRIMEROS AÑOS DE ACTIVIDAD DE LA CORTE Y SU INCIDENCIA EN EL DESARROLLO CULTURAL Y POLÍTICO DE LA MAGISTRATURA, ASÍ COMO EN SU SENSIBILIZACIÓN A LOS NUEVOS VALORES CONSTITUCIONALES

El tema que fui invitado a desarrollar en esta ponencia, concierne al examen de las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces comunes en Italia, con referencia al control de constitucionalidad de las leyes planteado a través de la vía incidental, en razón de una experiencia de más de cincuenta años.

Con esta finalidad, antes que nada debe destacarse que, una vez que la Corte Constitucional empezó a funcionar, la actitud de la Corte de Casación sobre la posibilidad de plantear frente a ésta cuestiones de inconstitucionalidad fue, en un primer momento, muy tímida. De hecho son muy pocas las cuestiones que ésta planteó.

Por el contrario, la parte más sensible de la magistratura, representada principalmente por los jueces más jóvenes, empezó gradualmente a ver en la cuestión de inconstitucionalidad una forma de librarse de la sujeción a la ley (cuando sospechaba de su inconstitucionalidad) y también de la interpretación que de ésta daba la Corte de Casación, favoreciendo así una especie de "alianza" entre la Corte Constitucional (interesada en que le fueran planteadas cuestiones de inconstitucionalidad y, en consecuencia, tener la oportunidad de actuar para lograr la constitucionalización del ordenamiento) y una parte de los jueces (la más sensible a la concreta realización de los valores constitucionales).

El papel asignado al juez de plantear ante la Corte una cuestión de inconstitucionalidad, hizo que éste se pusiera inmediatamente en contacto con los nuevos valores constitucionales, favoreciendo su penetración en la sociedad. Esto inevitablemente tuvo influencia también en el poder de interpretación del juez y en la forma en que éste se ejercía, poniendo al juzgador en contacto con el pluralismo de los valores expresados en el

texto constitucional y, por tanto, ampliando los poderes interpretativos y el carácter creativo de esta actividad. La asignación al juez común de esta función en el juicio sobre las leyes contribuyó de manera decisiva a la formación democrática y a la elevación cultural de los jueces, lo que reforzó su posición de independencia, tanto en las relaciones con los otros poderes del Estado, como dentro del mismo Poder Judicial.

III. LA RELACIÓN ENTRE LA CORTE Y LOS JUECES EN LOS MOMENTOS MÁS SIGNIFICATIVOS DE CINCUENTA AÑOS DE JURISPRUDENCIA SOBRE EL CONTROL DE LAS LEYES EN VÍA INCIDENTAL. (A) LA “FASE ASCENDENTE”. LEGITIMACIÓN PARA PLANTEAR CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD: LA NOCIÓN DE “JUEZ” Y DE “JUICIO”

Al recordar y subrayar lo que considero han sido los momentos más significativos de la relación que se estableció entre la Corte Constitucional y los jueces comunes, puede ser útil subdividir los mismos en dos grupos, según se refieran a la que podríamos llamar:

- a) la “*fase ascendente*” de la cuestión de inconstitucionalidad (del juez a la Corte), que comprende los aspectos relativos a la legitimación de la autoridad judicial para plantear las excepciones de inconstitucionalidad, es decir, la determinación, por parte de la jurisprudencia constitucional, de la noción de “juez” y de “juicio”, en el ámbito de la cual la excepción puede ser elevada, así como los poderes del juez para decidir si interpone o no la cuestión (de oficio o a instancia de parte); o
- b) la “*fase descendente*” (de la Corte al juez), es decir, el seguimiento de las decisiones pronunciadas por la Corte y la eficacia que se reconoce a éstas por parte de los jueces.

Con relación a la primera fase, en sus primeros quince años de actividad, la Corte realizó, con el consenso casi unánime de la doctrina, una lectura amplia y extensiva de los términos “juez” y “juicio”. Esto con la finalidad de ampliar el acceso a la justicia constitucional y poder decidir un mayor número de cuestiones de inconstitucionalidad, persiguiendo el interés público a través de la certeza del Derecho y la actuación de la Constitución, con la eliminación de las leyes contrarias a la misma.

En los años siguientes, siempre en lo que se refiere a cuestiones interpuestas por sujetos que son parte del Poder Judicial, asistimos a una clara y neta inversión de tendencia en sentido restrictivo.

Los casos en que se niega al “juez” la legitimación para interponer una cuestión frente a la Corte, se hacen más numerosos y ésta introduce un

límite (nuevo en su jurisprudencia) a la posibilidad de elevar cuestiones de inconstitucionalidad. Este límite es el carácter jurisdiccional y no administrativo de las funciones de la autoridad judicial que interpone la cuestión, llegando a la declaración de inadmisibilidad de cuestiones interpuestas por un juez en el ámbito de un procedimiento de carácter administrativo y no jurisdiccional.

La Corte Constitucional solo en raras ocasiones, en el ámbito del juicio de constitucionalidad, ha considerado utilizar una noción “funcional” y “substancial” de “juez” y “juicio”, considerando suficiente para estos fines la subsistencia del ejercicio de funciones de juzgador para la objetiva aplicación de la ley, por parte de sujetos incluso ajenos a la organización jurisdiccional, y que se encuentran en una posición de *super partes*.

De hecho, hasta el momento esto ha sucedido solo en pocas ocasiones, la primera de las cuales tiene que ver con la legitimación de la misma Corte Constitucional como juez *a quo*, mientras que las otras se han presentado con relación a la legitimación de la sección disciplinaria del “CSM” (Consejo Superior de la Magistratura), así como en lo que se refiere a la Corte de Cuentas en el ejercicio de su función como órgano de control, respecto a la cual la legitimación ha sido reconocida solamente para cuestiones relativas a la cobertura financiera de las leyes de egresos.

La ocasión más reciente es la relativa a la legitimación de los árbitros para interponer cuestiones de inconstitucionalidad en el ámbito del arbitraje ritual. La Corte, al pronunciarse al respecto, ha considerado que “en una organización constitucional en que está prohibido a todos los jueces tanto la desaplicación de la ley como la definición de un juicio aplicando leyes de cuya constitucionalidad se duda, también los árbitros, cuyo juicio es potencialmente fungible con el de los órganos judiciales, deben utilizar el sistema de control incidental de constitucionalidad de las leyes”.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha excluido que el fiscal pueda ser equiparado al juez para la interposición de la cuestión de inconstitucionalidad, porque éste tiene una configuración propia y distinta en el ordenamiento y tiene el poder de ejercer la acción penal pero no de emitir provisiones decisorias, por lo que no puede sustituir a la autoridad jurisdiccional y, en consecuencia, no está legitimado para promover un juicio de legitimidad constitucional.

Finalmente, en lo que se refiere a la noción de “juicio”, éste se ha entendido siempre como un procedimiento de carácter jurisdiccional, excluyendo en consecuencia la posibilidad de que un juez pueda interponer cuestiones de inconstitucionalidad en el ámbito de procedimientos de carácter administrativo, como por ejemplo los relativos a la autorización para la abstención de un juez, los de concesión del permiso para la expulsión

de extranjeros y los que se refieren a la liquidación de la compensación por los servicios prestados a los jueces populares o los relacionados con el nombramiento de sujetos fuera de la administración para que presidan, por rotación, el colegio arbitral disciplinario para los empleados de la municipalidad que lo requiera.

Debe señalarse también la forma en que, por primera vez, hace unos días, el legislador reconoció expresamente (artículo 69 de la ley número 69 del 18 de junio de 2009) la legitimación para interponer cuestiones de inconstitucionalidad al Consejo de Estado, cuando emite un dictamen en el ámbito del recurso extraordinario al Presidente de la República. Esta hipótesis había sido expresamente excluida hace algunos años por la Corte Constitucional, debido a la naturaleza administrativa y no jurisdiccional del procedimiento.

Si es verdad que el mismo legislador quiso cambiar la regulación de este recurso extraordinario al dotarlo de características más jurisdiccionales, también es cierto que se trata del primer caso en que el legislador interpreta directamente la noción de “juez” indicando (e imponiendo a la Corte) un sujeto en calidad de legitimado para plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

IV. SIGUE: EL JUICIO DE RELEVANCIA Y EL DE NO MANIFIESTA FALTA DE FUNDAMENTO REALIZADO POR EL JUEZ Y SU CONTROL POR LA CORTE CONSTITUCIONAL. LA AUTOSUFICIENCIA DEL AUTO DE PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Siempre con relación a la “fase ascendente”, en lo que se refiere a los poderes del juez *a quo*, la ley (artículo 23, apartados 1º, 2º y 3º de la ley número 87 del 11 de marzo de 1953) prevé que el juez, a instancia expresa de una de las partes del juicio o de oficio, debe elevar la cuestión de legitimidad constitucional cuando dude que determinada disposición de ley puede ser contraria a la Constitución, teniendo la facultad de no hacerlo solo cuando, en el caso de la interposición a instancia de parte, considere la excepción propuesta absolutamente carente de fundamento; esto quiere decir que la excepción, para plantearse, no debe considerarse manifiestamente infundada. Además de esta condición, la ley señala que la duda de constitucionalidad debe referirse a una disposición que el juez considere necesaria e indispensable para decidir el juicio (o una parte del mismo) que se sigue frente a él (concepto de “relevancia” de la cuestión de inconstitucionalidad).

Sobre la relación entre la Corte Constitucional y los jueces comunes en lo que se refiere al juicio de relevancia, la primera, a pesar de las posiciones contrarias expresadas por casi toda la doctrina y aún reconociendo for-

malmente que el juicio sobre la relevancia corresponde al juez, ha siempre ejercido, y continúa haciéndolo, un control sobre el juicio realizado por la autoridad judicial, aunque definiéndolo como un control “externo” y limitado al carácter admisible de la motivación, que puede ser censurada solo si es manifiestamente arbitraria, si tiene un vicio lógico o es contradictoria, así como en los casos en que no sea unívoca o no permita la verificación del necesario nexo de instrumentalidad.

Al asumir la Corte la tarea de determinar la relevancia, se han presentado algunas contraposiciones entre ésta, que ha considerado que la disposición impugnada no era aplicable en el juicio principal, y el juez del proceso, que, al contrario, ha sostenido que dicha disposición era indispensable al momento de resolver.

El acto con el cual el juez se pone en contacto directo con la Corte Constitucional es el auto de planteamiento de la cuestión, en el cual la autoridad judicial debe motivar su juicio positivo sobre la relevancia y la no manifiesta falta de fundamentación y debe indicar los términos de la cuestión, es decir, las normas de ley que se impugnan y los parámetros constitucionales que se consideran violados.

La Corte examina siempre con mayor atención la existencia de todos los requisitos necesarios para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad (algo que en ocasiones ha parecido pedantería), solicitando al juez una completa y exhaustiva motivación sobre su subsistencia, con la finalidad de tener la posibilidad de ejercer su control sobre la efectiva relevancia de la cuestión y de delimitar los términos de la misma. De hecho, especialmente desde la mitad de los años ochenta, son muchas las cuestiones declaradas inadmisibles o manifiestamente inadmisibles por falta o insuficiente motivación sobre la relevancia y/o la no manifiesta falta de fundamentación.

Todo esto se expresa por medio de la referencia al llamado principio de “autosuficiencia” del auto de planteamiento, en el sentido de que todos los elementos requeridos para la admisibilidad de la cuestión deben resultar solamente de la providencia de reenvío a la Corte y no pueden derivar de los otros actos del juicio *a quo*.

Entre los defectos que, con mayor frecuencia, la Corte constitucional ha reprochado al juez, sancionándolos con una declaración de inadmisibilidad (simple o manifiesta) de la cuestión interpuesta, pueden mencionarse: a) la motivación del auto de planteamiento; b) la inexacta determinación del objeto de la cuestión o de los parámetros constitucionales, y c) el uso inapropiado de la excepción de inconstitucionalidad, como por ejemplo cuando se propone con la intención de recibir una confirmación por parte de la Corte sobre una propia hipótesis interpretativa de la ley impugnada.

V. (B) LA “FASE DESCENDENTE”: EL SEGUIMIENTO DE LAS DECISIONES DE LA CORTE POR LOS JUECES COMUNES. LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DESESTIMATORIAS, DE LAS MANIPULADORAS Y DE LAS LLAMADAS DECISIONES ADITIVAS DE PRINCIPIO

Por lo que concierne a la llamada “fase descendente”, es oportuno subrayar que las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces comunes no se concentran solo en la fase de deliberación y en la eventual ordenanza de remisión de la cuestión de constitucionalidad, dado que, considerada la naturaleza prejudicial del auto, el primer destinatario de la decisión de constitucionalidad sobre el incidente es precisamente el juez *a quo*. Por ello el interés en examinar también las relaciones que se establecen entre los dos sujetos en lo que tiene que ver con el seguimiento de la decisión de la Corte por parte de la autoridad judicial, es decir, con la eficacia de la misma.

En lo que se refiere a este punto, no me ocuparé de las decisiones procesales, y haré referencia solamente a aquellas que recaen en el fondo del asunto (estimatorias y desestimatorias).

En cuanto a las decisiones desestimatorias, es constante la jurisprudencia constitucional en el sentido de que éstas, aun cuando no excluyen que otros jueces o el mismo juez en otros juicios eleve la misma cuestión, sí prohíben al juez remitente hacer esto en el mismo juicio que dio lugar a la sentencia que declara no fundamentada la cuestión, ya que esto redundaría en la impugnación de una sentencia de la Corte que violaría el párrafo tercero del artículo 137 constitucional.

En cambio, en lo que se refiere a las decisiones estimatorias, un tipo particular de pronunciamiento está representado por las decisiones denominadas “manipulativas”.

Este término indica que con estas decisiones la Corte lleva a cabo la modificación e integración de las disposiciones que examina, de manera que éstas salen del juicio constitucional con un significado y un contenido diferentes al que tenían originalmente.

En algunas remotas ocasiones, estas decisiones han suscitado resistencia por parte de los jueces, que reconocían la eficacia y la fuerza vinculante de la parte ablativa de la sentencia de la Corte, pero se negaban a seguir la parte “reconstructiva”, considerándola como un ilícito exceso respecto a las funciones que la Constitución y la ley atribuyen a la Corte Constitucional.

De cualquier forma, hoy en día puede considerarse pacífico el reconocimiento del valor que los jueces dan a este tipo de decisiones, ya que éstas son aplicadas de la misma manera que las provisiones normativas de los órganos políticos.

En lo que se refiere a la relación entre la Corte y los jueces comunes en el momento que sigue a las decisiones de la primera, vale la pena señalar también el uso de las llamadas sentencias aditivas de principio, que tienen como finalidad respetar la discrecionalidad del legislador, cuando su intervención se considere indispensable e insustituible, sin dejar de ejercer, en caso de inercia del Parlamento, la tarea de garantizar la legitimidad constitucional de las leyes.

Por medio de estas decisiones, la Corte sigue la misma técnica de las sentencias manipulativas, con la diferencia que en este caso no se introduce una regla inmediatamente operante y aplicable, sino solamente un principio. Éste debe ser puesto en práctica a través de la intervención del legislador, pero estas sentencias pueden, dentro de ciertos límites, representar una referencia para el juez en la decisión de casos concretos.

VI. SIGUE: LA EFICACIA FRENTE A LOS JUECES DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS DESESTIMATORIAS Y DE LAS INTERPRETACIONES SUGERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL. EL PERIODO DE LA “GUERRA ENTRE LAS DOS CORTES” Y SU SUPERACIÓN A TRAVÉS DE LA REFERENCIA AL “DERECHO VIVIENTE”

Merece una reflexión más profunda la relación entre la Corte y los jueces comunes que se ha realizado con respecto a la eficacia de las llamadas sentencias interpretativas y a la consecuente evolución de las mismas, con especial atención a la llamada interpretación conforme de la que hablaré enseguida.

La premisa se halla en la fundamental elección, realizada por la Corte en sus primeros pronunciamientos, en el sentido de reconocerse la posibilidad de interpretar y de reinterpretar la disposición impugnada y de declarar la falta de fundamentación, a condición de que se siga una interpretación determinada. Así se supera la posible distinción entre el plano de la legalidad y el de la constitucionalidad (a la Corte corresponde la interpretación de la Constitución, a los jueces la de la ley) para “crearse” de hecho la tipología de las sentencias interpretativas desestimatorias.

De este modo se planteaba el problema relativo a las formas en que era posible reconocer la eficacia de las interpretaciones sugeridas por la Corte frente a los jueces comunes. Este problema llegará a una solución compartida en mayor medida con la tesis que prevé la obligación, para el juez que no compartiera la interpretación indicada, de plantear de nuevo la cuestión de inconstitucionalidad.

En una primera fase, la Corte de casación sostuvo que no estaba obligada a seguir la interpretación de la ley indicada por la Corte Constitucional,

produciendo una situación de conflicto que se recuerda como la “guerra entre las dos Cortes”.

Esta situación será superada posteriormente por medio de la referencia y la valorización del “derecho viviente” por parte del Juez constitucional, que se empeña en fundamentar el juicio de constitucionalidad en el significado atribuido por la jurisprudencia consolidada o predominante de la disposición impugnada y, por lo tanto, en buena medida por la jurisprudencia de la Corte de Casación.

En caso de que pueda considerarse fundado un derecho viviente, el juez tendrá la posibilidad de elegir entre seguir una interpretación propia que se aparte del derecho viviente considerado inconstitucional o bien impugnar este último ante la Corte Constitucional que, al decidir el asunto, podrá estimar que el derecho viviente no es contrario a la Constitución (avalándolo) o bien declararlo inconstitucional, pero sin plantear interpretaciones alternativas propias. Estas últimas, por el contrario, serán posibles a falta de un derecho viviente o en caso de que el derecho viviente no pueda considerarse formado. De este modo la Corte, con sus propias interpretaciones, colabora con la formación del derecho viviente.

VII. LOS AÑOS NOVENTA Y LA INVITACIÓN (LUEGO OBLIGACIÓN) AL JUEZ DE SEGUIR LA LLAMADA INTERPRETACIÓN CONFORME. LA POSIBILIDAD, PARA LA CORTE CONSTITUCIONAL, DE IMPONER A LOS JUECES COMUNES UNA LECTURA DE LA DISPOSICIÓN NO CONSENTIDA POR LA LETRA DE LA LEY

Los años noventa se caracterizan, gracias a la eliminación del trabajo acumulado, por un notable crecimiento del juicio constitucional, que se expresa también por medio de la invitación, siempre más urgente, dirigida a los jueces para que utilicen sus poderes interpretativos y, en la elección entre distintas lecturas posibles de una disposición, sigan aquella conforme a los principios constitucionales, evitando así plantear a la Corte una cuestión de inconstitucionalidad si la duda puede superarse por medio de una interpretación adecuada. Esto con la convicción de que determinados resultados pueden conseguirse mejor a través de la actividad de interpretación del juez, limitada en sus efectos al asunto decidido, y no por medio de una declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*.

Algo que ha favorecido la interpretación adecuada es el ya conocido principio (afirmado por primera vez en la sentencia 356/1996) según el cual una ley debe declararse inconstitucional no porque puede interpretarse de manera inconstitucional, sino porque es imposible interpretarla de manera constitucional.

La Corte, a partir de 1998, pide al juez, so pena de una declaración de inadmisibilidad manifiesta, demostrar que se buscó y privilegiaron las posibles hipótesis interpretativas que permitían adecuar la disposición de ley a los parámetros señalados en la duda de inconstitucionalidad.

En los últimos años, a pesar de que se ha desarrollado un derecho viviente de manera inequívoca, la Corte ha dado diversas interpretaciones propias mientras que, en otros casos, ha hecho invitaciones expresas a los jueces para seguir una interpretación conforme, incluso en presencia de un derecho viviente o de una orientación jurisprudencial unívoca, teniendo el juez “sólo la facultad y no la obligación de seguir la orientación jurisprudencial predominante”.

En la relación entre el derecho viviente y la interpretación conforme, la Corte constitucional ha demostrado que da prevalencia a la segunda, adquiriendo el primero el carácter de criterio residual.

Los pronunciamientos interpretativos desestimatorios han sido empleados en el último período en supuestos en que la actividad interpretativa parece, con respecto al texto normativo, más “creativa” o más “audaz”, ya que el significado indicado por la Corte no se desprende de manera evidente, ni siquiera cuando no parece ser contrario al propio texto.

Este aspecto ha sido evidenciado particularmente por un vigoroso intercambio de afirmaciones entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación, tanto que se ha hablado de una “segunda guerra entre las Cortes”.

Sustancialmente, la Corte de Casación afirmaba que no podía seguir la interpretación indicada por el Juez constitucional, ya que ésta era contraria a la letra de la ley y pedía al Juez de las leyes una sentencia de ilegitimidad que permitiría al juez llegar al resultado indicado por ella.

La Corte Constitucional, en un primer momento, confirmó la posibilidad, para el juez, de superar las dudas de constitucionalidad a través de la interpretación conforme. Posteriormente, dado que la Corte de Casación continuaba sin considerarla posible, declaró la inconstitucionalidad de la norma derivada de la interpretación de la Corte de Casación, que podía ser definida ya como “derecho viviente”.

El problema de la eficacia de las interpretaciones indicadas por la Corte Constitucional con sus sentencias no parece encontrar una solución válida en la atribución, establecida en la norma, de eficacia *erga omnes* a la sentencias interpretativas desestimatorias, ya que con ello se acabaría en buena medida con asignar al Juez constitucional una suerte de poder de interpretación auténtica, ajeno al sistema constitucional italiano, y semejante al que corresponde al legislador.

Tampoco parece practicable la solución de una imposición por vía jurisprudencial de la interpretación conforme, debido a la independencia

que la Constitución garantiza a los jueces comunes y que podría dar lugar a una sucesión de indeseables e improductivos “dares y tomares” entre la Corte y la autoridad judicial, cuando ésta estime que no puede seguir la interpretación sugerida por la primera.

En lo que se refiere a la actividad de interpretación de la ley a la luz de la Constitución, no creo que se pueda (y tampoco que se deba, a la luz de los principios constitucionales) distinguir la posición del juez común respecto a la posición de la Corte Constitucional, dado que los dos deben interpretar ambos actos normativos, si bien con la obvia reserva al Juez constitucional de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley o de una interpretación determinada de la misma.

Por lo tanto la solución hay que encontrarla en la búsqueda de colaboración entre la Corte Constitucional y la autoridad judicial en la actividad de interpretación conforme, en la que los dos sujetos se colocan en un nivel distinto —el juez más comprometido con el caso concreto, la Corte en el nivel más general de la constitucionalidad de la ley— y actuando con diferente autoridad. De esta manera, puede considerarse que ambos pueden actuar, al momento de llevar a cabo su labor interpretativa, con los mismos poderes y los mismos límites, con la particularidad de que solo a uno de estos órganos (la Corte) corresponden, a través de las sentencias interpretativas desestimatorias, poderes de “creación” y “manipulación”, que, por el contrario, no tendría el juez según las reglas de la interpretación.

El éxito de la interpretación conforme sugerida por la Corte puede derivarse únicamente de la capacidad para generar consensos que ésta adquiere con argumentos racionales y persuasivos y no con base en la eficacia jurídica de éstos, lo que —como se ha dicho— atribuiría a la Corte una especie de poder de interpretación auténtica.

En el supuesto en que la Corte no consiga convencer a los jueces, o bien, el texto normativo no permita determinadas lecturas que el Juez constitucional estime constitucionalmente conformes, la Corte puede (o mejor dicho, debe) recurrir a la declaración de ilegitimidad constitucional y no a una sentencia interpretativa desestimatoria.

VIII. LA INCIDENCIA DE LA “EUROPEIZACIÓN” DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA RELACIÓN ENTRE CORTE CONSTITUCIONAL Y JUECES COMUNES

Hasta hace algunos años el papel de la Corte Constitucional derivaba de sus relaciones con los demás sujetos constitucionales y, por tanto, también con los jueces comunes, dentro de los límites del ordenamiento nacional. En cambio, en tiempos recientes, después de la expansión y consolidación

del ordenamiento comunitario y de un sistema multinivel de tutela de los derechos fundamentales, estos límites parecen muy estrechos y discordantes con el momento actual, caracterizado por conexiones inevitables entre la actuación de la Corte Constitucional y la de los Tribunales europeos, en especial el de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo y el Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Lo anterior, después de las recientes e importantes intervenciones de la Corte Constitucional, que modificaron una jurisprudencia consolidada desde hace ya varios años.

Con relación al ordenamiento comunitario, la Corte Constitucional, a partir de 1984, adoptó la posición de que, cuando existe contradicción entre una norma nacional con fuerza de ley y un reglamento comunitario, el juez puede desaplicar la ley nacional sin que sea necesario plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

Después de esto, se creó una brecha en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, que tuvo como consecuencia un doble régimen y, en consecuencia, un sistema "mixto", dependiendo de si el conflicto de los actos legislativos se da con la Constitución (control concentrado de la Corte constitucional) o bien con el derecho comunitario (control difuso por los jueces comunes) (Celotto-Modugno).

En muchos sectores ha sido señalado el consecuente peligro de un "aislamiento" de la Corte Constitucional respecto al segundo momento que se ha indicado, sobre todo en consideración de la posición que ésta ha tenido en lo que se refiere al caso de la "doble prejudicialidad" y a la propia legitimación para plantear ante el Tribunal de Luxemburgo cuestiones prejudiciales concernientes a la interpretación del Derecho Comunitario.

La "doble prejudicialidad" expresa la situación en la cual el juez común considera que subsisten, contemporáneamente, la necesidad de investir prejudicialmente tanto a la Corte, por un problema de constitucionalidad, como al Tribunal de Justicia, por un aspecto relativo a la interpretación del Derecho Comunitario. La Corte Constitucional ha considerado en este caso que la intervención del Tribunal Europeo debe preceder siempre, en cuanto a su vez es prejudicial, a la del Juez constitucional.

Sobre la legitimación, de conformidad con lo señalado en el artículo 234 TCE, la Corte siempre había excluido la posibilidad de ser considerada como "órgano judicial" y, por lo tanto, de estar facultada para plantear una cuestión prejudicial; sin embargo, recientemente se dio un cambio en su jurisprudencia, muy apreciado por la doctrina, a través del cual la Corte ha reconocido su legitimidad para hacerlo, en razón del interés general de la aplicación uniforme del Derecho Comunitario.

El reconocimiento de esta legitimidad se limitó a los juicios sobre las leyes en vía principal, en cuanto éstos nacían de un recurso directo, mien-

tras que para el juicio en vía incidental la facultad de investir al Tribunal de Luxemburgo en caso de una duda interpretativa sigue siendo del juez, que, como se ha dicho, debe intentar despejar esta duda antes de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Podríamos preguntarnos si y hasta cuándo se conservará esta limitación al juicio en vía principal y si no se han dado ya las condiciones para su futura extensión al juicio en vía incidental. Pero esto excedería una exposición de la situación actual para proyectarse en abstractas previsiones futuras.

Sobre las relaciones con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Constitucional, aun cuando ha considerado en varias ocasiones sus decisiones con propósitos interpretativos, había tenido siempre una actitud formalista sobre la posición de la Convención Europea de Derechos Humanos en el sistema de las fuentes, en consideración del valor de ley ordinaria atribuido a la misma, bajo el presupuesto de su introducción en el ordenamiento italiano a través de la ley 848/1955 y a pesar de que fuera claro para todos el contenido sustancialmente constitucional de la Convención.

Esta posición había sido objeto desde hace tiempo de observaciones críticas por parte de la doctrina, que no había dejado de subrayar la forma en que un comportamiento de este tipo conducía inevitablemente a una actitud de clausura respecto al otro Tribunal (el de Estrasburgo), impidiendo la instauración de un diálogo que habría podido ser muy provechoso para una mejor y más completa tutela de los derechos fundamentales, en gran parte homogéneos, presentes en las dos Cartas Constitucionales. También sobre esta vertiente la Corte Constitucional procedió, recientemente, a un cambio o especificación de su jurisprudencia con las sentencias 348 y 349/07, valorando el “nuevo” artículo 117, primer párrafo de la Constitución, en la parte en que impone a la ley el respeto de los vínculos derivados de las obligaciones internacionales.

Esto también con la intención explícita de enviar a los jueces un mensaje preciso, recordándoles que “el juez común no tiene el poder de desaplicar la norma legislativa ordinaria que se considera contraria a una norma de la Convención Europea de Derechos Humanos, porque la incompatibilidad entre las dos se presenta como una cuestión de legitimidad constitucional, por una violación eventual del artículo 117, primer párrafo, de la Constitución, que es competencia exclusiva del Juez de las leyes”.

La violación de disposiciones de la CEDH determina, de hecho, una indirecta violación del primer párrafo del artículo 117 constitucional y debe por tanto ser denunciada frente a la Corte Constitucional por el juez común, el cual, al hacerlo, debe tener como base la interpretación de la disposición convencional derivada de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

IX. EL ENLACE ENTRE LA CORTE Y LOS JUECES EN EL JUICIO INCIDENTAL SOBRE LAS LEYES: EL NIVEL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA EXISTENCIA DE “ZONAS FRANCAS” EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Para seguir con el examen de las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces después de más de cincuenta años de funcionamiento de la justicia constitucional en Italia, quisiera hacer algunas consideraciones sobre el grado de tutela reconocido en mi país a los derechos fundamentales, después del enlace que se ha dado entre los dos sujetos mencionados, haciendo también algunos apuntes sobre las propuestas que muchas veces, también en los últimos años, se han elaborado con el fin de introducir en el sistema italiano el recurso directo individual, según formas y modalidades muy parecidas a las que se encuentran en España con el “amparo constitucional”.

La experiencia en estos años de control de las leyes, centrado en la vía incidental como el camino “normal” para el control, ha tenido a través del tiempo y continúa teniendo aún un juicio muy positivo en el pensamiento de la doctrina y de los juristas, pues a través de este control la Corte ha podido desarrollar de una manera apreciada unánimemente tanto la función de control de la constitucionalidad de las leyes, como la de tutela de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza.

Una evaluación sobre la forma en que se ha llevado a cabo concretamente el control incidental de las leyes en Italia y sobre la naturaleza que ha asumido el modelo “viviente” de justicia constitucional, muestra sin duda alguna cómo es que la Corte ha asumido, en estrecha cooperación y relación con el juez ordinario, siempre en mayor medida el rol de juez de los derechos y siempre menos el de juez de las normas. Además, ha evidenciado que no se puede desconocer que la efectiva consistencia y fisonomía de los derechos fundamentales, y de manera particular la determinación de los límites a los que los mismos están sujetos, es esencialmente consecuencia de la jurisprudencia constitucional, dado que el terreno en el que se ha desarrollado con mayor éxito la concreción de los valores constitucionales por parte de la Corte, es el de los derechos.

En particular ha sido correctamente evidenciada la forma en que el instrumento incidental ha demostrado ser adecuado para la tutela concreta, en el plano jurídico, de los derechos fundamentales. De hecho, “si por cada derecho (sustancial) hay un juez y un juicio en el cual este derecho puede ser tutelado; si cualquier juez puede empezar en cualquier juicio el control de la Corte sobre una eventual limitación indebida a un derecho fundamental por parte de una ley, tanto del derecho sustancial como del

procesal, se desprende que, desde un punto de vista lógico, el sistema de garantías de tales derechos no admite ni deja lagunas”

A pesar de eso parece también innegable que el mecanismo del juicio incidental ha mostrado, en estos más de cincuenta años de experiencia, que existen leyes que difícilmente pueden ser “atacadas” y que dan lugar a “límites” o “zonas francas”, expresiones con las que se pretenden indicar situaciones e hipótesis en las que puede resultar más difícil, por diversas razones, llevar una determinada ley al examen de constitucionalidad frente a la Corte.

Las dificultades que se presentan para someter una ley al control de constitucionalidad de la Corte derivan de diferentes razones, que pueden ser individualizadas por: a) la naturaleza y el contenido del acto en cuestión (por ejemplo leyes constitucionales, tratados internacionales, fuentes comunitarias derivadas, leyes de organización, leyes de egresos); b) la particular eficacia en el tiempo de la fuente (por ejemplo leyes de carácter provisional, decretos-ley); c) la falta de un juez competente para conocer de la cuestión, debido a que se considera que en ella existen valores constitucionales superiores y que deben prevalecer (por ejemplo las leyes electorales para la Cámara y el Senado, para regular la facultad de juicio reservada a las Cámaras, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Constitución, la posición de terceros después de la aplicación de la inmunidad por las opiniones expresadas por los parlamentarios o por las personas que detentan los cuatro altos cargos del Estado en el ejercicio de sus funciones), y d) las condiciones y los límites previstos en las leyes o en la jurisprudencia constitucional para la instauración del juicio incidental sobre las leyes (como por ejemplo la relevancia, las decisiones discrecionales e indiscutibles del legislador, las situaciones patológicas o meramente de hecho).

X. LA HIPÓTESIS DE LA INTRODUCCIÓN DE UN RECURSO INDIVIDUAL DIRECTO EN ITALIA. LA PREOCUPACIÓN DE UNA DESESTRUCTURACIÓN DEL MODELO ACTUAL Y LA HIPÓTESIS DE UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Con la finalidad de superar las “zonas francas” mencionadas anteriormente, muchas veces se ha invocado una ampliación de las posibilidades de acceso al Juez constitucional y, en modo particular, como ya se ha dicho, la introducción de un recurso directo individual. Se vuelve así a voltear la mirada hacia las experiencias de otros sistemas de justicia constitucional, muchas veces similares al italiano, y en particular, al sistema de la *verfasssunbeschwerde* alemana y al amparo español.

Sobre estas experiencias me limito a mencionar la manera en que —aun cuando cada una tiene sus propias particularidades, especialmente en lo que se refiere al tipo de actos impugnables— en los dos casos se ha asistido a una evolución muy parecida.

Me refiero, en particular, a la gran cantidad de recursos interpuestos, que ha sofocado la actividad del Juez constitucional y ha incidido también en el tempestivo cumplimiento de las demás funciones que tiene a su cargo, en la concentración de los recursos sobre la presunta violación de específicas disposiciones constitucionales (sobre todo el derecho de defensa y violaciones procesales); a la desproporción absoluta entre los recursos presentados y los que son realmente estudiados en el fondo, con una selección preventiva de admisibilidad que ha llevado a la exclusión de más del noventa por ciento de los recursos, y a la excesiva duración de los juicios.

Todo esto ha llevado en ambas experiencias a sucesivas modificaciones legislativas, que desgraciadamente no han resuelto el problema, tendientes a crear filtros siempre más estrechos y condiciones de admisibilidad —especialmente el necesario “significado jurídico-constitucional fundamental” del recurso en Alemania y la “manifiesta carencia de contenido constitucional” como causa de inadmisibilidad en España— que han implicado una modificación sustancial de los recursos, de naturaleza típicamente subjetiva, para convertirlos en un “instrumento al servicio de la tutela y del desarrollo del derecho constitucional”, atribuyéndoles un valor y una función típicamente objetivos.

Se puede tener una prueba de tal evolución analizando la ley orgánica aprobada en España (ley número 6 del 24 de mayo de 2007,) que modifica directamente la regulación del amparo, invirtiendo la carga de la prueba y dejando a cargo del recurrente la obligación de demostrar la admisibilidad del recurso, que se funda en tres criterios relativos a su especial relevancia constitucional y que deben justificar una decisión sobre el fondo del asunto por parte del Tribunal.

En particular parece que es posible afirmar que el amparo será admisible solo cuando suponga la necesidad de una interpretación de la Constitución que no se pueda recabar de intervenciones precedentes del Tribunal Constitucional o se pida una modificación de la jurisprudencia constitucional, pues, en caso contrario, será el juez común el que deberá intervenir aplicando la interpretación ofrecida por la jurisprudencia constitucional. En consideración de esto se ha hablado de una “objetivación” del amparo constitucional español.

El sistema italiano de acceso a través de la vía incidental y las experiencias señaladas en las que existe el recurso directo individual, a pesar

de que parten de presupuestos diversos, llegan, en lo que se refiere a la tutela real de los derechos fundamentales del ciudadano, a un modo de operar muy similar. En el juicio incidental, de hecho, el control de la Corte, aun cuando tiene como objeto la conformidad de una ley a la Constitución, se ha llevado a cabo siempre en mayor medida mirando al caso concreto que debe resolverse y por lo tanto a las consecuencias prácticas de la aplicación de la ley impugnada. Al contrario, el recurso directo se ha usado como un medio capaz de garantizar solo una ocasional y a menudo intempestiva tutela del recurrente, “acordada sobre todo, no tanto desde una perspectiva de tutela subjetiva como la gravedad de la lesión sufrida, sino principalmente bajo una óptica de tutela objetiva, como la mayor o menor idoneidad del caso, que constituye un ‘vehículo’ para la resolución de cuestiones de interés general”.

Una valoración sobre la posibilidad de reconocer hoy en día en Italia el derecho de los individuos para recurrir directamente a la Corte, no puede prescindir de una reflexión sobre los fines que se intentan perseguir con la introducción de un recurso de este tipo. Se debe determinar si lo que se quiere es superar las innegables “estrecheces” provocadas por el sistema incidental de las que hemos hablado antes, o bien si se quiere introducir una especie de cuarto grado de juicio que sirva principalmente para permitir que la Corte se pronuncie en última instancia sobre las sentencias de los jueces.

Por otra parte, el valor simbólico que el recurso directo asumiría por la toma de conciencia del significado y valor de los derechos fundamentales, así como el papel del mismo para conseguir una penetración y difusión a nivel social de los valores constitucionales, parecerían tener mayor importancia en el momento en que la Constitución entra en vigor, mientras parecen perder gran parte de su significado después de casi sesenta años de vigencia y cincuenta años de justicia constitucional, la cual, a nuestro parecer, ha contribuido ampliamente a la realización de los fines que se han mencionado.

La innegable existencia de “estrecheces” y “límites” que el sistema de justicia constitucional italiano ha mostrado en estos más de cincuenta años en la tutela de los derechos fundamentales, así como la posibilidad, quizá más frecuente de lo que a primera vista pudiera parecer, de no encontrar un juez sensible a las dudas de constitucionalidad planteadas por las partes en un juicio, impone una reflexión sobre los posibles remedios e innovaciones que pueden concebirse con el fin de superar o reducir las zonas francas y las zonas de sombra que en estos años se han manifestado.

Pienso que es posible afirmar que el sistema italiano actual, con base en la experiencia y en los resultados obtenidos, ha conseguido llegar a un

buen nivel de tutela, por lo que parece necesario solo pensar en algunas modificaciones, con la finalidad de mejorarlo, y no intentar cambios radicales en su estructura.

El sistema actual tiene como elemento central a los jueces ordinarios, verdaderos garantes de las situaciones objetivas y de los derechos constitucionales en Italia, por lo que un mejoramiento del mismo no puede dejar de lado, antes que nada, el reforzamiento de la autonomía, de la independencia y de la imparcialidad del juez, así como el empeño de garantizar una mayor eficiencia de la maquinaria judicial.

En este sentido podemos pensar en un procedimiento especial, que pueda parecerse al amparo judicial español para la tutela de los derechos constitucionales, es decir, un procedimiento más rápido y ágil con el que pueda hacerse valer la violación a los mismos frente al juez común. A este último se le podría reconocer el poder de conceder una tutela cautelar inmediata que evitara que se produjeran daños irreparables.

En el ámbito del correspondiente juicio, el juez, si se presentan los presupuestos, tendría la posibilidad de plantear ante la Corte Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad de la ley o del acto con fuerza de ley que se considere contrario al derecho constitucional invocado. Es posible pensar también en la ulterior posibilidad, para quien no ha encontrado en los diversos grados de juicio un juez dispuesto a plantear la cuestión, de recurrir directamente a la Corte constitucional, o bien, podría ser prevista una obligación para el juez de última instancia de presentar frente a la Corte la cuestión de inconstitucionalidad que le han propuesto, atribuyéndole solamente el filtro de la relevancia, pero no el de la no manifiesta falta de fundamento.

Evidentemente, se trataría en estos casos de un recurso que tuviera como objeto no la sentencia del juez o la denuncia de una violación del derecho fundamental (lo que transformaría a la Corte en un juez de grado ulterior), sino el contraste entre una ley o acto con fuerza de ley y la Constitución.

A través de la remisión de la cuestión de inconstitucionalidad a la Corte, ésta tendría la oportunidad de seguir con la línea emprendida en los últimos años de valorar las aportaciones del juez y, por tanto, de la colaboración con el mismo, reforzando el papel de la Corte Constitucional como sujeto que fija los principios generales y que, consecuentemente, decide la "política" de los derechos fundamentales y de sus límites, dejando a los jueces comunes la aplicación concreta de esos principios.

EL PENSAMIENTO POLÍTICO Y LOS PROYECTOS CONSTITUCIONALES DE MELCHOR DE TALAMANTES, UN ILUSTRADO PERUANO EN LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO *

Juan Pablo Pampillo Baliño **

SUMARIO: I. Presentación. II. Un mercedario limeño. III. Vida, trabajos, juicio y muerte en Nueva España. IV. Ilustración, iusnaturalismo y pensamiento tradicional. V. Influencias, intereses y lecturas, VI. El legado filosófico político y jurídico.

I. PRESENTACIÓN

El presente artículo busca presentar y valorar el pensamiento de fray Melchor de Talamantes, un ilustrado peruano que tuvo una destacada participación en la Independencia de México y que puede considerarse como el más profundo y adelantado de los ideólogos de las emancipaciones americanas, así como el autor del primer proyecto de organización constitucional mexicano, donde a su vez propuso la conformación de una especie de Comunidad Hispanoamericana de Naciones.

Para tales efectos, se expondrán los principales rasgos de su personalidad intelectual a partir de su biblioteca, manuscritos y papeles personales, que arrojan luz sobre su formación y los orígenes filosóficos, políticos,

(*) El presente artículo recoge de manera sintética la exposición más completa que se hace en el libro Juan Pablo Pampillo Baliño. *El Primer Constitucionalista Mexicano. Talamantes: ideología y proyecto constitucional para la América Septentrional*. México. Escuela Libre de Derecho y Editorial Porrúa. 2010. Nuestra primera aproximación al tema se publicó en el *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. México. III-UNAM. 2008.

(**) Escuela Libre de Derecho, México

económicos y jurídicos de su pensamiento.

Lamentablemente, a doscientos años de distancia, sigue haciéndose eco el reclamo —ya centenario— del historiador mexicano, Luis González Obregón, en el sentido de que de Talamantes solo han sobrevivido “pocas líneas en nuestros anales” y “muchas diatribas difamatorias en los folletistas de la época”.¹

¿A qué se debe semejante abandono...? Pudiera conjeturarse que a su procedencia extranjera o a su condición de religioso. Incluso a su mismo pensamiento —quizás demasiado vanguardista— o, a la naturaleza indirecta de su participación en el debate sostenido entre el Virrey, la Real Audiencia y el Ayuntamiento.

Las anteriores circunstancias pudieran explicar —que no justificar— el relativo olvido en el que ha sido relegado, pues desde la primera semblanza biográfica de González Obregón, únicamente se han ocupado en extenso de su vida, pensamiento y proyectos, la historiadora peruana Emilia Romero del Valle, el religioso mercedario peruano Severo Aparicio Quispe y el jurista, también peruano, Teodoro Hampe-Martínez, en medios más bien académicos que de difusión.²

Sin embargo, nos encontramos ante el más sólidamente ilustrado y el más imaginativo de los precursores de la Independencia de México, el único que tuvo la audacia de plantear abiertamente la posibilidad de la emancipación en 1808 y que diseñó una serie de proyectos constitucionales que llaman la atención por su certero diagnóstico de la situación imperante y por su penetrante visión del porvenir, así como por su constante apelación a la fidelidad y amistad entre los reinos españoles y a la evitación del derramamiento de sangre.

El golpe de Estado que dio el partido peninsular canceló toda posibilidad de aprovechar la coyuntura de 1808, que bien pudo haberse convertido para Nueva España —y en general para las Indias— en una oportunidad para sustituir —de manera ordenada y pacífica— los lazos del colonialismo por los vínculos de una comunidad de naciones hermanas.

⁽¹⁾ Luis González Obregón (autor y compilador). *Fray Melchor de Talamantes. Biografía y escritos póstumos*. México. Secretaría de Relaciones Exteriores. 1909; reeditada como Fray Melchor de Talamantes. *Argumentos a favor de la Independencia de México*. (Presentación, bibliografía de Luis González y textos). México. Ediciones del Centro de Documentación Política. 1979, p. 36.

⁽²⁾ Cfr. Emilia Romero de Valle. “Talamantes, prócer de América (1765–1809): su vida, su obra y su bibliografía” en *Fénix: Revista de la Biblioteca Nacional del Perú*. Lima. 1944, posteriormente publicado como “Fray Melchor de Talamantes” en *Historia Mexicana. Revista trimestral publicada por El Colegio de México*. Volumen XI. México. 1961, Severo Aparicio Quispe. “Fray Melchor de Talamantes, O. de M., precursor de la Independencia de México” en *Revista Peruana de Historia Eclesiástica*. 1995, posteriormente recogida en Severo Aparicio, O. de M. *La Orden de la Merced en el Perú. Estudios históricos*. Cuzco. Provincia Mercedaria del Perú. 2001, Teodoro Hampe-Martínez. “Fray Melchor de Talamantes y Baeza, Mercedario Limeño, Protomártir de la Independencia de México” en *Historia Comparada de las Américas: sus procesos independentistas*. México. Senado de la República. 2010.

II. UN MERCEDARIO LIMEÑO

Melchor de Talamantes Salvador y Baeza, hijo de Isidoro Talamantes y de Josefa Baeza, nació en la ciudad de Lima el 10 de enero de 1765.³

Hay que reconocer que es muy poco lo que se puede decir respecto de su familia nuclear, aparte de que fue el primero de los cuatro hijos habidos por el matrimonio Talamantes Baeza: Ignacio, María Rosa y María Dolores. Sin embargo, el hecho de que tengamos noticia de que María Dolores casó posteriormente con Juan Manuel Panizo y Ortiz de Foronda, hacendado criollo y firmante del *Acta de Independencia del Perú*, —junto con otros cuatro parientes suyos— nos da una idea —por afinidad— de la extracción social, situación económica y actitud política de su familia: criolla, acomodada y americanista, como se trasluce y puede colegirse de otras muchas circunstancias que a continuación se exponen.

Recibió su primera educación del mercedario fray Manuel de Alcocer entre 1775 y hasta 1779 tomando después, a los quince años, el hábito de la Real y Militar Orden de Nuestra Señora de las Mercedes en el Colegio Universitario de San Pedro Nolasco, en enero de 1781.

Para formarnos una idea del ambiente espiritual y filosófico que le tocó respirar, hay que recordar que por entonces era Rector del Colegio fray Jerónimo Calatayud, quien fue un importante orador, catedrático sanmariquino y asiduo colaborador del célebre *Mercurio Peruano*.

Si consideramos que dicho periódico bisemanal, editado por un grupo de intelectuales que pertenecían a la Sociedad de Amantes del País, se identificaba con la filosofía moderna e ilustrada, habiendo sido algunos de sus colaboradores José Javier de Baquijano, Hipólito Unánue y Toribio Rodríguez de Mendoza, todos precursores de la Independencia del Perú, podemos darnos una idea de la atmósfera intelectual que debió haber respirado nuestro joven fraile.

Vale la pena destacar además que el Colegio de San Pedro Nolasco se encontraba en uno de sus mejores momentos en la época en que Talamantes hizo sus estudios en él, habiendo sido por entonces profesor del

⁽³⁾ Son pocas y escuetas las noticias biográficas que tenemos sobre el P. Talamantes; a continuación nos basaremos principalmente en las referidas anteriormente que son la principal fuente de todas las demás referencias. Además nos referiremos a las principales fuentes documentales, en especial a La “Causa instruída contra Fr. Melchor de Talamantes por sospechas de Infidelidad al Rey de España y de adhesión á las doctrinas de la Independencia de México” que está reproducida en el volumen VII de *Documentos Históricos Mexicanos*. Genaro García. Los papeles de la causa se encuentran en el Archivo General de la Nación, caja 586, dos volúmenes, así como a Héctor Cuauhtémoc Hernández Silva y Juan Manuel Pérez Zevallos (editores). *Fray Melchor Talamantes. Escritos póstumos 1808*. México. CIESAS, UAB, UAM y a Severo Aparicio Quispe, O. de M. (editor) *Epistolario de Fray Melchor Talamantes Baeza, O. de M., sobre la delimitación de las provincias de Luisiana y Texas (1807-1808)*. Lima. Provincia Mercedaria del Perú. 2009 GDF. 2009.

mismo fray Francisco Ponce de León, quien escribió un *Curso de Artes* con el propósito de instruir a los estudiantes en la filosofía moderna, así como en el mismo pensamiento de la Ilustración.⁴

Dentro del anterior ambiente intelectual, caracterizado así por la convivencia entre la Escolástica y filosofía moderna, fray Melchor demostró desde los años de su noviciado una poderosa inclinación por el estudio, habiendo obtenido una sólida formación gramática, lógica y retórica.

Apenas cumplida la edad necesaria, se le permitió el acceso al joven religioso —para entonces de veinticuatro años— al ministerio sacerdotal, siendo ordenado el 19 de noviembre de 1789 en el Sagrario de la Catedral de Lima, por el arzobispo Juan Domingo González de la Reguera.

Hay que señalar, por lo poco frecuente del caso, que incluso desde antes de su ordenación, fray Melchor ya había impartido clases de Filosofía durante tres años y por otros tres más de Teología, de manera que desde 1792, habiendo sumado para entonces otros seis años, se le dispensó el honor de lector jubilado a sus escasos veintiocho años de edad, lo que dentro de *cursus honorum* académico del siglo XVIII resultaba verdaderamente extraordinario.

En el mismo año de 1792 fue nombrado por el Capítulo Provincial de la Orden como Regente Mayor de Estudios del Convento Grande de la Merced en Lima, cargo en el que fue reelecto hacia 1798, lo que nos revela no solo el reconocimiento y prestigio de que gozaba por su inteligencia y conocimientos, sino también la eficacia con la que debió ejercer su primer periodo de gobierno.

Pero, continuando con su formación, conviene apuntar que terminada su educación media en la Orden de la Merced, obtuvo los grados de Bachiller en Artes y Teología y de Doctor en Teología por la Universidad de San Marcos, donde desde incluso antes de su ordenación sacerdotal, su Rector D. Nicolás Sarmiento de Sotomayor, lo nombró regente de la cátedra nona de Teología.

A pesar de encontrarse pendiente una investigación más completa sobre este periodo decisivo de su vida intelectual, podemos afirmar con seguridad que los estudios de teología que desarrolló estuvieron marcados por la tensión entre la Escolástica, ya en franca decadencia, las nuevas direcciones de la filosofía moderna e ilustrada y los múltiples intentos de

⁴ Cfr. Aparicio. *La Orden...*, op. cit., tomo II, p. 503 y ss. Hay que destacar también que por entonces entraron en vigor sendas reformas ilustradas en materia teológica, filosófica y jurídica, introduciendo el probabilismo y el probabiliorismo en materia de teología moral y la filosofía jurídica del iusnaturalismo racionalista a través de Heinecio. Cfr. Fernando Valle Rondón. "Teología, Filosofía y Derecho en el Perú del XVIII. Dos reformas ilustradas en el Colegio de San Carlos de Lima (1771-1787)" en *Revista Teológica Limense*. Número 3. Volumen XL. Perú. 2006, 69 y ss.

conciliación entre las diferentes corrientes de pensamiento debidas a los polígrafos eclécticos del siglo XVIII.

Lo cierto es que el paso de Talamantes por la Universidad de San Marcos estuvo marcado por el reconocimiento a sus excepcionales capacidades. Además de su graduación doctoral —sobre la cual no tenemos mayores noticias— y de su designación como regente de cátedra, fue también opositor a las cátedras de Filosofía, Teología y Sagrada Escritura.

Asimismo, entre las múltiples distinciones académicas y científicas que alcanzó, pueden señalarse por su importancia y significado el nombramiento que se le hizo como examinador sinodal del Arzobispado del Perú en 1798.

Los sólidos estudios y las extraordinarias disposiciones personales del fraile contribuyeron a que fuese encumbrado en el mundo intelectual del Virreinato del Perú desde muy temprano. Sabemos por ejemplo, que en el año de 1793, contando apenas con veintiocho años de edad, había sido llamado para manejar varios negocios —algunos de ellos incluso de carácter reservado— del gobierno del mismísimo Virrey Francisco de Gil y Lemus.

Su posición económica debió ser relativamente desahogada, pues más allá de pertenecer a una importante comunidad religiosa, en el año de 1795 el padre Miguel Baeza —quien por su apellido pudo haber sido pariente suyo— le cedió una capellanía fundada en la Ciudad de los Reyes.

No tenemos mayores datos sobre la vida de Talamantes en Lima. Sin embargo, sí sabemos que conoció al doctor Hipólito Unánue, precursor de la independencia del Perú y podemos conjeturar que sus relaciones en el palacio virreinal debieron permitirle el acceso a diversas lecturas, que completaron su formación intelectual con las últimas ideas del liberalismo y de la ilustración.⁵

Incluso es posible —y hasta probable— que haya accedido desde entonces a los libros prohibidos —ateístas, materialistas, tolerantistas, naturalistas, libertinos y sediciosos— que introducía de contrabando el jeronimiano Diego Cisneros.⁶

La anterior hipótesis puede confirmarse considerando diversos testimonios contemporáneos, que revelan que nuestro personaje era

⁽⁵⁾ Son muchos los cabos que aún permanecen sueltos y pendientes de atar para reconstruir la biografía y el pensamiento de Talamantes. Habría que investigar sobre su educación y actividades en Perú, en lo particular sobre sus maestros y relaciones en la Universidad de San Marcos. Igualmente sería deseable conocer los libros disponibles en su convento, hurgar en su participación en círculos ilustrados, así como explorar otros vínculos, entre los cuales, sería interesante indagar sobre las eventuales conexiones que pudo haber tenido con el abate jesuita peruano Juan Pablo Viscardo y Guzmán (1748–1798), quien escribió en 1791 en Londres el texto en francés *Lettre aux Espagnols américains*, pronunciándose a favor de la emancipación de la América Española.

⁽⁶⁾ Romero del Valle. “Fray Melchor...”, op. cit., p. 29. Sobre el tema de los libros y autores prohibidos se abundará en los capítulos siguientes.

aficionado, desde entonces, a la lectura de autores proscritos por el Tribunal del Santo Oficio.

Más aún, la lectura de libros prohibidos y las relaciones de Talamantes con círculos ilustrados, pueden proponerse como alternativa a la versión generalmente aceptada, según la cual, su traslado a Nueva España estuvo motivada por la pretensión de secularizarse.

Desde que fue planteada por Luis González Obregón en 1909, la suposición de que el motivo del viaje de fray Melchor a Nueva España, obedecía a su intención de secularizarse, los pocos estudiosos que se han ocupado de la biografía del mercedario se han adherido unánimemente a ella.⁷

No obstante, la causa iniciada por el Tribunal del Santo Oficio en contra del doctor Ramón de Rozas, precisamente en 1799, precedida de la denuncia hecha en contra el barón Timoteo de Nordenflicht, constituye un incidente que bien pudiera explicar el viaje de Talamantes. Máxime que dentro de dicha causa, el padre Camilo Henríquez habría de deponer sobre las lecturas prohibidas que fray Melchor compartiría con Rozas, por lo que no puede descartarse que su venida a Nueva España, haya estado motivada por la intención de adelantarse a una investigación inquisitorial que eventualmente habría de apuntar en su dirección.⁸

III. VIDA, TRABAJOS, JUICIO Y MUERTE EN NUEVA ESPAÑA

Más allá de las anteriores hipótesis, lo cierto es que Talamantes desembarcó en Acapulco el 26 de noviembre de 1799, pasando a hospedarse en el convento principal de la Merced en la Ciudad de México.

Su prolongada estancia en Nueva España habría estado en un principio motivada por la circunstancia de la guerra de España contra Inglaterra. Sin embargo, una vez terminada la referida contienda bélica, fray Melchor decidió quedarse. Su permanencia en México y el hecho de que no se haya secularizado, abonan a favor de la teoría de que no fue aquélla la razón de su traslado. Pero además, su instalación definitiva en la Ciudad de los Palacios, nos sugiere que no debió haberle sido inconveniente la vida en su nueva residencia.

Se sabe —más allá de las quejas de sus hermanos religiosos— que Fray Melchor gozaba de ciertas libertades. Por ejemplo, no guardaba sino muy

⁷ Talamantes obtuvo licencia de su provincial para viajar a España el 20 de septiembre de 1798, misma que se le había concedido —supuestamente— para votar en un capítulo general y arreglar de paso diversos asuntos de familia. Considerando que desde 1796 se tiene noticia cierta de que había levantado diversas informaciones para secularizarse, Luis González Obregón conjeturó que el motivo de su traslado sería el de conseguir la esperada secularización. Cfr. González Obregón. *Fray Melchor...*, op. cit., pp. 9 y ss.

⁸ Cfr. José Toribio Medina. *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Chile*. Santiago de Chile. Fondo Histórico y Bibliográfico. 1952, pp. 655 y 656.

relativamente la clausura, dedicando largas horas al estudio y asistiendo a diferentes tertulias. Incluso, consta que el 4 mayo de 1807 se le permitió tomar en arrendamiento una casa próxima al convento —en la esquina de la puerta falsa y el callejón de Talavera— para instalar en ella un estudio.⁹

Poco tiempo después de haberse establecido, lo encontramos figurando en actos públicos de relieve. Además, nos es conocida la cercanía del padre Talamantes con varios personajes prominentes, como el capellán del palacio virreinal, los síndicos del Ayuntamiento de la Ciudad México, Jacobo de Villaurrutia, oidor de la Real Audiencia y director del *Diario de México*, —quien le nombró censor del mismo— así como su participación asidua en las tertulias literarias de los marqueses de Guardiola, de Uluapa y de San Juan de Rayas, entre otras.¹⁰

El favorable concepto que Talamantes logró formar de su persona, motivó que el Virrey de la Nueva España D. José de Iturrigaray —previos los informes del caso— lo nombrase el 27 de enero de 1807 como “principal comisionado” para reunir y ordenar diversos documentos relativos a las Provincias Internas que hacían frontera con los Estados Unidos.

El sentido de la comisión respondía a la necesidad de fijar los límites entre Texas y la Luisiana, dando cumplimiento a una solicitud que le fuera hecha al virrey por el Monarca Español. La ciclópea empresa que Talamantes desarrolló a título honorífico, le permitió consultar diversas bibliotecas públicas, entre ellas la de la Real Universidad, la de Catedral y la del Colegio de Santos, así como visitar otras varias particulares. Tomó muchas notas de archivos, obteniendo también diferentes manuscritos por parte de la Secretaría del Virreinato y de los Gobernadores de las Provincias Internas e igualmente solicitó del Tribunal del Santo Oficio algunos libros censurados —como los mapas de las obras de François de Raynal y del doctor Robertson— propiciando con ello diversas suspicacias contra su persona.¹¹

Previamente a los acontecimientos suscitados durante el verano de 1808, —que motivaron la aprehensión del P. Talamantes y su juicio por “infidelidad” y “adhesión a la Independencia” — fray Melchor había reunido una gran cantidad de documentos originales y auténticos, así como varios mapas y cédulas reales.

El acervo acopiado era tan vasto, que le proporcionaba el material para unos cinco volúmenes, mismo que bajo el título de *Plan de límites de Texas*

⁹ Cfr. “Causa instruida...” en *Documentos Históricos...*, op. cit.

¹⁰ Sobre las relaciones de Talamantes, confróntense los datos que aporta Emilia Romero, en su obra citada, pp. 30 y ss.

¹¹ En efecto, la Inquisición le manifestó al Virrey su desconfianza respecto del P. Talamantes, en carta fechada el 18 de febrero de 1808. Apud. Idem. p. 15.

y demás dominios de Su Majestad en la América septentrional española, había preparado con vertiginosa y exhaustiva laboriosidad, incluyendo, además de la cuestión propiamente relativa a los límites, diversos argumentos filosófico jurídicos en torno a los derechos de la corona española sobre dichos territorios. La monumental obra —que lamentablemente quedó trunca— anticipaba ya los sucesos, que apenas cuarenta años después, habrían de despojar al México Independiente de la mitad de su territorio a manos de los Estados Unidos de Norteamérica.

El desasosiego que trajo consigo la noticia de la abdicación de los reyes de España y de la invasión napoleónica a la metrópoli, capturó de inmediato la atención de fray Melchor. Desde el 14 de julio —en que llegaron las primeras informaciones— y hasta la deposición del virrey Iturrigaray y su propia detención el 16 de septiembre, Talamantes abandonó la comisión para el asunto de límites, participando activamente en la reflexión y discusión de los anteriores acontecimientos.¹²

A lo largo de los dos intensos meses en que fueron fluyendo a cuentagotas las noticias sobre los hechos que se sucedían en la península —motín de Aranjuez, ocupación francesa, abdicaciones de Bayona, levantamientos y formación de las diversas juntas gubernativas— Talamantes se concentró en la delicada problemática que los mismos revestían: la organización del gobierno en medio de las circunstancias más excepcionales.

Dicha organización tenía que partir del planteamiento de la delicada y fundamental cuestión de la soberanía —el origen del poder, su sede y su depositario— en razón del problema suscitado por la inesperada desaparición de su detentatario natural: el rey.

En los reinos ultramarinos de Indias y específicamente en el Virreinato de la Nueva España, la opinión se dividió en dos bandos: la facción peninsular y la criolla; la primera obstinada en mantener el *status quo*, la segunda partidaria del autogobierno y por ende precursora de la Independencia.¹³

⁽¹²⁾ Para una visión panorámica sobre los acontecimientos de 1808 véanse David Brading. *Orbe Indiano. De la monarquía católica a la República criolla. 1492–1867*. Traducción de Juan José Utrilla. México. Fondo de Cultura Económica. 1991, Ernesto de la Torre Villar. *La independencia de México*. México. Edita el Fondo de Cultura Económica. 1992 y José Miranda. *Vida colonial y albores de la Independencia*. México. Edita la Secretaría de Educación Pública. 1972. Puede consultarse también Alfredo Ávila y Virginia Guedea (coordinadores). *La Independencia de México: temas e interpretaciones recientes*. México. Edita el Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM. 2007.

⁽¹³⁾ Sobre la evolución de los acontecimientos de 1808 y el consecuente desarrollo e influencia del liberalismo hispánico en ambos lados del océano, véase a Roberto Breña. *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1808–1824. Una revisión historiográfica del liberalismo hispánico*. México. El Colegio de México. 2006. También puede consultarse con provecho la obra colectiva coordinada por Manuel Chust. *1808. La eclosión juntera en el mundo hispano*. México. Edita el Fondo de Cultura Económica. 2007. En general, sobre el caso mexicano, pueden verse los enfoques tradicionales de Miranda. *Vida colonial...*, op. cit. y de Luis Villoro. *El proceso ideológico*

La facción peninsular — que sostenía que las cosas debían permanecer sin cambios — estaba arraigada en el seno de la Real Audiencia; por su parte, el partido criollo se atrincheró dentro del Ayuntamiento de la Ciudad de México, sosteniendo que ante la *vacatio regis* era necesario formar una junta similar a las de la metrópoli, que reasumiera la soberanía durante la ausencia del monarca y que confirmase a su vez a las autoridades del reino. El Virrey Iturrigaray, si bien simpatizaba con el partido criollo, asumió una actitud más bien tímida y ambigua, que posibilitó el que la facción peninsular se adelantara en deponerlo, sustituirlo por Pedro Garibay y aprender a los principales simpatizantes del grupo americanista, incluidos el propio virrey, los síndicos Azcárate y Primo de Verdad y desde luego el fraile Talamantes.

Dentro del anterior contexto fray Melchor encauzó sus preocupaciones externando sus puntos de vista en diversas tertulias y plazas, así como entrevistándose con miembros de la Real Audiencia y Ayuntamiento.¹⁴ De la misma manera, hizo circular algunos escritos entre los que destacan dos: el *Congreso Nacional del Reino de la Nueva España*, fechado el 23 de julio, aunque remitido al Ayuntamiento hasta el 23 de agosto y firmado bajo el seudónimo de Toribio Marcelino Fardanay y la *Representación Nacional de las Colonias. Discurso Filosófico*, remitida el 25 de agosto y firmada bajo el seudónimo de Yrsa, verdadero patriota.¹⁵

Las ideas del padre Talamantes fueron conocidas y ejercieron una considerable influencia en sus interlocutores.

Como resultado del golpe — capitaneado por Gabriel de Yermo — dado por el partido español el 15 de septiembre, los simpatizantes del bando criollo fueron encarcelados. Fray Melchor de Talamantes — visto como un destacado representante del grupo americanista — fue detenido a las 6 de la mañana del día 16 de septiembre, reteniéndosele primeramente en el Colegio de San Fernando, del que se intentó fugar, y siendo trasladado esa misma noche, por motivos de seguridad, a las cárceles del Arzobispado,

de la Revolución de Independencia. México. UNAM. 1983. Dentro del número 61 de la revista *Metapolítica. La Mirada Limpia de la Política*, pueden verse los ensayos de Ávila, Chust, Meyer y Villegas, entre otros, reunidos en torno al dossier *1808: Napoleón y la Independencia*. Volumen 12, septiembre-octubre de 2008.

⁽¹⁴⁾ En ese sentido las declaraciones de los anteriores personajes y del escribiente del P. Talamantes Juan Nepomuceno Trujillo, quien testificó en la causa que fray Melchor concurría a dichas tertulias y reuniones, habiéndole pedido hacer copias de los opúsculos *Congreso Nacional* y *Representación Nacional*, que le había dicho que quería entregar, entre otras personas, al Virrey, a Azcárate, a Trujillo y a Villaurrutia. Cfr. "Causa instruida... en *Documentos Históricos...*", op. cit.

⁽¹⁵⁾ La versión original de ambos documentos se encuentra en el AGN; García Izcazbalceta la recoge en su redacción original en el tomo VII de sus *Documentos Históricos* que hemos venido citando, donde se encuentran también los demás escritos del P. Talamantes. Una versión con la ortografía actualizada se encuentra en González Obregón. *Fray Melchor...*, op. cit.

de donde poco después fue conducido a la prisión del Santo Oficio de la Inquisición.

La causa que se formó contra Talamantes fue instruida —en razón de su condición religiosa— por dos jueces: el oidor decano Ciriaco González Carvajal y el provisor y vicario general Pedro Fonte.¹⁶

Durante los meses de septiembre y octubre, el padre Talamantes fue interrogado en varias ocasiones. Le fueron recogidos e inventariados sus libros, papeles, muebles y enseres y rindieron testimonio dentro de su procedimiento varios de sus hermanos religiosos mercedarios, así como diversas personalidades citadas dentro del mismo, como el síndico Azcárate, el regidor Luyando, el marqués de Uluapa y el marqués de Guardiola entre otros.

Dentro del juicio se acusó a fray Melchor haber difundido, personalmente y por escrito, ideas y argumentos contrarios a la fidelidad que las colonias debían a su metrópoli y a su rey y que conducían por lo mismo a la independencia del virreinato.

Desde el 8 de octubre de 1808 se le declaró culpable de 120 cargos, condenándosele como *reo de: Haber turbado la tranquilidad pública induciendo a la independencia (...) Resultando de todo que el padre Talamantes, ansioso de la independencia, solicitaba con cuantos medios pendían de su arbitrio la celebración de un Congreso Nacional de Nueva España para preconizarla independiente de la antigua*. Curiosamente, prosiguió todavía la instrucción de la causa, hasta que el 23 de marzo de 1809 se resolvió que sus delitos daban lugar a proceder *a su pronto exterminio con arreglo al derecho y leyes de Indias*, aunque, considerando la deferencia debida a los clérigos y para prevenir mayores escándalos, se adoptó la decisión de que *sin otros trámites se remitieran a España el reo y su causa para que S.M. dispusiera lo que hallase por conveniente*.

El 10 de abril fray Melchor fue sacado de las cárceles de la Inquisición y entregado al alférez de Dragones para ser conducido a Veracruz, siendo encerrado en una de las estrechas ‘tinajas’ de la fortaleza San Juan de Ulúa de las que se encontraban bajo el nivel del mar. Por aquéllos días, la peste de la fiebre amarilla se había esparcido en la fortaleza, hecho que —según González Obregón— era del conocimiento del virrey.¹⁷ A los pocos días, Talamantes se contagió de dicha peste, complicándosele con vómito prieto. Murió el 9 de mayo, siendo enterrado en el cementerio de la Puntilla.¹⁸

⁽¹⁶⁾ Cfr. “Causa instruida... *Documentos Históricos...*, op. cit.

⁽¹⁷⁾ En palabras de Luis González: “El virrey tenía informes de esto [de la peste], y sea por inadvertencia o por hecho pensado, había, empero, mandado que el padre Talamantes y otros reos acusados del mismo delito fuesen conducidos al foco de la desoladora enfermedad.” González Obregón. *Fray Melchor...*, op. cit., p. 35.

⁽¹⁸⁾ En las semblanzas biográficas que se han escrito sobre Talamantes, se ha destacado la crueldad de su última prisión. Emilia Romero del Valle refiere: “Sus contemporáneos aseguraron que

IV. ILUSTRACIÓN, IUSNATURALISMO Y PENSAMIENTO TRADICIONAL

Respecto a las influencias intelectuales del discurso político-jurídico que marcó a la generación de 1808, se ha reconocido que las más destacadas fueron tres: a) la Ilustración, especialmente J. J. Rousseau y C. S. Montesquieu, b) el iusnaturalismo moderno racionalista, en particular H. Grocio, S. Puffendorf y otros iusracionalistas menores como J. J. Burlamaqui y J. G. Heinecio y c) el pensamiento tradicional castellano, sobre todo el de la Segunda Escolástica y en concreto el de F. Suárez, así como los principios jurídicos contenidos en las *Leyes de Indias*.

De la Ilustración puede decirse primeramente, que tras el férreo control ideológico impuesto por la Inquisición Española durante el gobierno de los Austrias, con la sucesión dinástica que elevó a los Borbones en el siglo XVIII, fueron introduciéndose, tanto en la península como en las propias colonias, diversas ideas, actitudes y valores de extracción francesa. Durante la segunda mitad de dicho siglo, el despotismo ilustrado y las reformas borbónicas, empezaron a traducirse en una nueva mentalidad que habría de permear en la vida intelectual novohispana.¹⁹ Dicha mentalidad irradió desde nuevas instituciones promovidas por la Corona, tales como el Anfiteatro, la cátedra de Anatomía y el Jardín Botánico. Asimismo, se expandió merced a la renovación de las ciencias útiles y aplicadas. Por último, la presencia de viajeros ilustrados, la organización de círculos, tertulias y asociaciones donde se comentaban y difundían las ideas modernas — como la Sociedad Bascongada de Amigos del País— y la misma circulación de los libros, fueron contribuyendo a la conformación de dicha mentalidad.²⁰

En torno a la circulación de libros ilustrados, aunque la ortodoxia inquisitorial seguía prohibiendo las obras que promovieran la irreligiosidad, el tolerantismo, la infidelidad y la sediciosidad, —incluyendo las de Rousseau, Voltaire, Raynal, Smith y Montesquieu, entre muchos otros— no existía una ortopraxis estricta.²¹ Además, para la segunda mitad del siglo XVIII, incluso

la crueldad de los verdugos llegó al extremo de no haberle quitado los grillos sino en el momento de sepultarlo. Y sus restos —según sugiere Jacobo Delevuelta— debieron perderse en el osario del convento, en Veracruz.” Romero del Valle. “Fray Melchor...”, op. cit. p. 52.

⁽¹⁹⁾ En general sobre la ilustración española puede consultarse el libro Antonio Domínguez Ortiz. *Carlos III y la España de la Ilustración*. Madrid. Ediciones Altaza. 1996.

⁽²⁰⁾ Véanse los diferentes ensayos contenidos en Francisco Javier Rodríguez Garza y Lucino Gutiérrez Herrera. *Ilustración Española, Reformas Borbónicas y Liberalismo Temprano en México*. México. Edita la UAM. 1992. También Oscar R. Martí. “México y la Revolución Francesa. Antecedentes y Consecuencias” en Robert M. Maniquis et. al. (editores) *La Revolución Francesa y el Mundo Ibérico*. España. Editorial Turner. 1989.

⁽²¹⁾ Cfr. Monelisa Lina Pérez-Marchand. *Dos etapas ideológicas del siglo XVIII en México a través de los papeles de la Inquisición*. México. Edita El Colegio de México. 1945, pp. 323, 39, 43, 92, 95,

dentro de los ambientes gubernamentales y hasta en los religiosos, se habían introducido ya las ideas de la Ilustración, arraigando en algunos casos con singular fuerza.²² Intentando comprender la mentalidad de una época marcada —incluso en sus contradicciones internas— por una profunda religiosidad, donde por encima de las sanciones inquisitoriales se encontraba la conciencia del pecado, pareciera que dentro del fuero interno de los hombres de letras y ciencia, no se experimentase una especial contrición con motivo de la lectura de ciertas obras, que más allá de la personalidad de sus autores, de su contexto y de su mismo trasfondo, aportasen perspectivas o ideas que de alguna manera pudieran encajar dentro de la ortodoxia ética y dogmática de la Iglesia. De hecho, la misma pervivencia de la mentalidad escolástica, eminentemente dialógica y abierta a la contrastación, puede considerarse como un factor propicio para una recepción —evidentemente crítica— del pensamiento ilustrado dentro de los círculos eclesiásticos.

La mayor influencia dentro del pensamiento ilustrado debe reconocérsele a Montesquieu y a su obra *El Espíritu de las Leyes*,²³ pero sobre todo a Rousseau y en especial a su libro *El Contrato Social*.²⁴ Las ideas rousseauianas en torno a la “soberanía popular” y a la “voluntad general”, fueron sin duda las que tuvieron una mayor repercusión dentro del debate novohispano. Sin embargo, tampoco debe caerse en el extremo de pensar que la influencia de la Ilustración o de Rousseau fueron determinantes. De hecho, el contractualismo rousseauiano, vino a reforzar una concepción sobre el origen del poder mucho más arraigada, proveniente —como se verá— del pactismo de la Segunda Escolástica y significativamente de F. Suárez.²⁵

respectivamente. También puede consultarse con provecho la obra José Toribio Medina. *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México*. 2ª edición ampliada por Julio Jiménez Rueda. México. Ediciones Fuente Cultural. 1952.

⁽²²⁾ Cfr. Pérez-Marchand. *Dos etapas...*, op. cit., pp. 99 y ss., y Adolfo Sánchez Vázquez. “La filosofía de Rousseau y su influencia en México” en *Presencia de Rousseau. A los 250 años de su nacimiento y a los dos siglos de la aparición del Emilio y El contrato social*. México. UNAM. 1962, pp. 58 y 59.

⁽²³⁾ Sobre el pensamiento de Montesquieu, destacando también su influjo en la ilustración española y en especial en Jovellanos respecto del tema específico del poder, véase la excelente monografía de Juan Vallet de Goytisolo. *Montesquieu: Leyes, Gobiernos y Poderes*. Madrid. Editorial Civitas. 1986. Cfr. en general María del Carmen Iglesias. *El pensamiento de Montesquieu*. Madrid. Alianza Editorial. 1984.

⁽²⁴⁾ Sobre el pensamiento de J. J. Rousseau pueden verse las obras de José Rubio Cariacedo. *¿Democracia o Representación? Poder y Legitimidad en Rousseau*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1990 y María José Villaverde. *Rousseau y el Pensamiento de las Luces*. Madrid. Editorial Tecnos. 1987. Una exposición sumaria sobre la teoría contractualista de la soberanía puede encontrarse en el opúsculo del iusfilósofo Giorgio del Vecchio. *Los Derechos del Hombre y el Contrato Social*. Traducción de Mariano Castaño. Madrid. Editan los Hijos de Reus. 1914.

⁽²⁵⁾ Cfr. por todos O.C. Stoetzer. *El pensamiento...*, op. cit., Tomo II, p. 14. Sobre las diferencias entre el contractualismo ilustrado, especialmente el de Rousseau y el pactismo o doctrina populista de la Segunda Escolástica y específicamente su exposición por Francisco Suárez, puede consultarse esquemáticamente a O. Carlos Stoetzer. *Las raíces escolásticas de la emancipación de la América Española*.

Por lo que respecta en segundo lugar al iusnaturalismo racionalista moderno, vale la pena mencionar que se trató de una amplia corriente de pensamiento jurídico y político bastante difundida durante los siglos XVII y XVIII.²⁶ Muchos de sus autores y de sus obras no se encontraban bajo la sospecha de la Inquisición, lo que facilitó su más amplia difusión. Los autores más leídos en Nueva España fueron, entre los iusnaturalistas mayores, H. Grocio, S. Puffendorf y Ch. Wolff y entre los menores Heinecio, Almico, Barbeyrac, Burlamaqui y Vattel.²⁷

El iusnaturalismo moderno se ocupó también del tema de la soberanía y específicamente de la llamada doctrina de su ‘reversión’ al pueblo.²⁸ De hecho, como se encuentra perfectamente explorado, la misma teoría contractualista de Rousseau sobre la soberanía popular, parte y se articula desde la doctrina iusnaturalista de la reversión.²⁹ Incluso dentro del eclecticismo pragmático del pensamiento novohispano, puede apreciarse que el iusnaturalismo es en realidad mucho más importante que las referencias, más bien disimuladas, — raramente explícitas, como en el caso de Talamantes— a la filosofía política de la Ilustración.³⁰

Ahora bien, la verdad de las cosas es que ‘la doctrina de la reversión de la soberanía’ procedía en realidad — como se anticipó— del ‘pactismo’

Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1982, pp. 48 y ss y Breña. *El primer liberalismo...*, op. cit., pp. 190 y ss.

⁽²⁶⁾ En general sobre el iusnaturalismo moderno racionalista, pueden verse las exposiciones panorámicas de Guido Fassò. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Traducción de José. F. Lorca. Madrid. Ediciones Pirámide. 1966, tomo II, pp. 67 y ss, Juan Pablo Pampillo Baliño. *Historia general del derecho*. México. Editorial Oxford. 2008 y de José María Rodríguez Paniagua. *Historia del Pensamiento Jurídico*. Madrid. Universidad Complutense. 1996, tomo I, pp. 111 y ss. Específicamente sobre el pensamiento de Grocio y de Puffendorf, puede consultarse la obra de Michel Villey. *Los Fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*. Buenos Aires. 1978. Para el pensamiento de Wolff puede verse la monografía de Ma Luisa P. Cavana. *Christian Wolff*. Madrid. Biblioteca Filosófica Ediciones del Orto. 1995.

⁽²⁷⁾ Pueden encontrarse breves referencias a su biografía, pensamiento y obras en Rafael Domingo (editor). *Juristas Universales*. Tomo 2: Juristas Modernos. Madrid. Edita Marcial Pons. 2004.

⁽²⁸⁾ Sobre el pensamiento iusnaturalista moderno en torno a la reversión de la soberanía, con especial en S. Puffendorf, cfr. Stoetzer *El pensamiento...*, op. cit., tomo I, pp. 194 y ss

⁽²⁹⁾ Más allá de las diferencias entre sus respectivas teorías sobre la soberanía, el influjo, por ejemplo, de J. J. Burlamaqui sobre Rousseau es conocido, habiendo sido destacado originalmente por Domenico Rodari y posteriormente matizado por Del Vecchio. Cfr. Del Vecchio. *Los derechos...*, op. cit., pp. 230 y ss. Como observa con razón Chiaramonte: “Aún la influencia misma de los grandes autores, Rousseau por ejemplo, es conveniente reubicarla sobre el trasfondo iusnaturalista de su obra...” José Carlos Chiaramonte. “Fundamentos iusnaturalistas de los movimientos de Independencia” en María Terán y José Antonio Serrano Ortega (editores). *Las Guerras de Independencia en la América Española*. México. Editan El Colegio de Michoacán, la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y el INAH-Conaculta. 2002, p. 108.

⁽³⁰⁾ Cfr. Villoro. *El proceso ideológico...*, op. cit. y Chiaramonte. “Fundamentos iusnaturalistas...”, op. cit.

o ‘doctrina populista’ de la Segunda Escolástica española.³¹ Esta doctrina, núcleo del pensamiento tradicional castellano, constituye el tercer nutriente —el más importante— del discurso político elaborado dentro del seno del partido criollo en la Nueva España de 1808.

La escuela de los teólogos juristas españoles —F. Vitoria, F. Suárez, J. de Mariana, D. de Soto, F. Vázquez de Menchaca, L. de Molina— fue precursora del iusnaturalismo racionalista, tanto en su legalismo, como en su fundamentación del Derecho Internacional y, desde luego, también respecto del tema de los orígenes y el ejercicio del poder.³²

Específicamente, fue la doctrina teológica sobre el origen del poder del jesuita Francisco Suárez, el antecedente y el mismo fondo, tanto de las doctrinas iusnaturalistas cuanto ilustradas sobre la materia, ejerciendo además, por su misma familiaridad, la mayor influencia sobre el pensamiento novohispano de la época.³³ Aunque recientemente algunos especialistas han querido matizar esta proyección, aduciendo que tras la expulsión de los jesuitas en 1767 se limitó el estudio de sus teorías y especialmente de las de Suárez (pactismo, rebelión, tiranicidio), en realidad contrarias al despotismo de los Borbones,³⁴ la evidencia bibliográfica muestra que el pensamiento político del Doctor Eximio seguía estudiándose, tanto directamente de sus obras, cuanto indirectamente, a través de muchos textos de teología moral de la época, que continuaban recogiendo.³⁵

Considerando que el pensamiento suareciano constituyó el núcleo y fondo de la reflexión sobre la soberanía en 1808, vale la pena exponer bre-

⁽³¹⁾ Cfr. por todos la obra citada de Stoetzer. *Las raíces escolásticas...*, op. cit.

⁽³²⁾ Sobre la influencia, por ejemplo, de Vitoria y de Vázquez de Menchaca en Grocio cfr. Antonio Gómez Robledo. *Fundadores del Derecho Internacional. Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio*. México. UNAM. 1989. En específico sobre el ascendiente de Vitoria en Grocio véase a Federico Puig Peña. *La influencia de Francisco de Vitoria en la Obra de Hugo Grocio*. Madrid. Tipografía de Archivos. 1934. Sobre la influencia de Suárez en el iusnaturalismo racionalista, puede verse también la obra de Francisco Cuevas Cancino. *La Doctrina de Suárez sobre el Derecho Natural. Doctrina de Suárez sobre lo permanente y lo variable en el derecho natural: sus precedentes en la Escuela Española y su Influencia en el Pensamiento Jurídico moderno*. Madrid. Imprenta de Juan Bravo. 1952.

⁽³³⁾ Sobre el pensamiento de Suárez vale la pena consultar la completa y exhaustiva obra de Heinrich Rommen. *La Teoría del Estado y de la Comunidad Internacional en Francisco Suárez*. Traducción por Valentín García Yebra. Madrid. Editan el Instituto de Derecho Internacional de Buenos Aires y el Instituto Francisco de Vitoria de Madrid. 1951. Puede verse también la obra general, aunque menos amplia de José M. Gallegos Rocafull. *La Doctrina Política del P. Francisco Suárez*. México. Editorial Jus. 1948. Sobre el origen del poder y la teoría pactista de la mediación véase Ignacio Gómez Robledo. *El Origen del Poder Político según Francisco Suárez*. México. Editorial Jus. 1948. En general sobre la Segunda Escolástica española puede verse la obra de Venancio D. Carro, O.P. *La Teología y los Teólogos-Juristas Españoles ante la Conquista de América*. Madrid. Edita la Escuela de Estudios Hispanoamericanos de la Universidad de Sevilla. 1944.

⁽³⁴⁾ En dicho sentido R. Breña *El primer liberalismo...*, op. cit., p. 283.

⁽³⁵⁾ Cfr. Carlos Herrejón Peredo (Selección, introducciones y notas). *Textos políticos en la Nueva España*. México. UNAM. 1984, p. 17.

vemente su doctrina. El punto de partida de Suárez es el origen divino del poder, de acuerdo con la enseñanza revelada de las *Escrituras* (*non est enim potestas nisi a Deo*). Sin embargo, a diferencia de la teoría del derecho divino de los reyes de Jacobo I, según la cual dicho poder proviene directamente de Él y es transmitido por Él al príncipe, sin ningún intermediario, para el Doctor Eximio el portador natural del poder del Estado solo puede serlo la comunidad. Suárez postula así ‘la teoría escolástica de la mediación’, según la cual, conforme a derecho natural, el poder es otorgado inmediatamente a la comunidad, si bien dicho poder no tiene que permanecer en ella para siempre, sino que por el contrario, debe ser trasladado, por derecho humano, al gobierno y, específicamente, —siguiendo en esto a Aristóteles— al monarca o rey. El rey pues recibe el poder por derecho natural y humano del pueblo, —y solo indirectamente de Dios— aunque dicho poder no puede serle quitado sino por un motivo legítimo. Existen pues ciertos casos, más allá de la naturaleza irrevocable de la traslación de la soberanía, en los que la misma puede revertirse al pueblo, recobrando su potestad natural; tal es el caso, por ejemplo de que el rey trastoque su justa potestad convirtiéndola en tiranía. De la anterior manera, la teoría suareciana sobre el origen del poder podría resumirse en el apotegma —no original de Suárez, pero sí de sus comentaristas— *omnis potestas a Deo per populum*, es decir: todo poder proviene de Dios, pero le es conferido a los gobernantes a través del pueblo.

Finalmente, dentro del pensamiento tradicional español, deben destacarse los principios recogidos por el derecho castellano e indiano, que como es sabido, recibieron una importante influencia no solamente del Derecho Romano y del Derecho común europeo, sino también de la religión y de la teología católica, incluida la Segunda Escolástica.³⁶

⁽³⁶⁾ En general sobre el Derecho Indiano, pueden consultarse las obras clásicas de Antonio Dougnac Rodríguez. *Manual de historia del derecho indiano*. 2ª edición. México. Edita Mc Graw Hill. 1998, Antonio Muro Orejón. *Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano*. México. Editan Miguel Ángel Porrúa y la Escuela Libre de Derecho. 1989, J. M. Ots Capdequí. *El Estado Español en Indias*. México. Edita el Fondo de Cultura Económica. 1993, Víctor Tau Anzoátegui. *¿Qué fue el derecho indiano?* Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1982. Más recientemente, Francisco de Icaza Dufour. *Plus Ultra. La Monarquía Católica en Indias. 1492-1898*. México. Editan Porrúa y la Escuela Libre de Derecho. 2008. Vale la pena consultar el libro de María del Refugio González. *El Derecho Indiano y el Derecho Provincial Novohispano. Marco historiográfico y conceptual*. México. UNAM. 1995. Sobre el derecho castellano, pueden verse los clásicos manuales de Alfonso García-Gallo. *Manual de historia del derecho español*. 6ª edición. Madrid. Artes Gráficas. 1975 y Francisco Tomás y Valiente. *Manual de historia del derecho español*. 4ª edición. Madrid. Editorial Tecnos. 1997. En general para ambos temas pueden consultarse los textos de Óscar Cruz Barney. *Historia del derecho en México*. 2ª edición. México. Editorial Oxford University Press. 2007, Jesús Antonio de la Torre Rangel. *Lecciones de Historia del Derecho Mexicano*. México. Editorial Porrúa. 2005. Toribio Esquivel Obregón. *Apuntes para la Historia del Derecho en México*. 3ª edición. México. Editorial Porrúa. 2004 y José Luis Soberanes Fernández. *Historia del Derecho Mexicano*. 10ª edición. México. Editorial Porrúa. 2003.

Algunos de los aspectos más destacables del Derecho castellano y novohispano por lo que respecta al tema que nos ocupa, son la caracterización del rey, cuya dignidad, poderes y obligaciones describe pormenorizadamente la *Segunda Partida* —que igualmente desconoce la potestad de los tiranos— la noción de pueblo, la idea de comunidad y la autonomía y fueros de los municipios, villas, ciudades y reinos.³⁷ Dichos principios jurídicos sirvieron, evidentemente, para apoyar los planteamientos soberanistas, contractualistas y pactistas sobre el poder, merced a los cuales, en ausencia del rey, la potestad debía ser asumida, en su nombre, por una junta soberana, que ostentase la representación del rey —y de su mismo pueblo— en beneficio de la comunidad. Así pues, dentro del trasfondo del pensamiento jurídico político tradicional, el derecho castellano y novohispano tuvieron una especial importancia, prestándole un fundamento jurídico al discurso político articulado durante 1808.

Es muy notable y merece destacarse nuevamente que el pensamiento tradicional castellano acabó por convertirse en la base y el fundamento de un discurso político libertario, que habría de dar el primer paso hacia la emancipación.³⁸

De hecho, lo más significativo de la coyuntura de 1808 fue el que dicho primer paso hacia la Independencia quiso darse como un avance, hasta cierto punto natural —forzado si acaso, pero sin rupturas— a través los cauces institucionales, innovando sobre los principios políticos y jurídicos tradicionales, e intentando conciliar la fidelidad a la metrópoli junto con el reconocimiento de la soberanía de los reinos ultramarinos.

Desafortunadamente, el golpe asestado por el partido peninsular deponiendo al virrey y aprehendiendo a los principales líderes del grupo criollo, impidió que los acontecimientos por venir fluyeran por los derroteros del orden y la legalidad. Se estableció así, absurdamente, un dique que forzaba a su necesario desbordamiento y fractura. Se cerraba, en de-

⁽³⁷⁾ Véase la Partida Segunda, en especial el Título I y por lo que respecta a la tiranía, específicamente la Ley X. de la Recopilación de Leyes de Indias, sirvió de fundamento jurídico la Ley II del Título VIII del Libro IV de la Recopilación.

⁽³⁸⁾ En las exactas palabras de R. Breña “Las ideas tradicionales pueden jugar un papel revolucionario cuando se modifica el medio político-ideológico en el que se desenvuelven o, mejor dicho, en el que son utilizadas por los actores políticos” Breña. *El primer liberalismo...*, op. cit., p. 292. En el mismo sentido observa Ernesto de la Torre Villar: “Con un dominio absoluto de la doctrina política española tradicional renovada por Juan de Mariana y de Francisco Martínez Marina e influidos por el pensamiento jusnaturalista moderado y el de la Ilustración tamizada de sus excesos por el filtro hispánico... los criollos... volviendo a sus genuinas fuentes argüirían que el pueblo novohispano es quien, por medio de sus auténticos representantes congregados en una asamblea debe gobernar el país, no desligándose del monarca...” Ernesto de la Torre Villar. *La Constitución de Apatzingán y los creadores del Estado Mexicano*. México. Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM. 1964, p. 29.

finitiva, cualquier vía diferente de la rebelión armada para poder iniciar la Independencia.

V. INFLUENCIAS, INTERESES Y LECTURAS

Fray Melchor de Talamantes fue el más profundo y adelantado de sus contemporáneos. Para Ernesto de la Torre fue el “menos cauteloso”, quien expuso su pensamiento “con mayor libertad”, convirtiéndose así en una “voz precursora” de la Independencia.³⁹ Para Luis Villoro fue también el “más osado”. De hecho, fue de los pocos pensadores que según José Miranda se expresaron en un “lenguaje francés ilustrado” trasluciendo incluso “resabios rousseauianos”.⁴⁰ En cualquier caso, como ha destacado Roberto Breña, el ilustre mercedario fue el único de su generación “que se declaró a favor de la independencia”.⁴¹

Conviene antes de analizar el pensamiento político de fray Melchor de Talamantes y su proyecto de organización constitucional, destacar las influencias intelectuales específicas que nos revelan sus principales intereses y lecturas, así como el contenido de su propia biblioteca.

Respecto de sus lecturas e intereses, puede mencionarse en primer lugar, que interrogado en 1808, dentro la causa que se instruyó en su contra, el P. Talamantes expuso que sus lecturas han sido *sovre materias Theologicas, de Religiosos, Historias, politicas, Phisicas, Medicas y de varia literatura*, mientras que sus intereses han versado *principalmente sovre puntos morales y de predicación... y sovre varios otros puntos sovre que le ha sido preciso escribir según las ocurrencias*.⁴²

Igualmente, de acuerdo con los documentos recogidos por José Toribio Medina, sabemos que fray Melchor había leído antes de 1799 el *Contrato Social* de Rousseau, los *Establecimientos Americanos* del abad Guillermo Tomás Raynal y un libro bastante olvidado en nuestros días, que levantó sin embargo una gran conmoción en su tiempo: la *Historia del Año Dos Mil Cuatrocientos Cuarenta*.⁴³ Sobre Raynal y su obra — que como se recordará, Talamantes volvió a consultar, junto con la de Robertson, con motivo de la encomienda para el tema de límites — baste destacar que constituía una exposición de los perjuicios que el colonialismo había traído para los reinos americanos, usurpados de sus vastas riquezas por sus metrópolis.⁴⁴ Respec-

⁽³⁹⁾ De la Torre. *La Constitución...*, op. cit., p. 31.

⁽⁴⁰⁾ Villoro. *El proceso...*, op. cit. p. 53, Miranda. “El influjo...”, op. cit., p. 266.

⁽⁴¹⁾ Breña. *El primer liberalismo...*, op. cit., p. 342.

⁽⁴²⁾ G. García. *Documentos Históricos...*, op. cit., tomo VII, p. 24. AGN, Historia, caja 586, volúmenes 1 y 2, fojas 8–26, punto 4º de su declaración.

⁽⁴³⁾ Toribio Medina. *Historia... Chile...*, op. cit. pp. 655 y 656.

⁽⁴⁴⁾ En general sobre el pensamiento de Raynal, Robertson y especialmente de Adam Smith

to del *Año Dos Mil Cuatrocientos Cuarenta*, se trata de una auténtica rareza bibliográfica; obra anónima publicada en francés, en Inglaterra, en el año de 1773 y usualmente atribuida a Louis Sébastien Mercier, sólo se conserva la edición original de dicha fecha y una reciente traducción al castellano, que constituye de hecho su primera reimpresión. Es un libro perteneciente al género de la utopía, que recogía el pensamiento de la Ilustración en una prosa semiprofética, formulando un programa que posteriormente habría de ser adoptado en parte por la Revolución Francesa.⁴⁵

Por lo que hace a la biblioteca y papeles personales del P. Talamantes, dentro del expediente que contiene su juicio, obran varias diligencias en las que consta el inventario de libros, legajos, mapas, muebles y enseres. De las anteriores certificaciones, se desprende en primer lugar la variedad de intereses intelectuales y científicos del P. Talamantes, con cierto predominio —además de los textos religiosos de piedad, propios de su estado— de la literatura, la lingüística, la retórica, la teología moral, la historia, la política, la geografía, la botánica y el derecho, así como el conocimiento del griego, del latín, del inglés y del francés, cuya lectura haría posiblemente auxiliado por los diccionarios y gramáticas que obraban entre sus volúmenes.⁴⁶ En

sobre el colonialismo, puede consultarse a Carlos Rodríguez Braun. *La cuestión colonial y la economía clásica. De Adam Smith y Jeremy Bentham a Karl Marx*. Madrid. Alianza Editorial. 1989.

⁽⁴⁵⁾ Anónimo. *Año de dos mil cuatrocientos cuarenta*. Traducción de Joaquina Rodríguez Plaza. México. Editan el INBA y la UAM. 1987.

⁽⁴⁶⁾ Entre las obras, papeles y enseres encontrados pueden citarse: Cuatro tomos de la *Recopilación de Las Leyes de Indias*, un *Atlas*, un tomo de *Gramática inglesa*, un compendio de *Gramática Griega*, la *Rusticatio Mexicana* de Rafael Landívar, un tomo de *Diurno*, los *Fastos de la Academia*, — que fueron publicados por la Real Academia de Historia — un tomo en latín de la *Dialogistica lingua latina exercitatio* de J. L. Vivis, un tomo de *Gramática castellana*, *Breviarios*, *Oficios de la Merced*, un tomo intitulado *Entretenimientos sobre la inmortalidad del alma*, *Apología de la Lengua Vascongada*, un tomo de *Diccionario de la Lengua Inglesa*, un tomo de el *Homo Atritus*, un volumen de Kempis, un tomo *Teatro Americano*, que era una descripción de los reinos y provincias de Nueva España, un tomo de *Historia de Teodoro el Grande*, el *Oficio de la Sangre de Cristo*, un volumen de *Observaciones sobre Ortografía*, dos tomos de la *Oratoria* de Quintiliano, un tomo en francés *Tratado sobre la perfección del estado eclesiástico*, un tomo de *La Riqueza de las Naciones*, otro volumen intitulado *Ensayo sobre la Jurisprudencia*, un quinto tomo sobre *Theología Moral*, un tomo de *Derecho Público*, un folio menor en pergamino de Joh Gottlieb Heinecii tomo tercero, cuatro tomos de un *Tratado de Retórica* de Blair, los *Centones Fornerianos*, otro volumen de *Elementos de Agricultura*, otro de *Descripciones de Plantas*, otro en pergamino titulado *Método para enseñar las bellas letras* tomo segundo, otro de *Estatutos del Colegio de Abogados*, otro de *Representaciones del Tribunal de Minería*, tres volúmenes de distintos *Sermones Panegíricos*, un tomo de *Curso de Botánica*, un tomo de *Tribulaciones de los Fieles de Asia*, *Misceláneas de Poesías* de Castro, un tomo en francés de Montesquieu *El Espíritu de las Leyes*, Legajos de Gacetas y Diarios, una caja de instrumentos matemáticos con veinte y nueve piezas de varios tamaños, también un Mapa grande *Carte generale sur le Territoire d' Orleáns*, un *Plan Ychnographico de la Ciudad de Valladolid*. Dentro de una baúl cerrado con candado, se encontraron igualmente libros y papeles, que contenían diversos documentos sobre el tema de límites, catorce mapas, varios legajos, carpetas y papeles, “un legajo de varios papeles que se creen prohibidos por el Santo Oficio, manuscritos algunos y dos impresos”, un libro de entradas y gastos, varias cédulas y órdenes, varios viajes, varios mapas forrados, mapas grandes, varios escritos firmados

segundo lugar y específicamente en relación con el asunto de la soberanía, en su biblioteca se encontraron importantes obras, como la *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, un tomo sobre *Teología Moral*, un tomo de *Derecho Público* y otro de *Ensayos sobre la Jurisprudencia* sin mención específica de sus autores, el tomo tercero de un libro de Heinecio, —casi seguramente los *Elementa iuris naturae et gentium*— el *Espíritu de las Leyes* de Montesquieu, *La Riqueza de las Naciones* de Adam Smith y un libro intitulado *La Elmira*. Sobre la *Recopilación*, el texto de *Teología Moral*, las obras jurídicas y el *Espíritu de las Leyes*, ya se hicieron referencias generales en torno a su contenido e influencia dentro del pensamiento criollo de 1808. Respecto de la *Riqueza de las Naciones*, baste destacar —por lo que al pensamiento independentista respecta— que la denuncia hecha por Smith del mercantilismo y su apología del liberalismo, constituía los principios de un pensamiento económico eminentemente anticolonialista.⁴⁷ Por último, sobre *La Elmira*, se trata en realidad de otro título —sobrepuesto para eludir a la Inquisición— para *La Alcira*, obra dramática debida a la pluma de Voltaire, cuyo *leit motiv* era, precisamente, el tema de la libertad de los americanos.

Ubicando a fray Melchor de Talamantes dentro del contexto intelectual descrito y considerando sus intereses, lecturas y biblioteca, puede afirmarse que se trató de un pensador con una sólida formación teológica-moral, que muy probablemente estuvo influida por la Segunda Escolástica española y por lo mismo arraigada en el método dialéctico y en la filosofía aristotélico-tomista. Igualmente, se puede decir que nos encontramos ante un religioso familiarizado con el derecho —romano, canónico y natural— y específicamente con el derecho de indias. Más aún, se trata de un intelectual con amplios conocimientos de historia y actualidad política, económica y geográfica, que ha obtenido en parte de autores ilustrados. Por último, puede asegurarse que nuestro personaje se encontraba plenamente familiarizado con el pensamiento del Ilustración en sus diversas vertientes: a) literaria (Voltaire), b) utópica (Mercier) y c) político-económica (Rousseau, Montesquieu, Smith y Raynal).

VI. LEGADO FILOSÓFICO POLÍTICO Y JURÍDICO

En relación con los escritos de Melchor de Talamantes vinculados con el tema de 1808,⁴⁸ nos referiremos únicamente los dos más importantes y

bajo los seudónimo de Yrsa y de Toribio Marcelino Faraday, diversos decretos, documentos y representaciones. Cfr. "Causa instruida..." en *Documentos Históricos...*, op. cit., Cfr AGN, caja 586, dos volúmenes.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Rodríguez Braun. *La cuestión colonial...*, op. cit., pp. 35 y ss.

⁽⁴⁸⁾ Dentro de la causa se le recogieron los siguientes: 1) *Primeras disposiciones para mantener este*

completos que son la *Representación Nacional* y el *Congreso Nacional*, si bien algunos pensamientos recogidos en los otros manuscritos, arrojan luz sobre el sentido y alcance de las pretensiones del mercedario peruano.

Así, por ejemplo, en sus *Advertencias Reservadas*, no deja lugar a dudas respecto del destino final de sus planteamientos:

...aproximándose ya el tiempo de la independencia de este reino, debe procurarse que el congreso que se forme lleve en sí mismo, sin que pueda percibirse de los inadvertidos, las semillas de esa independencia sólida, durable y que pueda sostenerse sin dificultad y sin efusión de sangres.

Respecto a su *Representación Nacional*, cabe observar que se trata de un discurso filosófico-político dividido en dos partes. En la primera, de índole más bien general, se define la naturaleza de las colonias, de las leyes coloniales y regionales y de la representación nacional. En la segunda, se exponen aquéllos casos en los cuales es lícito a las colonias separarse de su metrópoli. Dentro de este manuscrito, resulta destacable en primer lugar la caracterización que hace el P. Talamantes de las colonias y de las leyes coloniales, contraponiendo éstas últimas a las leyes propiamente regionales. Desarrollando una interesante, erudita y persuasiva exposición histórica, política y económica sobre el colonialismo, propone —siguiendo el pensamiento de Montesquieu— que las *leyes coloniales* son *las que sostienen el enlace y dependencia*, mientras que las propiamente regionales son más bien *las que se dirigen a organizar la colonia en sí misma, teniendo consideración al clima, a los alimentos, a los habitantes, tantos indígenas como colonos, y a otras circunstancias locales*. Su conclusión, que anticipa sin ambages desde la primera parte de su discurso, es inequívoca y contundente:

Desde el punto mismo en que se nos hizo saber que los reinos de España se habían cedido a una potencia extranjera... se han roto del todo para nosotros los vínculos con la metrópoli; las leyes coloniales que nos unían a ella y nos tenían dependientes han cesado enteramente, y no subsisten para dirigirnos sino las leyes puramente regionales (...) quedan [pues] estos reinos independientes de su matriz.

reino independiente de la dominación francesa (una foja sin concluir), 2) *Congreso Nacional del Reino de Nueva España. Expónense brevemente los graves motivos de su urgente celebración, el modo de convocarlo, individuos que deben componerlo y asunto de sus deliberaciones*. (19 fojas, firmado por Yrsa, seudónimo), 3) *Reflexiones sobre las ocurrencias del día* (dos fojas), 4) *Cartas dirigidas al señor gobernador, intendente y brigadier don Roque Abarca* (cuatro fojas), 5) *Representación nacional de las colonias. Discurso filosófico dedicado al excelentísimo Ayuntamiento de la M.N.M.L.I. e Imp. Ciudad de México, capital del reino. Por Yrsa, verdadero patriota* (11 fojas), 6) *Contestación a la Junta de Gobierno de Sevilla de 17 de junio del presente año* (una foja), 7) *Memorias de varios asuntos que deben serlo de obras que es necesario trabajar de intento y publicar* (una foja), 8) *Cuestión importante sobre el regreso de Fernando VII a la España* (tres fojas sin terminar) y 9) *Advertencias Reservadas á los Habitantes de Nueva España acerca del Congreso General* (una foja sin terminar). Cfr. "Causa instruida..." en *Documentos Históricos...*, op. cit., Cfr AGN, caja 586, dos volúmenes.

Ahora bien, la ruptura de los vínculos de dependencia, además de suponer la cesación de las leyes coloniales, entrañaba igualmente la insubsistencia del mismo gobierno colonial, por cuanto que: *no existiendo el rey civilmente en la nación, tampoco pueden existir sus representantes.*

En virtud de lo anterior, se hacía indispensable abordar el tema de la representación nacional, que para Talamantes resulta equivalente a la soberanía y suponía la necesidad de la independencia. En sus propias palabras:

Se entiende por ella [por representación nacional] el derecho que goza una sociedad para que se le mire como separada, libre e independiente de cualquier otra nación. Este derecho pende de tres principios: de la naturaleza, de la fuerza y de la política (...) [y consiste en] la facultad de organizarse... de reglar y cimentar la administración pública... de reponer las leyes que faltasen, enmendar las defectuosas, anular las perjudiciales y expedir otras nuevas.

Dentro de la segunda parte de su discurso, se enuncian y exponen los casos en los que les es lícito a las colonias separarse de sus metrópolis. Dichos casos eran: 1) Cuando las colonias se bastan a sí mismas, 2) cuando las colonias son iguales o más poderosas que sus metrópolis, 3) cuando las colonias difícilmente pueden ser gobernadas por sus metrópolis, 4) cuando el simple gobierno de la metrópoli es incompatible con el bien general de las colonias, 5) cuando las metrópolis son opresoras de sus colonias, 6) cuando la metrópoli ha adoptado otra constitución política, 7) cuando las primeras provincias que forman el cuerpo principal de la metrópoli se hacen entre sí independientes, 8) cuando la metrópoli se sometiera voluntariamente a una dominación extranjera, 9) cuando la metrópoli fuese subyugada por otra nación, 10) cuando la metrópoli ha mudado de religión, 11) cuando amenaza en la metrópoli mutación en el sistema religioso y 12) cuando la separación de la metrópoli es exigida por el clamor general de los habitantes de la colonia.

Por la estructura, enunciación, ordenación y exposición de los anteriores casos, se advierte una poderosa influencia del método de la Segunda Escolástica, casi recordando —en sentido inverso— las *Relecciones* de F. de Vitoria sobre los justos títulos para fundamentar la conquista. En efecto, el abordamiento problemático de un tema controvertido, —a la manera de las *quaestio* medievales— la búsqueda de razones filosófico-jurídicas suficientes, el análisis de la realidad y el método escolástico, son las características dominantes de esta parte de su discurso.

Por lo que hace a su otro manuscrito, el *Congreso Nacional del Reino de Nueva España*, se trata en realidad de un auténtico bosquejo de organización político-constitucional. Partiendo de la premisa de la representación nacional o soberanía política de la que gozan las colonias en los casos

en los que les es lícito separarse de su metrópoli, Talamantes se dedica a la exposición de los motivos que recomiendan la convocatoria de una asamblea soberana dentro del contexto político de 1808, así como a idear la forma en la que debiera integrarse y funcionar, refiriendo por último los asuntos sobre los que tendría que ocuparse.

En su *Congreso Nacional*, fray Melchor hace gala de su amplio conocimiento de las instituciones políticas y jurídicas inglesas, francesas y norteamericanas, así como de sus excepcionales dotes y sentido práctico para la organización, que lo llevan a describir, de manera pormenorizada, una serie de necesidades y problemas, a cuyo examen y resolución se encontraría llamado el parlamento soberano propuesto. Dentro del *Congreso Nacional*, Talamantes adopta explícitamente una actitud abierta a las diversas corrientes de pensamiento político, tomando de cada una ellas aquello que mejor conviene a sus propósitos. Por momentos se advierte la influencia aristotélico-tomista; en ocasiones, sus ideas traslucen claramente su fundamento escriturístico, no faltan tampoco las referencias a la *Leyes de Indias* y a la Segunda Escolástica y, desde luego, hay pasajes de factura netamente ilustrada.

Haciendo gala de una notable habilidad retórica, fray Melchor describe la difícil situación por la que atraviesa la metrópoli, así como la inminencia de los peligros que la misma supone para sus colonias, incluida una eventual ocupación por parte de los franceses. Su propósito es claro: persuadir a los lectores sobre la necesidad de designar ministros plenipotenciarios para buscar apoyos económicos y militares, así como organizar los recursos financieros del erario para emprender eventuales acciones militares defensivas y de apoyo a la metrópoli, legislando a su vez en diversas materias para arreglar mejor el comercio, la industria y el gobierno, en una situación en la que no se pueden escatimar los recursos y esfuerzos para salvaguardar la integridad de la colonia y, eventualmente, contribuir a la salvación de la metrópoli. Pero, como la designación de embajadores, los acuerdos y alianzas internacionales en materia militar, económica y de empréstitos, la organización del gobierno, del comercio y de la industria y la propia preparación para la acción militar, son todos actos de soberanía, se impone evidentemente la necesidad de convocar un Congreso Nacional, lo que supone una tácita —aunque ineludible— declaración de la independencia del reino colonial. En las palabras de Talamantes:

...careciendo de libertad la metrópoli para ejercer su soberanía y obrar expeditamente, oprimida como se halla de las tropas francesas, las grandes posesiones de las Américas, parte importante de la nación, deben entrar en posesión de los primitivos y esenciales derechos de aquella...

Hay que destacar, que estando consciente de que la *Recopilación* prevenía que los reinos y las villas de las Indias no podrían reunirse a no ser que mediara convocatoria del Rey, Talamantes interpreta la referida ley —apelando a su sentido originario y razón última— para justificar, inclusive bajo la misma, la reunión de su proyectado congreso, pues *las leyes no pueden ser instituidas en perjuicio del Estado ni ceder en daño del Soberano que las expide*.

La finalidad inmediata de la instalación del Congreso es para Melchor de Talamantes la organización del gobierno para la defensa de la nación y eventualmente de la madre patria. Sin embargo, no se queda con dicha finalidad inmediata, sino que prosigue hasta expresar el fin último y natural de la representación nacional, en términos que resultan sumamente adelantados para su tiempo. En efecto, para Talamantes el Congreso deberá velar por *la salud del Estado y el beneficio de la patria... el bien de todos los actuales habitantes, sin distinción de jerarquías, condiciones, naciones y sexos*.

Más aún —y esto es fundamental— entreviendo los vínculos de fraternidad que unen a las colonias ultramarinas y a la propia metrópoli, concibe su congreso como preparatorio de otro mayor que comprendiera el resto de los virreynatos bajo un espíritu de unión. En sus propias palabras:

Y porque lo quatro Virreynatos de América son entre sí independientes y por la considerable distancia... sería imposible hacer en un punto determinado la convocación de los individuos que deben componer el Congreso General; siendo entre ellos el Reyno de la Nueva España el más antiguo é importante de estos dominios, deberá tomar el primero sus resoluciones y participarlas a los otros Virreynatos, para que se conformen a ellas y lleven todos un mismo espíritu de unión...

En lo tocante a la integración del Congreso, Talamantes trasluce nuevamente su amplitud de miras, pues propone que concurren al mismo, tanto los estamentos medievales, cuanto las distintas autoridades políticas y eclesiásticas, lo mismo que diputados y representantes de villas y ciudades. En efecto, fray Melchor sugiere que el Congreso sea integrado en primer lugar por el Virrey como su presidente. En segundo lugar, convoca a los tenientes del ejército, los presidentes de Audiencias y los intendentes de ejército, así como a los gobernadores de las provincias y los oidores y alcaldes de la capital. Llama también a su asamblea, para la representación de las Audiencias foráneas, a diputados por las mismas. Plantea la conveniencia de que acudan todos los jefes de las primeras oficinas y tribunales del reino. No omite recomendar la asistencia de los títulos —es decir de los nobles— de Castilla. De la misma manera, plantea la elección de diputados, o sea, de representantes de las ciudades y villas. Por el estado eclesiástico, propone la participación del arzobispo y los obispos, de

diputados de los cabildos de cada diócesis, pidiendo también la asistencia del cura más digno de cada diócesis, del inquisidor más antiguo, y de los generales y provinciales de las órdenes regulares. No desdeña tampoco a la *auctoritas scientia*, extendiendo por lo mismo la participación a los rectores de universidad. Y ya por último, declara, que en todo caso y en aras de la mayor representatividad, sería prudente considerar a todos *los demás que fuese oportuno*.

Respecto al funcionamiento y asuntos en torno a los cuales habría de versar la actividad del Congreso, nuestro personaje describe, de manera prolija y exhaustiva, desde el protocolo para la celebración de los actos religiosos y el juramento de fidelidad al rey, hasta el mismo sello del reino, que según su parecer *podrá ser un águila sobre un nopal, sosteniendo del pico, inclinado al lado opuesto del nopal, el escudo de armas de la España*.

Sobre las responsabilidades específicas de su Congreso, Talamantes proponía que se dedicara en primer lugar a organizar el gobierno, nombrando cuatro secretarios de despacho (negocios militares, civiles, eclesiásticos y de hacienda), para organizar después el ejército, confirmando por último a todos los funcionarios en ejercicio y supliendo tan solo las vacantes que existieran en los diferentes ramos y niveles. Además, para reunir los recursos necesarios para la defensa del reino y en su caso para apoyar militarmente a la metrópoli, el Congreso debería tomar las providencias necesarias para promover el comercio, ordenando la excavación de minas de azogue y el cultivo de diversas especies, así como fijar los impuestos correspondientes sobre dichas actividades. Llama la atención la propuesta de fray Melchor en el sentido de que el Congreso también debería encargarse de designar plenipotenciarios, especialmente cerca del gobierno de Estados Unidos, para que *reconozcan la independencia del Reino de Nueva España*, así como para formar una alianza ofensiva, negociar un tratado de libre comercio y terminar la cuestión sobre los límites de Luisiana... Por lo que respecta a la misión que propone se establezca en Londres, Talamantes llega al extremo de confiar a la legación una mediación amistosa, procurando la terminación de las diferencias entre Londres y los Estados Unidos, aunque le encarga fundamentalmente procurar obtener abasto de armamentos, solicitar una escuadra y pedir ingenieros para la construcción de fortificaciones. Ni perdió tampoco fray Melchor la oportunidad de proyectar sobre las actividades del Congreso algunas posibles preocupaciones personales, pues proponía que dicha asamblea resolviera el establecimiento de un concilio provincial, que resolviera “sobre las dispensas de votos” e igualmente recomendaba que el Congreso suspendiera de plano la autoridad civil al Tribunal del Santo Oficio...

Más allá de la quizás excesiva — aunque por ello mismo interesantísima — prolijidad de detalles con que Talamantes diseña su Congreso, nos encontramos en realidad ante un planteamiento inédito, que constituye el primer intento de organización constitucional para el México Independiente, así como una invitación a la conformación de una especie de Comunidad Hispanoamericana de Reinos.

Desafortunadamente — como se ha venido repitiendo — la anticipación con la que el partido peninsular conjuró el activismo de la facción criolla, cerró definitivamente la posibilidad de una emancipación gradual, pacífica y conducida por las vías jurídicas e institucionales, que hubiera asegurado un rumbo menos dramático a los acontecimientos posteriores.

Lamentablemente, la determinación con la que fue sofocado este primer intento de búsqueda de una mayor independencia, supuso que el pensamiento y los escritos del padre Talamantes — hasta donde sabemos — no ejercieran una mayor influencia intelectual sobre las posteriores generaciones de líderes del movimiento emancipador, que por lo demás, hubieran podido beneficiarse del mismo.⁴⁹

Más lamentablemente aún, a doscientos años de distancia, fray Melchor de Talamantes sigue siendo un gran desconocido — tanto en Perú como en México — y su pensamiento independentista, así como su proyecto de organización constitucional, permanecen todavía en el olvido.

Espero que el presente artículo contribuya a la recuperación de Talamantes, la revaloración de su pensamiento y la presentación de su proyecto constitucional, en la medida en la que pueden contribuir a una mejor comprensión de su tiempo histórico.

⁽⁴⁹⁾ “Cuando se levantaron en 1810 Hidalgo, Allende, Morelos y los demás próceres, ellos no conocieron el plan de Talamantes. Después quedó arrumbado en un archivo, sirviendo en un principio a la crítica de los enemigos de la independencia” Romero. “Fray Melchor...”, op. cit. p. 40.

LOS PROCESOS PENALES A LOS PRESIDENTES DE LA REPÚBLICA. EL MEGA-PROCESO CONTRA ALBERTO FUJIMORI

Jorge Paredes Pérez

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Legislación especial para el juzgamiento de funcionarios públicos en el 2000. III. El proceso contra altos funcionarios. IV. El proceso de Extradición. V. El proceso penal por los casos de "Barrios Altos", "La Cantuta" y "Sótanos del SIE".

I. ANTECEDENTES

En nuestra Historia republicana, a cada cambio de gobierno, es frecuente el juzgamiento de algunos funcionarios del régimen anterior.

En el siglo XX, el caso más dramático de juzgamiento de un ex Presidente fue la persecución a Leguía y sus principales funcionarios, quienes fueron juzgados por el Tribunal de Sanción Nacional creado por Decreto Ley N° 7043 del 28 de febrero de 1931. Los miembros de este tribunal ad hoc fueron designados por la Corte Suprema y las Fuerzas Armadas. Luego de diez meses sin sentencia, el ex Presidente falleció en el Hospital Naval a causa de un cáncer de próstata. De acuerdo a Jorge Basadre, el Tribunal de Sanción realizó cerca de 120 procesos por delitos contra la Administración Pública, Peculado, Concusión, Abuso de Autoridad y Enriquecimiento Ilícito, y dictó quince condenas.

En 1948, la "Revolución Restauradora" del Gral. EP Manuel A. Odría, deportó al Presidente Bustamante hacia Buenos Aires, Argentina. No imputó la comisión de ningún delito a su correcto predecesor, pero le

impidió su retorno al país en aplicación de la Ley de Seguridad Interior, por considerarlo peligroso al orden interno.¹

En 1956, en medio de revueltas y desprestigio del régimen, Odría decidió convocar a elecciones, en la cuales resultó ganador Manuel Prado Ugarteche. Durante el gobierno de Prado nunca se procesó o investigó a Odría, a pesar de su inocultable desbalance patrimonial; esto gracias al “Pacto de Monterrico”² y por mantener su agrupación política “Unión Nacional Odríista” presencia en el Congreso. Décadas más tarde, la revolución velasquista encausó a funcionarios del depuesto gobierno del arquitecto Belaunde, dictando normas que le permitieron una mayor represión penal como la de Condena en Ausencia. Belaunde fue desterrado a Argentina y muchos de sus colaboradores fueron desterrados o tuvieron que dejar el país para evitar la persecución.

Entre ellos se encontraba Marianito Prado Sosa, heredero del “Imperio Prado”, quien fue condenado (en ausencia) a diez años por los delitos de Apropiación Ilícita y Defraudación de Fondos, mientras que su padre Mariano Prado Heudebert era procesado en su cama de hospital a causa de un enfisema pulmonar, por la quiebra del Banco Popular. Los Prado fueron el símbolo del “viejo orden oligárquico” que la revolución peruana procesó, incautando su banco, empresas y propiedades.

El arquitecto Fernando Belaunde nunca fue investigado ni se le imputó delito alguno en sus dos periodos. Al término de su segundo periodo, el mayor escándalo de corrupción fue respecto del fraude en los contratos de fletamento sin licitación de los buques “Mantaro” y “Pachitea”, en el cual se inculpó a los ministros Fernando Chávez Belaunde y Carlos Pestana Cevallos. Aunque las comisiones del Congreso emitieron un dictamen acusatorio y solicitaron la apertura de Instrucción a los ministros involucrados, el pleno del Congreso no alcanzó el quórum para emitir la Resolución Legislativa que apruebe la Acusación Constitucional.

Durante el gobierno de Alberto Fujimori, electo en 1990, se acusó constitucionalmente al Alan García por Enriquecimiento Ilícito debido a un desbalance patrimonial. En la Corte Suprema, el Vocal Instructor dis-

⁽¹⁾ En 1955 Luis Bedoya Reyes presentó un Habeas Corpus a favor de José Luis Bustamante y Rivero por violación al derecho de libre tránsito y que no se había respetado la propia Ley de Seguridad Interior de la República que obligaba que a realizar un trámite administrativo en el cual se podía declarar la expulsión o prohibir el ingreso al país. Cfr. García Rada, Domingo. Memorias de un juez. p. 171 y ss.

⁽²⁾ En las elecciones de 1956 se presentaron Manuel Prado, Hernando Lavalle, Manuel Odría y Fernando Belaunde. La irrupción de Belaunde en la campaña y su rápida aceptación por su programa reformista obligó a Prado a buscar el apoyo del Apra. Odría por su parte, temeroso que un posible triunfo de Belaunde lo investigue por los actos de corrupción de su gobierno se les une en el conocido “Pacto de Monterrico” por el lugar del conclave donde tenía el ex Presidente una casa de campo.

puso no ha lugar a la apertura del proceso y su consecuente archivo. Sin embargo, durante el golpe de 1992 el Ejército intentó detenerlo, en su casa.

Ante ello, García decidió, como su líder Haya de la Torre, pedir asilo en Colombia, aunque finalmente residió en París hasta la caída del fujimorismo. En 1995 el nuevo Congreso con mayoría fujimorista lo acusó constitucionalmente, con los testimonios de Alfredo Zanati, quien afirmó que el ex Presidente efectuó depósitos en cuentas en el exterior, y de Sergio Siragusa quien afirmó haberle entregado una coima por la concesión del tren eléctrico; por Enriquecimiento Ilícito al mantener cuentas en paraísos fiscales y sus inmuebles, Colusión Ilegal, Cohecho Pasivo, y por Negociación Incompatible en la construcción del tren eléctrico, la compra del Canal Trece y los Dólares MUC.

En vista de que el ex Presidente podía alcanzar la Prescripción por encontrarse fuera del país, y que debido al asilo político concedido por Colombia no se le podía extraditar ni condenar en ausencia, se dictó la Ley N° 26641, del 26 de junio de 1996, de Contumacia, mediante la cual se suspende indefinidamente la Prescripción y se crea el delito de Contumacia.

Estos procesos fueron finalmente archivados por Prescripción, una vez que García obtuvo una resolución favorable en la Corte Suprema, que acató las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual consideró que la aplicación de la Ley N° 26641 violaba el principio de irretroactividad de las leyes debido a que los procesos contra el ex Presidente se habían iniciado con anterioridad a la dación de esta ley.

También se imputó responsabilidad penal a García por el delito de Homicidio Calificado, por Omisión Impropia en el “Caso Acomarca”, donde en 1985 un destacamento militar ocasionó la muerte de 69 comuneros; por el “Caso Cayara”, en el cual se imputó el asesinato de los pobladores de la comunidad ayacuchana de Cayara a raíz del operativo “Persecución” llevado a cabo por diez patrullas del Ejército en represalia de una emboscada terrorista en la localidad de Erusco donde murieron cuatro militares y resultaron heridos otros quince (de acuerdo a las versiones recogidas por la Comisión de la Verdad los testigos también fueron asesinados); y por el debelamiento de los motines en los establecimientos penales de “El Frontón” y “Lurigancho”. En todas estas acusaciones García fue exculpado, sancionándose únicamente a los militares intervinientes y a sus mandos directos.

Al término del segundo periodo de García aún se está debatiendo en la Comisión Investigadora del Congreso su responsabilidad y la de algunos de sus ministros en diversas contrataciones y obras públicas.

Sin embargo, la mayor ola de procesamientos de funcionarios públicos se produjo a raíz de la caída del régimen fujimorista a fines del 2000, precipitada por la divulgación el 14 de septiembre de ese año del “vladivideo”

en el cual se vio al asesor Montesinos entregando dinero al congresista electo Alberto Kouri.

El cambio de régimen y la difusión de más “vladivideos” trajeron como consecuencia el procesamiento de no solo de Alberto Fujimori y sus ministros, sino de un gran número de funcionarios de diverso nivel, y de particulares que colaboraron en la perpetración de estos delitos. En esta oportunidad, en los procesos contra los funcionarios seguidos en la primera década del siglo XXI, se imputaron los delitos de Asesinato, Lesiones Graves y Corrupción de Funcionarios.

II. LEGISLACIÓN ESPECIAL PARA EL JUZGAMIENTO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL 2000

Para el juzgamiento de ex funcionarios del régimen fujimorista, en medio de una intensa presión pública, se dictaron normas que permitían imponer medidas restrictivas de la libertad antes de iniciar un proceso penal y se compuso una Sala Penal anticorrupción. La legislación, aunque no se trataba de una dictadura, una vez más se adecuaba a los objetivos del régimen de turno y al reclamo mediático que exigía prisiones y drásticas sanciones e impuso una legislación borderline con los preceptos constitucionales.

La Ley N° 27379, del 21 de diciembre de 2000, se dictó con el objeto imponer a los involucrados en los actos delictivos cometidos durante el régimen fujimorista medidas limitativas de derechos sin encontrarse procesados o investigados formalmente. Entre las medidas más gravosas están la Detención Preliminar hasta por quince días y el impedimento de salida del país. En el caso de altos funcionarios comprendidos en el artículo 99° de la Constitución, de acuerdo a la Ley N° 27399, del 13 de enero de 2001, el Fiscal de la Nación solicita la aplicación de esta medida al Vocal Supremo titular menos antiguo.

Estas leyes colisionan con el precepto constitucional previsto en el artículo 2.24.f de la Constitución que establece que una persona solo puede ser detenido por mandamiento escrito y motivado del Juez o en flagrancia y deberá ser puesto a disposición del juzgado en el plazo de 24 horas excepto en los casos de Terrorismo, Espionaje y Tráfico de Drogas; en los cuales se puede extender la detención preventiva hasta quince días.

La Ley N° 27379 permite que un juez de turno ordene la detención preliminar con el solo pedido del Ministerio Público, ante la apariencia que el funcionario ha cometido algún delito, sin acreditar — pues la norma no hace referencia a ello — el peligro procesal ni la existencia de suficientes elementos probatorios que regulan, en líneas generales, la Prisión Preventiva.

Además, este pedido se efectúa antes que exista una investigación preliminar; esto es que en un estado inicial en que únicamente existe una imputación no siempre se puede sustentar una restricción de la libertad individual sobre bases poco sólidas. Esta legislación, en la práctica, satisfizo la presión mediática que exigía que todos los involucrados en las investigaciones sean encarcelados.

La norma establece, en contra de la disposición constitucional, que de manera excepcional que la Detención Preventiva se extienda hasta quince días en casos de los delitos graves indicados; sin embargo, la Ley N° 27379 extiende esta excepción en la investigación de delitos tan variados como el Peligro Común, Contra la Administración Pública, Delitos Tributarios o Contra la Libertad.

III. EL PROCESO CONTRA ALTOS FUNCIONARIOS

La Constitución establece en su artículo 99° el Antejuiicio para los altos funcionarios públicos antes que el Ministerio Público decida, como titular de la acción penal, promoverla. De acuerdo al artículo 89° del Reglamento del Congreso la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso investiga los hechos y, si encuentra contenido penal, su informe acusatorio cuando es aprobado por el pleno del Congreso se envía al Ministerio Público.

Los términos de la acusación constitucional fija los límites de la denuncia fiscal. El artículo 100° de la Constitución contiene un mandato imperativo al Fiscal de la Nación pues lo obliga a denunciar por los hechos y los delitos indicados por en ella. No puede reducir, ampliar ni archivar la Acusación Constitucional. Tampoco puede incorporar en el proceso penal a nuevos funcionarios sin autorización expresa del Congreso.

El juzgamiento de los altos funcionarios corresponde a los magistrados de la Corte Suprema entre los que el Vocal Supremo menos antiguo actúa como Vocal instructor y para la etapa de instrucción se dividen Segunda Sala Suprema Penal como Sala Penal Especial, para desarrollar el Juicio Oral, y la para la Sala de revisión del Recurso de Nulidad.

A raíz de la denuncia Constitucional contra Alberto Fujimori se realizó el antejuiicio en el cual la comisión investigadora emitió un dictamen³ en mayoría, encontrando responsabilidad de Alberto Fujimori por la comisión

³ La renuncia de Alberto Fujimori no fue aceptada por el Congreso y declaró vacante el cargo de Presidente de la República mediante Resolución Legislativa N° 009-2000-CR del 21 de noviembre de 2001; en la denuncia por infracción constitucional se decidió por Resolución Legislativa N° 18-2000-CR inhabilitarlo por 10 años para ejercer la función pública. Esta decisión congresal fue ratificada por el Tribunal Constitucional.

de los delitos de Homicidio Calificado, Desaparición Forzada de Personas y Terrorismo por los casos de Barrios Altos, la Cantuta y Mariela Barreto.

IV. EL PROCESO DE EXTRADICIÓN

Una vez iniciados los procesos penales, el Poder Judicial tuvo que presentar su requerimiento de Extradición y formar los cuadernos debidamente sustentados, debido a que el procesado se encontraba residiendo en Japón y luego se trasladó a Chile.

El proceso de Extradición ofreció un filtro procesal a Fujimori para revisar los términos de la Acusación Constitucional y la suficiencia probatoria. De haberse quedado en el Perú, habría tenido que enfrentar todos los procesos sin la posibilidad de discutir estos aspectos.

En el proceso de Extradición se utilizó como sustento el Tratado Bilateral de Extradición entre Chile y Perú de 1932, el Código Bustamante, la Convención de Viena sobre cumplimiento de tratados, el Código de Procedimientos Penales chileno y los códigos penales peruano y chileno.

De acuerdo al artículo 365° del Código Bustamante, la sentencia de Extradición estableció que en el pedido peruano “existen indicios de culpabilidad” de cada uno de los casos imputados a Alberto Fujimori, que se acreditan con la denuncia penal y el Auto Apertorio de Instrucción.

El pedido en el procedimiento de Extradición requiere: i) principio de doble incriminación, ii) que los delitos no hayan prescrito, iii) que los delitos imputados se encuentren sancionados con una pena mayor a un año y iv) que la imputación se refiera a delitos comunes y no a delitos políticos.

En el fallo de la Corte Suprema chilena se reflexiona sobre el principio de la doble incriminación que no es necesario que los delitos imputados reciban la “misma denominación jurídica” ya que no es relevante el nomen iuris sino que los hechos imputados se encuentren tipificados en ambas legislaciones.

La posición peruana logró acreditar que Fujimori tuvo responsabilidad en los casos por delitos de corrupción y los casos de Barrios Altos y La Cantuta por la concentración de poder que le permitió controlar un aparato de poder que fue creado para efectuar operaciones especiales contra terroristas o enemigos del régimen. El fallo admite que la responsabilidad del ex Presidente, de acuerdo a la teoría de Roxin, con el dominio de la organización en calidad de autor mediato que se encontraba en capacidad para dar órdenes y controlar el aparato organizado que funcionaba en su gobierno. Sin embargo, a pesar que la resolución chilena acepta la existencia de un aparato organizado de poder en los delitos de Asesinato en los casos de Barrios Altos y La Cantuta, pero no acepta el pedido de Extradición respecto al delito de Asociación Ilícita para Delinquir.

La justicia chilena rechaza las alegaciones de la defensa del ex Presidente sobre la violación del Debido Proceso porque el procedimiento es “racional y justo”; las alegaciones a la vulneración de la presunción de inocencia, falta de proporcionalidad, ultima ratio y especialidad son rechazadas por tratarse de argumentos de fondo; sobre la prescripción se tiene en consideración que el artículo 100° del Código de Procedimientos Penales chileno que el plazo de prescripción se duplica cuando el imputado se ausenta del territorio.

En el proceso de Extradición, la Corte Suprema de Chile autorizó la entrega de Alberto Fujimori para que sea juzgado por los siguientes delitos:

- a. Allanamiento. (Usurpación de Funciones, Corrupción de Funcionarios) Alberto Fujimori, en su condición de Presidente de la República, en connivencia con el Ministro del Interior Fernando Dianderas ordenaron una incursión y allanamiento en la vivienda de doña Trinidad Becerra Morán (esposa de Vladimiro Montesinos Torres). Asimismo, el Presidente Fujimori ordenó al Teniente Coronel EP Manuel Ubillús Tolentino que se hiciera pasar como Fiscal de la Décimo Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima en dicha incursión y recogiera la evidencia y todos los medios de prueba.
- b. Intercepciones telefónicas. (Peculado) Alberto Fujimori, en su condición de Jefe de Estado, y Vladimiro Montesinos, asesor del SIN, organizaron y dirigieron una organización criminal y obtuvieron información a partir de la interceptación ilegal de las comunicaciones.
- c. Medios de comunicación. (Peculado, Asociación Ilícita) Por la adquisición de medios de comunicación, Canal CCN (Canal 10), Diario Expreso, con fondos públicos.
- d. Quince Millones. (Falsedad y Peculado) Por la entrega de la suma de US\$ 15'000,000 al ex asesor del SIN provenientes de fondos públicos como una supuesta compensación de tiempo de servicios prestados a la nación.
- e. Congresistas tráfugas. (Corrupción Activa de Funcionarios) El Presidente Fujimori planificó, dirigió y diseñó el Plan “reclutamiento” que tenía como objeto obtener a cualquier costo una mayoría parlamentaria que se sometiera al Poder Ejecutivo a fin de controlar las actividades del Congreso de la República para impedir la labor de fiscalización efectiva del Poder Legislativo.
- f. Sótanos del SIE. (Secuestro) Se imputa al ex Presidente Fujimori ordenar la detención ilegal de Samuel Dyer Ampudia y del periodista Gustavo Gorriti, y recluirllos en los sótanos del SIN.
- g. Barrios Altos y La Cantuta. (Homicidio Calificado y Lesiones) Se imputa al ex Presidente y ex Comandante Supremo de las Fuerzas

Armadas haber tenido el conocimiento en la planificación y ejecución de los crímenes y matanzas de Barrios Altos y La Cantuta, ejecutados materialmente por miembros del grupo de exterminio denominado “Colina”.

El los siguientes casos, por insuficiencia probatoria, el Poder Judicial chileno denegó el pedido de Extradición:

- a. Caso Faisal. Aprovech. Se utilizaron fondos públicos para la creación de una página web para difundir información dirigida a desinformar, desacreditar y debilitar el prestigio de personalidades de la oposición. Para obtener estos objetivos se constituyó una institución denominada “Asociación Pro Defensa de la Verdad” (Aprovech).
- b. Medicinas Chinas. El ex Presidente dictó dispositivos legales irregulares que permitieron la suscripción de contratos con corporaciones de la República China para adquisición de diversos equipos, maquinarias y otros bienes, sin realizar estudios técnicos o de factibilidad y que nunca operaron por fallas frecuentes o que se malograron al poco tiempo de funcionamiento. Las compras fueron por un monto de US \$ 121'000,000.
- c. Desviación de fondos. Se adjudica al ex Presidente Fujimori la autoría en el manejo, a través de los Ministros de Defensa, de las transacciones de la Caja Militar Policial a fin que ésta produjera “comisiones” para incrementar el llamado “fondo de contingencia”. Asimismo, se realizaron desvíos de fondos provenientes de las privatizaciones, de los institutos armados y de donaciones.
- d. Decretos de Urgencia. El ex Presidente Fujimori, en concierto con sus Ministros de Estado, intervino en la expedición de los Decretos de Urgencia de “carácter secreto” mediante lo cuales se aprobó la disposición y utilización de los fondos de privatización de empresas del Estado peruano. Estos fondos fueron utilizados de manera fraudulenta en las adquisiciones a favor del Estado.
- e. Tractores chinos. Alberto Fujimori, en su condición de Presidente de la República, autorizó de manera dolosa la adquisición de maquinaria china exonerando a dicha transacción de licitación pública. La distribución de los tractores chinos fue realizada directamente por Fujimori disponiendo de estas para sus fines electorales.
- f. Ampliación por desaparición forzada. Se utilizó un plan sistemático para la desaparición forzada, selección de la víctima, diseño de un plan operativo, privación de su libertad en los sótanos del SIE, sometimiento a tortura y su posterior ejecución.

- g. Caso pago SUNAT – Borobio. Haber utilizado fondos públicos para pagar la deuda tributaria de la empresa Borobio & Asociados S. A. por la cantidad de \$ US 1'978,739 Nuevos Soles para la campaña de imagen en la reelección.

V. EL PROCESO PENAL POR LOS CASOS DE “BARRIOS ALTOS”, “LA CANTUTA” Y “SÓTANOS DEL SIE”

El único proceso que llegó a la etapa de Juicio Oral fue el muy publicitado proceso por los casos “Barrios Altos”, “La Cantuta” y “Sótanos del SIE” el cual fue transmitido, casi íntegramente, por televisión.

En los procesos por otros casos en los cuales se le imputó fundamentalmente los delitos de corrupción Fujimori se acogió a la conclusión anticipada del proceso con lo cual se emitió la sentencia condenatoria y se fijó la reparación civil que corresponde.

1. La Acusación

El proceso penal acumulado de los casos Barrios Altos, la Cantuta y sótanos del SIE la Fiscalía Suprema emitió su dictamen acusatorio solicitando la pena de treinta años de pena privativa de libertad. El sustento de la acusación los delitos se cometieron a través de un aparato organizado de poder liderado por Alberto Fujimori en calidad de Jefe de Estado que utilizó el poder estatal, las fuerzas armadas y el Servicio de Inteligencia Nacional a título de autor mediato por dominio de un aparato organizado de poder.

La acusación fiscal tipificó los hechos en los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta” como Asesinato (ferocidad y alevosía) y Lesiones Graves. El caso “Sótanos del SIE” se encuadró como Secuestro Agravado por trato cruel.

La acusación establece los indicios de la responsabilidad de Alberto Fujimori en los siguientes hechos:

- a. Evitó la investigación, esclarecimiento y sanción de los crímenes del Grupo Colina; especialmente con la dación de la “Ley de amnistía”.
- b. Estableció mecanismos de violación sistemática de los Derechos Humanos bajo el pretexto de la lucha contra-subversiva.
- c. Reforzó la dependencia del SIN a su persona.
- d. Dotado al grupo Colina de recursos logísticos, personal y lugar de entrenamiento.
- e. Haber dado estímulos y premios al grupo Colina por sus acciones.
- f. Haber intervenido para que el Congreso de la República entorpezca las investigaciones sobre el grupo Colina.

Se atribuye a Fujimori la autoría mediata debido a que, aunque no ejecutó materialmente los hechos imputados, tuvo el dominio de la voluntad de los ejecutores materiales quienes se encontraban sometidos a sus designios. El ex Presidente era el titular o el jefe de la organización ejerció el dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder en el cual los ejecutores eran fungibles pues podrían ser reemplazados con otros integrantes de la organización con el fin de no perjudicar el plan.

2. Defensa técnica

Por su parte, la defensa de Fujimori a cargo del Dr. César Nakasaki realizó cuestionamientos de carácter formal o apuntando a establecer la violación del Debido Proceso. Nakasaki afirmó que en el Antejudio ante el Congreso se violó el derecho de defensa porque el ex Presidente no contó con abogado defensor y que en el proceso penal el abogado de oficio no realizó actos efectivos de defensa.

En el tema de fondo, la defensa del ex Presidente, afirmó que la Fiscalía Suprema no acreditó la agravante de trato cruel en su acusación por Secuestro. Respecto a la imputación de Asesinato y Lesiones Graves en los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”, se sostuvo que el ex Presidente no tuvo participación en esos hechos pues no ostentaba el mando militar ni comando sobre las Fuerzas Armadas.

Con el planteamiento de defensa, la discusión se centró en acreditar, en el tema de asesinato de “Barrios Altos” y “La Cantuta”, la autoría o la participación de Fujimori en esos hechos y con relación al secuestro se cuestionó oportunamente que la agravante de trato cruel no se encuentra debidamente acreditada.

En su declaración, el ex Presidente, indicó que su relación con los institutos armados se realizaba a través del Consejo de Defensa Nacional y la política antiterrorista se concretaba por intermedio del Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y sostuvo que nunca señalaba la estrategia ni elaboraba los planes militares.

3. Sentencia condenatoria por los casos “Barrios Altos”, “La Cantuta” y “Sótanos del SIE”

La sentencia condenatoria parte de la base de establecer que entre 1990 al 2000 en el Perú estuvo gobernado por Fujimori además de tener el mando militar⁴ por mandato constitucional en 1991 se le asignó las facultades de dirección del Sistema de Defensa Nacional. Además, durante su gobierno protegió a ultranza al Gral. EP Hermoza Rios, Comandante

⁽⁴⁾ Fundamento N° 633.

General del Ejército, y a Montesinos, el jefe real del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN).

El aparato organizado de poder es el primer elemento a demostrar para poder fundamentar una sentencia condenatoria. Por ello, la sentencia condenatoria estableció que el ex Presidente Fujimori organizó y lideró una organización ilícita destinada a cometer delitos y que es responsable de las operaciones del grupo Colina ordenó a partir de su dominio de aparato de poder organizado. En la sentencia se establece como un indicio que Alberto Fujimori nombró a Vladimiro Montesinos como asesor del SIN pero que en realidad actuó como jefe y organizó la organización delictiva.

4. “Barrios Altos” y “La Cantuta”

Las siete sentencias de colaboración eficaz acreditaron que el grupo Colina ejecutó los estudiantes de la Universidad La Cantuta y a los participantes en la pollada en el jirón Huanta. En realidad, de acuerdo a la información publicada en los medios de comunicación y las conclusiones en mayoría de las comisiones del Congreso, la autoría de estos hechos fue descubierta casi inmediatamente; tanto es así que el propio Consejo Supremo de Justicia Militar (CSJM) se vio obligado a procesar y condenar a los integrantes del AIO Colina como autores del delito de asesinato pero la justicia militar se cuidó en dejar muy en claro que los asesinatos se realizaron por actuación propia o por un exceso en sus funciones sin la participación u orden de los altos mandos. Únicamente se condenó a los jefes directos por negligencia al no ejercer control de sus subordinados.

En cumplimiento del plan, el fuero militar dictó el sobreseimiento del proceso contra Hermoza Ríos, Pérez Documet y Montesinos.

La Sala Penal Especial tuvo en consideración que se dictaron leyes que facilitaron el control del SIN de los aparatos de inteligencia y por consiguiente de todas las actividades, tanto estratégicas como operativas, de inteligencia.

En 1991 se delegaron facultades al Poder Ejecutivo para que legislara sobre temas de pacificación, en mérito al cual se dictó, principalmente, normas que permitieran la inteligencia operativa como actividad propia del SIN.⁵

En concordancia a los objetivos de la estrategia del gobierno Fujimorista se dictaron el Decreto Legislativo N° 743 que confirió el poder al Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, el cual era designado por el Presidente de la República y se modificó su estructura a un comando unificado.

El Decreto Legislativo N° 746 creó el Sistema Nacional de Inteligencia (SINA) dirigido por SIN y éste por Montesinos como jefe real en el cual

⁽⁵⁾ Fundamento N° 288.

además se otorgan funciones operativas y obtenían autonomía en sus actividades.

Por otro lado, la sentencia acreditó que el Grupo Colina fue creado con efectivos del Ejército peruano y era comandada por Mayor EP Martín Rivas, el Crnl. EP Navarro Pérez jefe del Frente Interno de la Dirección de Inteligencia (DINTE), el General Rivera Lazo, Director de la DINTE, General EP Hermoza Ríos en su calidad de Comandante General de Ejército.

La creación y funcionamiento del grupo Colina tuvo autorización oficial. No era una organización clandestina sino que en el proceso penal existen evidencias suficientes de que fueron equipados con material de guerra, recibieron estímulos económicos con dinero proveniente de fondos públicos y realizaban entrenamiento en las instalaciones de la playa "La Tiza".

Al respecto se encuentra la declaración del General Salazar Monroe, Jefe nominal del SIN, quien confirmó que en la partida presupuestal del SIN existían las partidas "Reserva Uno" y "Reserva dos", las cuales eran administradas por Montesinos, y se rendía cuenta directamente al Presidente Fujimori. De acuerdo a la ley estos gastos reservados eran sustentados con una Resolución Suprema firmada por el propio Fujimori.

Aunque oficialmente se sostuvo que el grupo Colina realizaba operaciones especiales de inteligencia, se acreditó que el destacamento tenía como objetivo central —bajo la denominación "operaciones especiales de inteligencia"— la eliminación de personas que se decidían en los escalones más altos del mando militar. El propósito de estas "operaciones" tenía un carácter especial secreto que, de acuerdo a su Manual de Operaciones, oralizado en el Juicio Oral, era matar personas.

4.1 Barrios Altos

Se acreditó que los asesinatos en "Barrios Altos" y "La Cantuta" fueron ejecutados por el grupo Colina. En el caso de Barrios Altos, el 3 de noviembre de 1991 en la noche los militares, comandados por el Mayor EP Martín Rivas, llegaron al local ubicado en el jirón Huanta N° 840, Barrios Altos, donde se desarrollaba una pollada a bordo de vehículos con circulina y lunas polarizadas mientras que un camión porta-tropas cerró el paso en el jirón Huanta.

En el inmueble los encapuchados obligaron a los asistentes a la reunión a arrojarse al suelo donde les dispararon con sus armas de guerra con silenciadores ocasionando la muerte a quince personas y ocasionando heridas graves a otros cuatro.

Se consideró que este acto fue en represalia al atentado terrorista, en 1989, contra la escolta presidencial, el escuadrón "Húsares de Junín", en la

misma calle. La información de inteligencia estableció que los terroristas se camuflaron como ambulantes para realizar el ataque y realizaban polladas y otras actividades en las cuales transferían información. Sin embargo, la sentencia establece que las víctimas eran heladeros que estaban realizando la actividad pro fondos para restaurar el edificio.

4.2 *La Cantuta*

El 22 de abril de 1991 el Ejército ingresó y controló las instalaciones de La Cantuta, las cuales quedaron bajo control militar. En junio de ese año se produjo un atentado con coches bombas en la calle Tarata en el distrito de Miraflores, ocasionando muerte y grave conmoción social.

En esas circunstancias, el agente infiltrado Tena informó que los autores del atentado en la calle Tarata se habían refugiado en La Universidad Cantuta. A raíz de esta información, se decidió realizar una acción de réplica del atentado de Tarata.

De acuerdo a la versión de Martín Rivas, recogida en el libro “Ojo por ojo” de Jara, al día siguiente del atentado terrorista con coche bomba en la calle Tarata en Miraflores, en la reunión del alto mando militar, con la participación de Fujimori y Montesinos, se decidió intervenir a los autores del atentado que se habían refugiado en La Cantuta con el objeto de “replicar Tarata”.

La sentencia establece que la incursión en “La Cantuta” se efectuó en cumplimiento de las órdenes impartidas por la cúpula militar el 18 de julio de 1992. El grupo Colina ingresó, con ayuda del personal militar destacado en el campus, y detuvo a nueve estudiantes y un profesor, los cuales fueron trasladados a un sector descampado donde los mataron y enterraron. Unos meses más tarde fueron desenterrados y trasladados a Cienegilla donde incineraron los restos.

Sin embargo, la declaración del agente Tena Jacinto manifiesta que, al regresar de la Universidad de La Cantuta con los detenidos, escuchó al Mayor Rivas hablar por teléfono con el Gral. Rivera Lazo a quien le informó que el “trabajo estaba terminado”. Al colgar, el Mayor Rivas le comentó que el Gral. Rivera Lazo quería que entregue a los detenidos a la DIRCOTE pero no iba a trabajar para la Policía. En esta línea, el Gral. EP Hermoza declaró que Montesinos le informó que en la operación militar en La Cantuta se habían excedido a las órdenes recibidas que eran detener terroristas.

Finalmente, la sentencia señala, a pesar que éstos no fueron objeto del contradictorio, los otros delitos que habría cometido el grupo Colina, entre ellos las desapariciones en Pativilca, El Santa en Chimbote, Huacho y Ate en Lima, el seguimiento de terroristas y al general Robles.

5. El caso “Sótanos del SIE”

5.1 *Secuestro de Gustavo Gorriti*

Este caso se formó por la imputación de los secuestros agravados del periodista Gustavo Gorriti y la del empresario Samuel Dyer, quienes fueron retenidos ilegalmente en los sótanos del SIE en el “Pentagonito”.

En este extremo se acreditó que Fujimori, para facilitar la ejecución del golpe del 5 de abril de 1992, dispuso la privación de libertad de opositores entre los que se encontraba el periodista Gustavo Gorriti.

Se estableció que, en la preparación del golpe del 5 de abril de 1992 realizada en las instalaciones del SIN, el asesor Merino Bartel redactó una “orden” que el Gral. EP Hermoza debería entregar a los oficiales encargados de detener a los opositores del régimen.

El nombre de estas personas se daría verbalmente. Estas detenciones arbitrarias de políticos y periodistas se realizaron por orden expresa de Hermoza Ríos, los cuales fueron reclusos en instalaciones militares mientras que los Presidentes de las Cámaras sufrieron detenciones domiciliarias.

De acuerdo al plan trazado para el golpe del 5 de abril de 1992, en la madrugada del 6 abril se realizó una intervención militar en la casa de Gustavo Gorriti.

El periodista fue detenido, sin orden judicial; se incautó su computadora y fue recluso en los calabozos del SIE donde permaneció encerrado clandestinamente e incomunicado por más de 24 horas.

Gorriti fue trasladado a la Dirección de Seguridad de la Policía Nacional y liberado al día siguiente de su detención y el 8 de abril de 1992 se presentó en una conferencia de prensa en Palacio de Gobierno donde increpó a Fujimori por su arbitraria detención y reclamó la devolución de su computadora ante lo cual el presidente de facto le comunicó que ésta le sería devuelta.

5.2 *Secuestro de Samuel Dyer*

El empresario Samuel Dyer fue detenido, sin orden judicial el 27 de julio de 1992 en el aeropuerto y conducido a los calabozos del SIE por personal militar a pesar de no existir mandato de detención dictado por un Juez competente. La reclusión de Dyer duró hasta el 5 de agosto de 1992 en que fugó ayudado por militares. El agraviado declaró que durante su reclusión ilegal en los sótanos del SIE vio a Alberto Fujimori y reclamó, a viva voz, por su detención aunque no se encontraba seguro si lo escuchó.

Se pretendió justificar la detención irregular con una investigación por el delito de terrorismo pero la privación de libertad continuó a pesar que la DINCOTE realizó una irregular investigación en la cual se estableció

que Samuel Dyer no tenía ninguna vinculación con el delito de Terrorismo. La irregular detención fue perpetrada por miembros de SIE y del SIN y fue conocida por los altos mandos militares y policiales e incluso Fujimori quien declaró a la prensa que Dyer era un “narcotraficante”.

6. Actos posteriores de encubrimiento de los crímenes del Grupo Colina

La sentencia condenatoria fundamenta el conocimiento y la participación de Fujimori en las ejecuciones en “Barrios Altos” y “La Cantuta” en el plan de encubrimiento de estos hechos. Se debe recordar que estos hechos rápidamente fueron difundidos en algunos medios de comunicación y ante la presión mediática, documentos aportados por Merino Bartet, se montó una operación de encubrimiento con la participación activa del SIN de estos crímenes.

Ante la reacción de la opinión pública se conformó una comisión Investigadora en el Senado que, en su dictamen de mayoría, encontró indicios de la participación de miembros del Ejército en los homicidios y estableció responsabilidad de Hermoza y Montesinos. No obstante, Fujimori rechazó el informe de mayoría del Congreso y les dio su respaldo. Ante el inminente proceso penal en el fuero civil el CSJM se inició una investigación con el objeto de prevenir la competencia en previsión que la justicia común abra un proceso como en efecto se realizó una contienda de competencia que se resolvió a favor de ésta.

Finalmente, la mayoría oficialista dictó la Ley N° 26479, o la llamada Ley de Amnistía, mediante la cual se dispuso el archivo definitivo del proceso de “Barrios Altos” y “La Cantuta”. De acuerdo a la sentencia se crearon “investigaciones del Ejército para desprestigiar las informaciones periodísticas”.

La Sala Penal Especial concluyó que estas actividades promovidas o dirigidas desde las altas esferas del poder demuestran que: “No hubo voluntad de esclarecer sino de encubrir a los responsables ocultando la verdad, amedrentando a periodistas, jueces y fiscales.”

7. Secuestro Agravado

Sobre este tema, la defensa postuló la hipótesis que los hechos se subsumían en el delito de abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal debido a que el funcionario público priva a otro de la libertad abusando de su potestad de detener.

Un punto bastante cuestionable en la sentencia dictada por la Sala Penal Especial es la motivación del Secuestro Agravado por “gran crueldad”. La Sala Penal Especial sostiene que “en el delito de secuestro el trato cruel no exige intensidad relevante similar a la requerida por el asesinato”.

En su concepto se indica que el “trato cruel” al que fueron sometidos los agraviados se acredita porque éstos fueron aislados e incomunicados coactivamente y “pasaron por un extremo sufrimiento psicológico y moral”.

Finalmente la Sala motiva su condena por Secuestro Agravado en “El comportamiento cruel de quienes ordenaron y ejecutaron el acto de secuestro (sic) y de los custodios y autoridades que mantuvieron el secuestro —este plus de comportamiento agresivo perfectamente conocido por los agentes activos y asumidos por los sujetos pasivos, esta intensidad y gravedad de la acción lesiva...”

Sin embargo, la forma como se realizaron los hechos no parece que los captores hayan actuado con el “propósito intensificar los padecimientos del secuestrado” pues Gorriti fue trasladado a la Prefectura y puesto en libertad y en el caso de Dyer fue inicialmente recluido en habitación reducida pero ante la amenaza de declararse en huelga de hambre consiguió que lo trasladaran a una celda más amplia.

Sin embargo, considero que el concepto jurídico penal de “gran crueldad” que contiene la agravante debe estar referido al sufrimiento excesivo, innecesario al cual se somete a la víctima durante la privación de libertad o, en palabras de Nakasaki, la víctima debe “ser sometido a condiciones infrahumanas”.

LA ALTERNANCIA: DENTRO Y FUERA DEL PARTIDO POLÍTICO

Alejandro Pérez Hualde

Democracia: *sust. fem. sing., argentinismo. Régimen político basado en la entrega del supuesto poder ciudadano a un pequeño grupo de especialistas altamente desprestigiados, llamados políticos. Se sostiene en un mito que pretende que el pueblo gobierna porque una vez cada tanto vota por esos políticos transformados en candidatos de quienes nadie espera que cumplan lo que prometen.*¹

SUMARIO: I. La democracia y la *voluntad popular*. II. El partido político democrático. III. El partido político en la formulación normativa constitucional de Argentina. IV. No hay *periodicidad* sin posibilidad cierta de *alternancia*. V. La *alternancia* como misión democrática del partido político. VI. Reflexiones sobre la *marcha*. VII. Bibliografía.

Procuraremos demostrar en este breve trabajo que la *periodicidad* de las funciones en la democracia republicana es fácilmente eludible si no se establece la normativa necesaria para garantizar la *alternancia* de los funcionarios. Pues la *alternancia*, de este modo, se convierte también en un requerimiento esencial de la democracia, que compromete sustancialmente al partido político tanto desde su interior, en la renovación periódica y asidua de sus dirigentes, como también en su proyección externa en la medida en que cuenta con el privilegio constitucional de haber sido

⁽¹⁾ Caparrós, Martín, *Argentinismos*, Planeta, Buenos Aires, 2011, p. 17.

reconocido como el fundamento mismo de nuestra democracia desde la Reforma Constitucional de 1994 al art. 38 CN.

I. LA DEMOCRACIA Y LA VOLUNTAD POPULAR

Parece evidente que los tiempos que corren nos han sumergido en un debate que se asienta en una pretensión de reformular el concepto de *democracia* que, con distintos matices, nos acompaña en América Latina desde hace ya varias décadas.²

En la medida en que nos alejamos de aquellas experiencias de gobiernos autoritarios de carácter militar, que rigieron sobre gran parte de los países latinoamericanos hasta fines de la década del '70 del siglo pasado, Brasil, Perú, Chile, Bolivia, Argentina, Uruguay, etc., pareciera que —sin darnos cuenta— nos vamos introduciendo en nuevas formulaciones no menos autoritarias encubiertas bajo el ropaje de ensayos populistas a los que no deja de atribuirse carácter *democrático*.

Es más, de modo también inconsciente, hemos introducido en el lenguaje político términos cuya raíz pareciera que se encuentra en una suerte de nostalgia de aquellos tiempos que consideramos superados. Así hablamos de *lucha*, de *vatayón* (sic), de *cuadros*, de *militantes* y de *militancia*,³ de *batalla*, de *piquete*,⁴ de *fuerza de choque*, etc., ...hacemos así gala de un irresponsable coqueteo con conceptos propios de estilos y momentos caracterizados por una gran intolerancia que querríamos considerar superados. Pero todo ello lo hacemos invocando a la *democracia*; o —al menos— a *alguna* democracia que, en general, consideramos que es la *verdadera*.

Ya advirtió Michels que *La democracia debe ser eliminada mediante una forma democrática de voluntad popular*;⁵ por ello señala Sartori, con indudable acierto, que *El verdadero peligro que amenaza a una democracia que oficialmente*

⁽²⁾ Algunos autores especialistas la ubican en tres décadas y la denominan “tercera ola democratizadora” en Latinoamérica; ver Helgesen, Vidar y Héctor Fix-Fierro en su Presentación en Ellis, Andrew, J. Jesús Orozco Henríquez y Daniel Zovatto, *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial. Making presidentialism work*, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, México, 2009, p. xi.

⁽³⁾ Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: de “militar”, lo que significa en su primera acepción, como verbo “servir en la guerra”; y como sustantivo “perteneciente o relativo a la milicia o a la guerra, en contraposición a civil”. Existen, por cierto otras acepciones secundarias, entre las que se encuentra, en tercer lugar, la de “figurar en un partido o en una colectividad”.

⁽⁴⁾ Según el diccionario de la Real Academia, ya mencionado, “piquete” significa herida o agujeros pequeños, pero en su cuarta acepción es un “Grupo poco numeroso de soldados que se emplea en diferentes servicios extraordinarios” y en la sexta refiere a “Grupo de personas que pacífica o violentamente, intenta imponer o mantener una consigna de huelga”.

⁽⁵⁾ Michels, Robert, *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, con prólogo de Seymour Martin Lipset, Amorrortu, Buenos Aires, 1969, p. 50.

ya no tiene enemigos no está en la competencia de contra-ideales, está en reclamar una 'verdadera democracia' que trasciende y repudia a la que hay.⁶ Y la que hay, es —suele ser o se trata de que sea— la democracia liberal; aunque —en principio— no goce de buena prensa el adjetivo.

Pero esta es la democracia sujeta a reglas y que respeta límites y leyes; que no es tan democrática como para decidir democráticamente no serlo; y que no se agota en las elecciones periódicas únicamente.⁷

Si bien es imprescindible esa expresión popular mediante la compulsión electoral periódica, como lo indica el art. 20.3 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre,⁸ si solo tomáramos en consideración este acto único, podríamos caer en esa democracia meramente *delegativa* sobre la que nos ha advertido acertadamente Guillermo O'Donnell.⁹

Tampoco nos dice demasiado aquella afirmación de Lincoln: *of the people, by the people, for the people* pues, además de ser funcional a muchos totalitarismos, está claramente implícito que no es el pueblo quien gobierna directamente sino sus representantes y son éstos quienes necesitan de principios, valores y reglas que orienten su accionar.

Dice Burdeau que *La democracia es hoy una filosofía, una manera de vivir, una religión y, casi accesoriamente, una forma de gobierno ... es la única que propone como fundamento del orden político la dignidad del hombre libre;*¹⁰ y completa O'Donnell: *Siempre que un sistema legal incluya los derechos y garantías del constitucionalismo occidental, y existan poderes públicos con la capacidad y disposición de imponer esos derechos y garantías incluso contra otros poderes públicos, el Estado y el orden que él ayuda a implantar y reproducir son democráticos.*¹¹

Ha observado la doctrina que se ha producido en varios de los países de Latinoamérica una moderación de los partidos políticos y una desideologización que ha permitido, incluso, la incorporación de sectores, antes vinculados a la lucha armada, a la política tradicional. Se destaca ese fenómeno en Chile, en Brasil, en Uruguay, y la incorporación de grupos otrora armados en Colombia y Nicaragua.¹²

⁽⁶⁾ Sartori, Giovanni, *La democracia en treinta lecciones*, Taurus, Buenos Aires, 2009, p. 38.

⁽⁷⁾ Es la que se denomina "democracia instrumental" porque "reside sólo en la naturaleza de los procesos electorales"; ver Valadés, Diego, *Constitución y política*, 2ª ed., UNAM, México, 1994, p. 24.

⁽⁸⁾ "La voluntad del pueblo es el fundamento de la autoridad de los poderes públicos; esa voluntad debe expresarse mediante elecciones limpias que deben tener lugar periódicamente con sufragio universal y voto secreto o siguiendo un procedimiento equivalente que asegure la libertad del voto".

⁽⁹⁾ O'Donnell, Guillermo, *Estado, democratización y ciudadanía*, en *Nueva Sociedad*, nro. 128, 1993, p. 62-87.

⁽¹⁰⁾ Burdeau, Georges, *La democracia. Ensayo sintético*, prólogo de Manuel Jiménez de Parga, Ediciones Ariel, Barcelona, 1960, p. 19 y 23.

⁽¹¹⁾ O'Donnell, ob. cit., p. 62-87.

⁽¹²⁾ Carreras, Miguel, *Los partidos importan. Democratización y evolución del sistema de partidos en América Latina*, en *Revista Nueva Sociedad*, n° 240, julio-agosto de 2012, p. 182.

No obstante esos avances, sin lugar a dudas, presenciamos una verdadera puja entre exageraciones y sobreactuaciones, traducidos en epítetos y consignas, —nunca en mensajes— de argumentos relacionados con la democracia, por un lado, que chocan contra principios que fundan la república, por el otro. Una colisión entre democracia *gobernada* y democracia *gobernante*, en los términos planteados con particular claridad premonitoriamente por Burdeau;¹³ y sobre los que, en esos mismos tiempos, advertía Talmon sobre *la inminente colisión entre la democracia empírica y liberal por una parte, y la democracia totalitaria mesiánica por la otra*.¹⁴

Fundándose en un replanteo de la representatividad, parece haberse encontrado una nueva fórmula de vínculo entre el pueblo y su gobernante, en virtud del cual pasa a ser éste quien establece los contenidos y las metas de esa representación política gracias a una poderosa inspiración, —que sólo se encarna en los líderes— a los que se considera hoy muy necesarios, sobre todo, para definir aquel *discurso nuevo*,¹⁵ aquel rumbo que no es otro que la verdadera *voluntad popular* así modificada y transformada, y ahora políticamente expresada, por parte del representante —el líder. Éste es quien formula los términos de la representación que él mismo ejerce.

Este rumbo, calificado de *viraje populista*, nada tiene que ver con los contenidos ideológicos, pues *Ideologías de la más diversa índole —desde el comunismo hasta el fascismo— pueden adoptar un sesgo populista*;¹⁶ de ahí que las ideas transportadas sean consideradas algo secundario y que nos encontremos con un posicionamiento basado, más que nada, en una *nueva* actitud en el acceso y en el ejercicio del poder.

Más cerca del *mandato libre*, producto de la Revolución Francesa, —que implica que el representante lo es de la Nación entera y no del grupo que lo eligió¹⁷— que de aquel *mandato imperativo*, propio del corporativismo, —que

⁽¹³⁾ Burdeau, ob. cit., p. 48 y sgs.

⁽¹⁴⁾ Talmon, Jacob Leib, Los orígenes de la democracia totalitaria, Universidad Hebrea de mocracia “gobernante”, en los términos planteados con particular claridad premonitoriamente por Burdeau¹³; y sobre los que, en esos mismos tiempos, advertía Talmon sobre “la inminente colisión entre la democracia empírica y liberal por una parte, y la democracia tjerusalem, 1951, citado por Jorge Martín Ferraro, La democracia totalitaria, en diario Perfil del 24 de noviembre de 2012.

⁽¹⁵⁾ Laclau, Ernesto, El constitucionalismo busca mantener el poder conservador, en diario “Perfil”, del 14 de octubre de 2012, p. 14. Esta argumentación fue contestada en términos destacables por Roberto Gargarella, en Ante el constitucionalismo conservador. El equívoco presidencialista “que apela directamente a las masas”, en diario “Perfil” del 21 de octubre de 2012.

⁽¹⁶⁾ Laclau, Ernesto, La deriva populista y la centroizquierda latinoamericana, en Nueva sociedad, Fundación Friedrich Ebert, n° 205, p. 57; ver en www.nuso.org. Por ello aclara también el autor que “Si los contenidos políticos más diversos son susceptibles de una articulación populista, nuestro apoyo o no a un movimiento populista concreto dependerá de nuestra evaluación de esos contenidos y no tan solo de la forma populista de su discurso” (p. 58).

⁽¹⁷⁾ García-Pelayo, Manuel, Derecho Constitucional Comparado, 4ª ed. corregida, Manuales de la Revista de Oriente, Madrid, 1957, p. 181.

lo liga al grupo elector— se nos coloca frente a algo novedoso como es un tipo de mandato donde el propio representante, sin condicionamiento, ni promesa, ni programa alguno que lo sujete, elabora el contenido político de la representación y se la atribuye a la voluntad de su mandante como único intérprete legítimo del pueblo.

Y esa interpretación de la *voluntad popular* pasa a ser excluyente de otras, y se identifica con la Nación toda, para constituirse en la expresión de *lo nacional y popular*.

Sobre esta construcción, con semejante peso específico, como es la genuinidad de la interpretación-elaboración del contenido del mandato político brindada por el líder, dejan de ser opinables esos contenidos, que —como dijimos— pueden ser muy diversos, —y hasta contrapuestos— y esas metas, generalmente cortas, propias de la opción política —también corta— aunque coyunturales, y se convierten en catecismo guía indiscutible de los caminos políticos de *lo nacional y popular*.

En este esquema grueso, —riguroso y rígido— la oposición a esos contenidos escasos y a esas metas efímeras y coyunturales se califica rápidamente de actitud errónea evidente, cuando no de verdadera traición intencional a la *voluntad popular*, de actitud únicamente explicable por la oscuridad y sordidez que el líder atribuye a los intereses particulares que defiende y encarna esa oposición política, enemiga de *lo nacional y popular*.

Consecuentemente, solo cabe entonces privilegiar esta *voluntad popular*, interpretada y traducida por el líder, para denostar las oposiciones y divergencias, y a todos los que la expresan y encausan; se persigue —justificadamente de ese modo— la unanimidad, que es la única posibilidad razonable en una sociedad a tal punto esclarecida por su grupo de vanguardia.

Esto es, en alguna medida, un retorno a la democracia griega, que excluía el pluralismo. Es hoy la democracia del partido *catch all*,¹⁸ superador del partido de masas de Burdeau, definido y analizado por la ciencia política también como *populista*.¹⁹ Es el nuevo protagonista de una democracia casi directa, que desprecia la institucionalidad, por burocrática y entorpecedora de la relación directa del líder con el pueblo y que distorsiona el mensaje y las consignas, generalmente épicas, de esa *voluntad popular* así elaborada, en su interpretación legítima, por el representante todopoderoso.²⁰

⁽¹⁸⁾ Teorizado en 1966 por Otto Kirchheimer, ver Wolinetz, Steven B., *Beyond the Catch-All Party: Approaches to the Study of Parties and Party Organization in Contemporary Democracies*, en www.olemiss.edu/courses/pol628/wolinetz02.pdf; ver también Sánchez de Dios, Manuel, *Las funciones de los partidos*, en Martínez Cuadrado, Miguel, y Manuel Tella Márquez, editores, *Partidos políticos y sistemas de partidos*, Editorial Trotta, Madrid, 2012, p. 85.

⁽¹⁹⁾ Laría, Aleardo F., *Calidad institucional y presidencialismo. Los problemas no resueltos de Argentina*, Nuevohacer, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 2008, p. 14.

⁽²⁰⁾ Laría, Aleardo F., *La religión populista. Un a crítica al populismo posmarxista*, prólogo de Martín Böhmer, Nuevohacer, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 2011, p. 395.

Por ello acierta Sartori cuando afirma que *el paso de la unanimidad a las reglas mayoritarias solo se produce con Locke, y se produce porque con él el derecho de la mayoría se integra en un sistema constitucional que lo disciplina y lo controla. Nuestras democracias son, en realidad, democracias liberales, y la democracia que practicamos es la democracia liberal.*²¹

Mientras la democracia despeja el interrogante de *quién* ejerce el poder, el liberalismo contesta el *cómo* se ejerce; la primera procura realizar la *igualdad* y el segundo *es un intento de realización de la libertad*.²² Por ello —reiteramos— nuestra democracia es la democracia liberal; que reconoce leyes y derechos que la *gobiernan*. En nuestro caso, nuestra democracia reconoce una Constitución; y en el caso concreto argentino, también reconoce *principios* que no pueden ser desvirtuados ni aun por las leyes.²³

Y la democracia de hoy procura realizar una igualdad que no es aquella teórica de hace dos siglos sino una muy concreta, en sentido material, que proponen los tratados de derechos humanos incorporados a nuestros textos constitucionales y que exigen del Estado políticas activas de implementación de instrumentos de organización y de procedimiento que hagan efectivos esos derechos de un modo acorde a los recursos públicos y de la comunidad de cada Estado miembro.²⁴

La Constitución argentina es gramaticalmente precisa cuando autoriza al Congreso Nacional a aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, con la condición de que *respeten el orden democrático y los derechos humanos* (art. 75 inc. 24 CN), pues prevé de ese modo, con la *cópula y*, la posibilidad de que pudiera pretenderse el cumplimiento de la primera y no de la segunda de las condiciones.

Por ello coincidimos con Sartori en que nuestra democracia es mucho mejor que la ateniense²⁵ porque allí se temía al disenso; nuestra sociedad valora y civiliza la discusión. En nuestra democracia están presentes las minorías y esa regla no es derogable por la mayoría. Y esto es así porque *únicamente la democracia liberal se estructura sobre la diversidad. Hemos sido*

⁽²¹⁾ Sartori, p. 60.

⁽²²⁾ García-Pelayo, ob. cit., p. 169.

⁽²³⁾ Art. 28 CN.

⁽²⁴⁾ Cabe recordar que el art. 2 del Tratado del Pacto de San José de Costa Rica, establece la obligación de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Y que el límite de ese esfuerzo surge del art. IX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, donde se estipula que el nivel de eficacia de los derechos reconocidos se debe corresponder con el que “permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

⁽²⁵⁾ Dahl, Robert A., en diálogo con Giancarlo Rosetti, Entrevista sobre el pluralismo, fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, p. 23; señala el autor en el diálogo: “Si queremos respetar los orígenes históricos de la palabra democracia, ¿cómo podemos decir que las democracias de las ciudades-Estado griegas no lo eran? No podemos robarles la palabra...”.

*nosotros, y no los griegos, los que descubrimos cómo construir un orden político a través de la multiplicidad.*²⁶

La argumentación populista, que acude a sus fundamentos en esa *voluntad popular* sin límites ni encausamientos, es la misma que condujo a las inmensas mayorías que acompañaron a Hitler y a Mussolini al poder;²⁷ que fundaron en Latinoamérica las dictaduras de Somoza, de Stroessner, de Fidel Castro, etc. y la prolongación extraordinaria en el poder de Hugo Chávez²⁸ —en Venezuela— y de Daniel Ortega —en Nicaragua—. Como vemos, sirve y ha servido, a las más opuestas posiciones ideológicas porque de lo que se trata, como dijimos, es de la actitud en el acceso y en el ejercicio del poder y no de los contenidos.

La posibilidad de superación de esos procesos, que solo piden más continuidad, solo es posible a través de una institucionalización basada en aquellos principios y valores que inspiran una democracia *gobernada*, sometida, a pautas imprescindibles para garantizar un ejercicio razonable y civilizado de la libertad y del bienestar general. Pero son, precisamente, esas instituciones las que hoy son cuestionadas por *conservadoras* en tanto y en cuanto expresan el constitucionalismo, sospechoso de ser defensor de aquellos intereses espurios,²⁹ y —entre ellas— el partido político.

Esa democracia sujeta a reglas, también posee normas que guían el acceso y el ejercicio del poder; de ahí su incompatibilidad manifiesta con aquella metodología, porque es en este terreno donde mejor se visualiza la confrontación.

Dice Oyhanarte que *Poder limitado no quiere decir Poder pequeño, sino Poder que acepta su subordinación a los primeros principios, que son los que expresan los valores espirituales y morales de la persona humana... es claro que no podemos desarrollarnos de cualquier modo. Debemos desarrollarnos con democracia, no con despotismo y con autonomía, no con dependencia.*³⁰

Inmerso en este panorama, el partido político es el depositario de la confianza constitucional en la medida en que lo ha constituido en protagonista y fundamento del sistema democrático. De un sistema democrático que no puede ser la deformación populista que describimos porque ese esquema tan rígido excluye el partido político —a menos que logre trans-

⁽²⁶⁾ Sartori, ob. cit., p. 64.

⁽²⁷⁾ Es oportuno recordar su afirmación: “el pueblo es el cuerpo del Estado, y el Estado es el espíritu del pueblo. En la doctrina fascista, el pueblo es el Estado y el Estado es el pueblo. Todo en el Estado, nada contra el Estado, nada fuera del Estado”.

⁽²⁸⁾ Conviene tener en cuenta en el análisis su manifestación acerca de la posible guerra civil que sobrevendría de no triunfar él en las elecciones presidenciales de 2012.

⁽²⁹⁾ Laclau, cit., La deriva..., ob. cit., p. 14.

⁽³⁰⁾ Oyhanarte, Julio, El Estado como actor en una sociedad dinámica, en Julio c. Oyhanarte. Recopilación de sus obras, prólogo de Alfonso Santiago, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 601.

formarlo en un mero instrumento formal; lo expulsa del sistema, pues no hace más que interferir en la relación directa y espontánea entre el pueblo y su líder.

Al partido político le cabe el rol, como veremos, de encausar intereses y expresiones de ese pueblo mandante hacia su mandatario, procesadas a la luz del interés político general para excluir canales puramente corporativos. Así es como no tiene lugar alguno en una estructura donde el mensaje y los intereses son elaborados por el representante en tanto y en cuanto intérprete directo, único y verdadero, de esa voluntad popular.

II. EL PARTIDO POLÍTICO DEMOCRÁTICO

Un viejo concepto nos señala que el partido político es aquel grupo de ciudadanos que se unen para tomar el poder y para conservar ese poder;³¹ *son grupos organizados para la elección de representantes en los órganos del Estado*;³² a ello podríamos agregar que esas personas tienen creencias, valores y actitudes similares, que procuran participar en elecciones y que buscan acceder al poder por medios legítimos, pero lo central se mantiene en el tema de la persecución del poder político;³³ también se ha dicho que *son una cuña que incide en los mecanismos institucionales de delegación y responsabilidad entre ciudadanos y gobernantes*.³⁴

Señala Luder que *cualesquiera que sean los pecados que puedan cometer los partidos, estos son todavía el 'sine qua non' de la democracia*;³⁵ no obstante, se ha destacado que es la nota de representatividad la que funda la absoluta necesidad de la presencia del partido político. Y tanto es así se ha ligado la suerte de la democracia a la de sus partidos políticos; si estos decaen, ocurre lo mismo con la democracia que ellos expresan;³⁶ pues *la calidad de la democracia está ligada con la calidad de los partidos políticos*.³⁷

De este modo, junto con recepción del partido político en el terreno legal, luego jurisprudencial y, finalmente, constitucional, se advierte la preocupación que el constituyente ha puesto en la fortaleza institucional

⁽³¹⁾ Pérez Guillou, Dardo, en Partidos políticos. Desarrollo de las III Jornadas de Derecho Constitucional y Político, Colegio de Abogados Departamento Judicial de La Plata, 1982, p. 38.

⁽³²⁾ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 310:832, en el caso "Ríos", considerando 14, del 22 de abril de 1987.

⁽³³⁾ Hernández Bravo de Laguna, Juan, La delimitación del concepto de partido político. Las teorías sobre el origen y la evolución de los partidos, en Martínez Cuadrado y ot., ob. cit., p. 53.

⁽³⁴⁾ Sánchez de Dios, ob. cit., ob. cit., p. 83.

⁽³⁵⁾ Luder, Ítalo Argentino, Introducción al estudio de los partidos políticos, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1945, p. 69.

⁽³⁶⁾ López, Mario Justo, Partidos políticos, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1968, p. 47.

⁽³⁷⁾ Laría, Calidad institucional..., ob. cit., p. 12.

necesaria de estos instrumentos para asegurar su representatividad mediante exigencias dirigidas a orientar sus comportamientos internos.

Pues la democracia interna de los partidos se ha vuelto crucial para su desarrollo acorde con la finalidad de sostener el sistema democrático.³⁸ Es evidente que las actitudes *movimientistas*, los *verticalismos*, las disciplinas partidarias y de bloques, el personalismo, el caudillismo, la perpetuación de las oligarquías partidarias, etc. han interferido sensiblemente —y hoy más que nunca— en la misión de garantía que los partidos encarnan en la estructura democrática de nuestro orden constitucional.³⁹

Por estas mismas razones también se hace necesario evitar los partidos denominados *impuros* por su compromiso clasista, profesional, sindical o confesional;⁴⁰ y corregir su actual inoperancia;⁴¹ y todo esto es crucial porque es el partido político quien canaliza, casi exclusivamente, la incorporación de los distintos intereses al sistema político de un modo institucional.⁴²

En definitiva, podemos decir con Luder que el partido político es la *agrupación organizada de ciudadanos, orientada hacia el poder, con un programa político-social como ideal vinculatorio, para cuya realización interviene en forma permanente en el proceso de formación de la voluntad estatal*.⁴³

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia argentina que *de los partidos depende en gran medida lo que ha de ser, en los hechos, la democracia del país*.⁴⁴

III. EL PARTIDO POLÍTICO EN LA FORMULACIÓN NORMATIVA CONSTITUCIONAL DE ARGENTINA

La Constitución histórica de 1853 no mencionaba a los partidos políticos aunque estos ya existían y comenzaban a consolidarse. Se los miraba con desconfianza por su pretensión de interponerse entre el pueblo y su gobierno.⁴⁵ Podríamos decir que recién con la Reforma Constitucional de

⁽³⁸⁾ Ver sentido y alcance en Corcuera, Santiago H., El funcionamiento interno de los partidos políticos, en Sabsay, Daniel A. (dirección) y Pablo L. Manili (coordinación), Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, tomo 2 Artículos 36/43 Nuevos derechos y garantías, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 155.

⁽³⁹⁾ Pérez Guilhou, Partidos políticos..., ob. cit., p. 39.

⁽⁴⁰⁾ López, Mario Justo, La crisis de los partidos políticos, en Campobassi, José S., Carlos S. Fayt, José Luis de Imaz, Mario Justo López y Luis Pan, Los partidos políticos. Estructura y vigencia en la Argentina, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1963, p. 82.

⁽⁴¹⁾ Fayt, Carlos S., La organización interna de los partidos y los métodos políticos en la Argentina, en Campobassi y otros, ob. cit., p. 36.

⁽⁴²⁾ de Imaz, José Luis, Fundamentos sociales de los partidos. Significado social de los programas. Papel de los partidos en la sociedad actual, en Campobassi y otros, ob. cit., p. 57.

⁽⁴³⁾ Luder, ob. cit., p. 78.

⁽⁴⁴⁾ Fallos, 310:833, caso "Ríos", considerando 15.

⁽⁴⁵⁾ Dahl, ob. cit., p. 22.

1994 alcanzamos la última de las cuatro etapas definidas por Sauer: *repudio, ignorancia, reconocimiento e incorporación constitucional*;⁴⁶ la tercera había sido alcanzada antes por el reconocimiento legal y jurisprudencial.

La Constitución Argentina incorporó el artículo 38°, que establece que *son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas. El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.*

Parece evidente que para la Constitución el partido político posee una importancia que excede sus propios intereses particulares; podríamos decir que, prácticamente, lo enrola, por su significación, en el conjunto de *asociaciones de derecho público*;⁴⁷ o, como ya lo había hecho la jurisprudencia Nacional, le atribuye carácter de *organización de derecho público no estatal*.⁴⁸

Como se observa, la norma demuestra una gran preocupación por el aspecto democrático interno que compromete y vincula necesariamente al partido. No solo considera que son *instituciones fundamentales* del sistema democrático sino que *garantiza su organización y funcionamiento democráticos*. Formulación que resulta coherente con las afirmaciones que sostienen que *los partidos políticos son instrumentos insustituibles para la realización de la democracia...* y ello es consecuencia de las libertades que el sistema liberal-burgués tutelaba, libertad de expresión, de reunión, de asociación, etc.⁴⁹

La misma preocupación democrática había sido puesta en evidencia por el Congreso Nacional en 1985, antes de la Reforma constitucional, mediante el dictado de la —todavía en vigencia con modificaciones— Ley de Partidos Políticos 23298⁵⁰ que garantiza en su artículo 1° a los ciudadanos *el derecho de asociación política para agruparse en partidos políticos democráticos* y también establece en el art. 3° inc. b), como condición sustancial de su existencia, *la organización estable y funcionamiento reglados por la carta orgánica, de conformidad con el método democrático interno.*

Y también, ya en 1987, la jurisprudencia de la Corte Suprema, con motivo de una decisión que les reconoció la constitucionalidad del

⁽⁴⁶⁾ Citado por Luder, ob. cit., p. 72.

⁽⁴⁷⁾ Tortolero Cervantes, Francisco, La disolución de partidos antisistema, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009, p. 13.

⁽⁴⁸⁾ Fallos 310:832, caso “Ríos” considerando 13.

⁽⁴⁹⁾ Luder, ob. cit., p. 58.

⁽⁵⁰⁾ Reformada por la Ley 26571 en el año 2009.

monopolio de las candidaturas, había establecido que los partidos políticos son *necesarios para el desenvolvimiento de la democracia representativa y, por tanto, instrumentos de gobierno cuya institucionalización genera vínculos y efectos jurídicos entre los miembros del partido, entre éstos y el partido en su relación con el cuerpo electoral; y la estructura del Estado, como órganos intermedios entre el cuerpo electoral y los representantes*.⁵¹

A los efectos de este análisis, nos interesa destacar que la norma constitucional también garantiza y compromete, como dijimos, dentro del partido político, *la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas*.

En especial, queremos poner la atención en que la garantía involucra dos conceptos extraordinariamente comprensivos, y clave para el desarrollo que pretendemos, como son *la representación de las minorías y la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos*.

Podemos sostener que no existen minorías con vocación de serlo eternamente; como que tampoco existen mayorías sin la presencia de minorías. Ello quiere decir que hay minorías en la misma medida en que ellas mismas estén convencidas de que existe alguna posibilidad real de llegar a ser mayoría; de lo contrario su presencia es inventada, fabricada o ficticia para el disimulo del cumplimiento de la normativa.⁵²

La exigencia constitucional de presencia de las *minorías* implica un compromiso efectivo y contundente del texto constitucional argentino con un tipo concreto y determinado de democracia, claramente definido por Sartori como aquella *de suma positiva* y que consiste en *derecho de la mayoría, en el respeto de los derechos de la minoría*.⁵³ Este compromiso constitucional es incompatible con el partido político que se ha definido, dijimos, como *catch all*.

La garantía constitucional es comprensiva también de la presencia de otras minorías que no pretenden ser necesariamente mayorías pero sí están interesadas en canalizar su capacidad de expresión dentro del partido político como es el caso de las agrupaciones femeninas dentro del esquema partidario o de otros grupos de interés como los *pueblos indígenas argentinos* (art. 75 inc. 17 CN).

Ha destacado la doctrina cómo los grupos de minorías aborígenes, por ejemplo, *siempre que hicieron alianzas con los tradicionales partidos 'atrapalotodo' o*

⁽⁵¹⁾ Fallos, 310:832, caso "Ríos", considerando 13.

⁽⁵²⁾ Carreras, ob. cit., p. 184 señala que "Si ciertas características de adscripción condenan a un grupo a ser siempre parte de la minoría, no se puede decir que el sistema político represente a ese grupo. Esa fue la situación de algunos grupos sociales en América Latina hasta hace poco".

⁽⁵³⁾ Sartori, ob. cit., p. 41.

de izquierda, los grupos indígenas fueron ‘manipulados, traicionados y explotados’. De hecho, los movimientos indígenas tendieron a ser socios menores en estas coaliciones.⁵⁴

Se vincula también con este concepto la garantía que inmediatamente contiene la misma norma constitucional: *competencia para la postulación de candidatos*. Con la introducción de este concepto, el texto constitucional también se pronuncia claramente contra otro tipo determinado de partido político: el partido *cártel*.⁵⁵ Es aquel partido donde se simulan las internas, las confrontaciones, donde se llevan a cabo disputas que no son verdaderas porque esconden un acuerdo previo oculto a los miembros del partido, y luego al electorado.

La cartelización ha excedido el marco del partido político y ha llegado a conformar los cárteles de grupo de partidos donde la disputa no es real y el acuerdo secreto y oculto prevalece sobre lo que se muestra al electorado. Hemos comprobado la presencia de partidos y de candidatos cuya única finalidad fue la de *licuar*, por dispersión de electores, a alguno de los partidos de oposición. Esto suele hacerse muy posible gracias al manejo de grandes recursos económicos, normalmente desde el gobierno, —interesado en la puja— que permiten *habilitar* para la competencia a candidatos o a partidos sin *chance* alguna pero con posibilidades de horadar significativamente el caudal electoral del competidor más importante.

Tanto el partido *catch all* como el *cártel* tienden a sostenerse sobre la base de un esquema que permanece y busca perpetuarse en el ejercicio del poder político; que necesita del *personalismo* y del *presidencialismo* para su avance sobre el sistema democrático.

Por lo tanto, para que haya *minoría* válida y representada, y para que haya verdadera *competencia* debe haber *periodicidad*, que se manifiesta a través de la oportunidad cierta y efectiva de *alternancia* en las candidaturas y en los cargos políticos para los cuáles éstas se proponen. Ambas notas apuntan a una característica que inviste valor esencial a la hora de definir el grado de democracia y de república de un sistema político.

Para el aseguramiento de ambas garantías constitucionales, presencia de *minorías* y realidad de la *competencia*, con los que la Carta Magna compromete y condiciona al partido político como protagonista e instrumento imprescindible para su realización, es necesario neutralizar el continuismo de los mismos detentadores del poder; o lo que es lo mismo, es necesario asegurar la *periodicidad* a través de la *alternancia*.

⁽⁵⁴⁾ Carreras, ob. cit., p. 184.

⁽⁵⁵⁾ Sánchez de Dios, ob. cit., p. 85. También ver Sánchez Medero, Gema, Los partidos políticos: organización y funcionamiento, en Martínez Cuadrado y ot., ob. cit., p. 134.

IV. NO HAY PERIODICIDAD SIN POSIBILIDAD CIERTA DE ALTERNANCIA

La colisión entre democracia y república, o entre democracia *governada* y democracia *gobernante*, sostiene uno de sus enfrentamientos más abiertos y ostensibles en el tema del límite temporal de los mandatos y de la renovación del mando en el poder; sobretodo cuando se trata del presidente. De su reelección.

El fenómeno de la reelección *se ha convertido en América Latina en un tema político de alta sensibilidad que ha polarizado en extremo algunos países como Venezuela, Ecuador, Bolivia, Nicaragua, Colombia...*⁵⁶ y, nosotros agregamos, Argentina.

En su famoso *Discurso de Angostura*, del 15 de febrero de 1819, el prócer venezolano Simón Bolívar sostuvo su posición expresamente republicana afirmando que *La continuación de la autoridad en un mismo individuo frecuentemente ha sido el término de los gobiernos democráticos. Las repetidas elecciones son esenciales en los sistemas populares, porque nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo; de donde se origina la usurpación y la tiranía. Un justo celo es la garantía de la libertad republicana, y nuestros ciudadanos deben temer con sobrada justicia que el mismo magistrado, que los ha mandado mucho tiempo, los mande perpetuamente.*

La *periodicidad* con efectiva posibilidad de *alternancia*, como presupuesto esencial para asegurar los requerimientos constitucionales de presencia de *minorías* y realidad de la *competencia*, se relaciona íntimamente con el tema del acceso al poder. Y este aspecto, precisamente, tiene particular importancia porque es uno de los componentes esenciales de lo que constituye el régimen propio de un Estado. Régimen que O'Donnell define como *el conjunto de patrones, explícitos o no, que determina la forma y los canales de acceso a las principales posiciones gubernamentales, las características de los actores admitidos y de los excluidos de ese acceso, y los recursos (y) estrategias que ellos pueden usar para alcanzarlo.*⁵⁷

La *periodicidad*, complementada necesariamente por la posibilidad efectiva de *alternancia* en el poder, que excluye o que, en cualquier caso, limita —por lo menos— necesariamente a la reelección,⁵⁸ es un recurso y

⁽⁵⁶⁾ Morales Antoniazzi, Mariela, ¿La democracia como principio del *ius constitutionale commune* en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la Justicia Constitucional, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p. 225.

⁽⁵⁷⁾ O'Donnell, Guillermo, *Estado...*, ob. cit., donde en la nota 14 el autor remite a otra obra escrita en coautoría con P. Schmitter, *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, vol. IV, de O'Donnell, Schmitter y L. Whitehead (eds.), *Transitions from Authoritarian Rule: Prospects for Democracy*, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1986, p. 73, n.1.

⁽⁵⁸⁾ Ver nuestra ponencia *Las reelecciones y su límite democrático* presentada ante el III Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral, organizado por la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho y la Facultad de Estudios Superiores Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México, los días 27 a 29 de septiembre de 2012 en Nezahualcóyotl, México.

una estrategia para asegurar valores democráticos y republicanos y contribuir con su presencia efectiva a la configuración del régimen del Estado donde ella funciona.

Parece evidente que sí afecta a la democracia y a la república un régimen que, no obstante tener establecidos con precisión los períodos de los mandatos, permite la reiteración de ellos en forma indefinida e ilimitada; pues nos coloca ante la *contradicción antirrepublicana que significa la reelección continuada* a la que se refiere Spota como *una sociedad política que se supone con cierto desarrollo democrático igualitario razonable se contradice a sí misma. Y apetece la vigencia de paternalismos monárquicos bajo la forma de mentido republicanismo*.⁵⁹

Hay autores que defienden la conveniencia de la reelección continuada. Sostienen que *debe tenerse en cuenta la cuestión de que la reelección de funcionarios, en un sistema democrático con reglas claras y previamente establecidas, podrían incluso otorgar una mayor independencia a los servidores públicos en el que incluso se permitiría una mejor división de poderes*;⁶⁰ y se ha defendido la reelección únicamente por solo una vez, aunque admitiéndose que solo es recomendable para países cuya institucionalidad es fuerte; en cambio, se recomienda sólo con un intervalo de dos períodos para aquellos países cuya institucionalidad es débil, que O'Donnell califica como democracias *de baja intensidad*, y así *evitar componendas*.⁶¹

La Declaración de Aragón dictada en el ámbito del III Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral, organizado por la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho y la Facultad de Estudios Superiores Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México⁶² sostuvo: *La prohibición de reelecciones en los cargos no ejecutivos podría ser revisada a la luz de la conveniencia de cada sistema político; de igual modo ocurre con la determinación respecto a posibilitar una única reelección de cargo ejecutivo en aquellos regímenes donde el mandato es breve, y también que Debe sostenerse la prohibición de reelecciones subsiguientes a una única cuando se trata de cargos ejecutivos porque la permanencia del funcionario es atentatoria contra el régimen democrático y republicano*.

En posición más crítica, Vanossi ha afirmado que *Las turbulencias ocasionadas por el reeleccionismo sólo se mitigan con el más absoluto anti-reelecciónismo... y eso porque el reeleccionismo acrecienta su peligrosidad en relación*

⁽⁵⁹⁾ Spota Alberto Antonio, Evolución político-constitucional en el siglo XX en América Latina. El reeleccionismo, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, comunicación en sesión privada del 11 de noviembre de 1998, Reprografías, Buenos Aires, 1999, p. 37.

⁽⁶⁰⁾ Alcaraz Mondragón, Eduardo, Modelos de democracia y reelección de funcionarios en México, en Cuestiones y Reflexiones Político-Electorales, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 51.

⁽⁶¹⁾ Zovatto, Daniel, La ola reeleccionista en América Latina, en Mundo Electoral, año 4, n° 12, del 12 de septiembre de 2011, p. 1; también en <http://www.mundoelectoral.com/html/index.php?id=751>

⁽⁶²⁾ Realizado en la Facultad de Estudios Superiores –FES– Aragón los días 27 a 29 de septiembre de 2012 en Nezahualcóyotl, México.

*directamente proporcional con el hiperpresidencialismo, para convertirse en una amenaza al sistema democrático todo.*⁶³

Es indudable que la reiteración de elecciones de las mismas personas debe tener un límite preciso, según los cargos y la duración de los mandatos, para permanecer encuadrados en el marco de la democracia como forma de Estado que hoy concebimos en nuestro mundo pretendidamente libre y dentro de la exigencia constitucional que asegura la *alternancia* en la medida en que ésta es imprescindible para garantizar la presencia de las minorías y la competencia por los cargos.

Si acordamos en que *en una república las funciones de gobierno se ejercen por períodos breves, siendo ésta una característica del sistema*,⁶⁴ esa *periodicidad* solo es posible si posibilita realmente la *alternancia*. En ese sentido, la jurisprudencia del Superior Tribunal de Córdoba ha establecido que *La fuente de la que emana dicha teleología se halla, precisamente, en los principios liminares del sistema republicano de gobierno que tiende a instaurar la periodicidad de los órganos que ejercen el poder*,⁶⁵ pues *la adopción del principio democrático de alternancia en el mando se postula como un mecanismo adecuando para evitar la perpetuación de las personas en la ocupación de cargos gubernativos electivos.*⁶⁶

La argumentación, pretendidamente democrática, que sostiene que *la reelección no la hace la constitución sino el pueblo, o que si el pueblo quiere es él quien reelige*, ha sido contestada: *Se sostiene que la reelección presidencial responde a la más pura democracia porque si la soberanía del pueblo quiere consagrarla debe acatársela. Es un grave error creer que la democracia se funda solamente en la soberanía popular. Esa es la democracia totalitaria que llevó a Hitler al poder y a tantos otros tiranos que llegaron consagrados por la voluntad popular.*⁶⁷

También se ha calificado a esa fundamentación de *antirrepublicana sugerencia que en la región reconoce un precedente: la constitución paraguaya que eternizó a Stroessner*,⁶⁸ y podríamos agregar hoy las experiencias que

⁶³ Vanossi, Jorge Reinaldo A., prólogo en Oría, Jorge Luis, *La reelección presidencial y la división de poderes*, Abeledo Perrot, Buenos aires, 1995, p. 9. En igual sentido ver Oría, Jorge Luis, *La reelección presidencial y la división de poderes*, con prólogo de Jorge Reinaldo Vanossi, Abeledo Perrot, Buenos aires, 1995, p. 188.

⁶⁴ Loñ, Félix R. y Augusto M. Morello, *Lecturas de la Constitución*, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 755.

⁶⁵ Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Relatoría Electoral de Competencia Originaria y Asuntos Institucionales, Sentencia N° 1/2011, "Felpeto, Carlos A. c/Municipalidad de Villa Carlos Paz- Acción Declarativa de Inconstitucionalidad" (Expte. letra F, N° 12, iniciado el 29/11/2010, p. 7). 66 Expte. N° 96 de fecha 30-12-2010 "Córdoba- Dpto. Capital- Frente Grande...".

⁶⁷ Pérez Guilhou, Dardo, *Reelección presidencial y autoritarismo paternal*, en *Diario Los Andes* del 4 de octubre de 2006, Mendoza.

⁶⁸ Midón, Mario A.R., *Las desventuras electorales*, en *diario Clarín* del 1 de septiembre de 2012. Cabe aclarar que hoy, en su texto vigente, la constitución paraguaya establece que el Presidente y el Vice "No podrán ser reelectos en ningún caso" (art. 229).

eternizaron a Fidel Castro, y a su hermano Raúl en Cuba; que pretendieron lo mismo con Fujimori en el Perú y que hoy lo pretenden con Hugo Chávez en Venezuela y con Daniel Ortega en Nicaragua; también cabe tener presente el intento de Uribe en Colombia, oportunamente evitado por su Tribunal Constitucional.

La Corte Constitucional de Colombia, con motivo del referido rechazo del intento de Uribe, —en 2010— ha sostenido que *resulta claro que la introducción de la segunda reelección afecta la igualdad en la contienda electoral por la Presidencia de la República, puesto que el incremento progresivo de períodos presidenciales puede conducir a que un líder se auto-perpetúe en el poder y potencialmente fortalece un círculo vicioso mediante el cual se permitiría la consolidación de una sola persona en el poder.*⁶⁹

V. LA ALTERNANCIA COMO MISIÓN DEMOCRÁTICA DEL PARTIDO POLÍTICO

El partido político argentino en general no cumple con los requerimientos constitucionales de participación de minorías ni con el de competencia interna para los cargos. Ello se debe, fundamentalmente, a que tampoco cumple con el deber de asegurar la *periodicidad* de sus cúpulas dirigentes mediante la posibilidad cierta de la *alternancia*.

Y no cumplen con la *alternancia* porque los partidos políticos argentinos tienen un fuerte déficit de democracia interna. Están dominados, en general —con raras excepciones— por grupos cerrados, impenetrables, que constituyen una verdadera oligarquía que se auto-sucede en la conducción del partido prácticamente desde el retorno a la democracia en 1983.

*En los sistemas políticos, en los que se suponen todos iguales 'es justo también que todos participen de él; y una imitación de esto es lo que los iguales se retiren por turno de sus funciones'. Son palabras de Aristóteles que con tanta sabiduría reflexionó sobre la política. El principio de igualdad, a no ser que se crea en la aristocracia que hace irremplazables a los dirigentes, obliga a la periodicidad sin continuidad en el ejercicio del poder para permitir que otros iguales participen de él. Esa es la democracia 'no totalitaria' que considera a todos aptos para gobernar y además impide los abusos del continuismo.*⁷⁰

⁽⁶⁹⁾ C-141-10, p. 460, sentencia dictada con motivo del referéndum tendiente a posibilitar la segunda reelección de Uribe en Colombia en el año 2010. En posición diametralmente opuesta, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, declaró en su Decisión n° 53 del 3 de febrero de 2009 que el referéndum propuesto por el presidente Chávez para la reelección indefinida era constitucional no obstante el texto expreso en contra de la Constitución de 2007. Ver un prolijo análisis de ambos fallos en Morales Antoniazzi, ob. cit., p. 235.

⁽⁷⁰⁾ Pérez Guilhou, La reelección..., ob. cit.

Si bien nadie lo reconocería expresamente, en la conducción partidaria existe la franca convicción de que es sólo ese selecto grupo que conduce los destinos del partido —y del país en caso de ganar— el único apto para hacerlo adecuadamente. Claro que el político que así lo reconociera —dice Michels— *sería un hombre de incomparable sinceridad, pero un loco en lo político.*⁷¹

Esto es así porque *el espíritu conservador de la casta de los antiguos amos, por muy profundamente enraizada que esté, se ve obligada a adoptar —al menos durante el tiempo de las elecciones— una máscara democrática aceptable.*⁷²

Se trata de sostener —y mantener— una posición de poder. El candidato a ser reelecto se encuentra en una posición de poder; por eso invoca y proclama su libertad para postularse. No en vano nos recuerda Todorov que *la libertad que reclaman para sí mismos los ricos y los fuertes es una manera de aumentar su poder en la sociedad.*⁷³ Y en tanto y en cuanto normalmente encarna una actitud populista, *prefiere la continuidad al cambio, que es un salto hacia lo desconocido. No es reformador sino conservador.*⁷⁴

En la reelección quien es el más fuerte, el que pretende su derecho a la libertad de volver a postularse, es quien ya está detentando el poder. Porque en la competencia para la reelección, dentro o fuera del partido, será el que tenga la posición más ventajosa, más desigual en perjuicio de sus competidores.

Y es este fingimiento, fundado en el desprecio real hacia las capacidades de los demás integrantes del partido, el que produce —en principio— algunos efectos inevitables:

- a) el aislamiento del grupo dirigente y su consecuente alejamiento de los intereses y de los sentires del resto del partido;
- b) la necesidad de instrumentar, o suprimir, procedimientos, de tal modo de evitar cualquier tipo de renovación —al menos fuera de su control— de las autoridades partidarias;
- c) la prevención de impedir cualquier cambio en las pautas de legitimación de la trayectoria política interna, pues implicaría una renovación de valores que podría conmovir la estructura sobre la que se asienta la relación de hecho del grupo dirigente con su electorado; y
- d) la caída irremediable de las defensas democráticas del partido necesarias para resistir los embates de los partidos *antisistema* que proliferan por afuera; se ven en la coyuntura de ser los reelectos del partido los que deben enfrentar las ansias de reelección de los otros.

⁽⁷¹⁾ Michels, ob. cit., p. 51.

⁽⁷²⁾ Michels, ob. cit., p. 52.

⁽⁷³⁾ Todorov, Tzvetan, Los enemigos íntimos de la democracia, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Buenos Aires, 2012, p. 103.

⁽⁷⁴⁾ Todorov, ob. cit., p. 151.

El elitismo de la conducción partidaria pone al descubierto la evidente indefensión del sistema democrático porque solo el partido político democrático es el que puede detener los embates del máximo enemigo hoy al acecho: el partido *catch all*. Expresado claramente en la política argentina, con poca originalidad, — pero con mucha transparencia de enrolamiento — como el *vamos por todo*.

La *alternancia* empieza en el partido político, en su interior, como lo garantiza la constitución, porque es allí donde se da la definición que prevalecerá. Es por eso que el conductor que se propone permanecer en el poder más allá de toda regla y normativa que se lo impida, primero procurará excluir toda posibilidad de *alternancia* en el régimen interno del partido al que él mismo pertenece. *Parece paradójico que ciertas dosis de antidemocracia pueden llegar a ser tolerables si se presentan al interior de los mismos, aunque mediando el respeto a ciertos mínimos para sus afiliados* destaca irónicamente Tortolero Cervantes.

Y es por eso que primero debe fortalecerse la *alternancia* en el interior del partido y luego recién será posible fuera de él. La Junta Electoral de la provincia de Mendoza estableció que *esta Junta Electoral considera que un Partido político, ... tiene pleno derecho, de acuerdo al art. 38 CN y a nuestra normativa constitucional y legal provincial, a establecer limitaciones a las posibilidades de re-reelecciones a postulaciones a las candidaturas a cargos electivos de sus miembros.*⁷⁵

El partido político que sostiene la *alternancia* como valor fundamental en el sistema político, no puede dejar de asegurarla en su organización interna. Pues bien se ha dicho que quien piensa de un modo pero actúa de otro, termina pensando como actúa... Esto podría resumir el fundamento de la debilidad que aqueja al partido político tradicional frente al populismo que arremete con muy escasas convicciones pero con mucha eficiencia electoral.

Mientras el partido populista propende a destruir la *alternancia*, pues emplea los recursos del Estado, y todo lo que se presente a su alcance,⁷⁶ para su perpetuación en el poder, quien debe enfrentarlo — consciente de su impotencia — se coloca en la misma actitud de perpetuación de su camarilla dirigente, en su respectivo sitio político, de tal modo que, si fuera necesario para su sostenimiento provisorio en su lugar de poder partidario — aunque fuera pequeño — está dispuesta a permitir, o a *mirar para otro lado* frente a esa inevitable perpetuación del — teóricamente — adversario populista al que — o obstante — califica de *antidemocrático*.

⁽⁷⁵⁾ Junta Electoral de Mendoza, en expediente n° 645, caratulado "Pradines, Roberto Arturo s/ Medida Cautelar", 13 de abril de 2011.

⁽⁷⁶⁾ Destaca Laría cómo: Las elecciones siguen ofreciendo una imagen democrática, pero el uso partidista de los recursos del Estado y otras formas de acoso popular sobre los adversarios políticos, reducen al mínimo las posibilidades de una expresión política pluralista"; ver La religión populista..., ob. cit., p. 401.

Pero no es posible la *alternancia* en el poder si no la hay previa y claramente establecida y encarnada en el interior del partido político; así lo ha entendido la constitución cuando le impone requerimientos precisos como contrapartida del privilegio de depositar bajo su guarda el fundamento del sistema democrático.

*La perpetuación de las oligarquías partidarias en gran número de partidos que han impedido los cambios renovadores, han obligado a múltiples desmembramientos en minúsculas agrupaciones*⁷⁷ por lo que podemos afirmar que la falta de renovación en el partido de gobierno, seguida por la misma carencia en los pertenecientes a la oposición, consolida aun más la desviación del sistema democrático hacia formas fingidas, falseadas, vacías de contenido que sirven únicamente para el sostenimiento de estructuras que, generalmente, son funcionales a la corrupción institucional sistematizada.⁷⁸

*La ausencia de la posibilidad clara de alternancia es nefasta para el juego democrático. Los partidos hegemónicos terminan instalándose plácidamente en el poder, relajados, dispuestos a hacer la pesada digestión de sus triunfos electorales.*⁷⁹ Cuando el partido político democrático sacrifica la *alternancia* incumple con una de las funciones esenciales que le dan sentido a su existencia y —a la vez— se aparta de los compromisos constitucionales con la participación de las *minorías* y de la *competencia* por los cargos electivos (art. 38 CN).

Un remedio establecido para propender a la democracia interna de los partidos políticos fue introducido por la ley 26571, en el art. 29 de la Ley de Partidos Políticos, donde se ordenó que: *La elección de autoridades partidarias se llevará a cabo periódicamente, de acuerdo a sus cartas orgánicas, subsidiariamente por la Ley Orgánica de los Partidos Políticos o por la legislación electoral. Para la designación de candidatos a cargos electivos nacionales se aplicará el sistema de elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias, en todo el territorio de la Nación, para un mismo día y para todos los partidos políticos, de conformidad con lo establecido en la ley respectiva.*

Estas *primarias abiertas simultáneas y obligatorias*, conocidas por sus siglas PASO, largamente perseguidas por la doctrina nacional,⁸⁰ fueron frustradas en el año 2011 mediante la presentación al electorado de fórmulas únicas de candidatos preseleccionados según procesos internos ya celebrados en reuniones partidarias.

⁽⁷⁷⁾ Pérez Guillhou, Partidos políticos..., ob. cit., p. 39.

⁽⁷⁸⁾ Ver nuestro Desviación de poder como "sistema" y un instrumento necesario: las lealtades personales, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Olivo Rodríguez Huertas y Miguel Ángel Sendín García, comité editorial, Visión actual del Acto administrativo (Actas del XI foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Finjus, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo y Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, República Dominicana, 2012, p. 107 a 129.

⁽⁷⁹⁾ Laría, Calidad institucional..., ob. cit., p. 18.

⁽⁸⁰⁾ Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 2ª ed. ampl. act., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 341.

VI. REFLEXIONES SOBRE LA MARCHA

No tenemos conclusiones; tampoco reflexiones *finales* . Quizás algunas ideas de aproximación, sobre los acontecimientos que nos envuelven, que nos implican, a los que no podemos mirar de lejos, ni desde arriba, ni desde el laboratorio siquiera, porque desempeñamos funciones activas en el sistema democrático. Porque somos parte interesada. Por eso las llamamos reflexiones *sobre la marcha* .

Numerosa doctrina sostiene que el partido político tiene como función esencial de *socialización* , lo que implicaría que *educa, transmitiéndole ciertos tipos de pautas de comportamiento, ciertas formas culturales, valores, idiosincrasia política que ellos desean que todos los miembros del grupo compartan en mayor o menor medida* .⁸¹ A esta raíz responde la misión del partido de incluir aun a quienes en alguna medida parecieran jugar en los bordes de la antidemocracia de tal modo de tenerlos controlados por su incorporación; claro que con sus límites, se ha sostenido que *la democracia debe ser tolerante de los intolerantes* .⁸²

Y esa misión parece que hubiera sido abandonada, pues desde hace casi cincuenta años se les critica que *han desertado de su función propia: ... no crean, no planean, no integran, no dirigen, no conducen... no encauzan la caótica voluntad popular. No preparan al ciudadano para la responsabilidad política. No sirven de eslabones entre el gobierno y los gobernados. No seleccionan la elite que debe gobernar. No proyectan la acción del gobierno. Y la verdad es que tampoco lo controla eficazmente* .⁸³

La falta de compromiso con valores que la sociedad exhibe con claridad, en aras de una pretendida neutralidad equidistante, aleja cada vez más al partido político de la comunidad frente a la cuál la constitución le ha encomendado una misión fundamental. Esta actitud debe ser revertida con urgencia, pues el sistema democrático está de por medio, y después de él solo queda el autoritarismo, la prepotencia —que los argentinos ya conocimos y experimentamos con un precio muy alto—, a la que nadie quiere razonablemente volver a vivir.

1. Falta de compromiso

Estamos convencidos de que gran parte del problema es la falta de compromiso de nuestros partidos políticos con el sistema actual de valores que la sociedad encarna; entre ellos, con aquellos que están muy vinculados a los que nutren el sistema democrático.

⁽⁸¹⁾ De Imaz, ob. cit., p. 56.

⁽⁸²⁾ Corte Suprema de Israel en el caso "Neiman en LCA 7504/95, Yassin v. Party Registraar, 50 (2) PD 45,63"; citado por Tortolero Cervantes, ob. cit., p. 39.

⁽⁸³⁾ López, La crisis..., ob. cit., p. 83.

Pues permanece vigente la advertencia de Luder: *La tensión entre el propósito de mantener la ortodoxia y la integridad del programa y el afán de conquistar el poder, se resuelve generalmente con una subordinación del programa, destinado a servir las posibilidades sociológicas de alcanzar el poder.*⁸⁴

La falta de una comprensión acabada del complejo sistema de valores de la sociedad actual, sumada a la imperiosa necesidad de acceder y, luego, de sostenerse en el poder, de frustrar la *periodicidad* para evitar la *alternancia*, lleva al dirigente político a presentar una gran indefinición de ideas que posibilite la mayor ductilidad posible en las posiciones de tal modo de no entorpecer cualquier acuerdo o componenda; en especial con los factores de poderes sectoriales, ajenos al sistema de partidos, que se le presenta cada vez con mayor fuerza por fuera del partido político.

Destaca Malamud cómo *la crisis fiscal del estado de bienestar y la sobrecarga de demandas que agobia a los gobiernos han transmitido sus efectos deslegitimadores sobre los partidos, que han visto reducirse progresivamente sus bases de identificación social y sus márgenes de autonomía institucional respecto de, fundamentalmente, la prensa independiente, las asociaciones de interés y los grandes grupos económicos.*⁸⁵ Y son estos factores reales del poder actual los que eluden los compromisos de contenido y exigen la máxima capacidad de *maniobra* en el político que acude interesada —y necesitadamente— a satisfacer sus apetencias.

En la realidad de los más grandes partidos políticos argentinos esta característica reconoce un origen lejano, pues la Unión Cívica Radical a principios del siglo XX ya se autodefinía como *un sentimiento y no un programa*, evitando así toda definición política que no fuera su compromiso con las libertades cívicas, que eran el objeto aspirado por las masas inmigrantes,⁸⁶ para ir luego —en la mitad del siglo— hacia un peronismo que —de modo parecido— se autodefinía como *un movimiento* de justicia social, al que aspiraban masas de postergados, y no como el Partido Justicialista cuya forma legal finalmente adoptó.

La ausencia de compromiso cerrado con sectores de interés sectorial es una virtud en estos tiempos, difícil de lograr, pero que no debe proyectarse al descompromiso con otros valores estrechamente vinculados a las bases de la democracia como son los de participación, de sinceridad en el discurso, de sensibilidad social, de protección de los más débiles, etc.

⁽⁸⁴⁾ Luder, ob. cit., p. 107.

⁽⁸⁵⁾ Malamud, Andrés, Partidos políticos, en Pinto, Julio, Introducción a la Ciencia Política, 4ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2003, p. 338.

⁽⁸⁶⁾ de Riz, Liliana, Política y Partidos. Ejercicio de Análisis Comparado: Argentina, Chile, Brasil, Uruguay, en Desarrollo Económico, Vol. XXV, N°100, Buenos Aires, 1986, p. 19.

2. Neutralidad de valores

Esta tendencia a la sumatoria de voluntades a través de la amplitud extraordinaria de convocatoria del mensaje político, fue profundizándose a lo largo del tiempo para culminar en este principio del siglo XXI con una realidad de partidos políticos que no discuten programas ni posicionamientos ideológicos y que difunden sus ideas con criterios comerciales de mercado y de sublimación de las razones de imagen. Son muy valiosas las reflexiones de la doctrina mexicana sobre la *spotización* de la política aludiendo a los *spot* televisivos que han sustituido el debate político.⁸⁷

Por esto es que los programas y los compromisos partidarios, son licuados en la mayor medida posible; se desdibujan los perfiles y los contornos de todo compromiso con valores; se persigue una neutralidad que podríamos llamar *todoterreno*: extremadamente laicista en materia religiosa,⁸⁸ asexualada en materia de opciones de género, desclasada —ni ricos ni pobres—, internacionalista y sin patria, —ni hablar de patriotismo— ninguna definición en el terreno ideológico político —en lo posible.

El único *compromiso* proponible es con este término tan amplio como para contener en su seno hasta sus máximos contradictores y enemigos: la *democracia*; concepto que en estos tiempos, como ocurre con la religión, permite la elaboración de un diseño subjetivo, adaptado y cómodo, y una definición personal intransferible.

El mercadeo político moderno aconseja inexorablemente la composición de la *buen*a imagen. Exige lo *políticamente correcto*, que es lo mínimo exigible en materia de imagen pública, la respuesta más esperable, la más *bien vista*, la que *qu*eda mejor, que *no es ni siquiera heredero de un pensamiento*, y también impone el *epíteto* que *exime del razonamiento y lo sustituye*.⁸⁹

Esta pauta del *quedar bien*, de sugerir sin definir, de insinuar sin comprometer, que responde enteramente a criterios de mercado comercial, no sólo aporta *clientes*, que se traducen en votos efectivos, sino que además constituye un lenguaje común y entendible con los factores de poder económico y mediático que contribuyen a sostener a las cada vez más encarecidas campañas electorales.

Cuanto más impreciso el compromiso de valor (religioso, político, moral, humano, ideológico, filosófico, clasista, profesional, etc... todo)

⁽⁸⁷⁾ Alcocer V., Jorge y Lorenzo Córdova V., compiladores, *Democracia y reglas del juego*, Nuevo Horizonte Editores y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, México, 2010.

⁽⁸⁸⁾ Todorov, ob. cit., p. 64; destaca el autor “la laicidad, que ya no consiste en separar la Iglesia del Estado para impedir que una de las dos dicte las decisiones de la otra y garantizar la coexistencia pacífica de diferentes creencias, sino en limpiar el espacio público de todo rastro de filiación religiosa”. Una actual integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se autodefinió como “atea militante”.

⁽⁸⁹⁾ Sartori, *La democracia...*, ob. cit., p. 89.

mayor es la posibilidad de *tejer* alianzas multi-comprensivas de todas las opciones posibles y de sumar así voluntades que se ven atraídas por el poder y que no encuentran motivos claros y fundamentales de adhesión, pero tampoco alguno de exclusión o de expulsión, haciendo posible el avance de las lógicas de mercadeo comercial mediante la publicidad más eficiente.

En la moderna campaña política se esconde un franco desprecio hacia ese *elector-consumidor* del producto politiquero que cree ver un mensaje personal dirigido hacia él sin percibir que le ocasiona un mismo agrado, sentido de acercamiento y sensación de compromiso que a quienes no piensan como él o que, más aún, piensan todo lo contrario.

Por esta razón es que las campañas no persiguen incorporar voluntades al partido, sumar afiliaciones, sino que buscan únicamente votantes coyunturales, cada dos años, con la secreta y no confesada esperanza de que luego permanezca afuera y no pretenda invadir al partido. Se pierde una extraordinaria ocasión.⁹⁰

Pero ello implicaría otro tipo de campaña y, sobre todo, otra actitud.

Nadie se dice no-democrático; como tampoco se dice corrupto o inmoral. Aunque se esté dispuesto a serlo con tal de obtener el fin perseguido de acercamiento a, o permanencia en, el poder. Después de todo no es, para nada, novedoso; ya Maquiavelo recomendaba al Príncipe acerca de la mayor importancia de parecer que de ser bueno y virtuoso.

Y es en esta frecuencia política en la que se sumergen todos, partido político de gobierno y partidos políticos de oposición, a la hora electoral de ofrecer las alternativas que, finalmente, no llegan al *elector-cliente*, quien termina — muchas veces — optando con criterios basados en promesas de satisfacción no muy distintos a los que emplea cuando elige un cepillo, una hamburguesa o un teléfono celular. Con el agravante de que en este caso no cuenta con normas ni con una organización de protección al consumidor que luego lo defienda de su defectuosa elección.

3. Nuevo sujeto de la política

No es necesario aportar elementos que demuestren que cada sistema político en la historia ha respondido a una determinada percepción del hombre. A cada concepción del hombre, individual, social, masificado, igual, desigual, débil, omnipotente, etc. ha correspondido una concepción del Estado y de su relación con ese hombre así percibido.

Ahora bien, ¿existe hoy ese sujeto neutro, sin religión alguna, asexuado, sin clase social, ni rico ni pobre, ni culto ni inculto, apátrida y, por supues-

⁽⁹⁰⁾ Egües, Nicolás, El sistema de partidos en Argentina, en La Ley Gran Cuyo, año 15, n° 8, septiembre de 2010, Mendoza, p. 717.

to, —siempre— democrático? ¿Conforma la mayoría? ¿Es una minoría relevante? ¿Responde acabadamente a nuestra realidad?

Acaso ese hombre de nuestra política, que ya no es el *homo videns* de Sartori, tal vez sea el *seguidor* de Twitter, o el *amigo* en el Facebook, o el *contacto* del Messenger; tal vez sea un sujeto frente a su pantalla del procesador, —solitario aunque esté inmerso en la multitud— que no se roza físicamente con sus semejantes, que se expresa en no más de 140 caracteres, que pareciera orientar su participación política atrayéndola a ese reducto individual, para lograr así sumarse a una inmensa y difusa suma de respuestas individuales que se encausan a través de la espontaneidad y de la velocidad como valores preponderantes.

Hoy podemos comprobar que antes que el partido político, son los dirigentes, los candidatos y los funcionarios, todos en forma exclusivamente individual, quienes *están* en el Facebook o en Twitter.

Es lo que nos muestra la tecnología y su aplicación concreta, como vimos en la denominada *primavera árabe*, en los *indignados* de Puerta del Sol, o en los *cacerolazos* de Argentina. Pero es importante recordar que ya se dijo que *un progreso técnico no entraña necesariamente un progreso de orden metafísico, moral o económico... desgraciadamente la técnica nunca vuelve su mirada hacia el lado de la civilización... la técnica es perfectamente indiferente a nuestra orientación espiritual; puede ser revolucionaria o reaccionaria; lo mismo sirve a la causa de la libertad que a la del poder, a la de la centralización o a la de la autonomía. En una palabra, sus datos y sus aplicaciones no sirven para plantear, ni para dilucidar una cuestión política... Con la técnica, la neutralidad espiritual llega a su expresión más simple: la nada.*⁹¹

Y si bien el pluralismo de nuestra sociedad de hoy exige respuestas adecuadas de respeto, no es con el descompromiso ni con la neutralidad frente a los valores que se podrá hacer frente a sus requerimientos. La actitud de franca apertura y pluralidad exige, impone, tener muy claros los valores sociales desde los cuáles se aborda esa comprensión integral. Ello supone, por el contrario, compromiso efectivo con valores como la protección de derechos fundamentales como los del niño, los de la mujer, los de la dignidad, los de la libertad. No hay pluralismo que haga posible aceptar la trata sexual de mujeres y de niños, los sacrificios humanos, las formas de esclavitud, la discriminación, etc.

Por ello, ese descompromiso y neutralidad frente a los valores implica renunciar a un pluralismo *moderado* que es el único posible;⁹² ya que el

⁽⁹¹⁾ Schmitt, Carl, La época de la neutralidad, en Estudios políticos, Doncel, Madrid, 1975, p. 26-27; edición española prologada en 1939 por el autor.

⁽⁹²⁾ Ver un prolijo análisis del tema de la tolerancia hacia los denominados partidos "antisistema" en Martínez Peroni, José Luis, Sociedad pluralista y partido antisistema, en revista El Derecho, t. 101, p. 923, Buenos Aires.

pluralismo *polarizado*, que intenta contener lo incompatible, como el mismo *antipluralismo* intolerante, no es posible sin el sacrificio completo del sistema por contradicción absoluta.

Por ello, si dejamos de mirar hipnotizados hacia la técnica y los medios de comunicación, cuyo crecimiento no deja de sorprendernos, encontraremos valores que responden claramente a nuevas pautas y que no comprendemos del todo todavía su pleno funcionamiento ni la totalidad de sus implicancias. Pero nadie duda del gran valor que contiene la repulsa de nuestra juventud hacia los falsos mensajes, hacia la doble identidad, hacia la falta de sinceridad, hacia el lenguaje oscuro que oculta el verdadero discurso, hacia la trampa y la mentira, hacia la discriminación.

Tampoco cabe ignorar el profundo rechazo hacia las formas que perciben vacías de contenido, aun de las religiosas, por eso no se casan; y hacia los relatos políticos engañosos, por eso no se afilian a los partidos; y hacia las leyes sin sentido, por eso no las respetan; y hacia las sentencias que no entienden, por eso no las ven justas, y hacia la prepotencia y el autoritarismo, por eso se rebelan y llenan las plazas y lugares públicos — físicos y virtuales — con su manifestación.

Y no se puede dudar de la fuerte conciencia y atracción hacia la libertad de expresión, y de compromiso, y de participación... ¡y de sincera indignación!

Hasta que no tengamos mayor precisión sobre nuestro nuevo sujeto de la política actual, del que conocemos — como vemos — varios de sus valores, difícilmente logremos entender con claridad, todavía, en forma terminante cuál es el rumbo cierto de la democracia que el partido político puede ayudar a construir sobre él. Y, si bien nadie está más lejos de llegar que aquél que no sabe a dónde va, podemos sostener que sí sabemos a donde no va, ni irá.

También podemos precisar que jamás arribaremos a una fórmula humanista por senderos que prescindan de esos valores, que ya nos constan, o de la libertad de los hombres y de cómo ella se vincula al grado de sujeción a la ley; Cicerón decía *somos ciervos de la ley con el fin de poder ser libres*.

En estas circunstancias tomamos conciencia de las sabias palabras de Loewenstein, que nos recuerda que *la técnica electoral se ha convertido en nuestro tiempo en una verdadera ciencia por propio derecho que exige de igual manera el arte del jurista y del político, del sociólogo y del psicólogo social, del técnico en estadística y del matemático*,⁹³ corresponde entonces que no se nos escape alguno cualquiera de esos aspectos a la hora de evaluar la acción más conveniente para nuestra organización de partidos políticos.

⁽⁹³⁾ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Biblioteca de Ciencia Política, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, p. 337.

Y es también cierto que la antidemocracia, y sus comportamientos, debe ser controlada, incluso judicialmente^{94,94} porque de lo contrario la cláusula constitucional es vana y sus contenidos condicionantes de la vida interna del partido político democrático son ilusorias, carentes de obligatoriedad y con carácter de meros consejos.

Vale, entonces, nuestra insistencia como docentes en la propuesta de institucionalidad constitucional, convocando enfáticamente a la prudencia que nos permita, siempre con actitud abierta y de generosa entrega, dilucidar aquellos elementos que hacen a la esencia inconvencible de los valores y principios de nuestra comunidad y de nuestro pluralismo; este es el rumbo que nos hace posible ser optimistas acerca del resultado por más que nos cueste todavía visualizar con claridad la meta, la luz al final del túnel que, sin duda, encontraremos porque ese camino es el correcto.

Chacras de Coria, 30 de noviembre de 2012

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALCARAZ MONDRAGÓN, Eduardo, "Modelos de democracia y reelección de funcionarios en México", en *Cuestiones y Reflexiones Político-Electorales*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

ALCOCER V., Jorge y LORENZO CÓRDOVA V., compiladores, *Democracia y reglas del juego*, Nuevo Horizonte Editores y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, México, 2010.

BURDEAU, Georges, *La democracia. Ensayo sintético*, prólogo de Manuel Jiménez de Parga, Ediciones Ariel, Barcelona, 1960.

CAPARRÓS, Martín, *Argentinismos*, Planeta, Buenos Aires, 2011. 27

CARRERAS, Miguel, "Los partidos importan. Democratización y evolución del sistema de partidos en América Latina", en *Revista Nueva Sociedad*, Fundación Friedrich Ebert, n° 240, julio-agosto de 2012.

CORCUERA, Santiago H., "El funcionamiento interno de los partidos políticos", en Daniel A. Sabsay (dirección) y Pablo L. Manili (coordinación),

⁽⁹⁴⁾ Tortolero Cervantes, ob. cit., p. 40; el autor analiza jurisprudencia de tribunales alemanes, españoles, israelíes, estadounidenses, etc. y cita la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sostenido que "incluso si la actividad política de un partido puede ser incompatible con principios rectores del Estado, esto no significa necesariamente que sea incompatible con las reglas de la democracia. En democracia, continúa el Tribunal europeo, incluso las actividades partidistas que cuestionen la manera en que el Estado se encuentra organizado deben ser toleradas, siempre y cuando esas acciones no estén encaminadas a dañar la esencia de dicho régimen. En efecto, en los casos en que un programa político transgreda directamente las reglas de la democracia, el Estado está autorizado a tomar medidas, que pueden llegar incluso a la disolución del partido, aunque estas medidas sólo se justifican cuando la intervención se dirige a evitar una merma al régimen democrático" (p. 43).

Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, tomo 2 Artículos 36/43 Nuevos derechos y garantías, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

DAHL, Robert A., en diálogo con Giancarlo ROSETTI, *Entrevista sobre el pluralismo*, fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003.

DE IMAZ, José Luis, "Fundamentos sociales de los partidos. Significado social de los programas. Papel de los partidos en la sociedad actual", en José S. Campobassi, Carlos S. Fayt, José Luis de Imaz, Mario Justo López y Luis Pan, *Los partidos políticos. Estructura y vigencia en la Argentina*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1963.

DE RIZ, Liliana, "Política y Partidos. Ejercicio de Análisis Comparado: Argentina, Chile, Brasil, Uruguay", en *Desarrollo Económico*, Vol. XXV, N° 100, Buenos Aires, 1986.

EGÜES, Nicolás, "El sistema de partidos en Argentina", en *La Ley Gran Cuyo*, año 15, n° 8, septiembre de 2010, Mendoza, p. 717.

ELLIS, Andrew, J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ y Daniel ZOVATTO, *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial. Making presidentialism work*, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, México, 2009.

FAYT, Carlos S., "La organización interna de los partidos y los métodos políticos en la Argentina", en Campobassi y ot., ob. cit.

FERRARO, Jorge Martín, "La democracia totalitaria", en diario *Perfil* del 24 de noviembre de 2012.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, 4ª ed. corregida, Manuales de la Revista de Oriente, Madrid, 1957.

GARGARELLA, Roberto, "Ante el constitucionalismo conservador. El equívoco presidencialista que apela directamente a las masas", en diario *Perfil* del 21 de octubre de 2012.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2ª ed. ampl. act., La Ley, Buenos Aires, 2003.

HELGESEN, Vidar y Héctor FIX-FIERRO en su "Presentación" en Ellis, Andrew, J. Jesús Orozco Henríquez y Daniel Zovatto, *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial. Making presidentialism work*, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, México, 2009.

HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA, Juan, "La delimitación del concepto de partido político. Las teorías sobre el origen y la evolución de los partidos", en Martínez Cuadrado, Miguel, y Manuel Tella Márquez, editores, *Partidos políticos y sistemas de partidos*, Editorial Trotta, Madrid, 2012.

LACLAU, Ernesto, "La deriva populista y la centroizquierda latinoamericana", en *Nueva Sociedad*, Fundación Friedrich Ebert, n° 205. 28

— “El constitucionalismo busca mantener el poder conservador”, en diario *Perfil*, del 14 de octubre de 2012.

LARÍA, Aleardo F., *Calidad institucional y presidencialismo. Los problemas no resueltos de Argentina*, Nuevohacer, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 2008.

— *La religión populista. Una crítica al populismo posmarxista*, prólogo de Martín Böhmer, Nuevohacer, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Biblioteca de Ciencia Política, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

LOÑ, Félix R. y Augusto M. Morello, *Lecturas de la Constitución*, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

LÓPEZ, Mario Justo, “La crisis de los partidos políticos”, en Campobassi y ot., ob. cit.

LUDER, Ítalo Argentino, *Introducción al estudio de los partidos políticos*, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1945.

MALAMUD, Andrés, “Partidos políticos”, en Julio Pinto, *Introducción a la Ciencia Política*, 4ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2003.

MARTÍNEZ PERONI, José Luis, “Sociedad pluralista y partido antisistema”, en revista *El Derecho*, t. 101, p. 923, Universitas, Buenos Aires.

MICHEL, Robert, *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, con prólogo de Seymour Martin Lipset, Amorrortu, Buenos Aires, 1969.

MIDÓN, Mario A. R., “Las desventuras electorales”, en diario *Clarín* del 1 de septiembre de 2012.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela, *¿La democracia como principio del ius constitutionale commune en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la Justicia Constitucional*, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

O'DONNELL, Guillermo, “Estado, democratización y ciudadanía”, en *Nueva Sociedad*, Fundación Friedrich Ebert, nro. 128, 1993.

O'DONNELL, Schmitter y L. WHITEHEAD (eds.), *Transitions from Authoritarian Rule: Prospects for Democracy*, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1986.

ORÍA, Jorge Luis, *La reelección presidencial y la división de poderes*, con prólogo de Jorge Reinaldo Vanossi, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

OYHANARTE, Julio, “El Estado como actor en una sociedad dinámica”, en Julio C. Oyhanarte, *Recopilación de sus obras*, prólogo de Alfonso Santiago, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.

PÉREZ GUILHOU, Dardo, “Desarrollo de las III Jornadas de Derecho Constitucional y Político”, en *Partidos políticos*, Colegio de Abogados Departamento Judicial de La Plata, 1982.

— “Reelección presidencial y autoritarismo paternal”, en *Diario Los Andes* del 4 de octubre de 2006, Mendoza.

SÁNCHEZ DE DIOS, Manuel, “Las funciones de los partidos”, en Martínez Cuadrado y ot., ob. cit.

SÁNCHEZ MEDERO, Gema, “Los partidos políticos: organización y funcionamiento”, en Martínez Cuadrado y ot., ob. cit.

SARTORI, Giovanni, *La democracia en treinta lecciones*, Taurus, Buenos Aires, 2009.

SCHMITT, Carl, “La época de la neutralidad”, en *Estudios políticos*, Doncel, Madrid, 1975.

SPOTA, Alberto Antonio, *Evolución político-constitucional en el siglo XX en América Latina. El reeleccionismo*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, comunicación en sesión privada del 11 de noviembre de 1998, Reprografías, Buenos Aires, 1999.

TALMON, Jacob Leib, *Los orígenes de la democracia totalitaria*, Universidad Hebrea de Jerusalem, 1951.

TODOROV, Tzvetan, *Los enemigos íntimos de la democracia*, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Buenos Aires, 2012.

TORTOLERO CERVANTES, Francisco, *La disolución de partidos antisistema*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009.

VALADÉS, Diego, *Constitución y política*, 2ª ed., UNAM, México, 1994.

VANOSI, Jorge Reinaldo A., “Prólogo” en Oría, Jorge Luis, *La reelección presidencial y la división de poderes*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

WOLINETZ, Steven B., *Beyond the Catch-All Party: Approaches to the Study of Parties and Party Organization in Contemporary Democracies*, www.olemiss.edu/courses/pol628/wolinetz02.pdf

ZOVATTO, Daniel, “La ola reeleccionista en América Latina”, en *Mundo Electoral*, año 4, n° 12, del 12 de septiembre de 2011.

DONACIÓN DE ÓRGANOS DE ANENCÉFALOS: UNA VISIÓN SEGÚN EL BIODERECHO CONSTITUCIONAL

Adriano Sant'Ana Pedra *

SUMARIO: I. Introducción. II. El bioderecho constitucional y la bioética. III. Disposición de órganos en vida y disposición de órganos *post mortem*; IV. Disposición de órganos de anencéfalos. V. Conclusión. VI. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El progreso que la medicina viene sufriendo ha ampliado las oportunidades de éxito en la realización de trasplantes de órganos, tejidos y otras partes del cuerpo humano, haciendo que este sea visto como un importante repertorio, lo que nos lleva inevitablemente a una serie de cuestiones ético-jurídicas envolviendo este tema. Una de estas cuestiones, la cual vamos a analizar aquí, habla con respecto a la posibilidad de un anencéfalo ser donante de órganos, tejidos y otras partes de su cuerpo.

En Brasil, el Consejo Federal de Medicina aprobó la Resolución CFM nº 1.752, del 08 de septiembre de 2004, donde se dispuso acerca de la “autorización ética del uso de órganos y/o tejidos de anencéfalos para trasplante, mediante autorización previa de los padres”. Establece el artículo 1º de la referida resolución que “una vez autorizado formalmente por los padres, el médico podrá realizar el trasplante de órganos y/o tejidos del anencéfalo, después de su nacimiento”.

(*) Doctor en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo – PUC/SP, Máster en Derechos y Garantías Constitucionales Fundamentales por la Facultad de Derecho de Vitória – FDV, Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Vitória – FDV (pregrado, postgrado y maestría), Profesor de la Escuela de la Magistratura del Estado de Espírito Santo – EMES, Procurador Federal de Abogacía General de la Unión (Brasil).

La citada Resolución del Consejo Federal de Medicina autoriza la realización del trasplante de cualquier órgano o tejido, teniendo como donante un ser humano que aún mantiene signos vitales, siendo que el ordenamiento jurídico brasileiro da tal permiso solamente cuando es posible preservar la vida y la integridad física del donante.

Las situaciones que involucran a los anencéfalos también son discutidas en otros países, como en Chile, donde Ángela Vivanco Martínez escribe que, “al carecer de gran parte del cerebro, la situación de los niños anencefálicos ha dado lugar a una discusión acerca de si pueden ser considerados o no como personas titulares de derechos”.¹

Este estudio tratará esta cuestión según los postulados de la bioética, siendo necesario analizar la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, mientras tal conducta esté examinada a la luz de los valores y principios morales. La posibilidad de la utilización de los órganos, tejidos u otras partes del cuerpo de un anencéfalo será analizada a partir del sistema jurídico que regula los transplantes, bajo la óptica del bioderecho constitucional.

II. EL BIODERECHO CONSTITUCIONAL Y LA BIOÉTICA

Maria Helena Diniz conceptúa el bioderecho como el “estudio jurídico que, teniendo como fuente inmediata la bioética y la biogenética, tiene como objeto principal la vida”.² Maria García³ perfecciona éste concepto, apuntando además, que el bioderecho es el conjunto de normas jurídicas que tienen como principios informadores la dignidad de la persona humana y la protección de la vida, además del equilibrio ecológico. El bioderecho constitucional encontrará abrigo en el artículo 5º de la Constitución brasileña, y deberá servir de matriz para las normas jurídicas atinentes al trasplante de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano.

José Alfredo de Oliveira Baracho define, entonces, *bioconstitución* como el conjunto de normas (principios y reglas) formales o materialmente constitucionales, que tienen como objeto las acciones u omisiones del Estado o de entidades privadas, con base en la tutela de la vida, en la identidad y integridad de las personas, en la salud del ser humano actual o futuro, tomando en cuenta también sus relaciones con la biomedicina.⁴

⁽¹⁾ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de derecho constitucional: aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, tomo II, p. 274.

⁽²⁾ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9.

⁽³⁾ GARCIA, Maria. Biodireito constitucional: uma introdução. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. a. 11. n. 42. jan./mar. 2003, p. 105-113.

⁽⁴⁾ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Bioconstituição: bioética e biodireito; identidade genética do ser humano. *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos*. n. 27. fev./2000, p. 6-7.

Lo que se nos presenta con las normas jurídicas que disponen acerca del trasplante de órganos, es un dilema entre las garantías individuales de todo ser humano, tales como la libertad, la dignidad de la persona humana, la indisponibilidad de la vida y de la salud y la auto-afirmación, delante del poder del Estado, en busca de intereses colectivos, de procurar órganos y tejidos.

La Constitución brasileña dispone que debe ser facilitada “la remoción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de trasplante, pesquisa y tratamiento, bien como la recolección, procesamiento y transfusión de sangre y sus derivados, siendo prohibido todo tipo de comercialización” (artículo 199, §4º). No obstante, es preciso indagar hasta que punto puede el Estado, bajo la égida del poder a él atribuido en función del cumplimiento de una función social, interferir en la esfera íntima de los individuos y requerir, a él o a su familia, órganos, tejidos y partes de sus cuerpos para fines de trasplante.

De allí la necesidad de una respuesta ética a las situaciones oriundas de la ciencia en el ámbito de la salud, lo que se producirá a través de la bioética. “La bioética deberá ser un estudio deontológico, que proporcione directrices morales para la actuación humana ante los dilemas levantados por la biomedicina”.⁵ Las leyes éticas, como expone Goffredo Telles Junior, se caracterizan por ser imperativas.

Precisamente por ser enunciativas e imperativas del deber, son leyes éticas, aunque son integrantes de una orden normativa, son verdaderas normas. Ellas son, de hecho, mandamientos de normalización del comportamiento. Determina lo que debe ser hecho en consonancia con un sistema de concepciones dominantes.⁶

Las normas que componen el ordenamiento jurídico pueden asumir dos configuraciones básicas: reglas y principios. Robert Alexy formuló fecunda teoría distinguiendo precisamente las reglas de los principios. Las reglas son normas que son o no son cumplidas. Así si la regla es válida, tenemos que hacer exactamente aquello que ella exige, ni más ni menos. En ese sentido, la diferencia entre principios y reglas es cualitativa. Robert Alexy sostiene que el punto decisivo para la distinción entre principios y reglas es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mejor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. De esa forma, los principios constituyen *mandatos de optimización*. Segundo Robert Alexy, “los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente

⁽⁵⁾ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 15.

⁽⁶⁾ TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 7. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 205.

grado y que la medida del debido cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos".⁷

La bioética se pauta en cuatro principios básicos, que constituyen racionalizaciones abstractas de valores que derivan de la interpretación de la naturaleza humana y de las necesidades individuales. Ellos son los principios de la *autonomía* y de la *beneficencia*, de carácter teleológico, y los principios de la *no-maleficencia* y de la *justicia*, de carácter deontológico.

El *principio de la autonomía* impone que se debe respetar la voluntad, los valores morales y las creencias de cada persona, denotando que todos deben ser responsables por sus actos. De esa forma, el profesional de la salud debe respetar la voluntad del paciente, o la de su representante, considerándolo capaz de ejercer sus opciones. Siendo así, la disposición de órganos debe transcurrir dentro de un contexto de consentimiento libre y conocido. El Derecho debe proteger a aquel que no tuviere autonomía suficiente para tomar decisiones, sea por coacción o deficiencia mental, por ejemplo.

El *principio de la beneficencia* indica la obligatoriedad del profesional de la salud y del investigador, de promover primeramente el bien del paciente, buscando atender su bienestar, maximizando los beneficios, no causando daños, y minimizando posibles riesgos. En el juramento de Hipócrates,⁸ el principio de la beneficencia es el hilo conductor; el profesional de la salud solamente puede utilizar el tratamiento para el bien del paciente, y nunca para causarle mal o promover la injusticia.

El *principio de la no-maleficencia* es un desdoblamiento del principio de la beneficencia, porque contiene la obligación de no causar daño intencional y por derivar de la máxima de la ética médica *primum non nocere*.

El *principio de la justicia* indica una obligación que garantice una distribución justa, equitativa y universal de los bienes y servicios (beneficios) de la salud,⁹ además de una relación ecuánime en los riesgos y encargos.

⁽⁷⁾ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

⁽⁸⁾ "Se aplicarán los regímenes para el bien de los dolientes, según mi conocimiento y mi razón, y nunca para perjudicar o hacer el mal a quien quiera que sea. A nadie daré, remedio mortal para agrandar, ni consejos que induzcan a la destrucción, consejo que la induzca a la destrucción. Tampoco suministraré a una señora presario abortivo. [...] En la casa donde yo fuere, entraré solamente por el bien del doliente, absteniéndome de cualquier mal voluntario o de toda seducción".

⁽⁹⁾ Nos recuerda Daury Cesar Fabriz "que para ciertas dolencias la penicilina ofrece la cura, haciendo el bien al paciente. Sin embargo Gandhi dejó morir a su mujer, sin que le fuese aplicada la dosis posiblemente salvadora. Actuó según lo que le parecía derecho, y talvez haya creído que le hacía un bien. Pero...fue justo? [...] Tal perspectiva demuestra como el hacer justicia o la idea de justicia puede expresarse en su efectividad como algo cruel o inclusive despojarse de cualquier sentimiento humano". Cf. FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 112.

Además de estos principios cardinales de la bioética, José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁰ afirma que existen principios generales de protección del cuerpo humano que deben ser observados, siendo ellos la primacía de la persona, la dignidad de la persona, el respeto del ser humano delante de la comercialización de su vida, la inviolabilidad del cuerpo humano y su integridad, la necesidad terapéutica (consentimiento y límites), la integridad de la especie humana, la extra-patrimonialidad del cuerpo humano, la no remuneración del donante, el anonimato, la esterilización, la voluntad de procreación, la asistencia médica a la procreación, y la protección del embrión humano.

Merece ser destacado el *principio de la dignidad de la persona humana*, que es el fundamento del Estado Democrático de Derecho (artículo 1º, III, de la Constitución brasileña), y la esencia de todo el ordenamiento jurídico.

Fábio Konder Comparato explica que la dignidad de la persona humana “es el fundamento de toda vida ética, de ese fundamento, la raíz más profunda deviene, lógicamente, de las normas universales del comportamiento, las cuales representan la expresión de esa dignidad en todos los tiempos y lugares y tienen por objetivo su preservación”.¹¹

El *principio de la dignidad de la persona humana*, según Paulo Bonavides, fundamenta “la totalidad de los derechos humanos positivos como derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico-constitucional”.¹² Según José Joaquim Gomes Canotilho, la dignidad de la persona humana como base de la República, significa el reconocimiento del individuo “como límite y fundamento del dominio político de la República. En este sentido, la República es una organización política que sirve al hombre y no el hombre que sirve a los aparatos político-organizativos”.¹³

Conforme enseña Maria García, “la dignidad de la persona humana corresponde a la comprensión del ser humano en su integridad física y psíquica, como autodeterminación consciente, garantizada moral y jurídicamente”.¹⁴ De allí la necesidad de la imposición de los límites de la ciencia, reconociéndose que el respeto al ser humano sólo se alcanza si observamos la dignidad humana. La ciencia debe estar al servicio del ser humano para que su vida sea cada vez más digna de ser vivida.

⁽¹⁰⁾ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica. *O sino do Samuel*. a. III. n. 21. Belo Horizonte: UFMG, março 1997, p. 5.

⁽¹¹⁾ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 484.

⁽¹²⁾ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 10.

⁽¹³⁾ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 225.

⁽¹⁴⁾ GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004, p. 211.

III. DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS EN VIDA Y DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS POST MORTEM

El ordenamiento jurídico brasileiro permite el trasplante de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano tanto entre vivos como después de la muerte del donante.

Tratándose de la disposición de órganos en vida, la preocupación primordial es preservar la vida y la integridad física del donante. José Alfonso da Silva registra que “agredir el cuerpo humano es un modo de agredir la vida, pues ésta se realiza en aquello. La integridad físico-corporal constituye, por lo tanto, un bien vital y revela un derecho fundamental del individuo”.¹⁵

De ésta forma, es prohibido el transplante cuando se refiere a partes vitales, en razón del derecho a la vida y a la integridad física.¹⁶ Siendo así, es posible la donación de órganos dobles, como los riñones, o que se regeneran, como el hígado, no comprometiendo las funciones vitales.

El artículo 13 del Código Civil brasileño, con el propósito de proteger la integridad física de la persona, prohíbe cualquier acto de disposición *inter vivos* que pueda venir a lesionarla.

Art. 13. Salvo por exigencia médica, es prohibido el acto de disposición del propio cuerpo, cuando implique disminución permanente de la integridad física, o contrariar a las buenas costumbres.

Parágrafo único. El acto previsto en éste artículo será admitido para fines de trasplante, en la forma establecida en ley especial.

Como bien destaca Maria Helena Diniz, “la donación de órganos, tejidos y partes del propio cuerpo para trasplante *inter vivos* es una decisión exclusiva de la persona. Nada hay que pueda imponer a alguien donar, en vida, sus órganos favoreciendo a otra”.¹⁷

Y para evitar que haya comercio de órganos y otras partes del cuerpo humano, la ley brasileña (artículo 9º, de la Ley nº 9.434/1997, con redacción dada por la Ley nº 10.211/2001) dispone que es permitida a la persona jurídicamente capaz, disponer gratuitamente de sus tejidos, órganos y partes del propio cuerpo vivo, para fines terapéuticos o para trasplantes en cónyuge o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, inclusive. Si la donación fuera para cualquier otra persona, solamente podrá suceder a través de autorización judicial, para cohibir la práctica del comercio.

⁽¹⁵⁾ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 199.

⁽¹⁶⁾ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 79.

⁽¹⁷⁾ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 346.

Son exigidos además, autonomía y consentimiento libre y declarado del donante, sin el cual la disposición de órganos en vida no podrá ocurrir.

Para ilustrar la necesidad de información y del amplio consentimiento del donante, Maria de Fátima Freire de Sá¹⁸ trae el triste caso de una criatura de cinco años de edad, con insuficiencia renal regresiva, que no se adaptaba a la hemodiálisis. El equipo médico, considerando la posibilidad del trasplante renal, realizó análisis de histocompatibilidad en los parientes próximos, verificando que el padre, por sus características anatómicas y circulatorias, era la persona indicada para la donación. En consulta realizada tan sólo en su presencia, el padre se decidió por la no donación de su riñón, alegando que sentía miedo de la cirugía, el pronóstico era incierto, había la posibilidad de la obtención de un riñón de un donante cadavérico, etc. Conforme a lo solicitado por el padre, que no quería que los motivos reales de su decisión fuesen revelados, el médico afirmó su imposibilidad de donación de un riñón “por razones médicas”.

También debe traerse el caso de un joven con síndrome de Down con 22 años de edad, único pariente de su padre en condiciones de donarle un riñón que le salvaría la vida. Quedó demostrado que el joven tenía menor expectativa de vida, estaría mucho más sujeto a complicaciones y a infecciones, debido al bajo índice de defensa inmunológica, con riesgo quirúrgico aumentado en comparación a las personas en general. Debe ser resaltado que el joven no podía transmitir consentimiento voluntario, libremente expreso, exactamente por las condiciones mentales y físicas, no pudiendo conocer jamás los riesgos que tenía que enfrentar. Al verificar el cuadro de hecho, la decisión del juez fue en el sentido de no acoger el pedido de la madre del joven, aún y cuando ésta argumentase que “la negación sería lo mismo que decretarse la muerte del padre del requerido, con el consentimiento de la justicia”.¹⁹

En la transferencia de órganos entre personas vivas, el acto es realizado *intuitu personae*, o sea, entre donante y receptor individualizado, pero siempre de forma gratuita. Existe así una sutil diferencia entre el acto de donación entre vivos y *post mortem*: en éste, parte de la doctrina sustenta recurrir a la transferencia de los tejidos, órganos y partes del cuerpo humano retirados del cadáver para el Estado,²⁰ mientras que en aquel, no hay esa transmisión.

⁽¹⁸⁾ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo*: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 79-80.

⁽¹⁹⁾ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo*: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 78-79.

⁽²⁰⁾ SILVA, Rodrigo Pessoa Pereira da. *Doação de órgãos*: uma análise dos aspectos legais e sociais. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 429.

Pasemos entonces a la disposición de órganos *post mortem*.

A pesar de que la persona civil acaba con la muerte, conforme al artículo 6º del Código Civil brasileño, el derecho de la persona se prolonga después de la vida. El cuerpo humano después de la muerte es una cosa, pero una cosa *extra commercium*. El derecho de la persona y la dignidad humana deben orientarse a la donación *post mortem* de órganos y tejidos, que solamente puede ocurrir con fines altruistas. En ese sentido es obra de Adriano De Cupis:

Si la persona no existe después de la muerte, ni aún siendo cadáver deja de ser considerado por parte del ordenamiento jurídico. Por el contrario, el cuerpo humano, después de la muerte, se torna una cosa sometida a la disciplina jurídica, cosa, entretanto, que, no pudiendo ser objeto de derechos privados patrimoniales, debe clasificarse entre las cosas *extra commercium*. No siendo la persona, mientras está viva, objeto de derechos patrimoniales, no puede serlo tampoco el cadáver, lo cual, a pesar de la mudanza de sustancia y de función, conserva el sello y el residuo de la persona viva. La comerciabilidad estaría, pues, en nítido contraste con tal esencia del cadáver, y ofendería la dignidad humana.²¹

Los diversos ordenamientos jurídicos del mundo han dado tratamiento diverso a las normas que regulan la disposición de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano, siendo posible clasificar este conjunto de normas en tres modelos: un sistema de *manifestación obligatoria*, un sistema de *consentimiento presumido*, y un sistema de *consentimiento*.

Cuando se adopta la *manifestación obligatoria*, todos los ciudadanos, mientras sean capaces, deben formalmente optar por la donación o no de sus órganos. Este sistema exige una declaración expresa por parte del individuo, basado en una estructura binaria de consentimiento u oposición, sin que haya una presunción positiva o negativa, cabiendo al legislador disciplinar los efectos jurídicos resultantes del silencio.

Otros países adoptan el sistema de *consentimiento presumido* o sistema de *oposición* o sistema de *disentimiento* (*opting out system*), que parte del principio de que todo individuo es donante de órganos. Se divide en *sistema fuerte* y *sistema frágil*. El primer sistema posibilita al médico la extracción de todo órgano de cualquier cadáver, tal como ocurre en Austria, en Dinamarca, en Polonia, en Suiza y en Francia. El segundo sistema posibilita que el médico retire los órganos apenas de aquellas personas que no declararan oposición a tal procedimiento. Es lo que ocurre en Finlandia, en Grecia, en Italia, en Noruega, en España, en Suecia, y ocurrió en Brasil desde 1997 a 2001, bajo la égida de la antigua redacción del artículo 4º de la Ley nº 9.434/1997, que establecía:

⁽²¹⁾ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Morais, 1961, p. 93.

Art. 4º Salvo manifestación de voluntad en contrario, en los términos de ésta Ley, se presume autorizada la donación de tejidos, órganos o partes del cuerpo humano, para finalidad de trasplantes o terapéutica *post mortem*.

Tal dispositivo, que promovió la estatización del cuerpo humano, recibió diversas críticas, por ofender a la intimidad, la dignidad de la persona humana, y la capacidad de autodeterminación, por una intervención exagerada del Estado en la esfera privada, por discriminar a los no-donantes, y por despreciar completamente la realidad brasilera, donde la falta de información de la población es un factor que impide la manifestación consciente de la voluntad, no existiendo allí ningún altruismo o sentimiento de solidaridad humana.

Brasil entonces pasó a adoptar el sistema de *consentimiento (opting in system)*, que exige la concordancia expresa del donante o de su familia. En ese sentido, la nueva redacción del artículo 4º de la Ley nº 9.434/1997, dada por la Ley nº 10.211/2001, dispone:

Art. 4º La retirada de tejidos, órganos y partes del cuerpo de personas fallecidas con fines de trasplantes u otra finalidad terapéutica, dependerá de la autorización del cónyuge o pariente, mayor de edad, cumpliéndose con la línea sucesoria recta o colateral, hasta el segundo grado inclusive, firmada bajo documento suscrito por dos testigos presentes ante la verificación de la muerte.

Además de Brasil, este sistema también es adoptado en México, en Inglaterra, en los Países Bajos, en los Estados Unidos y en Turquía, y parece ser el sistema más acertado para tal situación.

IV. EL ANENCÉFALO COMO DONANTE DE ÓRGANOS

Tal como fue visto, en Brasil es posible la disposición de órganos *post mortem* y la disposición de órganos en vida. En ese sentido, la discusión gira en torno de la posibilidad de aplicarse al anencéfalo las normas que rigen la disposición de órganos y tejidos *post mortem* o las normas que rigen la disposición en vida.

El anencéfalo puede ser un embrión, feto o recién nacido que, por malformación congénita, no posee sus hemisferios cerebrales, pero que tiene una parte del tronco encefálico que mantiene sus funciones vitales, lo que permite que pueda nacer con vida, llegando a fallecer horas, días o semanas después.

De allí que precisamos identificar a partir de qué momento la vida humana comienza y debe ser protegida por el Derecho.

El Pacto de San José de Costa Rica, del cual Brasil es signatario, establece en su artículo 4º que "1. Toda persona tiene el derecho de que se

respete su vida. Ese derecho debe ser protegido por la ley y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". En Brasil, aunque, el pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal sea diferente, el Superior Tribunal de Justicia decidió que, de acuerdo con el artículo 5º, §3º, de la Constitución brasileña,

la Convención continúa en vigor, con fuerza de enmienda constitucional. La regla emanada por el dispositivo en comento, es clara en el sentido de que los tratados internacionales concernientes a los derechos humanos en los cuales Brasil sea parte deben ser asimilados por la orden jurídica del país como normas de jerarquía constitucional; (...) El Pacto de San José de Costa Rica fue rescatado por la nueva disposición constitucional (art. 5º, §3º), la cual posee eficacia retroactiva.²²

Este pronunciamiento también es confirmado por Ángela Vivanco Martínez, para quien "es lógico concebir que los derechos esenciales reconocidos en un tratado tengan rango constitucional".²³

Se puede afirmar que el ordenamiento jurídico brasileño considera que la vida humana comienza y debe ser protegida desde la concepción. En tal sentido es el magisterio de María García, para quien "la vida se inicia con la concepción y el art. 5º de la Constitución brasileña, garantizando la inviolabilidad del derecho a la vida, va a extenderla hasta ese momento específico de la formación de la persona".²⁴

Este también es el pronunciamiento de Paulo Otero, para quien la garantía de inviolabilidad de la vida humana impone al Poder Público el deber de preservar el derecho a la vida antes y después del nacimiento, lo que debe ser reforzado tanto más frágil fuera esa manifestación de vida humana o más insuficiente o débil fuera su titular. De allí que deben ser abandonados los argumentos de aquellos que afirman que los anencéfalos no podrán tener vida relacional, y que su propia vida biológica será reducida. Segundo Paulo Otero:²⁵

Es que la Constitución no se limita a reconocer el derecho *de la vida*, como expresión de la conservación de una vida ya nacida, incluye también la garantía

⁽²²⁾ Superior Tribunal de Justicia. Primera Turma. Unanimidad. Recurso en *Habeas Corpus* nº 18.799-RS. Relator Ministro José Delgado.

⁽²³⁾ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007, tomo I, p. 434.

⁽²⁴⁾ GARCIA, María. A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. a. 6. n. 24. jul./set. 1998, p. 73.

⁽²⁵⁾ OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 38.

de un derecho *a la vida*, traducido en el desarrollo de todas las manifestaciones de la vida humana, incluyendo el derecho al nacimiento.

Maria Helena Diniz²⁶ da a conocer que en 1987 una señora grávida por medio de inseminación artificial, a fin de que el feto fuese utilizado como donante de tejido nervioso para tratamiento de su padre, afectado por la dolencia de Parkinson. Esta situación caracteriza una afrenta a la dignidad del hijo como ser humano, reduciéndolo a la condición de medio, e ignorando que el ser humano es un fin en sí mismo, lo que torna ilícita su instrumentación a simple medio de algo o de alguna cosa. De allí el imperativo práctico puesto por Kant: "Actúe de tal suerte que consideres la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre y simultáneamente como fin y nunca como simple medio".²⁷ No se puede olvidar que el Derecho existe en función de la persona y para propiciar su desarrollo.

De allí entendemos el porqué es equivocada la autorización para utilizar un anencéfalo vivo como donante de órganos, tanto por razones técnicas como por razones éticas. Aún y cuando normalmente no se apliquen a los anencéfalos los criterios de muerte encefálica, esto no significa que no haya otro medio para verificar la cesación de su vida humana. Es oportuna la cita de Paulo Otero, que entiende que "cualquier eventual duda debería ser resuelta jurídicamente a través del principio *in dubio pro vitae*".²⁸

Según María Helena Diniz, para que haya trasplante de órganos vitales de anencéfalo "será imprescindible aguardar su muerte o la cesación completa de sus funciones cerebrales".²⁹ Más aún afirma Maria Helena Diniz:

El anencéfalo es un ser humano tanto como un hombre que sufra una grave lesión en los hemisferios cerebrales o perdido parte de su cerebro en un accidente automovilístico o en una intervención quirúrgica para extirpación de un tumor maligno, perdiendo la capacidad de cualquier contacto con el mundo exterior, pero susceptible de regular su homeóstasis, en virtud de la persistencia del funcionamiento adecuado del tronco cerebral. Si así fuere se deberá respetar como persona humana, no hiriéndose su dignidad. (...) El bebé anencéfalo solamente podrá ser donante de órganos y tejidos si llena los criterios legales de la muerte cerebral, o sea, cesación completa del tronco cerebral, que incluya el mesencéfalo, puente y bulbo raquídeo. Para tal proceso de donación, tendrá que ser de la iniciativa de los padres y no por solicitud de

⁽²⁶⁾ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 359-360.

⁽²⁷⁾ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 105.

⁽²⁸⁾ OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 41.

⁽²⁹⁾ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58.

algún profesional de la salud. Sus órganos o sus tejidos, por tanto, no podrán ser retirados de su cuerpo mientras no estuviera legalmente muerto. Si no se puede disponer de los órganos de paciente terminal mientras no ocurra su muerte encefálica, tampoco es posible remover órgano o tejido de anencéfalo mientras la muerte cerebral no se configure o no quede comprobada.³⁰

De ésta forma, no obstante que el trasplante traiga beneficios al receptor, no se puede admitir que esto venga a causar daños al donante que esté vivo, aunque éste donante sea un anencéfalo. Según la enseñanza de María García, “la dignidad de la persona humana puede ser entendida como la comprensión del ser humano en su integridad física y psíquica, como la autodeterminación consciente, garantizada moral y jurídicamente”.³¹ El anencéfalo no puede ser tratado como si fuese un banco o repositorio de órganos y tejidos para fines de trasplante, lo que afrontaría su dignidad.

V. CONCLUSIÓN

Al mismo tiempo en que se debe registrar la importancia de los trasplantes para salvar vidas, o para mejorar su calidad, también se debe cuidar por los derechos del donante, especialmente se éste es un anencéfalo. De esa forma, es necesario ponderar los derechos del donante y del receptor. Porque no se puede ser extremadamente *solidarista*, exigiendo la disposición de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano para aquel que de ellos precisa, pero tampoco se puede ser egoísticamente *individualista*.

Las cuestiones que involucran trasplantes de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano se han tornado cada vez más complejas en la medida en que la ciencia evoluciona, y esto ha exigido el enfrentamiento de los problemas ético-jurídicos de allí devenidos. Se buscó analizar jurídicamente la posibilidad de que el anencéfalo sea donante de órganos, teniendo como fundamento el bioderecho constitucional, dado que todos los dilemas deben ser solucionados observándose el principio de la dignidad de la persona humana y los postulados de la bioética.

Se puede concluir entonces que, en Brasil, es inadmisibles jurídicamente cualquier trasplante de órganos de anencéfalo vivo. Si para el anencéfalo la muerte es una cuestión de tiempo, como, además, es para todos los seres humanos, se debe aguardar el momento de su muerte para la retirada de los órganos y tejidos. Y, en este caso, será necesaria la autorización de

⁽³⁰⁾ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 351-352.

⁽³¹⁾ GARCIA, Maria. Biodireito constitucional: uma introdução. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. a. 11. n. 42. jan./mar. 2003, p. 112.

sus padres, de conformidad con las normas jurídicas que se aplican a las disposiciones de órganos *post mortem* anteriormente mencionadas.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Bioconstituição: bioética e bio-direito; identidade genética do ser humano. *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos*. n. 27. fev./2000, p. 6-7.

— O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica. *O sino do Samuel*. a. III. n. 21. Belo Horizonte: UFMG, março 1997, p. 5.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GARCIA, Maria. A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. a. 6. n. 24. jul./set. 1998, p. 73-83.

— Biodireito constitucional: uma introdução. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. a. 11. n. 42. jan./mar. 2003, p. 105-113.

— *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. Curitiba: Juruá, 2007.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Transplantes de órgãos de anencéfalos. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro: Padma, ano 9, v. 36, p. 255-267, out./dez. 2008.

— Transplantes de órgãos e o biodireito constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 15, n. 61, p. 07-24, out./dez. 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Morte encefálica e a lei de transplantes de órgãos*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Rodrigo Pessoa Pereira da. *Doação de órgãos: uma análise dos aspectos legais e sociais*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 399-437.

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de derecho constitucional: aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, tomo II.

— *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007, tomo I.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 7.ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

ANTECEDENTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1940 SOBRE CONCORDATOS

Carlos Pareja Paz-Soldán *

A mi madre

I. La historia del Concordato inexistente entre el Perú y la Santa Sede comienza el 13 de julio de 1824, fecha en la que el Gobierno del Perú manifestó, por vez primera, su deseo de concertar un convenio con la Silla Apostólica. El Ministro Sánchez Carrión escribió, con este fin, desde Huánuco, al Ilustrísimo Vicario Apostólico de su Santidad don Juan Mussi, quien se encontraba en Chile. El Vicario aceptó los votos del Gobierno y después de ofrecer el ejercicio de las facultades a él anexas, en beneficio de la Iglesia peruana, se comprometió a someter los sentimientos religiosos del Libertador al Santo Padre. El 12 de febrero de 1825 el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú decía en su Memoria al Congreso Constituyente,

(*) Carlos Pareja Paz-Soldán (1914-1943) hizo sus estudios de Letras y Derecho en la Universidad Católica del Perú, graduándose de abogado en 1940. Publicista de nota, se dedicó sobre todo al periodismo, al ensayo literario y a la docencia universitaria en dicha Universidad. Gozando una beca, estuvo tres años en Europa, de preferencia en París (1937-1939) y logró un justo reconocimiento a su labor literaria, periodística y docente. A raíz de su temprana muerte, sus escritos fueron parcialmente recogidos en el primer y único volumen de su "Obras completas" (1945) y luego a base de ella se publicó una "Antología" (1965) que promovió su hermano, José Pareja Paz-Soldán. Para poder graduarse de abogado, preparó previamente una tesis de bachillerato sobre la necesidad del Concordato en el Perú, que la sustentó en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú en 1940. La tesis que aquí publicamos respetando el texto original, nos fue confiada en vida por su hermano el embajador y constitucionalista José Pareja Paz-Soldán, con la autorización para su publicación. Hasta donde alcanza mi información no ha sido publicada en su totalidad. Las "conclusiones" aparecieron en la revista "Verdades" (2 de octubre de 1943) y el capítulo IX en la "Revista de la Universidad Católica", tomo XI, núm. 6-7, 1943 (Domingo García Belaunde).

comentando esta gestión: “Este principio de comunicación tan satisfactorio para la Iglesia, y de tanto consuelo a los pueblos religiosos, asegurará, probablemente, un Concordato entre la República y la Santa Sede, cuyos trabajos estarían adelantados, si el Vicario hubiera permanecido más tiempo en Chile”. Desgraciadamente Monseñor Mussi, cuya representación diplomática específica se extendía solamente a la Argentina, Uruguay y Chile, se ausentó y su partida paralizó la negociación.

Un año después, el 17 de mayo de 1825, el Ministro Tomás de Heres dirigía un oficio a los doctores José Joaquín Olmedo y Gregorio Paredes, comunicándoles que Bolívar los había escogido “para desempeñar el honroso cargo de Agentes del Perú cerca de las principales potencias europeas”. La nota detallaba la misión en el acápite décimo con estas palabras: “A su tiempo será preciso que también se trasladen USS. a la Corte Romana, a fin de desvanecer los inconvenientes que se notan en el despacho de los negocios eclesiásticos y sobre cuya materia se dan a USS. instrucciones particulares”. Esta misión no tenía como finalidad exclusiva pactar un acuerdo con el Vaticano. Tal encargo era uno de los capítulos de su extenso cometido europeo.

Las instrucciones para el negocio eclesiástico llevan también la firma del Ministro Heres y constan de diez proposiciones. Aunque los enviados no llegaron nunca a poner en manos del Cardenal Secretario de Estado de Su Santidad la nota que los acreditaba como Encargados de Negocios del Perú cerca del Gabinete del Pontífice, conviene estudiar y criticar las instrucciones que recibieron, porque ellas contienen el más remoto programa de comportamiento con la Santa Sede elaborado por el régimen republicano.

Es curioso observar cómo la pauta a que debió sujetarse esta misión, muerta al nacer, incluía junto con protestas de la mayor catolicidad, demandas que implicaban no solo una demarcación sino una reducción de las atribuciones canónicas del Sumo Pontificado. En ese pliego precursor se condensa y empieza su carrera obstruccionista aquella tendencia contraria al hecho católico de la nación, que consiste en la invasión regalista del gobierno de la Iglesia por el Estado, y que en el curso del siglo XIX no hizo sino fortificarse merced a la transfusión de doctrinas reñidas con nuestro verdadero ser espiritual.

“El Enviado — dicen las instrucciones — después de protestar a Su Santidad el respeto más profundo y los deseos más religiosos de permanecer en la unidad católica, tanto por parte de los pueblos, como del Supremo Gobierno del Perú, presentará a Su Santidad un ejemplar de la Constitución de la República”. Se ordena luego a la Misión obtener del Vaticano el reconocimiento de los siguientes enunciados: Independencia del Perú; Ex-

tensión a la autoridad suprema establecida por la Constitución —y en aquel momento a Bolívar— del derecho de las presentaciones eclesiásticas en la misma extensión y bajo las mismas formas que lo ejercieron en América, hasta la época de su independencia, los Reyes de España; Delegación en los Metropolitanos de la facultad perteneciente a Su Santidad de confirmar a los Obispos presentados por el Gobierno, o en el Obispo sufragáneo más antiguo cuando se tratase del Metropolitano; Autorización a los Obispos para que el simple despacho gubernativo les confiera la posesión de la Diócesis; Designación, por el Papa, de un Metropolitano que ejerza su representación, en calidad de Delegado Apostólico, “en todo aquello en que, por la gravedad de las cosas y ningún perjuicio notable de la demora, era indispensable el recurso a Roma; Delegación en ese Metropolitano, o en cada Obispo para su respectiva Diócesis, de la jurisdicción que correspondía a los Generales de las Órdenes Religiosas Regulares; reemplazar la publicación de la abolida Bula de Cruzada y demás que la acompañaban, por la publicación, el primero de cada año, de los ejercicios piadosos o la caridad, necesarios para ganar las gracias concedidas en aquella Bula, publicación que estaría a cargo del Metropolitano Delegado o de cada Obispo en su respectiva Diócesis.

Estas son las reclamaciones, las ganancias con que debían retornar los agentes peruanos. Las compensaciones, el impuesto abonable por estas victorias son dos: el Metropolitano Delegado se compromete a dar cuenta a Su Santidad de los diferentes ejercicios que haya hecho de su autoridad delegada; y el Metropolitano se obliga a dar cuenta a Su Santidad de los Obispos que confirme, y éstos a protestarlo, del modo más reverente, los nuevos títulos con que se ligan y subordinan a la cabeza del Episcopado. Estas dos garantías están de tal modo comprendidas en la naturaleza de las relaciones entre el Papa y sus Pastores que hacerlas constar, resulta pueril. No representan nada nuevo y nada importante. Y eran sin embargo todo lo que el Perú ofrecía a cambio de los capitales derechos que pedía. La sola continuación del Patronato, comparable a la transferencia de un gran crédito jurídico, era un asunto enorme como lo probó la historia sucesiva y que necesitaba retribuciones sustantivas. En el pliego que comentamos aparece como algo naturalmente asequible. Y es que las instrucciones a Olmedo y Paredes revelan el espíritu imperialista con que el Estado Peruano trató a la Iglesia desde los primeros días. La naturalidad con que proponen la capitulación de la Santa Sede permite apreciar la soberbia civil, el denso supuesto liberal dentro del que se movieron los creadores de la República, para los cuales era cosa juzgada la inobjetable sumisión de la Iglesia a la potestad laica.

Como la misión que acabamos de presentar se frustró, su único saldo es el documento que le señalaba sus objetivos. En él se agita, por primera

vez, la cuestión del Patronato, cuyo eco sería el más vasto y el más díscolo de todos los que se han oído en la historia eclesiástica de nuestro país.

II. En 1827, siendo Ministro de Relaciones Exteriores el extraordinario estadista conservador don José María Pando, el Gobierno intentó constituir una representación diplomática ante la Santa Sede y nombró para ello al doctor Gerónimo de Agüero. La Caja Fiscal le habilitó la suma de dieciocho mil pesos, en concepto de gastos de viaje y sueldos adelantados, para que emprendiera viaje a Roma. Debido a los accidentes ocurridos con los Encargados de Negocios de Méjico, Colombia, a quienes se cerró la entrada a los Estados Pontificios, el sucesor de Pando, don Manuel Lorenzo de Vidaurre, revocó el nombramiento recaído en Agüero y le ordenó devolver al Tesoro los dineros percibidos.

Una tercera intentona, también fracasada, se inicia con una carta enviada el 25 de octubre de 1831 al doctor don Carlos Pedemonte, Deán de la Arquidiócesis de Lima, por el Nuncio de Su Santidad en Río de Janeiro, Monseñor Domingo Fabrini. La Arquidiócesis estaba vacante, y enterado el Prelado de las cartas que el Cabildo de Lima había confiado al capellán de un barco de guerra francés para que, en propias manos, las entregase al Papa Gregorio XVI, se dirige a Monseñor Pedemonte interesándose por la suerte de la Iglesia Metropolitana y Diócesis de Lima y expresándole que “como el Santo Padre me dio facultades con el carácter de Delegado Apostólico, para las diversas regiones de la América Meridional; por ello es que me determinó, ahora, a escribirte, sabiendo que ejerces el empleo de Vicario Capitular”. Le notifica que está autorizado para conceder remedios o dispensas apostólicas. Se interesa también por la vacancia de las Diócesis de Lima, Ayacucho, Mainas y Trujillo, y coloca esta frase en la que reafirma el derecho del Papa a los nombramientos episcopales: “Cuatro son las Iglesias del Bajo Perú que tiempo ha carecen de Pastor; y así nada hay más importante que tener a la vista eclesiásticos dignos e idóneos, que siendo condecorados con el carácter episcopal o como Obispos o como Vicarios Apostólicos, sean nombrados cuánto más antes, del modo que lo pareciera al Sumo Pontífice en el Señor”.

Éste es el primer documento de la parte contraria en el litigio entre el regalismo de los estadistas peruanos y la soberanía de la Curia Romana. No emana, es cierto, de un representante pontificio destinado a nuestro país, pero es la voz de un Delegado Apostólico, con facultades para la América Meridional. Su dictamen sobre nuestros asuntos eclesiásticos representa, por lo tanto, el punto de vista oficial de la Santa Sede sobre la provisión de beneficios en el Perú, provisión que permanece a merced de la sola voluntad del Vicario de Cristo. Es la replica indirecta, dada por un

diplomático que no vino a nuestro suelo, a las exigencias que debieron plantear los diplomáticos peruanos que no llegaron a Roma.

Monseñor Pedemonte murió y la carta pasó a conocimiento del Consejo de Estado, acompañada de un oficio de Vidaurre, en el que se reiteraba la voluntad de entenderse con la Iglesia. El Consejo de Estado, en sesión del 13 de marzo de 1832, emitió el voto siguiente:

Señor Ministro:

Se ha acordado por el Consejo de Estado, en sesión de la fecha, que sobre la consulta del Ejecutivo, en orden a la carta del Nuncio de Su Santidad, que se sirvió US. acompañarme, con su apreciable nota de 1º del corriente, se tenga por voto suyo lo que sigue: El Consejo es de sentir, que se diga por el Ejecutivo al Gobernador metropolitano, conteste, cuanto antes, al Delegado Apostólico, significándole los positivos deseos que tiene la República de comunicarse con la Silla Apostólica, y que siendo éste el voto más ardiente del Jefe de su administración, espera verle realizado por conducto del mismo Delegado, luego que éste le acredite la legitimidad de su misión, y que, igualmente, puede el Ejecutivo poner en noticia del Delegado los sujetos que considere más dignos e idóneos para los fines que propone en su carta, sin que se crea opuesto a las disposiciones constitucionales, a que tales provisiones solo serán subsidiarias ínterin dada la ley que rige el modo de las elecciones de los Obispos titulares de las Iglesias vacantes y que vacaren, se nombran e instituyen canónicamente los que según la carta deben administrarlas como pastores propios, en cuyo caso cesarán en sus funciones los que se designen provisoriamente; con lo que no se prolongará, por más tiempo, los males que se experimentan con sumo dolor de la nación verdaderamente católica a que pertenecemos.

Lo transcribo a Us. en cumplimiento de lo acordado, devolviéndole la carta indicada, y suscribiéndome su atento servidor.

José Freire
Consejero Secretario

Una semana después, invocando el acuerdo anterior, Vidaurre, que era Ministro de Relaciones Exteriores nombró Ministro Plenipotenciario ante la Silla Apostólica a don Francisco Javier de Luna Pizarro, antiguo enemigo suyo. Parece que una campaña de murmuraciones se desató con motivo de este nombramiento. Se decía, y el diario "El Mercurio" llegó a escribirlo que se trataba de deportar elegantemente al Deán de Arequipa. Vidaurre protestó en un comunicado al Secretario de Estado, en el que declaraba su

inocencia. “La elección del Sr. Dr. Luna Pizarro, decía, no ha tenido otro motivo que contemplar en él las cualidades más propias para el empleo a que se le destina. Es un verdadero católico, exento de superstición y fanatismo. Tiene una ilustración moderna sobre bases sólidas y seguras. Es elocuente por naturaleza, y con la lógica más exacta, atrae a sus opiniones a cuantos se le acercan. Su edad, su estado, su dignidad, sus costumbres, lo van a hacer muy recomendable cerca del sucesor de San Pedro. Nosotros, nos hemos propuesto las mejores y mayores ventajas de esa elección. Se previno su inmediato viaje, porque en los meses posteriores, todo el mundo sabe lo incómoda que es la navegación a Chile, principalmente para una persona de temperamento delicado. Créase que no fue una festinación, movida de causa secreta. ¿Cuál podría ser ésta? El Sr. Dr. Luna Pizarro es un sabio, es un patriota, es un hombre virtuoso, conoce los efectos de la anarquía, ha presenciado las revoluciones; todo esto hace presumir que jamás tomaría parte en ellas, ni se adocentaría con miserables facciosos. Había de prever que un solo día de desorden, haría que retrogradase el país en nuestro sistema por muchos años. Pero supongamos, repitiéndose muchas veces que no es creíble, que alguna pasión desgraciada le precipitase en tomar partido contra el actual Gobierno legítimo ¿dictaría la buena política que se le separase del país? De ningún modo. Esto era manifestar el Gobierno debilidad, cuando le sobra energía para sostener en regla la República”.

Lo positivo es que Luna Pizarro no quiso embarcarse para Roma y declinó encargarse de la misión alegando el mal estado de su salud. Lo curioso es que confiesa que si se restableciese no dejaría de excusarse, declaración que está citada en el decreto de 10 de abril de 1832 en el que se hace la revocación de su nombramiento.

Hemos visto que tres ensayos para establecer un representante diplomático en la Santa Sede no prosperaron. Circunstancias adversas, principalmente políticas encadenaban a los comisionados. Esta vacancia de nuestro puesto diplomático en Roma duró alrededor de treinta años. Sin un Plenipotenciario peruano la Santa Sede no podía concebir el Concordato, no podía ni estudiarlo, discutirlo o aprobarlo. Y como esta carencia es únicamente imputable al Estado peruano, la Iglesia no es responsable de que en las tres primeras décadas de nuestra vida independiente nada concreto, absolutamente nada, se hiciera en favor del Concordato.

III. El destino había reservado a Bartolomé Herrera, la más alta figura intelectual de la Iglesia peruana, el honor de ser el primero que besara, a nombre del Perú, el anillo del Pescador y el trabajo de iniciar las negociaciones con la Santa Sede. El nombramiento de Herrera como Ministro en Roma tuvo un origen político malicioso. Echenique le había confiado la Cartera de Relacio-

nes Exteriores, donde hizo labor memorable. Pero la versatilidad política de Echenique encontró incómoda la permanencia del genial conservador limeño en el Gabinete, ya que la tajante conformación ideológica del antiguo Rector del Convictorio Carolino le impedía aproximarse a los liberales. Recurrió entonces al nombramiento en el extranjero, suave deportación utilizada por nuestros políticos en incontables ocasiones, Herrera comprendió el juego presidencial, pero lo aceptó porque veía en su viaje la ocasión de colmar un viejo y defendido anhelo: la suscripción del Concordato.

Con el nombramiento de Herrera, expedido el 10 de mayo de 1852 por el Ministro Joaquín J. de Osma, puede decirse que comienza la segunda etapa en la historia del Concordato inexistente entre el Perú y la Santa Sede. Aparece un elemento esencial: el diplomático que propone, dialoga y persuade. Los puntos de vista abandonan su pasividad, entran en contacto, se analizan y se defienden. Esta etapa habría sido fecunda si los diplomáticos peruanos no hubieran tenido que depender del fardo de las instrucciones previas dadas por el Congreso, servidumbre artificial que malogró la libertad y el secreto, músculos de las negociaciones que adelantan.

¿Cuál era la situación entre la Iglesia y el Estado, en el momento en que Herrera, tomó el barco para Panamá, rumbo a Europa?

Desde un punto de vista constitucional general era excelente. La Constitución de 1839 mantenía, en su artículo tercero, la declaración de que el Estado profesaba la religión católica, apostólica, romana. Era una costumbre iniciada por San Martín en el Estatuto Provisorio de 1821 y que se mantuvo, sin interrupción, hasta 1920. La fidelidad de la Constitución peruana a la religión católica ha durado noventa y nueve años. El divorcio ha llegado en el momento preciso del aniversario secular. Pero si en la época de Herrera la tradición de una fe oficial no se había quebrantado en la Constitución, la situación particular de la Iglesia y el Estado se hallaba ajada por desavenencias que tenían su origen en la práctica del famoso derecho de Patronato concedido por Julio II a los Reyes Católicos en los días inaugurales de la Conquista. El Perú se había apoderado de ese derecho y lo había invocado en numerosas ocasiones, sosteniendo que el Gobierno de la República había heredado, a la muerte del sistema colonial, la concesión pontificia de 1508. La partida de nacimiento del Perú Independiente es el Reglamento Provisional expedido en Huaura, por José de San Martín, el 12 de febrero de 1821. Es un decreto con inspiración de Carta Política, dado en el fragor de la lucha y en época en que el ejército libertador solo dominaba una parte de nuestro país. Pues bien, allí, en el artículo 16, el Protector recoge, como un legado virreinal, el patronato: "El derecho de patronato queda reasumido en la Capitanía General, y el de vice-patronato en los presidentes de los departamentos". Las constituciones posteriores

dieron hospitalidad al derecho del Estado a nombrar a los titulares de las Diócesis y los beneficios. Ya hemos visto que el párrafo tercero de las instrucciones a Olmedo y Paredes les imponía la obligación de obtener del Papa el reconocimiento, en favor de la autoridad republicana, del “derecho de las presentaciones eclesiásticas en la misma extensión y bajo de las mismas formas que lo ejercieron en América, hasta la época de su independencia, los Reyes de España”.

El Congreso Constituyente, en marzo de 1825, contemplando la vacancia de la Diócesis de Lima, producida por la renuncia y viaje del titular doctor Bartolomé María de las Heras que falleció en España en 1823, expidió una resolución legislativa, en cuyo segundo párrafo se lee: “Que el Libertador proponga un Arzobispo, en uso de sus facultades”. No obstante la convicción con que el Estado recogió el Patronato que había pertenecido a la Corona española, el primer documento dirigido por nuestra Cancillería a la Curia Romana solicitándole la provisión de Pastores de Diócesis, no invoca, en ningún momento, ese derecho, como base de la petición. El Ministro Manuel del Río se limita a expresar las preces del Gobierno para que se expida confirmación de Obispo de Trujillo al doctor Tomás Diéguez. La misma actitud se mantiene en el documento de ese mismo año 1833, en el que el Ministro José María Corbacho consigna las preces fervorosas del Gobierno para que instituya al Dr. D. Jorge Benavente como Arzobispo de Lima.

Se desprende de estos ejemplos que el Ejecutivo peruano ejerció, inicialmente, el derecho de patronato al nombrar a los Obispos y presentarlos, pero no osaba invocarlo en sus pliegos ante la Santa Sede. La respuesta de los Papas fue proceder como si no se hubieran percatado de la aspiración peruana a continuar con el privilegio de los monarcas de Madrid. La Bula de Gregorio XVI, accediendo a la confirmación del doctor Benavente, no mencionó, sin embargo, que dicha institución se hacía a mérito de la demanda del Gobierno, sino que, indirectamente, incluyó un párrafo mortal para el derecho de patronato. Salaverry otorgó el pase a la Bula, pero al concederlo su Ministro Manuel Ferreyros protestó formalmente “contra las cláusulas que puntualiza, como opuestas a los derechos del Patronato, que reside en toda su plenitud en la Nación y su ejercicio en la suprema autoridad temporal del Estado. Y para que en lo sucesivo se omita por la Curia Romana el uso de semejantes cláusulas, diríjase la correspondiente nota por el despacho de Relaciones Exteriores, reclamándose al mismo tiempo en ella la omisión que se advierte en dicha Bula, y demás que la acompañan, de haberse hecho la institución a virtud de la elección y presentación que hizo del Prelado el Gobierno, preces que dirigí a S.S.”

Esta polémica fue el dato constante de todos los nombramientos episcopales. El Gobierno presentaba a los elegidos de acuerdo con la Constitución.

El Santo Padre recibía las preces pero no aludía sistemáticamente a ellas, y en cada Bula reiteraba su derecho con la fórmula siguiente: "Tiempo ha hemos reservado a nuestra orden y disposición la provisión de todas las Iglesias, que entonces se hallaban vacantes, y hubiesen de vacar en lo sucesivo, declarando desde entonces írrito y nulo todo lo que en oposición se atentara sobre tales provisiones por cualquiera persona y de cualquiera investidura que fuera; ora por malicia, ora por ignorancia". Los Ministros de Relaciones Exteriores, al suscribir el pase, protestaban inevitable y puntualmente de las afirmaciones que el Papa había estampado en las bulas anteriores y que, sordo al reclamo, volvía a proclamar en las siguientes. Así fue cuando la institución de Luna Pizarro como Arzobispo de Lima durante el Gobierno de Castilla; así fue también cuando, bajo ese mismo régimen, fue establecido Obispo del Cuzco Monseñor Eugenio Mendoza. Fue Ministro, en ambas ocasiones, el gran jurisconsulto liberal José Gregorio Paz Soldán, uno de los hombres que más defendió el derecho del patronato en el siglo pasado.

Para solucionar estas discordias se hacía urgente una negociación y la elaboración de un Concordato. Por su eminente figuración pública, por su ciencia canónica, por su carácter eclesiástico y su sagacidad, el hombre de esa gestión tuvo que ser Bartolomé Herrera. La designación atemorizó a los liberales, para quienes Herrera era una especie de Anti-Cristo de la democracia y la soberanía nacional, "un clérigo conocido por su absolutismo e ideas retrógradas". Los liberales odiaban la perspectiva de un Concordato. Francisco Javier Mariátegui, que había sido miembro fundador de la Sociedad Patriótica y representante al primer Congreso Constituyente, escribió un libro que pretendió ser la losa sepulcral de todo proyecto de Pacto con la Corte Romana. La obra intitulada "Reseña Histórica de los Principales Concordatos celebrados con Roma" fue escrita en 1852, a instancias de su amigo Vigil, pero solo fue publicada en 1856. Según advierte el autor, a la entrada del libro, sus páginas habían demorado en espera de que se anunciara el convenio de Herrera, para que le salieran al encuentro. Como Herrera no logró hacer el Tratado, el libro no llegó a clavarse en el blanco. La obra de Mariátegui es beligerante; mejor dicho impulsiva. No pasa de ser un mediocre y farragoso alegato contra la Curia Romana, porque la ausencia de belleza literaria le impide ser un gran panfleto. Su objeto es muy claro y está condensado en una exclamación ingenua del autor: "¡Feliz yo, si logro persuadir que los Concordatos son perjudiciales, que son innecesarios; y que sería útil volver a la disciplina de la venerable antigüedad! Mariátegui trata de probar que la experiencia histórica enseña que todo Concordato es una pérdida para el Gobierno que lo suscribe. Para ello incursiona en el campo de la historia de la Iglesia

y de la ciencia canónica con aquella deficiencia y aquel atrevimiento de los que quieren improvisar un saber difícil, lleno de reglas delicadas y de lenta absorción. La media ciencia divina de Mariátegui deslució más aún su ataque. Sus referencias a la realidad religiosa de Alemania y Francia engrosan innecesariamente el libro, ya que el Perú presenta muy escasas analogías con esos países de distinta formación, de credo dividido, de raza tan diferente. Hoy que ha muerto la época de la religión regentada, de los pormenores teológicos; hoy que los espíritus creen la totalidad de lo sobrenatural o son tibios o rebeldes frente a la misma totalidad, la obra de Mariátegui no se libra del juicio de ridícula jactancia, de puerilidad y pesadez que los lectores tienen que formular ante la minuciosidad inútil y el superficial dogmatismo de sus páginas.

Para un hombre de esta clase, Herrera era un peligro, tanto más cuanto que, en 1851, el Gobierno de Bolivia, a través de su Ministro Plenipotenciario don Andrés de Santa Cruz, ex Presidente de la famosa Confederación, había concluido un convenio con Roma que a nuestros liberales pareció un paso falso y degradante. Comentando esa negociación Mariátegui escribió: "Lo que se gasta en esas inútiles legaciones puede invertirse en dotar colegios, y en instruir a los pueblos para obrar después, y sancionar arreglos que convengan; arreglos en que no entrará Roma, y que podrá hacer la América sin dejar de ser católica". No tiene nada de extraño que de Herrera y su misión opinara lo siguiente: "creció este temor, al saberse que el Presidente Echenique trataba de mandar a Roma al canónigo D. Bartolomé Herrera, sujeto el menos, a propósito para semejante misión. Si cualquiera persona en quien recayese el nombramiento para Ministro Peruano cerca del Pontífice era nocivo y perjudicial, mucho más lo era siendo designado quien tenía dadas tantas pruebas de absolutista y de ultramontano".

Como esta requisitoria de Mariátegui se publicó años después, cuando ya Herrera había regresado de Europa, conviene citar otro de los recursos que adoptó contra el Concordato proyectando el movimiento de los liberales. Benito Laso, figura muy destacada de la magistratura peruana, antiguo Ministro y publicista con quien habían polemizado los alumnos de Herrera al rendir exámenes de año en el Convictorio Carolino, e impugnador él mismo de las ideas políticas de Herrera, escribió una carta al Presidente Echenique, previniéndolo contra los riesgos del Concordato. "¿Qué necesidad hai, señor Presidente, de tal Concordato? ¿Falta al Gobierno alguna facultad para hacer las reformas, alteraciones y supresiones que convengan en el régimen exterior de las cosas eclesiásticas? ¿No ve U. que el Gobierno en uso de su autoridad propia ha suprimido los Provinciales y sometido los regulares a los Diocesanos, sin que los Obispos más celosos, se hayan

atrevido a disputarle esa determinación? ¿No ha suprimido conventos y monasterios, aplicando sus rentas a establecimientos de instrucción y beneficencia, con aprobación de las gentes de buen sentido? ¿No ha exigido la edad de veinte y cinco años para la profesión religiosa, no obstante que en el Concilio de Trento se declaró que basta la de diez y seis años? ¿No ha impuesto a los beneficios eclesiásticos pensiones y contribuciones que nadie se niega a pagar, porque se crean ordenadas sin autoridad? ¿No ha rebajado el Congreso el diezmo a la quincena para aliviar a los labradores de una pensión la más gravosa que se conoce? ¿No hai en nuestra legislatura preparada y bien admitida por los sensatos la noción sobre extinción del fuero en materias comunes? ¿No ejerce el Ejecutivo el Patronato Nacional en toda su extensión sin que sufra detrimento por desconocer la Curia esa regalía en los Gobiernos a quienes en su modo de ver no les ha concedido tal gracia? ¿Ha necesitado el Perú de Concordato para tener Obispos propuestos y nombrados según nuestras leyes? ¿Ha dejado el Perú de ser Católico, porque en todas estas materias procede sin Concordato? ¿Y cree U. que la Curia Romana que nunca cede sus inmensas pretensiones en lo eclesiástico y civil, quiera renunciarlas en obsequio nuestro, por más liberal que quiera aparecer el actual Papa?”. El insolente cuestionario de Laso prueba, precisamente, la necesidad del Concordato. Cada pregunta revela una cuestión pendiente, en vista de que la voluntad del Estado se ha impuesto, sin consentimiento ni consulta, sobre la de la Iglesia, en asuntos que son comunes y acaso solo propios de la Curia peruana. Laso no quería que el Estado perdiera sus derechos, pero no se daba cuenta de que éstos no eran tales en muchos aspectos. Es desconcertante ver al magistrado y al paladín liberal defendiendo la doctrina de la fuerza, ya que la autoridad pública solo ejercía los actos detallados por él, sin más títulos que su prepotencia práctica. Pero para ver esto se requería serenidad filosófica y no la podía tener quien, en la misma epístola, escribía lo siguiente sobre los jesuitas: “son la gangrena de la sociedad, y los enemigos natos de todo progreso”. Tan vulgar diatriba solo podía preferirla una alma distinguida bajo el imperio de una fiebre sectaria.

En medio de invectivas y esperanzas abandonó Herrera el Perú. No hubiera sido difícil augurarle un éxito regular, pues partió sin instrucciones y entrabado por la madeja legal que entonces funcionaba. Según la Constitución de 1839, que rigió hasta 1855, las instrucciones para el Concordato con la Silla Apostólica eran de exclusiva competencia del Senado. El artículo 41 decía: “A la Cámara de Senadores corresponde dar instrucciones al Presidente de la República para el Concordato con la Silla Apostólica”; y el artículo 36, al detallar las atribuciones del ejecutivo expresaba: “Celebrar Concordatos con la Silla Apostólica, conforme a las instrucciones

dadas por el Senado". A pesar de esas declaraciones las instrucciones no se impartieron. En 1849 había aprobado el Senado las siguientes:

El Poder Ejecutivo mandará a un Ministro cerca de la Corte de Roma, cuya manutención, costos de transporte, establecimiento del mismo, como igualmente sus haberes, saldrán del ramo decimal de la República, a fin de solicitar de la Silla Apostólica: 1º.- El reconocimiento del Patronato Nacional, en los mismos términos que lo ejerció el Rey de España. 2º.- Que los Obispos electos puedan gobernar sus iglesias antes de recibir las bulas de su institución, y solo con la presentación y nota de ruego y encargo a los Cabildos en Sede vacante. 3º.- La reducción de días de fiestas para toda la República, en los mismos términos que se ha concedido para la Diócesis del Arzobispado. 4º.- que se amplíen las sólitas de nuestros Obispos para dispensar en todos los impedimentos del matrimonio, a que no alcanzan las que se les remiten. 5º.- La dependencia total de los Regulares a sus inmediatos diocesanos; y que los Ordinarios puedan por sí solos otorgar la excomunión a los Regulares de ambos sexos, con causa fundada y por motivos de conciencia que se aleguen. 6º.- La facultad de reducir *extra synodum servatis servandis* el número de misas dispuesto por los fundadores de capellanías y obras pías, y la de absolver de la obligación de celebrar o hacer celebrar crecido número de misas que hayan dejado de decirse, reduciéndolas a cierto número, de modo que así quede satisfecho el gravamen.- LIMA, noviembre 24 de 1849.- Aprobadas las instrucciones-comuníquese al Gobierno.- ANTONIO GUTIÉRREZ DE LA FUENTE.- Gervasio Álvarez.-

Estas instrucciones fueron invalidadas, por el propio cuerpo que las expidió, en noviembre de 1851, en momentos en que Herrera era todavía Ministro de Negocios Eclesiásticos de Echenique. La causa de la anulación fue el Concordato celebrado por Santa Cruz en aquel año y que alarmó increíblemente a la oposición liberal peruana. El ocho de noviembre de 1851, veintidós diputados presentaron una proposición cuya parte dispositiva era esta: "Considerando: Que es deber del Congreso conservar intactos los derechos, regalías, fueros y costumbres de que se halla la Nación en posesión, legítima, y pudiendo el Supremo Gobierno de la República celebrar tratados con la Corte Romana – Declara- Artículo Único: Que no prestará su aprobación a pacto o Concordato alguno que se estipule, por el cual pierda la Nación, o se desconozcan los derechos, fueros o costumbres de que se halla en legítima posesión, tanto por las leyes españolas y reales cédulas promulgadas antes de la Independencia, como por las demás disposiciones dictadas por los Congresos o por los Gobiernos en la época de la República". La Cámara de Senadores colaboró suspendiendo las instrucciones. La moción aprobada fue comunicada al Ejecutivo en la

siguiente nota: "Secretaría de la Cámara de Senadores.- Lima, 10 de noviembre de 1851.- Señor Ministro de Negocios Eclesiásticos.- La Cámara de Senadores, teniendo en consideración que han variado las circunstancias en que fueron aprobadas por el Senado, en 24 de noviembre de 1849, las instrucciones a que debe sujetar su conducta el Ministro Público que vaya a Roma, ha acordado lo siguiente: Dígase al Ejecutivo, que no haga uso de las instrucciones comunicadas, en 30 del indicado mes y año para el Concordato con su Santidad, hasta que las reconsidere el Senado".- En cumplimiento del indicado acuerdo, tengo el honor de participarle a US. para que se sirva ponerlo en conocimiento del Ejecutivo.- Dios guarde a US.- B. Seoane".

Herrera era el Ministro a cuyo despacho llegó la nota. Muy finamente fingió no comprender la verdadera dirección del acuerdo. Su nota de respuesta contiene este párrafo, en el que desvía el golpe: "Siempre ha creído el Gobierno que era imposible celebrar Concordato con tales instrucciones: porque discutidas en público, y habiendo llegado dos años hace a Roma, lejos de servir, habrían sido un estorbo para la negociación y no se hubiera hallado Agente diplomático tan poco experto que no las hubiese rechazado". Estas palabras han conservado una tenaz vigencia y representan una crítica inteligente de las disposiciones constitucionales que, durante largo tiempo, han mantenido al Concordato en situación de dependencia previa del Parlamento.

A estas circunstancias se debió que Herrera partiera sin instrucciones oficiales de ninguna clase. Como las del Senado habían sido retiradas y no habían sido sustituidas, y como eran constitucionalmente necesarias, Herrera quedó en la situación de Ministro incompleto, porque no podía proponer, ni aceptar nada con seguridad. Más que un negociador Herrera fue un explorador del Vaticano y una voz de información y propaganda de las aspiraciones peruanas. Cuanto hizo tuvo el carácter de previo y enmendable. Partió como Ministro Plenipotenciario sin poderes plenos para el negocio fundamental. Sus objetivos tuvieron que ser, forzosamente, tantear, explicar, convencer, pero no acordar. Y de este modo la cuarta de las misiones diplomáticas nombradas para entenderse con la Silla Apostólica, fue la primera que llegó a Roma, pero no entera en sus funciones, sino disminuida, impotente para decidir. El Senado la convirtió en un simulacro de legación y de nuevo se probó que la intromisión del Congreso, en la cuestión del Concordato, era la única causa de que este convenio siguiera retardando su venida.

Para suplir las instrucciones legítimas, el Ministro Osma señaló a Herrera los objetivos principales de su gestión. "Su Excelencia, decía, no se halla autorizado para celebrar un Concordato, porque carece de las instrucciones que conforme a la Constitución, debe darle el Senado para

semejante negociación". Esos objetivos eran los siguientes: el reconocimiento, a favor del Gobierno, de aquellas regalías en cuya posesión se hallaba y que la Constitución había adoptado como propiedad del Estado; la obtención, para nuestros ordinarios, de la facultad de dispensar lo más posible en materia de impedimentos matrimoniales, especialmente los derivados de uniones con personas no bautizadas o con protestantes bautizados; la continuación del privilegio que, por costumbre, habían tenido los Obispos electos de ejercer la autoridad de Vicarios Capitulares desde el día de su presentación; otorgamiento a los Obispos de las atribuciones de los Generales de las Órdenes y especialmente la de expulsar y excluir religiosos; aprobación de la reducción hecha por el Gobierno en 1826 de las canonjías de todas las Catedrales de la República; la concesión a los Vicarios de provincias de la facultad de administrar la confirmación; y el establecimiento de la Diócesis de Puno y Huánuco, conforme a las leyes expedidas por el Congreso Peruano en diciembre de 1832.

Herrera llegó a Europa a mediados de 1852. Residió algún tiempo en París en espera de que el buen clima abriera sus puertas en Italia. Aprovechó ese tiempo para relacionarse con altos dignatarios de la Iglesia y entrevistarse con ellos. El nueve de octubre salió de Marsella hacia la Península y entró en Roma tres días después. Sin pérdida de tiempo se entrevistó con el Cardenal Antonelli, y el 3 de noviembre presentó sus credenciales al Papa, pronunciando un discurso en latín. "Con muy viva satisfacción, dijo, cumplo la orden del Presidente de significar a V. Santidad al poner en sus augustas manos, la carta credencial que le dirige, cuán amigables y cordiales son los sentimientos que abraza el Gobierno peruano respecto del Gobierno pontificio; con qué íntima complacencia lo ve administrar, por dicha del mundo católico, pacíficamente sus Estados; qué profunda y filial veneración profesa, en la sagrada persona de V. Santidad, al Vicario de Jesucristo, y con cuánta confianza aguarda del paternal corazón de Su Santidad el remedio de las necesidades espirituales de aquel pueblo, siempre conservador celoso de la Santa y pura Religión que recibió de España, su noble madre, y siempre atento y obediente a la palabra soberana del Jefe de la Iglesia". Al responderle el Papa declaró que recibía con el mayor gozo la Legación que el Gobierno del Perú había tenido a bien enviarle: y que le era tanto más satisfactoria, cuanto que el Ministro escogido por el Presidente era un sacerdote, cuyo nombre y cuyo catolicismo conocía ya la Santa Sede.

La presencia de Herrera en Roma no duró ni un año. En tan corto tiempo y privado de instrucciones sus conferencias no pudieron cristalizar en nada oficial y definitivo. Poco antes de partir él mismo le decía en nota a nuestra Cancillería: "Todo queda, sin embargo, tan discutido y esclarecido que bastarían pocas horas para concluir una convención que satisficiese

ampliamente las intenciones del Gobierno y las necesidades religiosas de los pueblos, y que estuviese en entera armonía con la Constitución del Estado". No se crea, por lo tanto, que la misión de Herrera fracasó. Desprovisto de instrucciones para pactar un Concordato no es posible achacarle a él que regresara sin el tratado en la Cartera. En cambio todo lo que se le había encomendado y cuyo arreglo acepta la Iglesia al margen de un Concordato lo consiguió plenamente: facultad a los Obispos de nombrar un sacerdote que administre la confirmación; renovación del indulto de la bula de la cruzada; reducción, para toda la República, de los días de fiesta; la disminución del número de misas de las capellanías y obras pías; la modificación de la ley de la Iglesia sobre diezmos, que quedó conforme a la ley civil sobre la materia; la jurisdicción del Itsmo. Sr. Arzobispo sobre los regulares de la República para dictar las medidas y reformas oportunas con facultad de delegar; la capacidad concedida al Arzobispo de Lima, y a los Obispos de Trujillo y Chachapoyas para dispensar en los matrimonios mixtos; la sujeción de los regulares al Arzobispo de Lima, quien podía delegarla en los Obispos en lo que respectaba a los de las otras diócesis.

Herrera no trajo de Roma sino victorias para nuestra Iglesia y ventajas para nuestro Estado. Podrían decir sus impugnadores que no consiguió el reconocimiento del Patronato que, un discípulo y antagonista suyo, Pedro Gálvez, obtendría veinte años después. Pero hay que tener presente que Herrera trató con una Curia Romana vigorosa, respetada, enclavada aún en sus dominios territoriales, época en la que era imposible obtener la aceptación del patronato sin contraprestación de ninguna clase. Y podría replicarse, asimismo, que el Patronato no es ningún ideal, que empaña la libertad y el desenvolvimiento de la Iglesia, y que no es congruente aplicarlo a la época contemporánea, en la que la mayor parte de los Gobiernos peruanos no vibraron religiosamente, como los reyes de la España imperial, para quienes la colonización tuvo un aspecto misional evidente. La frialdad religiosa o la clara oposición del Estado republicano no justifican su ingerencia en el gobierno de la Iglesia. Era explicable bajo la monarquía porque ella se sentía brazo de la religión, miembro activo de la cristiandad, campeona de la evangelización universal. Esta diferencia moral sustantiva no la han querido advertir los defensores radicales del patronato peruano. Con un sentido simplemente mecánico de aquella gracia pontificia y sosteniendo, como escribió Mariátegui y lo ratificó en 1885 Cesáreo Chacaltana, que se trataba de un privilegio real en el sentido que da a este término el derecho civil, creyeron que gobiernos indiferentes podían ejercitar un derecho que tenía como base, como savia animadora, como título único, el sentimiento religioso de los piadosos soberanos peninsulares y su concepción de un Estado dinámicamente católico.

Sin ingenuidad cabe decir que hay en la diplomacia factores personales que consiguen éxitos que un agente distinto no haría. Herrera obtuvo, en Roma, algo que era exclusivo producto de su figura: garantizar la eminente catolicidad del Perú, prestigiar nuestra ortodoxia pública. Un país que podía entregar la dirección de los asuntos públicos a un sacerdote tan ilustrado e irradiante y que, delicadamente lo enviaba a tratar con la Silla Apostólica, tenía que ser para el Vaticano un país que inspirase confianza, un pueblo de fe garantizada. Las misiones que después fueron a Roma trabajaron a la sombra de este prestigio y siguieron por la trocha que Herrera abrió con su preparación, su austeridad y su elocuencia. Prueba de la deferencia que logró tener Herrera en Roma fue la excepción que consiguió, a favor de Monseñor Agustín Guillermo Charún, de que las preces del Gobierno peruano pasaran directamente a la Congregación Consistorial, emitiéndose el examen de ellas en la Congregación de Negocios Eclesiásticos Extraordinarios, forma usada, invariablemente, para las Bulas episcopales de las naciones no sujetas a Concordato.

La salida de Herrera de Roma se debió a una jugada liberal. Se le rogó que volviera al Perú a presidir la Cámara de Diputados, y a la postre no obtuvo ni un escaño parlamentario. El Ministro Tirado le ordenó presentar su carta de retiro. Herrera no lo consideró prudente y no se ciñó a la orden. Se limitó a ausentarse y a despedirse del Papa, como si se tratase de un alejamiento provisorio, de una licencia. Pero desgraciadamente no debía regresar más.

La nota suscrita por Herrera al abandonar el Vaticano, en la que resume su gestión, fue trascrita al Senado. Su contenido movió a este cuerpo a expedir las instrucciones que el receso no le había permitido acordar y que estuvieran listas, irónicamente, cuando Bartolomé Herrera había concluido su misión. Como otras muchas veces, la lenta máquina estatal peruana llegó tarde. Su dejadez, sus complicaciones parlamentarias antojadizas, dejaron que pasara la oportunidad de utilizar los elementos favorables creados por la capacidad y la permanencia de Herrera en Roma. Llegaron las armas cuando el guerrero había dejado la plaza.

En efecto, el 12 de noviembre de 1853 el Senado remitía al Ejecutivo las nuevas instrucciones, cuyo tenor era el siguiente:

1º.- Quedará claramente establecido que el Presidente de la República ha de continuar ejerciendo el patronato, como lo ejercían en América los Reyes de España. No se consentirá, por consiguiente, que la Santa Sede se reserve algún beneficio o dignidad eclesiástica.- 2º.- Teniendo en consideración la posibilidad de que alguna vez los obispos pretendan conmutar las fundaciones de utilidad públicas y del todo profanas, se obtendrá la expresa prohibición de que los

obispos hagan las conmutaciones.- 3ª.- Las causas del fuero de la Iglesia, que, según el Breve de Gregorio XIII, de 15 de mayo de 1512, han de ventilarse en todas sus instancias y terminarse en el Perú, seguirán tratándose de la misma manera, sin que se admita instancia para ante el Sumo Pontífice o Delegados suyos que residan fuera de la República.- 4ª.- Habiendo una larga experiencia de los desórdenes que trae consigo el Gobierno de los Cabildos eclesiásticos en sede vacante, y presentándose mil dificultades para que la autoridad política se pueda entender en los casos que ocurran con esas numerosas corporaciones, se estipulará que el vicario capitular ha de ejercer (durante la vacante) toda la jurisdicción eclesiástica, sin que el Cabildo pueda reservarse parte alguna de ésta.- 5ª.- El Ejército y la Armada gozarán de los privilegios castrenses que tenían en tiempo del Gobierno Español. El Muy Reverendo Arzobispo de Lima ejercerá la jurisdicción de Vicario General.- 6ª.- Se negociará, por un artículo, que los Obispos de Junín y Puno, ú otros nuevos que, en lo sucesivo, convenga establecerse confirmen canónicamente a la mayor brevedad por la Santa Sede.- 7ª.- Que los Obispos electos puedan gobernar sus iglesias antes de recibir las Bulas de su institución, y solo con la presentación y nota de ruego y encargo a los Cabildos Sede vacante.- 8ª.- Que se amplíen las sólitas de nuestros Obispos para dispensar todos los impedimentos del matrimonio a que no alcanzan las que se les remiten.- 9ª.- Que los ordinarios puedan, por sí solos, otorgar la excomunión a los regulares de ambos sexos, por causa fundada y por motivos de conciencia que aleguen.-

Esta fue la segunda vez que el Senado acordó las instrucciones para el Concordato. Las formuladas anteriormente, en 1849, fueron revocadas sin haber sido incorporadas a ninguna misión diplomática. Las instrucciones de 1853 tampoco sirvieron para ninguna batalla de nuestra Cancillería. Se marchitaron en los archivos ministeriales, sin hacer madurar el Concordato tan invocado y tan postergado por el Perú. La realidad, por obra del error de nuestras Constituciones, fue por consiguiente contradictoria: se destacaron misiones carentes del programa que el Parlamento debía suministrar y se aprobaron instrucciones que no fueron depositadas en manos de ningún agente diplomático. Cuando hubo instrucciones no hubo Ministro y cuando lo hubo faltaron las instrucciones. El sincronismo salvador no se produjo.

IV. Años después, en 1859, una nueva misión a Roma volvió a mover el asunto del Concordato. El 12 de marzo de ese año el señor Luis Mesones, Encargado de Negocios del Perú, entregó sus cartas credenciales a Monseñor Antonelli, Cardenal Secretario de Estado de Su Santidad Pío IX. La Legación de Mesones fue cruzada por diversos sobresaltos que obligaron al Gobierno peruano a retirarla, en señal de protesta. El interés de esa misión reside, para nosotros, en las cuestiones conexas que tuvo que enfrentar.

El 12 de enero de 1861, el Ministro de Relaciones Exteriores José Fabio Melgar repetía a Mesones, en comunicación oficial, la envejecida cantinela de que el Gobierno deseaba arreglar, jurídicamente, su relación con Roma: “El Gobierno coincide con el interés de la Santa Sede, respecto al definitivo arreglo de las relaciones eclesiásticas entre ambos Estados, y está dispuesto a cumplir con el precepto que le impone el artículo 134 de la Constitución, procediendo a la celebración de un Concordato. Mas, para que esto se realice, es necesario reunir los antecedentes y datos que existen en el Ministerio y solicitar del Senado las instrucciones respectivas. Así se verificará, y oportunamente, recibirá US. las órdenes que el Gobierno debe transmitirle para terminar aquel negociado, teniendo presente también las indicaciones hechas por US”. Las órdenes no llegaron y Mesones tampoco concluyó nada. De la época de Herrera a la de él se había variado la Constitución, pero las circunstancias eran iguales. El artículo 94, inciso 18, decía que era atribución del Presidente de la República “Celebrar Concordatos con la Silla Apostólica, arreglándose a las instrucciones dadas por el Congreso”. Esto representaba un retroceso que se repitió en la Constitución de 1920, porque evidentemente más dificultades tendrían que presentar unas instrucciones emanadas de ambas Cámaras, que de una de ellas, el Senado, como había establecido la Constitución de 1839. Las Constituciones de 1828 y 1834 habían cargado las instrucciones a la cuenta del Congreso. La Constitución del 39 había representado una Reforma, que no perseveró.

Entre las disposiciones transitorias de la Constitución del 60 aparece otro artículo relacionado con el Concordato. Es el 134 que dice: “Para que se establezcan sobre bases sólidas las relaciones existentes entre la Iglesia y el Estado; y para que se remuevan los obstáculos que se opongan al exacto cumplimiento del artículo 6º, en cuanto al fuero, se celebrará a la mayor brevedad, un Concordato”. Esa brevedad tiene ya ochenta años de vida.

La gestión de Mesones, infructuosa desde el punto de vista del Concordato, se destaca por haberse contraído a la cuestión del patronato. Hizo de él una robusta defensa. La nota de 30 de septiembre de 1865 que dirigió al Gabinete Pontificio merece el nombre de alegato por la vibrante energía con que reclama. Comienza recordando que desde que el Perú se constituyó en Estado soberano había ocurrido a la Santa Sede para la provisión de las Iglesias vacantes. El Sumo Pontífice había acogido con benevolencia las peticiones del gobierno peruano, había preconizado a los electos, pero las Bulas de institución no habían reconocido el patronato peruano, no habían citado el hecho de la presentación, el cual quedaba en la oficiosa categoría de las recomendaciones particulares. El Gabinete peruano había concedido el paso de las Bulas con sistemáticas reservas suplicatorias. Este hecho, añade, repetido con frecuencia en el espacio de medio siglo no satisfacía

a la Santa Sede por el carácter de las protestas, y tampoco al Gobierno del Perú, al que negaba un derecho referente a graves obligaciones. Tal situación turbaba la conciencia de muchos fieles y era causa permanente de controversia y desacuerdo entre la Iglesia y el Estado.

Se imponía por lo tanto la necesidad de definir las relaciones. La Santa Sede, como le había sido informado al señor Mesones por el Cardenal Secretario de Estado, no se resistía a conceder el derecho de patronato a los Gobiernos o Soberanos "cuando se arreglan las cuestiones religiosas por medio de un Concordato". El diplomático peruano entra luego al ataque de dicha declaración, cuya gravedad le parece capaz de producir una profunda perturbación en el derecho público eclesiástico de las Repúblicas sudamericanas. No se trataba, naturalmente, de desconocer que "en cuanto al patronato eclesiástico, que supone la facultad de celar beneficios, o de intervenir de algún modo en los asuntos de jurisdicción canónica, corresponde debidamente a la primera autoridad eclesiástica que es el Sumo Pontífice", principio siempre acatado por la República del Perú al elegir y presentar para la provisión de beneficios mayores. Pero tal reconocimiento no se hallaba en contradicción con el derecho del patronato, porque éste derivaba de cánones conciliares, del asentimiento de la Santa Sede y del contenido mismo de las bulas de patronato a favor de los antiguos soberanos del territorio del Perú. Invoca, luego, el Concilio Tridentino que acordó que el derecho de patronato correspondía a los que fundan, dotan o mantienen las Iglesias Católicas. Como el Concilio de Trento estaba vigente en el país, y como en nuestro suelo todas las iglesias católicas habían sido erigidas y dotadas con fondos exclusivamente peruanos, y los Obispos y cabildos vivían de las rentas y patrimonio del Estado, el Gobierno no podía, en justicia, estar sujeto simplemente a las obligaciones patronales, sin gozar de las exenciones y derechos correspondientes.

De la fundamentación canónica, el señor Mesones pasa a la demostración histórica. "Cuando los pueblos americanos se separaron de la antigua metrópoli, dice, no se propusieron realizar una revolución social o religiosa, sino solamente política: las leyes, costumbres y disciplina de la Iglesia, fueron respetadas, y los Ministros que hoy ejercen jurisdicción eclesiástica, aun en actos de la vida civil, disfrutaban de los mismos derechos que los demás ciudadanos". Los Gobiernos peruanos habían continuado el antiguo estado de relaciones con la autoridad eclesiástica y habían ocurrido a la Silla Apostólica como ocurrían los Reyes españoles. La Santa Sede había autorizado los nombramientos episcopales, la erección de las diócesis, sin protestar contra el poder legal que los había ejecutado. Si el Perú no era legítimo patrono no debía tener esta facultad de pedir oficialmente, ni el deber de quedar obligado a sus inmediatos efectos. Y como los actos de

patronato practicados sin derecho legítimo son nulos, debían haberlo sido los de provisión de Dignidades y Canonjías y aun de las Parroquias. Como la Santa Sede no había observado la validez o legitimidad de aquellos actos y los había aceptado expresamente, como se desprendía de documentos pasados por el Pontífice el Consistorio de Cardenales, y de los expedientes canónicos organizados y aprobados ante el Auditor Santísimo y la respectiva Congregación, y de las Bulas, no procedía reconocer el Patronato de un modo y negarlo de otro. Además allí estaba el hecho real de que en el Perú jamás la Santa Sede había designado o elegido a los Obispos.

Invoca luego, el señor Mesones, los textos constitucionales, los cuales, al imponer la obligatoria intervención del Gobierno en los nombramientos episcopales y su recomendación ante la Santa Sede, volvían oficiales estas preces. Las respuestas autógrafas del Papa y de sus funcionarios eran asimismo comunicaciones de carácter oficial.

Con infatigable dialéctica el señor Mesones se pone en el caso de que el Gobierno se abstuviese de hacer esas preces que no son sino recomendaciones particulares para la Santa Sede. ¿Qué sucedería entonces? ¿Quién ejercería ese derecho? ¿Reasumiría la Santa Sede la plenitud de sus facultades como en los primitivos tiempos apostólicos? ¿Procedería autoritate apostólica como con las naciones infieles? Difícil sería en ese caso que el Perú se resignara a dotar y sostener en su propio territorio a cualquier autoridad instituida sin intervención suya.

La reclamación de Mesones concluye con el análisis de las Bulas que otorgaron a los Reyes de España el derecho de patronato. La necesidad de fecundar un elemento civilizador entre los pueblos bárbaros, y la dificultad de desenvolver los principios regeneradores del cristianismo, en países lejanos y desconocidos, obligaron a la Santa Sede a conceder al poder laico el patronato eclesiástico. Así pues las mismas razones que tuvieron en otro tiempo los Pontífices para dar a los Reyes de España el Patronato en América, existían para no negarle a los Gobiernos que eran legítimos dueños de su territorio y cumplían con todas las obligaciones relativas a ese derecho. El patronato había sido real, no personal porque ningún Soberano católico tuvo que volver a pedirlo con ocasión de la muerte de su inmediato antecesor. No había sido tampoco gracia o don sin causa. Las necesidades y utilidad de la Iglesia, en que aquel derecho se asentó, persistían, porque la obra de propagación de la religión emprendida por la Corona quedó muy incompleta cuando sobrevino la independencia. El documento de Mesones concluye pidiendo al Cardenal Antonelli el reconocimiento del patronato del Estado peruano por medio de una declaración *ad hoc*, "lo que no impediría que, por medio de un Concordato se arreglen oportunamente los asuntos o cuestiones religiosas que sobrevengan".

Me he detenido largamente en el examen de esta nota porque ella representa la más briosa y analítica defensa del derecho de patronato hecha por el Perú a la Santa Sede. No hay que olvidar que el derecho citado fue la piedra angular de la diplomacia peruana durante el medio siglo inicial de la República. Lo reivindicó Bolívar y lo ampararon, con suprema decisión, las Constituciones y Gobiernos posteriores. La equivocación liberal fue creer que la Iglesia no lo admitiría de ninguna manera. Lo que la Curia Romana rechazaba era el reconocimiento del Patronato fuera del Concordato, el acto unilateral sin compensación. La Santa Sede decía: acepto el derecho de patronato si el Perú firma un convenio con Roma. El Perú respondía invariablemente: el Concordato es necesario pero no están listas las instrucciones para discutirlo. La cuestión del patronato no fue pues el escollo donde se despedazaron los Concordatos proyectados o emprendidos. La razón es obvia. Ningún Concordato se pudo averiar porque ninguno se llegó a considerar. Y ello no por la repulsa de la Santa Sede sino por la eterna falta de instrucciones de los agentes peruanos. El Gobierno de nuestro país presentaba la figura de una personalidad sujeta a la patria potestad del Parlamento en sus relaciones con el Vaticano. En 1851, siendo Ministro de Relaciones Bartolomé Herrera, se quejaba del sistema de las instrucciones, porque atentaba, además contra la reserva de las negociaciones. La conclusión que se desprende de estas observaciones es meridiana: La excéntrica ocurrencia constitucional de que el Parlamento diera instrucciones que han debido corresponder exclusivamente al Ejecutivo ha sido la causa de que se hayan malogrado hasta la fecha todos los esfuerzos a favor del Concordato entre el Perú y Roma.

V. Se confirma la tesis anterior con el estudio de la misión de Pedro Gálvez a Roma. Gálvez era Ministro del Perú en Inglaterra y Francia. Aprovechando esta circunstancia de proximidad el Gobierno de Balta lo envió a regularizar nuestras relaciones con la Santa Sede, alteradas con motivo de las persistentes dificultades que surgieron a raíz de la institución de Monseñor Valle como Arzobispo de Lima. Gálvez era un conductor del liberalismo peruano, pero su inteligencia amplia carecía de aquel pueril menosprecio por las cosas eclesiásticas que tuvieron sus truculentos predecesores; Mariátegui y Laso. Tal vez la estancia prolongada en Europa introdujo en su espíritu el respeto por los hechos de la fe, tan ilustres y sentidos en el Viejo Mundo. Leyendo su correspondencia no cabe la menor duda de que era hombre sereno y sagaz. A él mismo podrían aplicarse sus palabras sobre los personajes que acompañaban a Castilla en 1857: "Yo creí oportuno darle a entender, extensamente, que el actual Gabinete de Lima, elegido en una crisis difícil para salvar la República, que se componía de hombres de Es-

tado de experiencia, buena fe y deseosos de la ventura nacional, los hacían superiores a toda manía sistemática, a toda pequeña pretensión de partido y a todo sentimiento irreflexivo; que, por lo tanto, estaban dispuestos a no desatender ninguna de las grandes necesidades de la sociedad y a no herir ninguna institución respetable". Por su visión sana y real de las cosas era un excelente diplomático. Desgraciadamente profesaba ideas hostiles al Concordato. De otro modo lo hubiera podido negociar, Roma estaba dispuesta y el Perú no hubiera tenido que afrontar una polémica interior porque el prestigio de Gálvez, en los círculos no adyacentes a la Iglesia, habría acallado los fáciles recelos regalistas. Gálvez consiguió en Roma aquello por lo cual había clamado, con insolencia y sin tregua, la literatura diplomática de la primera mitad de la República: el derecho de Patronato.

No era la primera vez que Gálvez trataba a nombre del Perú asuntos relacionados con el régimen de la Iglesia. Siendo Jefe de la Legación en Nueva Granada había iniciado conversaciones con el Conde Miescisłao de Ledochowski, Internuncio del Papa en Bogotá, sobre cuestiones canónicas, especialmente sobre la abolición de los diezmos y el juramento del clero. En sus reiteradas y efusivas entrevistas con ese prelado había llegado a la conclusión, estampada en nota a nuestra Cancillería fechada en Bogotá en diciembre de 1857, que la Santa Sede no tenía disposición sino para concluir acuerdos generales. Como buen enemigo del Concordato no quiso emprender los preparativos para elaborarlo y manifestó claramente al Representante del Papa su opinión adversa. El pasaje de esta conversación lo refirió así a nuestra Cancillería: "Mas creo que he podido obviar tan poderoso obstáculo, manifestando al señor Internuncio, con toda la atención reclamada por la gravedad de la materia, que, por ahora, si había sinceros deseos de no perder el tiempo y de arribar a cualquier resultado de importancia, era forzoso renunciar a todo pensamiento de Concordato, pues toda negociación se hacía imposible con solo recelar al público que se pensaba en ello; además, que yo no me creía competente para decidir cuestiones eclesiásticas, y ni aquí, ni en Lima, aceptaría jamás la responsabilidad de arreglos en los que no me tengo por entendido, como exigen lo espinoso de estos negocios y la gravedad de los intereses comprometidos en ellos".

En Roma, Gálvez arregló pronto y satisfactoriamente el incidente provocado por el nombramiento del Señor Valle para Arzobispo de Lima consiguiendo que lo desligaran de la Arquidiócesis, como era el deseo del Gobierno, y le encargaran, como Administrador Apostólico, la Diócesis de Huánuco. Obtenido esto se contrajo a normalizar las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

Gálvez llegó a la Ciudad Santa en octubre de 1872. Roma seguía de luto por la invasión y secuestro de las tropas unitarias. Su Santidad, en

señal de dura protesta, no salía del Vaticano, ni solemnizaba las funciones eclesiásticas, ni celebraba Consistorios. La ruptura de relaciones con el Gobierno Italiano era agria y terminante. La Curia Romana presentaba el aspecto de una fuerza sitiada. Con sintética visión, en sus comunicaciones al Ministro de Relaciones Exteriores, describe la política de los países europeos frente a estos hechos. Y en una segunda nota estudia las consecuencias que de tal situación pueden derivarse para los negociadores peruanos. Sin intoxicaciones sectarias, su mente realista vio luminosamente el porvenir del Vaticano: "No expresaré ninguna confianza, como tal vez abriguen las personas que están cerca de Su Santidad, de que éste pueda recobrar más o menos pronto, el poder temporal; no deduciré tampoco ninguna consecuencia en favor de tal restauración, de la situación más o menos anormal en que se encuentran algunos grandes Reinos europeos, ni juzgaré que, por existir diversos partidos dentro de la política italiana que se atacan más o menos severamente, la Italia haya de abandonar la ciudad que tanto deseaba por Capital, y cuyo nombre ha ejercido tanta influencia en acallar las pretensiones de otras ciudades, antes capitales, que forman el Reino de Italia; pero el poder espiritual de la Santa Sede seguirá ejerciendo, cualesquiera que sean las modificaciones que pueda traer la pérdida del poder temporal, una grande influencia en los destinos de los pueblos católicos, por el modo como está organizada la autoridad eclesiástica, por el carácter de la disciplina, y, sobre todo, por el dogma que obra directamente sobre la conciencia de los individuos. Preciso es, pues, que, los Gobiernos de todos los pueblos católicos, procedan, para no exponerse a sacudimientos que causen grande daño a la Sociedad, teniendo en cuenta este gran poder, que se conservará como una fuerza viva, para armonizar su política". La opinión de Gálvez era que la Santa Sede, agredida por el Estado italiano, no se opondría a las reformas sugeridas por el Perú, siempre que se ajustasen a la ley, carecieran de espíritu hostil y no causaran daño a la Iglesia. Actualizando su desafecto por el Concordato, Gálvez invocaba el caso de Austria, Venezuela, Ecuador y diversas Repúblicas centro-americanas que no habían encontrado en el pacto bilateral los resultados satisfactorios que se habían prometido. El camino acertado estaba, según él, al margen del Concordato. "Es indudable, decía, que las leyes del Patronato, que reconocemos como vigentes, aunque no las considera del mismo modo la Santa Sede, son preferibles a todos los Concordato mencionados, y que se habría dado un paso, para que las relaciones de la Santa Sede con el Gobierno peruano fuesen más regulares, si el Patronato, tal como lo ejercemos de hecho fuera reconocido de derecho por Su Santidad. Desgraciadamente, hay mucha prevención en la Curia Romana contra las doctrinas que llaman regalistas, es decir,

las que sostienen el Patronato. Ojala fuese posible que, estudiándolo todo y procediendo con mucho juicio, se obtuviera, aunque fuese poco a poco, el reconocimiento de los principios que forman el derecho del Patronato, pues ese reconocimiento daría a los actos de nuestro Gobierno, en materia eclesiástica, una forma y un éxito seguro". Y más adelante agregaba: "Nunca podrá recomendarse demasiado la atención que debería ponerse en estipular cualquier arreglo con la Santa Sede, principalmente por la razón del carácter de perpetuidad que han asumido siempre Tratados de ese género". La fórmula de Gálvez era, en resumen, la siguiente: esquivar el Concordato y movilizar toda la negociación hacia el reconocimiento gratuito del patronato. Entre los engaños que el liberalismo sembró y fecundó con abundante retórica estaba el de que el Concordato era un vejamen para la República y suponía una abdicación de su poder soberano. Gálvez fue fiel a este recelo y he aquí porque él no redimió tampoco de este vacío a nuestra historia diplomática.

Para conseguir una declaración pontificia sobre la vigencia del patronato que tuvieron los Reyes españoles, Gálvez contaba con el aflictivo estado de la Corte Romana. "En la presente época, escribía, son gratos a la Silla Apostólica los pasos que den Gobiernos como el nuestro, completamente imparciales en las cuestiones políticas europeas, para regularizar sus relaciones con ella, y que por esto sería tal vez menos difícil obtener los resultados a que podríamos aspirar". El Vaticano experimentaba el deseo de ser reivindicado como poder temporal, de reconstituir su figura internacional.

Así fue factible la negociación. En una de sus múltiples conferencias con el Cardenal Antonelli, el Secretario de Estado de su Santidad le manifestó que, creyendo el Perú poseer el mismo derecho de Patronato que gozaba la España monárquica, y teniendo Roma la idea de que tal Patronato no subsistía era conveniente y decoroso corregir ese mal entendimiento, y que como el Papa tenía por la República Peruana las mismas afecciones que había tenido antes por el Gobierno español, haría con placer análogas concesiones. Con tan buenas disposiciones pontificias el entendimiento progresó armoniosamente. Elemento favorable para el éxito fue la larga práctica en los negocios americanos del Ministro del Papa, Cardenal Antonelli. Puede decirse que ya en 1874 el reconocimiento estaba concertado. Recorriendo la historia de sus relaciones con el Perú, la Santa Sede veía que la falta de un principio fijo, reconocido por ambas partes, para la administración eclesiástica era el origen de los repetidos disturbios que se habían suscitado. Para el Perú el derecho de patronato era fundamental y había sido y sería siempre la facultad inalienable. La Santa Sede lo desconocía como institución jurídica viva, pero lo aceptaba en la práctica como manifestación de buena voluntad. El Congreso del Perú, por resolución

legislativa de 27 de abril de 1873, había autorizado al Gobierno para que recabase de su Santidad el reconocimiento del Patronato Nacional, y un Ministro Plenipotenciario se había acercado al Papa para cumplir ese acuerdo. Medio siglo de polémica había probado la irreductibilidad de los dirigentes peruanos y la esterilidad de una diferencia que podía ser el comienzo de mayores desavenencias. La Santa Sede necesitaba, además, públicas demostraciones de cordialidad que contrarrestaran el efecto del atropello sufrido. De otro lado para ella la cuestión del patronato no era, en esa época, algo capital, ni contrario a la disciplina que rigió hasta el Código Piano Benedictino de 1918. El propio Gálvez había oído en Bogotá en 1858, de labios del Internuncio de Ledochowski, palabras favorables al patronato. Todo aconsejaba a la Santa Sede poner el visto bueno al voto reiterado del Perú. Dos eran las vías que llevaban a ese fin: la celebración de un Concordato en el que se estipulasen derechos y garantías recíprocas, o la expedición de una Bula ad hoc en la que Su Santidad la verificase de una manera espontánea. Como el Concordato tropezaba con el complicado e indiscreto sistema de las instrucciones parlamentarias y con el desgano del Estado peruano, lo único que pudo prosperar fue la Bula, aunque Pedro Gálvez pensaba que no era conveniente adherirse estrictamente a ella en el caso de que ofreciese un obstáculo a las miras sustanciales del Gobierno. Pardo prefirió esta forma porque según la resolución legislativa de 27 de abril de 1873, el Ejecutivo estaba autorizado para poner el pase a las Bulas expedidas por el Papa. El convenio bilateral habría tenido que desfilar ante las Cámaras y exponerse a sus fuegos, de lo que estaba exenta la Bula.

Las famosas Letras Apostólicas expedidas por Pío IX sobre el Patronato en el Perú militan desde entonces en nuestra legislación vigente. La fecha de ese documento conviene fijarla con absoluta precisión. Todos suelen llamarla la Bula de 1874. Así lo hacen las Recopilaciones oficiales, los documentos públicos y los autores particulares. Chacaltana, García Calderón, Vargas Ugarte, Alberto Ulloa, José Pareja la sitúan en 1874. En la Recopilación de Tratados de Aranda y en la Colección de instrumentos vigentes editada por el Ministerio de Relaciones Exteriores en 1936, la Bula termina con el párrafo siguiente: "Dado en Roma, cerca de San Pedro, el año de la Encarnación del Señor de mil ochocientos setenta y cuatro, el tercer día de las nonas de marzo, año vigésimo nono de nuestro Pontificado". En el decreto de Nicolás de Piérola, en el que se otorga el exequatur a dichas Letras, se las cita como expedidas el 5 de marzo de 1874.

Yo no he visto el documento original, pero creo que la ubicación de las Letras Apostólicas en 1874 es una evidente equivocación, debida seguramente a un lejano amanuense de cuyo pecado original han participado sin interrupción las publicaciones oficiales y los autores posteriores. 1874 no

puede ser la fecha por diversas razones. El Ministro de Culto, al dar cuenta del suceso al Congreso en su Memoria de 1876, dice que la Bula Apostólica está “datada en Roma a 16 de marzo del año último”. Hay comunicaciones de Pedro Gálvez a nuestra Cancillería, escritas en los últimos meses de 1874, en las que expone la marcha de las negociaciones que condujeron a la dación de la Bula. El 27 de marzo de 1875 el Ministro de Relaciones Exteriores, con A. V. de la Torre, le escribía a Gálvez: “Aparte de la necesidad de que concluyan, pronto y favorablemente los arreglos, como lo desea S. E. me ha prevenido también que manifiéstate a US. la conveniencia de hacerlos constar en forma de Bula y no en un convenio bilateral”. ¿Si la Bula fuese de marzo de 1874, cómo se explica que al año siguiente nuestra Cancillería ignorara el hecho y siguiera impartiendo instrucciones para un negocio cancelado? El primero de abril de 1875, Gálvez envía un oficio al Ministerio acompañando copia de la Bula de patronato. El Ministro le acusa recibo con fecha 4 de mayo de ese mismo año. El 21 de abril de 1875 Gálvez remite una nueva nota, acompañada esta vez del documento original. El Ministro de la Torre le responde con fecha primero de junio de 1875 lo siguiente: Se ha recibido en este despacho las dos notas de US. números 23 y 24, de fecha 21 y 22 de abril último a las que acompañan dos Bulas pontificias: una concediendo al Gobierno de esta República el ejercicio del derecho de patronato, y la otra, relativa a la institución canónica del Iltmo. Señor Obispo de Trujillo”. Y el Ministro de Culto, en la Memoria presentada al Congreso Ordinario de 1876, manifiesta que “por una Bula Apostólica datada en Roma a 16 de marzo del año último, queda establecido que el Gobierno del Perú continúa en plena posesión y ejercicio del derecho de Patronato que gozaban los Reyes de España”. Las noticias consignadas arriba demuestran pues que los documentos contemporáneos fijan el año 1875, o lo presuponen necesaria e inevitablemente. Otro elemento que asegura, de un modo indubitable, la misma fecha, es la declaración de la propia Bula, de que se expide en el año vigésimo nono del Pontificado de Pío IX. Ascendió este Prelado a la Suprema Jerarquía de la Iglesia en 1845. El vigésimo nono año de su Pontificado *no puede ser otro que el año 1875*. Es una operación aritméticamente fatal. El copista que equivocó la última cifra del año, no alteró la cuenta específica del Reinado Pontificio. Es esta, por tanto, la ocasión de desvanecer el acumulado error de colocar las Letras Apostólicas en 1874, y sería conveniente que la Cancillería investigara la fecha en el instrumento auténtico y la rectificara para la próxima edición de los Tratados Vigentes. La Copia de la Bula que pedí a la Nunciatura no ha sido hallada en los Archivos.

El Texto de las Letras Apostólicas, tal como aparece en el Tomo Undécimo de los Tratados del Perú por Aranda, es el siguiente:

Letras Apostólicas.

Pío Obispo

Siervo de los Siervos de Dios, para perpetua memoria.

Entre los señalados beneficios con que Dios, rico en misericordia, ha colmado a la Nación Peruana, brilla sobre todo el don de la verdad católica, que los peruanos han sabido conservar esmeradamente, desde que les fue anunciada por los predicadores del Evangelio; la cual han sabido cultivar hasta el punto de que de su seno, han salido héroes que la Iglesia ha juzgado dignos de honrarse en los altares. Esto constituye, para dicha Nación, una verdadera gloria, como también no haber faltado nunca al deber de mantener la fe, desde que el Perú quedó separado de la dominación de los Reyes Católicos de España. Se ha declarado en efecto, de una manera solemne, en las leyes estatuidas por la Constitución de la República, que “el Perú profesa la Religión Católica, que la protege, y que no permite el ejercicio público de otros cultos”.

A ese cuidado de conservar la Unidad Católica, se agregan otros actos realizados en la misma comarca por la autoridad pública. Tales son, que las dotaciones de las Diócesis existentes o de las nuevas erigidas, han sido aumentadas o establecidas con liberalidad; que se han concedido subsidios a los Seminarios instituidos para la propagación de la Fe; que con igual munificencia se ha provisto a la difusión de la sana doctrina, esto es, que se han fundado Parroquias en los pueblos de los que han sido convertidos a la Fe; en fin, que se han gastado sumas considerables, ya para reparar y embellecer las iglesias, ya para edificar nuevas, ya para favorecer y promover el esplendor del culto religioso.

Todas estas cosas que á Nos eran conocidas, Nos las ha recordado y expuesto nuevamente el muy amado hijo y varón ilustre Pedro Gálvez, Delegado por la República del Perú, cerca de esta Sede Apostólica, a fin de obtener de Nuestra persona un testimonio público y solemne de los méritos contraídos por la República mencionada respecto de la Iglesia Católica.

Por lo cual, queriendo satisfacer los deseos que el Gobierno del Perú Nos ha expresado, por su representante, y siguiendo en esto el ejemplo de Nuestros Predecesores, quienes colmaron de favores y gracias a los que merecieron bien de la causa cristiana; Nos, hemos resuelto, después de haber tomado el consejo de algunos Cardenales de la Iglesia Romana, conceder, como de hecho Nos concedemos, por nuestra autoridad apostólica, al Presidente de la República del Perú, y a sus sucesores pro tempore, el goce, en el territorio de la República, del derecho de patronato, de que gozaban, por gracia de la Sede Apostólica, los Reyes Católicos de España, antes que el Perú estuviese separado de su dominación.

Sin embargo, ponemos como condición y ley a la concesión de este privilegio, que los bienes asignados actualmente, tanto al Clero, a título de dotación, como al ministerio sagrado y al ejercicio del culto, en las Diócesis del territorio de la República, sean conservados íntegramente y distribuidos con diligencia y fidelidad; y así también Nos ponemos como condición, que el Gobierno del Perú continuará favoreciendo y protegiendo la Religión Católica.

Observadas estas leyes y condiciones, el Presidente de la República del Perú, y sus sucesores tendrán derecho a presentar a la Sede Apostólica, con ocasión de la vacancia de la Silla Arquiepiscopal o de las Sillas Episcopales, Eclesiásticos dignos y aptos, a fin de que, según las reglas prescritas por la Iglesia, se proceda a la institución canónica; de manera, sin embargo, que la presentación de los candidatos deba hacerse, a menos de impedimento legítimo, en el término de un año, a partir de la vacancia de la Silla. No obstante, los candidatos así presentados, no gozarán de ningún derecho, en cuanto a la Administración Episcopal, antes de que hayan obtenido las Letras Apostólicas de su institución, y las hayan exhibido al Capítulo, según el tenor de nuestra Constitución *Romanus Pontifex*, promulgada el cinco de las Kalendas de septiembre del año mil ochocientos setenta y tres de la Encarnación del Señor.

El Presidente de la República tendrá también derecho a presentar al Obispo varones dignos, para que sean promovidos a las Dignidades y Canongías de *gratia*, de cualquier Capítulo que sean; como también a presentar varones dignos para la colación de las Prebendas de las Iglesias Catedrales; aun cuando quedaren vacantes en la Curia Romana, con tal que su vacancia haya sido declarada por la autoridad eclesiástica.

Dicho Presidente gozará también del mismo derecho de presentación, en cuanto a las Canongías de oficio y a las parroquias, observando siempre la forma canónica del concurso y del examen; practicado este examen, el Presidente elegirá un Eclesiástico, entre los tres sujetos, los más dignos que le hubiere sido presentados, a fin de que dicho eclesiástico reciba en seguida del Obispo la institución canónica.

Finalmente, los Presidentes de la República gozarán, en las Iglesias del Perú, de los honores de que gozaban en otro tiempo los Reyes de España, en virtud del derecho de patronato concedido por la Santa Sede.

Nos, queremos, ordenamos y estatuímos todas estas cosas; y Nos, ordenamos, al mismo tiempo, que Nuestras presentes Letras y todo cuanto ellas contienen, permanezcan siempre válidas y eficaces, de manera que deben surtir su efecto pleno, sin que nadie pueda, en ningún tiempo, cualquiera que sea por otra parte su condición o dignidad, y cualesquiera sean el título o el pretexto, transgredirlas, atacarlas o revocarlas.

Y esto, no embargante todo lo que ha podido ser prescrito, aun en los Concilios generales y universales, no obstante las Constituciones y Ordenanzas Apostólicas, las reglas establecidas por Nos y por nuestra Cancillería, particularmente en lo que trata de *jure quaesito nen tollendo*; no obstante, en fin, cualquiera otra cosa contraria, que mereciese mención especial.

Nos, queremos, también, que a los ejemplares o copias de las presentes Letras, aun impresas, con tal de estar firmadas por un escribano público, y provistas del sello de una persona constituida en dignidad eclesiástica, se preste en todas partes tanta fe, como si exhibiese el original de las presentes Letras.

Que a nadie sea lícito, por tanto, transgredir este documento Nuestro decreto, indulto, estatuto, orden y voluntad, o quitarle su valor por una audacia temeraria. Si alguno osare hacerlo, sepa que incurrirá en la indignación de Dios, Todo Poderoso y de sus Apóstoles, los Bienaventurados Pedro y Pablo.

Dado en Roma, cerca de San Pedro, el año de la Encarnación del Señor de mil ochocientos setenta y cuatro, el tercer día de las nonas de Marzo, año vigésimo nono de Nuestro Pontificado.

A. Cardenal Vannicelli, Vice-datario.

F. Cardenal Asquini.

Visado por la Curia: I. Aquiles (Lugar del Sello)

Registrado en la Secretaría de los Breves.- I. Cugnonius.

Siempre se ha dicho que la Santa Sede ha producido los mejores diplomáticos de Europa. La lectura de la Bula anterior nos obliga a mantener aquella apreciación. Veamos por qué. El Perú se había opuesto al Concordato y sus esfuerzos se habían encaminado hacia el reconocimiento del patronato por unilateral declaración pontificia. La Curia Romana había batallado por el arreglo contenido en un pacto bilateral. Podría decirse entonces que las Letras Apostólicas representan el triunfo de la orientación peruana por cuanto ellas llevan solamente la firma de los Cardenales y Prelados romanos, y ninguna firma peruana. No comparto esa opinión.

En primer lugar la Bula de 1875 no reconoce el derecho de patronato; lo concede: "Nos hemos resuelto, después de haber tomado el consejo de algunos Cardenales de la Iglesia Romana, conceder, como de hecho Nos concedemos, por nuestra autoridad Apostólica, al Presidente de la República del Perú, y a sus sucesores pro tempore, el goce, en el territorio de la República, del derecho de patronato, de que gozaban, por gracia de la Sede Apostólica, los Reyes Católicos de España, antes que el Perú estuviese separado de su dominación". No prolonga pues el Pontificio para la República la gracia otorgada a la Corona española, sino la recrea;

no nos hace herederos de aquella facultad, sino renueva la donación; no declara una vigencia de lo antiguo, sino inicia un régimen de derecho nuevo. Esto quiere decir que Gálvez obtuvo el Patronato, pero no como lo había soñado y querido el liberalismo: como un reconocimiento, como una sucesión jurídicamente exigible. Desde el punto de vista formal la tesis peruana no prevaleció.

Y tampoco puede decirse, si analizamos la sustancia de la Bula, que la tesis peruana contraria al pacto con Roma se impuso verdaderamente. El Papa, luego de ponderar la conservación de la verdad evangélica en el Perú, y de reconocer los esfuerzos de la autoridad pública para protegerla con liberalidad y promoverla con diligencia, agrega que, a pedido del muy amado hijo y varón ilustre Pedro Gálvez, quiere satisfacer los deseos del Gobierno peruano, colmándolo de aquellas gracias y favores que también Sus antecesores habían dispensado a las naciones que merecieron bien de la causa cristiana. Concede por lo tanto, al Presidente de la República el goce del Patronato, pero con una reserva: "Sin embargo, ponemos como condición y ley de la Concesión de este privilegio, que los bienes asignados actualmente, tanto al Clero, a título de dotación, como al Ministerio sagrado y al ejercicio del culto, en las Diócesis del territorio de la República, sean conservados íntegramente y distribuidos con diligencia y fidelidad; y así también Nos, ponemos como condición, que el Gobierno del Perú continuará favoreciendo y protegiendo la Religión Católica". Se trata, por consiguiente, de un documento suscrito exclusivamente por el Sumo Pontífice, pero que impone obligaciones a ambas partes. No hubo tratado, pero tampoco hubo deberes unilaterales. Bajo el manto sedante de un documento con rúbricas solamente romanas, el Estado peruano adquirió un vastísimo y perpetuo compromiso. La magnífica y escolástica mentalidad de los negociadores purpurados remedió la unipersonalidad del pliego papal con la introducción de una cláusula condicional. Equivalía a un pacto bilateral en el que el Perú se hubiera obligado a mantener la dotación económica de la Iglesia peruana, y a favorecer la religión, y el Vaticano se hubiera comprometido a conceder al Estado peruano el patronato. El aspecto no era el de un convenio mutuo, pero el contenido imponía cargas comunes y deberes recíprocos. Y como el Gobierno peruano no podía disociar el escrito apostólico y aceptar solamente la concesión y rechazar condiciones, resultó que, al aceptar el patronato aceptó también las leyes y obligaciones que le daban vida. La Bula hace la oferta del Patronato, pero le pone precio. Si no se satisface éste, no se coge el bien ofrecido. Y así, por esta inteligente solidaridad de derechos y deberes, por esta incommovible presencia de una condición resolutoria, la tradicional directiva de nuestra Cancillería de eludir el Concordato no se mantuvo sino a medias. Como

es frecuente en la historia de nuestro Estado no se hizo cabalmente lo que debió hacerse y tampoco se evitó, cabalmente, lo que se había querido evitar siempre. Una vez más el Perú dibujó la línea oblicua.

Pero hubo más. La Bula no recibió el exequátur del Gobierno y se hubiera extinguido silenciosamente en los archivos de la Cancillería, si en enero de 1880, a los cinco años de expedida, Nicolás de Piérola, Dictador Supremo, no le hubiera concedido el pase con el siguiente decreto de consagración:

NICOLÁS DE PIÉROLA
Jefe Supremo de la República.

Por cuanto consta la autenticidad de las *Letras Apostólicas* expedidas en Roma, en San Pedro, a cinco de marzo del año de mil ochocientos setenta y cuatro de la Encarnación del Señor, por la Santidad de Pío IX, de gloriosa memoria, en el vigésimo noveno año de su Pontificado, accediendo a la súplica del Gobierno del Perú, relativa al ejercicio del Patronato por el Mandatario Supremo de la Nación:

Por tanto: otórgase el correspondiente *Exequatur* a las dichas *Letras Apostólicas*, que serán consideradas y regirán, perpetuamente, como Ley del Estado.

El Secretario de Relaciones Exteriores y Culto queda encargado de dar puntual cumplimiento al presente decreto, que será registrado en debida forma, y que se mandará publicar y circular.

Dado en el Palacio de Lima, a los veintisiete días del mes de Enero del año de mil ochocientos ochenta.

N. de Piérola.
Pedro J. Calderón.

Desde entonces tuvieron y tienen las Letras Apostólicas de Pío IX su pleno vigor jurídico para el Perú, aunque durante más de sesenta años el Gobierno, desoyéndolas a mérito de la ley provisional de 1864, haya compartido indebidamente el derecho de Patronato con el Congreso, dañosa práctica que será definitivamente desterrada con la Reforma Constitucional de 1940, aprobada ya en Primera Legislatura Ordinaria.

Desde el punto de vista de la historia del Concordato inexistente entre el Perú y la Santa Sede, la Bula de 1875 sirve para demostrar que el problema del Patronato no fue el obstáculo que se opuso a la celebración del aplazado convenio con Roma. La causa adversa ha residido siempre en la anormal intervención del Congreso en un pacto que, como los que

se anudaban con los demás soberanos, decía corresponder, únicamente al Poder Ejecutivo. Prueba palmaria de ello es que, concedido el patronato de 1875, y expulsado por lo tanto aquel problema de nuestra relación internacional con el Vaticano, el Concordato ha seguido inexistente, a pesar de ordenarlo las Constituciones de 1860, 1920 y 1933.

VI. La bibliografía peruana registra, en 1885, un libro hostil al concepto y a la realización de los Concordatos. Se intitula "Patronato Nacional Argentino" y lo escribió en Buenos Aires el abogado peruano D. Cesáreo Chacaltana, político ilustrado y de distinguida figuración. La finalidad de la obra es limitada y concreta. El autor intenta dilucidar "algunos asuntos relativos a las relaciones recíprocas entre la Iglesia y el Estado, y al patronato nacional, no de una manera abstracta, sino en cuanto tienen aplicación a las cuestiones de competencia suscitadas últimamente en la República Argentina, entre las potestades secular y eclesiástica". El libro acude, sin embargo, en varias ocasiones a demostraciones derivadas de la historia universal o peruana, y gran parte de las opiniones que defiende son, para su autor, aplicables a los pueblos americanos. El Capítulo XXIV aborda lo que Chacaltana denomina "El Sistema de los Concordatos". Los Concordatos, dice, tuvieron su fundamento racional y su importancia práctica cuando los romanos Pontífices poseían la soberanía inherente a su cualidad de jefes supremos del catolicismo y la soberanía temporal derivada de su situación de gobernantes de los estados pontificios. Su objeto era entonces poner a raya los excesos del fanatismo y los abusos del clero. Hoy día que el Papa ha perdido su soberanía temporal los Concordatos son un verdadero anacronismo ante la ciencia del derecho. No pueden tratar con los representantes de las demás naciones como de soberano a soberano, no representan los intereses de nación alguna, no pueden dar a sus pactos el rigor de tratados internacionales. El incumplimiento de lo acordado en el Concordato tampoco podría ser sancionado, continúa Chacaltana. "¿De qué medio se valdría el gobierno argentino para reducirlo al cumplimiento de los compromisos solemnemente contraídos? ¿Cómo se podría apelar a las armas para obligar al Papa a cumplir el pacto firmado por él, en las condiciones a qué hoy se encuentra sujeto el ejercicio de su autoridad? ¿Consentiría Italia que nación alguna llevase las hostilidades o la guerra al Vaticano, es decir a su propio territorio?. Además, la ley italiana de garantías a favor del romano Pontífice ha declarado sagrada e inviolable la presencia de éste. Por consiguiente cualquiera nación extranjera que intentase emplear medidas coercitivas contra el Papa, para hacer efectiva la responsabilidad de sus actos como poder soberano, se estrellaría contra las leyes de la Italia, tendría que luchar con esta". La ley que extrae

Chacaltana de esta situación es que los soberanos que no pueden asumir la responsabilidad de sus acciones no son personas jurídicas ante el derecho internacional y que no pueden contratar, por lo tanto, sino como jefes de una institución privada. Tal el caso del Romano Pontífice.

Un segundo argumento desarrolla esta obra contra los Concordatos. Ellos tienden a menoscabar los derechos esenciales y las funciones legítimas de los soberanos temporales. El autor cita las materias sobre las que versaron varios de los Concordatos europeos y hace este comentario: "De las disposiciones consignadas en los Concordatos referidos resulta que en ellos se ha legislado sobre enseñanza, sobre registros civiles, inhumaciones, jurisdicción de los jueces laicos, composición de los tribunales de justicia, aplicación de penas por delitos comunes y sobre el derecho de asociación. Basta el simple relato de estas materias para adquirir la persuasión de que ellas están íntimamente ligadas con el orden público y de que su reglamentación es del resorte exclusivo de la autoridad política. Celebrar convenios acerca de dichos puntos equivale, por lo menos, a dar el carácter de un compromiso, de un pacto bilateral y a veces hasta el de una concesión de los Romanos Pontífices, a todo lo que los estados soberanos poseen por derecho propio, a lo que es inherente y esencial a sus facultades protectoras del orden. Por eso decíamos que los Concordatos tienden a menoscabar los derechos fundamentales del Estado". Para Chacaltana un Concordato es una claudicación. La Corte Romana es según él, intransigente, no cede, ni admite contemporalizaciones. "Para llegar a la celebración del Concordato sería, pues, necesario doblegar la cerviz ante la omnipotencia del Pontificado". Tendría que suceder lo que pasó con Bolivia la que se encontró en presencia del fatal dilema: aprobar el proyecto de Santa Cruz y no existir como pueblo soberano, o desecharlo para poder continuar con el ejercicio de la soberanía, que fue lo elegido a la postre. Prosiguiendo su crítica, Chacaltana estudia el fracaso de diversos Concordatos en el Viejo Mundo y llega a la conclusión de que los convenios con Roma no dirimen las diferencias entre la Iglesia y el Estado. Ellos nada remedian, no son una solución, constituyen más bien un nuevo semillero de perturbaciones. Terminan por convertirse en rompimientos que conmueven y apasionan los ánimos. Frente a ese cuadro el autor levanta esta pregunta en su espíritu: "¿Por qué cuando las naciones mejor aleccionadas por la experiencia abandonan el camino de la legalidad de los Concordatos para entrar en el sendero de la legalidad constitucional, es decir de aquella que se deriva de sus propias leyes, ha de seguir un camino opuesto a la República Argentina?"

Otro ataque a la sustancia de los Concordatos lo confía el siguiente desarrollo. El Concordato es verdadera ley para los contratantes. Los Tratados también lo son, pero con la diferencia de que en ellos se estipulan derechos y

obligaciones recíprocos, no puede decirse que uno impone la ley y otro la acata. Todos legislan y todos obedecen. No sucede lo mismo con los Concordatos. La fuerza obligatoria de esta clase de pactos ¿emana de la autoridad exclusiva del Romano Pontífice, o de la autoridad formada por la asociación de éste con el Estado laico contratante? En el primer caso se admite que solo la autoridad del Papa imprime fuerza obligatoria a los Concordatos. Ninguna ventaja consigue entonces la autoridad civil celebrándolos, para que “el Romano Pontífice, usando de esa misma autoridad propia y exclusiva, podría revocar su vigencia cuando quisiera o cuando le conviniese. Se estaría a merced de la voluntad o de los caprichos de una de las partes contratantes. En el segundo caso se admite implícitamente la competencia del Estado para legislar sobre materias relativas a la disciplina eclesiástica. Si el Estado tiene esa competencia puede dictar por sí solo las resoluciones más convenientes que conduzcan al desenvolvimiento de las instituciones religiosas. La jurisdicción del Romano Pontífice es por consiguiente extraña y obvia.

Fácil es, con los datos de nuestra época, contestar la andanada que despidió el libro de Chacaltana. El porvenir no les dio la razón a los radicales. El Siglo XX ha visto una Sede Apostólica enlazada con todo el orbe por medio de pactos minuciosos. La pérdida de sus Estados no amenguó la importancia internacional del Papa. Puede decirse, por lo contrario, que el Jefe de la Iglesia Católica concita hoy el respeto y la admiración unánime de los pueblos civilizados. Puede discutirse su carácter de Vicario de Cristo. Lo hacen los protestantes y los impugnadores del dogma católico. Pero eso es un problema religioso. Nadie, en cambio, le discute sus derechos de soberano espiritual, su legítima misión internacional. La calidad jurídica del Papa brilla sin tachas para todas las naciones. ¿Habría fundamento para decir que Mussolini, en el colmo del poder político, se anotó una derrota al suscribir con Pío XI los Pactos lateranos de 1929? Para escarnio de los viejos principios liberales, ha sido, precisamente un gobierno totalitario, representante fiero de la máxima soberanía del Estado, el que se acercó al Vaticano para zanjar la tradicional Cuestión Romana. Después del status de 1929, no tiene sentido negarle al Papa personalidad internacional, autoridad de soberano.

En cuanto a la objeción de que un Concordato no ofrecía garantías por cuanto el Papa, habitando una región italiana, no podría ser compelido por las armas a cumplir sus compromisos, debe ser calificada de pueril e inconsistente. No es primer lugar un argumento que funcione únicamente para el Papa. El Perú lo podría utilizar, si fuese real, tratándose de pueblos como Suiza, Hungría, a los que tampoco es posible que llegase, hipotéticamente, nuestro Ejército sin invadir previamente territorios ajenos. La necedad de este argumento crece con su exploración. Basar la viabilidad de un convenio en la posibilidad de hacerle militarmente exigible, es un disparate. No

podríamos, en primer lugar, firmar Tratados comerciales, Convenciones de diversa índole, con países como los Estados Unidos, Francia, Alemania, Inglaterra, Japón, cuya riqueza, población y maquinaria bélica hacen completamente irrisoria cualquier esperanza de coactividad armada. El Derecho Internacional no tendría curso si lo inspiró el pensamiento de que solo pueden pactar entre sí las naciones de poderío semejante. De otro lado suponer que las materias eclesiásticas puedan mover a una guerra contra el Papa es tener una concepción medieval y no liberal de los problemas políticos, pues fue la Edad Media la gran época de las querellas militares contra el Papado. Resulta también contradictorio idear una guerra contra un soberano sin Estado. ¿Se trataría acaso de la persecución de una sola persona por todo un ejército fogoso? Misterios estos de imposible solución.

También es fácilmente refutable la tesis de que versando el Concordato sobre cuestiones que se relacionan con la vida social o administrativa – matrimonio, bautizos registrados, enseñanza, cementerios, etc.- celebrarlo es renunciar a una parte de la soberanía nacional. La deficiencia de este planteo liberal está en imaginar que las cosas espirituales son por naturaleza descarnadas, supra-sensibles. La autoridad del Papa es admitida para lo que se relaciona solamente con el alma del católico o el alma de la Iglesia. ¿Pero es posible concebir únicamente cosas espirituales que no tengan ninguna manifestación visible, ninguna relación con los cuerpos, con el aspecto colectivo, la disciplina y organización de los grupos humanos? Evidentemente no. El matrimonio es un contrato civil, pero es principalmente un sacramento. Un cementerio es un emplazamiento destinado a fines sanitarios, pero es también el lugar donde el cadáver aguarda la resurrección. La enseñanza es un servicio de la sociedad que tiende a capacitar a la juventud para sus funciones profesionales y patrióticas, pero es también el camino para mostrar a la mente humana la verdad de la Creación y de Dios. No hay nada humano exclusivamente espiritual, despegado de supuestos o derivaciones materiales. De allí dimana la más premiosa necesidad de los Concordatos, de conciliar justamente la participación que en los actos dominados por ambos poderes incumbe a cada cual. Que pueda oponerse la legalidad de la Constitución a la legalidad de los Concordatos es inadmisibles. Cuando la Constitución prescribe el Concordato y describe su elaboración y ratificación no puede decirse que le sea contrario. Lo constitucional, en nuestro caso, es hacer el Concordato. La inexistencia del pacto con Roma solo significa una larga y silenciosa violación de sucesivas Constituciones peruanas.

No subsiste tampoco, analizándolo, el reparo de que los Concordatos son frágiles porque su revocación puede producirse por simple voluntad de una de las partes. Asombra que un hombre inteligente como Chacaltana,

Ministro diplomático, pueda sostener tan rara doctrina. Cualquier tratado presenta la misma vulnerabilidad. Los tratados no son eternos. Unos se modifican, otros sucumben, otros se violan. La historia diplomática es una sucesión de tratados accidentados. El Derecho Internacional ha admitido siempre las fórmulas dentro de las cuales una nación puede desligarse de un compromiso escrito. Descartar el Concordato, por motivos aplicables a los demás tratados, es inconsecuente y superficial.

Hemos visto que las impugnaciones de Chacaltana carecen de vigor lógico, de contacto con la realidad. Y no se explica que un hombre que negara el carácter soberano del Papa, se refiriera a menudo a “la omnipotencia del Pontificado” y calificara de “soberano” al Santo Padre. Y que no advirtiera que si la soberanía del Papa no está respaldada por un Estado propio, se funda en un título trascendente: en la universalidad de su jurisdicción y en su preeminencia sobre todos los jefes de la tierra, revelada hasta en el detalle acordado por el Congreso de Viena en 1815, de que corresponde al Nuncio de Su Santidad el Decanato del Cuerpo Diplomático.

VII. En 1891, siendo Presidente de la República el General Remigio Morales Bermúdez, se intentó abordar, honestamente, la preparación del Concordato. Esta vez el Estado trató de acordar los pasos preliminares en cordial compañía con la Iglesia. El Ministro de Justicia y Culto, don F. Gerardo Chaves se dirigió, por nota oficial, a Monseñor Tovar rogándole formular y presentar un proyecto de Concordato, que sería remitido al Parlamento para que sus miembros lo examinaran y lo adoptaran como instrucciones para el Comisionado que fuese a Roma. Monseñor Tovar ha sido uno de los más encumbrados sacerdotes de la Iglesia peruana en la República. Llegó a ser Arzobispo de Lima y su palabra tuvo memorables vuelos de águila sagrada. Confiarle la redacción del proyecto de Concordato era hacerle un gesto significativamente amistoso a la Iglesia. Monseñor Tovar, en su respuesta de 24 de marzo de 1891, aceptó el encargo, y un mes más tarde envió su trabajo al Ministro. Lo intituló “Bases para un Concordato” y lo calificó de modesta exposición.

Antes de analizarlo conviene recordar que no es el de Monseñor Tovar el primero de los proyectos redactados. En el Tomo XI de la Colección de Tratados del Perú hecha por Aranda, aparece un Proyecto de Concordato sobre el cual la única noticia que suministra el recopilador es la contenida en una nota al pie de la página y que dice: “Este proyecto de Concordato, formulado antes de la erección de las Diócesis de Puno y de Huánuco, se halla entre las comunicaciones dirigidas al Ministerio de Relaciones Exteriores por el Agente Diplomático del Perú cerca de la Santa Sede; y aun cuando no se ha encontrado correspondencia referente a él se publica para

ilustración". Se atribuye ese proyecto a don Luis Mesones. Vargas Ugarte, el principal erudito peruano en cuestiones de historia eclesiástica, así lo afirma. Basadre y los biógrafos de Herrera, en el prefacio al primer tomo de sus "Escritos y Discursos" se refieren a un proyecto de Concordato que Herrera dejó listo en Roma. ¿Se trata de dos proyectos entonces, uno publicado y otro perdido? ¿O no hay más que un Concordato asignado a dos personas diferentes? Parece más verosímil lo primero. En las notas de Pedro Gálvez a nuestra Cancillería, cuando desempeñaba la Legación en Bogotá, es decir fresco aún en la memoria el viaje de Herrera a Roma se alude al Concordato planeado por Herrera. "Según tengo fundados motivos para presumir, el Señor Ministro Plenipotenciario don Bartolomé Herrera, ajustó en Roma un Concordato que, sin duda, por temor a la opinión pública, dejó de presentar al Congreso, la pasada Administración", escribía Gálvez el 22 de diciembre de 1857. Al año siguiente insistía en su sospecha: "los artículos relativos a la abolición del diezmo que, probablemente, harían parte del Concordato que el Señor Ministro Plenipotenciario don Bartolomé Herrera, concluyó en Roma y que tal vez se hallen en los archivos del Gobierno afirma al pedir que se le remitan los antecedentes del problema que negociaba con el Conde de Ledochawski. ¿Existió ese proyecto? La afirmación de Gálvez induce a creer que sí. ¿Es el que ha publicado Aranda? Lo más verosímil es que ese pertenezca a Mesones.

El proyecto presentado por Monseñor Tovar en 1891 no fue un escrito espontáneo, ni particular. Fue un documento solicitado por el poder público e investido de carácter oficial, ya que la comunicación en que se le encomendaba esa tarea lo convirtió, de antemano, en intérprete del Gobierno.

Difiere el proyecto de Monseñor Tovar, de aquel atribuido a Mesones, en su contenido y forma. Las bases de Monseñor Tovar no están agrupadas en artículos, que es el carácter usualmente adoptado por los proyectos de instrucciones legislativas, leyes o tratados. No presenta tampoco carácter esquemático. Se parece, más bien, a las monografías de las revistas eruditas o de las publicaciones académicas. No es, sin embargo, un ensayo exhaustivo. En cerca de treinta páginas el autor estudia, pedagógicamente, las materias que pueden ser incluidas en un pacto con la Santa Sede, delinea la orientación que debe adoptarse y la fundamenta en el pasado peruano o en la experiencia europea. La mejor definición de esas páginas es la que les dio el propio Monseñor Tovar al declarar en la introducción: "Por lo brevemente expuesto, han de servirnos de guía en este trabajo la Constitución de la República y las precitadas letras apostólicas, sin olvidar las tradiciones religiosas del pueblo peruano y las leyes y decretos de los congresos y gobiernos. Como antecedentes ilustrativos en tan importante materia, debemos tener a la vista los diversos Concordatos celebrados por

la Santa Sede con España y las repúblicas americanas, a fin de apreciar mejor el límite a que se puede llegar en este linaje de tratados. La presente exposición que somete al estudio y benevolencia del Supremo Gobierno, no puede ser, propiamente, un proyecto de Concordato, que a tanto no podría atreverme, no obstante la amplia autorización contenida, en el oficio del Señor Ministro de Justicia de 13 de marzo último. Es, simplemente, un conjunto de bases sobre los puntos principales, con las anotaciones y observaciones más pertinentes al esclarecimiento del asunto; pero, sin entrar en detalles y pormenores, que no corresponden a la naturaleza de este trabajo, ni son oportunos en este momento”.

Vamos a resumir los trece puntos que desarrolla en su estudio el proyecto de Monseñor Tovar.

1. *Religión del Estado.* El Concordato debe contener la declaración de que el Perú profesa y protege la religión católica y no permite el ejercicio público de otra alguna. Esa declaración, contenida en nueve Constituciones peruanas anteriores, es una de las bases de la unidad del Estado y del pacto político que constituye la nacionalidad peruana. La libertad de conciencia individual y la necesidad de la inmigración extranjera son objeciones que no proceden contra ella. La primera no se perjudica con el ejercicio privado de los cultos disidentes; la segunda se refiere a la situación de los extranjeros, que forman una minoría en el país y cuyo derecho no puede prevalecer contra el de la mayoría católica. Además, la protección pública a las sectas heterodoxas lesiona el fundamento canónico del derecho de Patronato según se expresa en la Bula de Pío IX.

2. *Educación de la Juventud.* La educación de la juventud en las Universidades, y establecimientos de instrucción deberá ser conforme en todo con la doctrina católica. Los Obispos tendrán plena libertad de dirigir la enseñanza en materias religiosas y vigilar la de las otras ramas del saber.

3. *Seminarios.* Consignar, sobre esta materia, la práctica establecida sin contradicción en el Perú: la creación y gobierno de los Seminarios han de tener por norma la legislación del Concilio de Trento.

4. *Censura de Impresos y Libros.* La autoridad civil reconoce a los Obispos la facultad de juzgar los libros que versen sobre la fe de la Iglesia o la moral pública y se comprometa a respaldar sus fallos.

5. *Comunicación de los Obispos y de los Fieles con la Santa Sede.* Ninguna traba podrá limitar el derecho del Romano Pontífice a comunicarse con sus Pastores y fieles. El Gobierno peruano suspenderá la práctica de poner el pase a los documentos pontificios ya que el Exequátur no viene a ser sino una revisión que hace la autoridad del Estado del poder soberano del Papa, incompatible con la independencia de éste y la protección a la religión, declarada en la Carta Política. La fácil comunicación con Europa, la propa-

gación de la prensa periódica hacen inútil al Exequátur.- Ha perdido ese trámite, en nuestros tiempos, su carácter de garantía porque el crimen de falsificación de los escritos papales es ahora imposible. El Gobierno peruano no ha usado el Exequátur sino para las Bulas de Institución de obispos, medida infundada después de la concesión del Patronato, ya que éstas no son expedidas espontáneamente por la Santa Sede, sino a petición del Presidente de la República. Como el Perú no ha recurrido al Exequátur sino para esta clase de Bulas, abandonarlo no presenta dificultades mayores.

6. *Juramento Civil de los Obispos.* El Concordato debe incluir, en materia de juramentos episcopales de fidelidad al Estado, la fórmula adoptada en el decreto del 16 de julio de 1889, expedido por Cáceres y cuyo tenor es el siguiente: "¿Juráis por Dios y por estos Santos Evangelios proceder con sujeción al Patronato Nacional, cumplir la Constitución y demás leyes de la República, y llenar fielmente vuestros deberes para con el Estado como ciudadano, y como Obispo?" A lo que contestarán; "Sí juro". Y concluirá la autoridad llamada a recibir este juramento diciendo: "Si así lo hicieréis, Dios os premie y si no Él y la Patria os lo demanden".

7. *Elección de Obispos.* El Concordato establecerá la participación de la Iglesia en los nombramientos episcopales. La ley del 10 de diciembre de 1851 así lo disponía. Suprimido el Consejo de Estado, que colaboraba en las designaciones, aquella ley no pudo aplicarse y se expidió la del 6 de octubre de 1864, que ordena al Ejecutivo la formación de una doble tema que debe ser remitida al congreso, a fin de que éste elija. Dicha ley es, según reza su artículo inicial, provisoria y de emergencia. Por ser éste su carácter, por contener ilógicamente la exclusión de la Iglesia que es la más directamente interesada, y por haber admitido la legislación anterior la intervención de los curas y del Capítulo Catedral, la derogación de la ley de 1864 es recomendable. Esto no quiere decir que se aparte de tan importante asunto al Estado. La fórmula más aconsejable sería la siguiente: Los Obispos de la República formarían un doble tema, el Gobierno escogería tres que presentaría al Congreso, el cual haría la elección. En las naciones católicas de Europa las presentaciones se hacen después de un previo acuerdo con el representante de la Santa Sede. Es natural esta precaución. Los hombres de Estado no conocen detalladamente al clero e ignoran los pormenores de su conducta sacerdotal y los impedimentos canónicos de que pueden adolecer. "A esta adversa circunstancia hay que atribuir el rechazo de algunos sacerdotes, el aplazamiento de otros, y a finalmente la institución de algunos, cuya conducta posterior ha justificado la poca voluntad con que los ha aceptado la Santa Sede".

8. *Presentación para dignidades, prebendas y parroquias.* El Concordato reconocerá a los Obispos participación en los beneficios mayores de las Iglesias

Catedrales. Se legitimará en el Convenio la supresión de muchas sillas de los Cabildos de la República, hecha por ley de 29 de septiembre de 1826.

9. *Órdenes Religiosas*. El Concordato admitirá que la Iglesia tiene derecho de establecer y propagar las órdenes religiosas, las que se regirán y gobernarán según las leyes y reglas de su fundación. El sometimiento de los regulares a un reglamento contrario a sus propias reglas y constituciones, lo que los coloca en la alternativa de violar los estatutos de sus fundadores y renunciar a los privilegios y gracias concedidas por el Papa, o de faltar a las leyes del país, fue la causa de la relajación y decadencia de las órdenes religiosas peruanas. El remedio de ese mal es único: restablecer la subordinación de los religiosos a sus superiores jerárquicos y la plena vigencia de sus Reglamentos y Constituciones respectivas.

10. *Cofradías*. El Concordato tiene que fijar algún acuerdo sobre esta materia. La Administración de los bienes de las Cofradías ha sido encomendada a las Sociedades de Beneficencia por disposición del Estado. Esta resolución ha lastimado el derecho que la Iglesia tiene de administrar sus bienes; y el que tienen los Obispos sobre todas las hermandades y obras pías, concedido por el Concilio de Trento, que ha sido promulgado en el territorio peruano. El Concordato debe definir esta situación haciendo que la Santa Sede consienta en lo estatuido por el Gobierno peruano, el cual, en compensación, podría distribuir los sobrantes en obras de instrucción primaria, de caridad y de fábrica de iglesias.

11. *Fuero Eclesiástico*. Uno de los fines que la Constitución de 1860 señala al Concordato es el arreglo de este punto. La Santa Sede reconocerá el desafuero del clero y que solamente pertenecen a los tribunales eclesiásticos las causas matrimoniales y las relativas a los sacramentos o al Ministerio sagrado propiamente dicho. El Concordato abolirá el recurso de fuerza, que consiste en la apelación a la potestad laica de lo fallado por los Obispos, con lo cual la autoridad judicial de éstos en las causas espirituales se vuelve pura ficción.

12. *Presupuesto del Clero*. Sustituidos los diezmos en 1859 por la renta a favor del clero, inscrita en el Presupuesto de la República, y aceptada esta modificación por el Papa en la Bula de Patronato, el Concordato solo debe, en este asunto, definir la situación, declarando la abolición de los diezmos y la obligación estatal de cubrir los gastos del Culto y del Clero.

13. *Bienes Eclesiásticos*. El Concordato reconocerá a la Iglesia el derecho pleno a adquirir, poseer y enajenar, al igual que el Estado. Las leyes no invadirán el campo de la propiedad eclesiástica. El Estado restituiría los bienes de la Iglesia que posee y se legitimaría, sin reclamar nada, el dominio ejercido por los particulares sobre antiguos bienes eclesiásticos. Los bienes de las corporaciones religiosas que dejasen de existir se aplicarían a fábrica de iglesias, culto divino, y beneficio de los Seminarios.

Una conclusión general cierra el proyecto de Monseñor Tovar que acabamos de analizar. En ella enaltece la importancia histórica de los Concordatos, recordando que, desde el siglo XII, casi todas las naciones del mundo los han celebrado; y que en el Siglo XIX los habían suscrito Francia, Italia, Baviera, Sicilia, Prusia, Hannover, Bélgica, Suiza, Rusia, Etruria, España, Austria, Portugal, Wirtemberg, Baden, Ecuador, Haití y las cinco Repúblicas centroamericanas. Confiesa que en la redacción de sus apuntes ha prevalecido el criterio de la Iglesia por dos razones: la catolicidad de la nación y la catolicidad del Estado pregonada por la Constitución. Y termina señalando que la necesidad del Concordato brota, visiblemente, de la multitud y gravedad de las cuestiones pendientes, las cuales contribuyen a la intranquilidad de las conciencias y a la creación de motivos de alarma entre el Estado y la Iglesia. “La celebración del Concordato, sostiene Monseñor Tovar, no es, por otra parte, un acto libre de la potestad civil, sino expresamente ordenado por la Constitución. El fundamento alegado por ella resume toda la doctrina sobre la materia; porque se reconoce el hecho de que las relaciones entre la Iglesia y el Estado no reposan sobre bases sólidas y se proclama la necesidad de obtener este feliz resultado por la celebración de un Concordato”.

La gestión del Gobierno en pro del Concordato, cuyo proyecto hizo redactar a Monseñor Tovar, halló eco oficial en la Iglesia peruana. El Episcopado peruano levantó, el 21 de septiembre de 1891, un Memorial colectivo al Supremo Gobierno en el que se solicitaba la celebración del Concordato, ya que la Bula de Pío IX no había colmado los vacíos con que la religión tropezaba en el Perú. Se decía en esa decorosa representación que el pacto con la Santa Sede estaba prescrito desde hacía treinta y un años en la Constitución, y se citaba el caso de otros países americanos y europeos, aun protestantes, que lo habían suscrito.

El Manifiesto de los Obispos detalla luego las cuestiones que demandan solución. Coloca entre ellas las siguientes: la definición, reglamentación y extensión del ejercicio del Patronato concedido, en vista de que las Leyes de Indias que sirvieron para aplicarlo y canalizarlo eran anticuadas e inoportunas, y suponían una sociedad de forma monárquica; la sustitución de la ley transitoria y provisional de 1864 para los nombramientos episcopales; la devolución a la Iglesia del derecho de heredar, sepultado bajo la losa del Código Civil de 1852; la supresión de la interdicción impuesta a las Cofradías para la administración de sus propios bienes; la revisión de los aranceles eclesiásticos; la supresión de las leyes y reglamentos hostiles a las órdenes regulares y la restauración para ellas de la libertad de observar sus reglas, premisa indispensable para la recuperación de su esplendor y la realización de sus fines civilizadores y misionales.

El reclamo del Venerable Episcopado Nacional insistía en el hecho de que la concesión del Patronato no había cancelado otras causas de debate, y que la propia España, poseyendo igual gracia apostólica, había celebrado cuatro Concordatos con Roma.

Desgraciadamente la exposición de Monseñor Tovar y esta respetable voz colectiva, cortésmente escuchada por el Gobierno y transmitida al congreso de 1892 por el Ministro de Relaciones Exteriores en su Memoria oficial, se deshicieron entre los prejuicios del ambiente y los arrecifes constitucionales vigentes.

VIII. La Constitución de 1920 mantuvo inalterables las disposiciones de la Constitución del 60 sobre Concordatos. Éstos debían ser celebrados por el Presidente de la República, de acuerdo con las instrucciones del Congreso. Así lo puntualiza el inciso 19 del artículo 121. Debían también ser aprobados por el Congreso una vez concluidos, así lo establece el inciso 18 del artículo 83. El texto constitucional no revocó pues, a pesar de la experiencia aleccionadora, la impertinente curatela del Congreso sobre la fase preliminar de los Concordatos.

Pero una notable sorpresa deshizo el sueño en que había vivido durante treinta años, el accidentado anhelo de un arreglo jurídico con Roma. El 22 de abril de 1929, el Ministro de Relaciones Exteriores, Alberto Salomón remitió al Congreso un Proyecto de Concordato entre la Santa Sede y el Perú. Es el tercero de los proyectos de Concordato elaborados en la Historia Republicana del Perú. Se relaciona, por su forma y prolijidad, con el que figura como compuesto por Mesones. He aquí el articulado íntegro del proyecto redactado en los días iniciales de la segunda Administración de Augusto B. Leguía:

Proyecto de Concordato entre el Perú y la Santa Sede.

Art. 1º La Religión Católica, Apostólica, Romana es la del Perú. El Estado la protege.

Art. 2º La Iglesia Católica, en el ejercicio de su plena libertad e independencia, podrá, sin ninguna intervención de la potestad civil, usar de toda su autoridad espiritual, y, en conformidad con sus propias leyes, ejercer la jurisdicción eclesiástica que le corresponde.

Art. 3º Perteneciendo al Romano Pontífice, por derecho divino el primado de honor y de jurisdicción en la Iglesia universal, los Obispos, el clero y los fieles tendrán libre comunicación con la Santa Sede.

Art. 4º Los Ordinarios eclesiásticos de la República gobernarán sus diócesis con toda libertad. Pueden convocar y celebrar libremente concilios provinciales y

sínodos diocesanos, ejercer todos los derechos que les compete en el ejercicio de su sagrado ministerio según las disposiciones canónicas vigentes, sin que pueda ponerse embarazo a la ejecución de sus providencias, las cuales, por el contrario, tendrán el apoyo de la autoridad civil cuando sea solicitado y se les prestará en la forma que permita y prescriban las leyes.

Art. 5º Gozando los Ordinarios del pleno ejercicio de su poder pastoral en el territorio de su jurisdicción, podrán penar libremente según las vigentes leyes eclesiásticas, a sus sacerdotes que no cumplan con las obligaciones de su cargo o con sus deberes sacerdotales.

Art. 6º En cada diócesis podrá libremente existir uno o más seminarios, en donde se formen los jóvenes que quieran consagrarse al estado eclesiástico. La dirección de la disciplina, la administración de los bienes y la enseñanza que se proporcione en esos planteles corresponderá exclusivamente a la autoridad del Ordinario diocesano, siempre que ellos estén destinados exclusivamente a preparar para la carrera eclesiástica; pues en el caso de que den otra enseñanza, quedan sujetos, en cuanto a ésta, a las disposiciones pertinentes de la ley de instrucción pública.

Art. 7º Las ceremonias religiosas del culto católico, cualesquiera que ellas sean, son de la incumbencia exclusiva de la autoridad eclesiástica, no teniendo en consecuencia las autoridades políticas y municipales otra ingerencia en ellas, que la de conservar el orden y hacer respetar el culto católico.

Art. 8º La iglesia en virtud de la personería jurídica que tiene, goza del derecho de propiedad. En consecuencia, puede adquirir por cualquier justo título, poseer, administrar y disponer libremente de sus bienes, muebles o inmuebles, en la forma establecida por el derecho común, y sus propiedades serán tan inviolables como las de los ciudadanos de la República.

Art. 9º Las propiedades eclesiásticas podrán ser gravadas en la misma forma y extensión que las demás propiedades particulares se exceptúan, sin embargo, los edificios destinados al culto, a los seminarios, a casas episcopales y curales, a conventos y monasterios, de propiedad de las instituciones respectivas, todos los cuales no podrán nunca gravarse con contribuciones, ni ocuparse o destinarse a usos diversos, mientras subsistan el servicio o institución establecidos en ellos, u otra equivalente de las exceptuadas.

Art. 10º El patronato privado solo lo ejercerán los designados en la fundación, y por su falta, el Gobierno oyendo al Ordinario.

Art. 11º Los Ordinarios diocesanos y los párrocos podrán cobrar de los fieles los emolumentos y proventos eclesiásticos canónicamente establecidos y no suprimidos actualmente por las leyes comunes; y en cuanto a la acción civil

que pueda establecerse respecto a ellos, se estará a las leyes comunes, a la costumbre inmemorial, a la prestación de servicios religiosos en que cada derecho se funda.

Art. 12º Las rentas procedentes de patronatos, capellanías, cofradías y demás fundaciones particulares administradas actualmente por las sociedades de Beneficencia, se aplicarán con toda exactitud a los fines señalados en las correspondientes fundaciones. Si después de cumplirse lo dispuesto en ellas quedaran sobrantes, se aplicarán éstos, a fines de piedad y beneficencia. El Ordinario será miembro nato de la respectiva Sociedad de Beneficencia Pública.

Art. 13º Los expolios de los Obispos se aplicarán en partes iguales, en beneficio del seminario diocesano y del culto de la Iglesia Catedral.

Art. 14º Como medio de perfeccionamiento, se reconoce el derecho que todos tienen para asociarse con fines religiosos, según las reglas de la Iglesia Católica. Para justificar su existencia o tener personería jurídica tales asociaciones, bastará la competente autorización de la autoridad eclesiástica. Ella será bastante para que las mismas puedan administrar y disponer de los bienes que les sean propios.

Art. 15º En ningún centro de enseñanza oficial se enseñarán doctrinas opuestas a la religión católica y habrá cursos obligatorios de Religión para los que la profesen, con textos aprobados por el Ordinario y con profesores de idoneidad reconocida por él.

Art. 16º En el caso de vacancia del Arzobispado, o de los Obispos, el Presidente de la República presentará al Santo Padre a un eclesiástico canónicamente idóneo. Esta presentación deberá hacerse dentro del término de un año, a partir del día de la vacancia de la Silla. En el caso de no hacerse la presentación dentro de este término, provee la Santa Sede.

Art. 17º En la vacante de una Iglesia Episcopal, el Capítulo de la Iglesia elegirá, libremente, el Vicario Capitular en el tiempo y forma prescritos en los sagrados cánones cuyo nombramiento se pondrá en conocimiento del Gobierno.

Art. 18º El Gobierno reconoce en los Prefectos o Vicarios Apostólicos la jurisdicción eclesiástica que les corresponde según las leyes de la Iglesia.

Art. 19º Cuando en una diócesis sea necesario nombrar un administrador apostólico, este nombramiento corresponderá a la Santa Sede, pero se hará de acuerdo con el Gobierno.

Art. 20º Corresponde al Obispado la erección, división y unión de las parroquias, según lo dispuesto en los sagrados cánones, pero dando aviso previamente al Gobierno.

Art. 21º Corresponiendo a la Santa Sede establecer las diócesis que estime necesarias, podrá elegir nuevas y variar las circunscripción de las que existen en el Perú, cuando así lo creyere útil y oportuno para el mayor provecho de las almas, consultando previamente al Gobierno y acogiendo las indicaciones de éste que fueren justas y convenientes. El mismo procedimiento se seguirá cuando la Santa Sede crea oportuno establecer nuevas Prefecturas o Vicariatos Apostólicos o variar la circunscripción de las Prefecturas o Vicariatos Apostólicos que existen en el Perú. Esta erección o variación de las diócesis no afectará el orden internacional, y, por lo tanto, ninguna diócesis o parte de diócesis de las que actualmente existen dentro del territorio nacional, podrá ser separada para formar parte de circunscripciones extrañas.

Art. 22º Es potestativo del Presidente de la República presentar al Obispo varones dignos para que sean promovidos a las dignidades y canónjías de gracia, de cualquier capítulo que sea: como también presentar varones dignos para la colación de las Prebendas de las Iglesias Catedrales, aun cuando quedaren vacantes en la Curia Romana, con tal que su vacancia haya sido declarada por la autoridad eclesiástica. El Presidente gozará también del derecho de presentación en cuanto a las canónjías de Oficio y a las Parroquias, observando siempre la forma canónica del concurso y del examen. Practicado este examen el Presidente elegirá un eclesiástico, entre los tres sujetos, los más dignos, que le hubieran sido presentados, a fin de que dicho eclesiástico reciba en seguida del Obispo la institución canónica.

Art. 23º Todo matrimonio canónicamente celebrado será reconocido por el Estado en cuanto a todos sus efectos civiles.

Art. 24º Serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges. Los efectos civiles del matrimonio se regirán por el Poder Civil.

Art. 25º Los individuos del clero secular y regular no podrán ser obligados a desempeñar cargos públicos incompatibles con su ministerio y profesión, y estarán además exentos del servicio militar. Los curas de almas están impedidos de formar parte de las Juntas de Registro y Escrutadoras en las elecciones políticas.

Art. 26º El Gobierno del Perú asignará y pagará a perpetuidad las dotaciones de los Obispos, Vicarios Capitulares, Administradores Apostólicos, Cabildos, Seminarios de las Diócesis existentes, o de las que después se establecerán; las dotaciones de las misiones, y de otras obras propias de la acción civilizadora de la Iglesia.

Art. 27º Subsistirán las rentas o asignaciones anteriormente destinadas al sostenimiento del culto en Iglesias, capillas u otros lugares religiosos. Si

acerca de este punto hubiera dudas o dificultades, el Gobierno se entenderá con la competente autoridad eclesiástica, a fin de establecer lo que proceda.

Art. 28º Después de los oficios divinos se hará en todas las Iglesias de la República la oración que sigue: Domine salvan fae Republican; Domine salvum Presiden eius.

Art. 29º Los ejércitos de la República gozarán de las excepciones y gracias conocidas con el nombre de privilegios castrenses, las cuales se determinarán por el Santo Padre en acto separado.

Art. 30º En el arresto o detención de los eclesiásticos se guardarán a éstos los miramientos debidos a su sagrado carácter. Al iniciarse proceso contra ellos se participará el hecho al Ordinario respectivo, el cual no podrá poner obstáculo al procedimiento judicial.

Art. 31º: Respecto a los cementerios católicos se procurará siempre por el gobierno conciliar las legítimas exigencias de carácter civil o sanitario, con la veneración debida al lugar sagrado y con las prescripciones eclesiásticas. En caso de discrepancia este asunto será materia de un acuerdo especial entre la Santa Sede y el Gobierno de Perú.

Art. 32º El Arzobispo y los Obispos del Perú prestarán su juramento ante la Corte Suprema o Superior, según la fórmula establecida en el artículo 163, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la República que es el siguiente: Juro por Dios desempeñar fielmente los deberes del cargo que se me ha conferido.

Art. 33º Los libros parroquiales se llevarán en doble ejemplar, uno que se guardará en el archivo parroquial y otro en el archivo de la Curia diocesana. Conforme a la ley del Perú las partidas de los libros parroquiales tendrán valor de instrumentos públicos, y de los incidentes relativos a dichos libros conocerá exclusivamente la autoridad eclesiástica.

Art. 34º Las causas civiles de los eclesiásticos, y las que se refieren a la propiedad y derechos temporales de las iglesias, de los beneficios y de otras fundaciones eclesiásticas, serán deferidas a los tribunales civiles. Las causas criminales de los eclesiásticos por delitos extraños a la Religión, y que estén penados en los Códigos de la República, serán deferidas también a los tribunales laicos.

Art. 35º Para ejecutarse las sentencias contra eclesiásticos en las que se imponga pena de muerte o aflictiva, se cumplirá, a la brevedad posible, por el Obispo propio del eclesiástico, cuanto prescriben los sagrados cánones en tales casos.

Art. 36º Por el presente acuerdo quedan derogadas y abrogadas todas las leyes, órdenes y decretos que en cualquier tiempo y de cualquier modo se

hubieran promulgado, en la parte que estén en oposición con este convenio, cuya fuerza en lo porvenir será firme como la ley del Estado.

Art. 37º La ratificación y el canje del presente convenio se hará en el plazo de seis meses contados desde la fecha de la suscripción, o más pronto si fuere posible.

En fe de lo cual etc., etc.

Desde el punto de vista constitucional el proyecto que acabamos de copiar es de naturaleza ambigua. La Constitución dice que el Congreso debe impartir las instrucciones para el Concordato; no establece, porque sería absurdo determinarlo así, que toca al Congreso redactar el Concordato que luego el Ejecutivo debe enviar a Roma, para ser firmado allá. El documento presentado al Parlamento en abril de 1920 es un borrador de Concordato; no un pliego de instrucciones. Éstas diseñan las orientaciones generales, los principios básicos, lo que podríamos llamar el marco de la negociación. Nunca son fórmulas rígidas, impermeables, cristalizadas. Desde las instrucciones combate el diplomático, como desde una trinchera movible, susceptible de repliegues estratégicos, de compensaciones y avances. Las instrucciones son un respaldo, no una envoltura. El proyecto, en el caso de haber sido aprobado por el Congreso, habría constituido una causa de entorpecimiento de cualquier arreglo. ¿Qué hubiera pasado si la Santa Sede no hubiera consentido en los treinta y siete artículos del proyecto? El acuerdo sobre los otros treinta y seis no hubiera prevalecido. Porque el permiso del Congreso, al versar sobre el todo, habría encontrado que se incumplía éste, al no admitirse una de las partes, por pequeña que fuere. Las instrucciones proporcionadas a Olmedo y Paredes en 1825, las que formuló el Senado en 1849 y luego en 1853, las que proyectó Monseñor Tovar en 1891 por encargo del Ejecutivo, contienen el enunciado de los objetivos primordiales, pero dejan al libre juego de la misión y a las conferencias entre las partes el cargo de convenir lo concreto y de fijarlo en un tratado. El proyecto enviado al Congreso por el Ministro de Relaciones en 1920, no es un proyecto de instrucciones; es un proyecto de Concordato, construido en forma de tratado, con párrafos inamovibles. A las tradicionales vallas que la realidad constitucional había creado en el siglo pasado y que la Asamblea del 29 retuvo en el texto de la nueva Carta, se sumó la calidad poco viable de la propuesta de nuestra Cancillería al Congreso, calidad que seguramente contribuyó al estancamiento indefinido en que yace el proyecto, no obstante haber sufrido la revisión de las comisiones parlamentarias.

Tres son los dictámenes que recayeron sobre el proyecto presentado por el Ministro Salomón. El primero fue el de la Comisión Eclesiástica,

suscrito por los señores Mariano N. García, Martín Serrano, José Rada y Gamio, Adolfo Chávez y Nicacio Arangoitia. Este informe no contiene ningún reparo al proyecto. Por razones jurídicas, sociales y políticas que expone, cree la comisión que es conveniente aprobar la iniciativa del Ministro y ratificar el proyecto presentado.

Los dictámenes presentados por la Comisión Diplomática son dos. El primero firmado por los señores Pedro José Rada y Gamio y Foción Mariátegui realiza un estudio exhaustivo del proyecto y rememora, sintéticamente, la historia eclesiástica peruana. Después de aprobar la procedencia del pacto, por el estado floreciente del Papado y por la conveniencia de cumplir con la disposición constitucional, el dictamen analiza cada uno de los artículos propuestos. Deja intocados a 35 de ellos. En la base tercera suprime la siguiente declaración:

“Perteneciendo al Romano Pontífice, por derecho divino, el primado de honor y jurisdicción de la Iglesia universal”. Y en la base 13^a sustituye el destino de los expolios aplicándolos a los seminarios y al culto de la Iglesia. La exposición, redactada indudablemente por el doctor Rada y Gamio, con su característico estilo ampuloso, encierra diversos pasajes de homenaje para el Santo Padre, para su espectral posición política, para su soberanía internacional. Subraya el daño producido por la falta secular del Concordato. “Si desde los albores de la Independencia del Perú, dice, se hubiera precisado y determinado con clara serenidad el campo de acción de la Iglesia y del Estado, en el cumplimiento de sus recíprocas relaciones, en el desenvolvimiento de nuestra historia se habría evitado, todo aquel cúmulo de incidentes de índole netamente eclesiástica o mixta, suscitadas entre la autoridad religiosa católica y los Poderes Públicos nacionales, sin finalidad práctica alguna, sin alcance patriótico, y que más de una vez fueron causa de excesos lamentables y aun de acontecimientos políticos trascendentes. Herederos de un pasado colonial regalista y galicano, cuya expresión viva y legal eran las Recopilaciones nueva y novísima de Indias, y un respetable cúmulo de pragmáticas y reales órdenes, no pudimos olvidar esa tradición en materias eclesiásticas, y nos ufanamos de aplicar y de mantener incólume e intacta esa legislación que era propia de los tiempos de Aranda, Pombal y Floridablanca, antes que de la cristalina y libre atmósfera de los tiempos republicanos. Así la elección de un Prelado de convento, la presentación para un beneficio, la publicación de un jubileo, la celebración de una ceremonia religiosa, la reunión de un sínodo, la reedificación de una iglesia, eran grandes problemas del Estado, que dieron ocasión, muy especialmente, para que se hiciera memorable la capacidad de los fiscales de la nación, doctores José Gregorio Paz Soldán y Manuel Toribio Ureta. En el progreso de nuestra vida republicana hemos ido dando de mano a

ese orden de incidentes y de luchas estériles, sin duda porque era cada vez mayor la intensidad de nuestra vida interna y externa, porque otros y más graves problemas demandaban nuestra atención, y porque las auras de libertad del siglo XIX y las de sociabilidad de la actual centuria, fueron borrando del campo de la jurisprudencia y de la política, esa herencia colonial a que antes nos hemos referido. La celebración de un Concordato entre el Perú y la Santa Sede vendrá a evitar, en el futuro, todavía aun más, cualquiera ocasión de rozamiento o de lucha entre ambas potestades, la espiritual y la temporal; luchas y rozamientos que nunca han conducido a nada práctico, ni han dado otros resultados ni otros frutos que los de meros recuerdos históricos, no siempre gratos e importantes. Urge plantear esta cuestión: ¿en los momentos actuales debe el Perú celebrar un Concordato con la Santa Sede? Contestamos afirmativamente fundados meramente en un criterio político e internacional, que es el que respecta a esta Comisión Diplomática". Y más adelante precisa la Comisión este criterio patriótico, esta inspiración realista, secular de su apoyo al Concordato: "Grave error sería plantear el debate de este importante asunto en el terreno religioso, que tantas veces apasiona a los contendientes y a los que tienen credos diversos. La historia lo demuestra elocuentemente aun con páginas escritas con sangre. Vuestra Comisión ha consultado como norma segura de sus investigaciones el bien del país, el respeto de su soberanía y derechos".

El tercer dictamen, mucho más breve, suscrito por los señores Carlos A. Calle y Manuel Prado, es también favorable al proyecto ministerial, pero con importantes reservas. Coincide con el anterior en la supresión de la frase "por derecho divino", en el artículo tercero. El artículo 8º es modificado en el sentido de que los fondos obtenidos mediante la venta o el gravamen de los bienes eclesiásticos, deberán ser invertidos en provecho de la Iglesia en el territorio nacional. Se enmienda así mismo el artículo 15º, al que se suprime la frase que atribuye a los Obispos la facultad de juzgar y aprobar la idoneidad de los profesores de religión en los colegios oficiales. Tratándose del artículo 16º., el dictamen indica que en caso de vacancia de la Silla Apostólica durante más de un año, el Prelado nombrado por la Santa Sede deberá ser peruano y aceptado por el Gobierno. Se pide la modificación del artículo 21º, en el sentido de que las nuevas Diócesis, Prefecturas o Vicariatos Apostólicos que se crearen tendrán que ser erigidos de común acuerdo entre el Gobierno y la Santa Sede, con aprobación del Congreso. Al artículo 23º, sobre los efectos civiles del matrimonio canónicamente celebrado, se añade la salvedad siguiente: "mientras las leyes de la República no dispongan lo contrario". El fundamento de esta alteración era no estorbar el curso de la naciente ley de divorcio que el congreso acaba de aprobar entonces. El artículo 24 sufre un añadido que especifica que

las causas matrimoniales que afecten el vínculo religioso del matrimonio serán las reservadas a los tribunales eclesiásticos. Retocando el artículo 26º, el dictamen precisa que el Gobierno continuará pagando a los Seminarios Diocesanos las subvenciones de que actualmente disfrutaban, y acordará lo conveniente a los que se establezcan en lo sucesivo. El dictamen reforma el artículo 33º, estableciendo que de los incidentes a que den lugar las partidas de bautismo conocerán también los tribunales ordinarios.

El proyecto de Salomón y los dictámenes no pasaron nunca el examen del Congreso. Cobijados en el archivo allí siguen aún, no obstante estar listos para la orden del día, desde hace veinte años. Las Memorias oficiales de los Ministros de Relaciones vecinas de la época en que se presentó el proyecto aluden a la siesta que había caído sobre él. La memoria de 1922 encarece a los representantes a que den las instrucciones solicitadas; la Memoria del 23, debida a Salomón dice: "Es ya una necesidad la aprobación del proyecto de Concordato que el Gobierno desea celebrar con la Santa Sede y que fue sometido para los efectos de la atribución a que se refiere el artículo 83, inciso 18 de la Constitución del Estado, el 22 de abril de 1920. Una vez más me permito encarecer a los señores representantes que se sirvan formular las instrucciones que prescribe dicho inciso constitucional". Las siguientes memorias ya ni siquiera insisten. En 1926, por última vez, la del señor César A. Elguera dice, en el capítulo relativo a la Santa Sede: "El día 22 de abril de 1920 fue remitido a la Cámara legislativa el proyecto de Concordato suscrito con la Santa Sede. El Gobierno abriga la confianza de que la Representación Nacional querrá brindar su aprobación en la presente legislatura, a tal documento que tiende a robustecer nuestros vínculos con el Vaticano y que habrá de reportar beneficios muy grandes a nuestra Iglesia". Esa confianza fue defraudada. El Gobierno de Leguía cayó en 1930 y con él las instrucciones perfiladas en el Proyecto de 1920.

Es de lamentar el fracaso de aquella tentativa. Nunca estuvimos más cerca de la posibilidad de Concordato que en aquella época. Existió un deseo del Gobierno, fueron solicitadas las instrucciones, las Comisiones legislativas, con variantes poco numerosas aprobaron las sugeridas, por el Gobierno; y las relaciones de hecho entre el Estado y el Vaticano fueron de concordia y respeto grandes. ¿Por qué en medio de tan excelente temperatura no fructificó el esfuerzo hacia el Concordato? Por la invariable y perpetua languidez del Parlamento, por su muy antigua inercia en una materia que nunca y de ninguna manera debió serle asignada.

IX. Llega este estudio a su parte final. Todas las tentativas que para perseguir o enfrentar la realización del Concordato, he reseñado en páginas anteriores, pertenecen a una etapa superada en la actualidad. Podría ser

llamada la etapa del Concordato diseñado por el Congreso, y cuyo saldo es un condenable vacío.

Una nueva época acaba de abrirse con la reciente modificación de nuestra Carta política vigente. La época del Concordato inspirado exclusivamente por el Poder Ejecutivo. En adelante los Concordatos estarán sujetos al mismo régimen de los demás tratados internacionales, que le corresponden nativamente, y del que tan caprichosamente estuvieron desalojados por los legisladores del siglo pasado y primera parte del actual. Morirá por lo tanto la encanecida disculpa de la falta de instrucciones parlamentarias y dejará de clamar en el desierto la disposición constitucional que preceptúa la celebración de un pacto con la Sede Romana.

Varios son los antecedentes de la reforma defendida por el diputado por Tacna, doctor Roberto Mac-Lean Estenós, en abril de 1940.

Debe citarse, en primer lugar, la nueva visión del fenómeno religioso adoptada por nuestro tiempo. El siglo pasado vivió embriagado por el vino ideológico de la Revolución Francesa. Las ideas de aquel gran movimiento en materia de política religiosa fueron muy simples, y naturalmente muy resueltas. Una dominó sobre las demás: la de romper la alianza entre el trono y el altar consumada en la Edad Media y mantenida a lo largo del antiguo régimen. Los hombres de la Revolución y los liberales de la República simpatizaron con ese punto del programa revolucionario. Nuestro antiguo régimen había sido el Coloniaje, durante el cual la unión de la Iglesia y el Estado fue muy íntima. Pareció que sujetar la Iglesia era sujetar al Virreinato, y que la independencia del Perú exigía leyes que mantuvieran en estado de sitio a la Iglesia. Impedir que Roma lograra y afanzara sus usurpaciones era un objetivo sonoro al que ningún político liberal se habría sustraído. Como la Iglesia solo conoce reveses parciales o provisorios, la actitud hostil, en un medio católico tan ejemplar como el nuestro, no pudo conseguir sino ventajas secundarias. No tuvimos persecuciones repugnantes, masacres a los fieles, asaltos a los templos. A través de la neblina oficial siguió irradiando su luz intensa la Iglesia y nadie, en verdad, trató de apagarla para siempre.

El siglo pasado ha pasado efectivamente, para dolor de unos cuantos retrasados. El viento hincha hoy las velas en otra dirección. Se sabe que el sentimiento religioso es un hecho social que debe ser considerado en la vida de la comunidad con el mismo respeto que merecen el trabajo, la cultura, los lazos de familia. La Iglesia consentida por el Estado, la Iglesia menor de edad, la Iglesia como asociación privada, son fórmulas caducas. La frase de Gambetta: *“Le clericalisme, voilà l’ennemi”*, yace en el cementerio de las supersticiones burguesas, junto a varias decenas de hermanas igualmente estériles. ¡Se han conocido tantos enemigos de verdad! Ningún estadista goza

ya defendiéndose de la Iglesia, ni cree importante conseguir su postración. Todos han visto, por lo contrario, que la barbarie se recrea y desencadena cuando el Estado se divorcia de la Iglesia y la ataca. Tal ha sido el caso de la Rusia Soviética, la Alemania Nacionalista-Socialista, y la España marxista en Europa. Méjico, en nuestra América es otro ejemplo deplorable.

Ahora nos domina la idea de que el Estado tiene una función social y de que su acción no puede ignorar a las instituciones vivas. La Iglesia, como gremio de los santos, es mirada con respeto por los sistemas corporativos. Los Estados desean orientar éticamente a las naciones, y como no pueden inventar normas de conducta sin ningún respaldo en la naturaleza de las cosas y en el pasado, se acogen a la moral cristiana, moral probada, objetivamente cierta o históricamente maravillosa. Y de este modo la figura dominadora de la iglesia aparece en nuestros años, inclusive para los que no se sienten enrolados en su misterio sobrenatural, como una aliada de los grandes proyectos del Estado, como una fuerza infatigable de cultura, de unidad nacional, de perfeccionamiento cívico.

Esta restauración del prestigio de la Iglesia ha propiciado una renovación del catolicismo peruano. El catolicismo ha dejado de ser en nuestro suelo aquella actitud devota, pero poco gallarda y dinámica, que sirvió de tema a Manuel González Prada para aquellas frases de plebeyo vestidas con túnica, con que insultó mediocrementemente a las cosas y a los hijos de la Iglesia. A partir de la caída del gobierno de Leguía el catolicismo se remozó, se ilustra y se recubre de prestancia. Muchas causas coadyuvieron a ese renacimiento, pero sería injusto no mencionar la influencia ejercida por los libros y la acción de Víctor Andrés Belaúnde, por las instituciones juveniles de la Acción Católica, por la Universidad Católica, y por la difusión entre nosotros del pensamiento católico de la Francia contemporánea. En este clima intelectual óptimo para la Iglesia, cuyo fruto multitudinario fue el Congreso Eucarístico de 1935, no era extraño que pudiera plantearse y salir adelante la reforma constitucional sobre Concordatos y nombramiento de obispos, que tiende a fomentar el desenvolvimiento de la Iglesia y a depurar el surgimiento de sus capitanes regionales.

Un tercer factor propicio para la reforma ha sido la nombradía de que goza en el presente la Santa Sede. No obstante sus cuarenta y dos hectáreas de superficie —verdadero modelo de franciscanismo territorial—, a pesar de sus quinientos habitantes, el Estado Pontificio es un verdadero faro para las Cancillerías más poderosas de la actualidad. Hacia el Papa van los mensajes cifrados de los gobernantes de las mayores naciones, en las horas decisivas o en las vísperas del temor. Su calidad de árbitro moral internacional está en el mediodía. Todos los países mantienen representación diplomática ante el Vaticano y los jefes de Gobierno que van a Roma se preocupan por inclinarse

ante el sucesor de San Pedro. Negociar con tal soberano no es simplemente una necesidad impuesta por los problemas pendientes; es también un honor. Por eso es significativo que nadie haya negado al Papa, con ocasión de la reforma sobre Concordatos, su legítimo rango de soberano.

La reforma constitucional tiene también antecedentes políticos y técnicos inmediatos. La Comisión nombrada por el Gobierno en 1931 para que formulara un ante-proyecto de Constitución del Estado redacta el esbozo de la nueva Constitución. Presidió aquel grupo el eminente profesor de Derecho Constitucional doctor Manuel Vicente Villarán. Escritores y hombres versados en las disciplinas jurídicas colaboraron en aquel empeño. La hermosa Constitución que la Comisión presentó al Gobierno había abolido, por completo, el control del Parlamento en la fase preparatoria de los Concordatos, a los cuales ni siquiera menciona, reasumiendo éstos, por consiguiente, su justo carácter de tratados internacionales.

En 1936 fue llamado a la Cartera de Relaciones Exteriores el Maestro de Derecho Internacional Público doctor Alberto Ulloa. Había sostenido, desde la Cátedra de la Universidad de San Marcos, la doctrina de que, dentro de las condiciones políticas actuales, no se justificaba la ingerencia de un cuerpo político como el Congreso en los nombramientos episcopales. Pues bien, esta intervención parlamentaria, censurada desde el llano, fue la que evitó que prosperara la gestión ministerial de Ulloa en favor del Concordato. En sus conversaciones con el Nuncio, para acordar el proyecto de instrucciones que el Ejecutivo remitiría al Congreso, no pudo llegar a ningún resultado positivo. El Representante de la Santa Sede declaró, terminantemente, que cualquier Concordato tendría que contener, en su articulado, una disposición que desterrara la intervención del Congreso en la Provisión de las Diócesis, ya que el Patronato, conforme a la Bula de Pío IX, es un privilegio exclusivo del Presidente de la República. En su Memoria oficial el Ministro consigna el obstáculo que detuvo su gestión y recomienda la reforma constitucional en estos términos: "Dentro del sistema constitucional vigente, la objeción de la Santa Sede es insalvable porque no está en las facultades del Poder Ejecutivo prescindir de normas expresas de la Carta Política. Cree el suscrito, sin embargo, que debe procurarse oportunamente una reforma constitucional porque no se justifica, en la situación actual en las relaciones entre la Iglesia y el Estado la intervención del Congreso en la designación de las altas dignidades eclesiásticas que debe ser hecha con criterio de calidad y de conveniencia social que las características políticas de las asambleas parlamentarias no aseguran en todos los casos". Este párrafo nos explica porqué la reforma sobre la negociación de los Concordatos, ha sido solidariamente acompañada por la reforma constitucional de la misma fecha sobre nombramientos episcopales.

La tentativa de 1936 ha sido la última en favor del Concordato. Se frustró también, por razones derivadas de la intervención del Congreso en cuestiones eclesiásticas, intervención que debe ser incansablemente repelida.

Esa ha sido, efectivamente, la tesis últimamente vencedora. La idea de desconectar al Congreso de los problemas religiosos aparece con firmeza en la obra de José Pareja Paz Soldán "Comentarios a la Constitución Nacional", crítica integral de todas las instituciones de derecho público en el Perú. Refiriéndose a las instrucciones parlamentarias prescritas por el inciso 22, del artículo 54 el autor dice: "La limitación, que establece la segunda parte del artículo 234 merece algunos comentarios. La propia Constitución señala, entre las facultades del Presidente de la República, la de negociar tratados internacionales y el Concordato es un tratado, según acabamos de ver. La función del Congreso se limita a aprobar o desaprobado los pactos y convenciones internacionales, siendo general la tendencia que niega al Parlamento competencia para modificarlos o para dirigirse al Poder Ejecutivo, pidiéndole oriente su gestión diplomática en un sentido determinado. El dispositivo del artículo que comentamos revela, cuando menos, el temor de que el Gobierno pueda hallarse influenciado por un Soberano o Potencia extranjera, para lo cual es necesario defender a la nación, mediante estas instrucciones. Éstas implican además un doble debate legislativo: antes de negociar el Concordato para acordar dichas instrucciones. Y una vez firmado, para ratificar el acuerdo. Tales trámites crearán tensiones y resistencias innecesarias o inútiles discusiones que dificultarán, en vez de favorecer la obra concordataria. Bien pudiera suceder que la mayoría parlamentaria que aprobó las instrucciones sea distinta de la que tiene que ratificarlo. Y entonces se podría presentar el absurdo constitucional que un Concordato firmado conforme a la orientación trazada por el Congreso, lo desapruébe más tarde, ese mismo Cuerpo" (pág. 308).

Esas razones aparecen también en el Memorandum elevado por el Nuncio, Monseñor Fernando Cento, al Presidente Óscar R. Benavides, en marzo de 1939, en el que solicitaba la inclusión de las materias eclesiásticas en el plebiscito que para reformar la Constitución promovió aquel Mandatario. Un Memorandum del Arzobispo de Lima, Monseñor Pedro Pascual Farfán, igualmente inédito, robusteció la gestión del representante del Vaticano. Ambos pedidos fueron desatendidos, y el plebiscito no alineó en su cuestionario las materias eclesiásticas solicitadas por los Prelados. Como todas las modificaciones presentadas obtuvieron la aprobación pública, fácil es presumir que aquéllas que tendían a beneficiar a la Iglesia habrían merecido también la consagración de la mayoría nacional católica. Pero los caminos de la Providencia son sorprendentes. Vista aquella cir-

cunstancia con los elementos del presente, debemos alegrarnos de que los artículos relacionados con el catolicismo no formasen parte de la consulta nacional del 1939. Parecía a casi todos que esa era la oportunidad para las reformas eclesiásticas ansiadas, la gran oportunidad que no reaparecería nunca. Lo que vino ha derogado esa opinión. La Reforma efectuada por el Congreso era posible. Y hoy que la Iglesia la ha obtenido debe estar segura de la estabilidad de los nuevos modos llegados por la vía regular y tradicional, permanencia que sería problemática si hubieran venido a través del plebiscito, cuya legitimidad tantos ponen en duda.

Tal vez para desagrar a los representantes de la Iglesia, cuyo pedido no escuchó en vísperas del plebiscito, el General Benavides consignó en su Mensaje al Congreso, leído el 8 de diciembre del año pasado, las siguientes palabras de esperanza: "En mi decidido empeño para el mejor acierto del Gobierno en el uso de los derechos que le concede el ejercicio del Patronato y coordinando debidamente el interés eclesiástico con la dignidad nacional, dejé también, dos estudiados proyectos de reformas de la Carta Política, que serán sometidos a la deliberación del Congreso y que contribuirán grandemente al bienestar religioso de la Nación. Se refieren a la nominación de Obispos y a la celebración del Concordato. El sistema actual dificulta la selección de los primeros e imposibilita la realización de los segundos, manteniendo un estado de cosas confuso e inconveniente que es imperioso remediar".

Los misteriosos proyectos a que se refiere el Presidente Benavides nadie los conoce y seguramente no existen. Por otra parte, ellos son imposibles dentro de la técnica constitucional. Según el artículo 124 de nuestra Ley del Estado, el derecho de iniciativa a la formación de las leyes corresponde a los senadores, diputados, poder ejecutivo y miembros del Poder Judicial. El Presidente cesante no goza de ese derecho. ¿Quién iba entonces a presentar los proyectos aludidos? ¿El Ejecutivo actual? ¿El Presidente anterior incorporado al Senado? Difícil es saberlo. La incorporación no se produjo y el nuevo Gobierno no envió ningún proyecto. El hecho evidente es que los proyectos a que se refiere el Presidente Benavides no se han hecho públicos y no han sido sometidos al Congreso. Desde el punto de vista de una historia documental de la Iglesia en el Perú, el párrafo del General Benavides, copiado anteriormente, induce a suponer escritos que no han existido.

Sin embargo, como esas frases abogan por un cambio de régimen en las relaciones entre la Iglesia y el Estado, no sería extraño que hubieran contribuido fuertemente a inclinar la voluntad del Congreso actual, tan adicto al Presidente Benavides, en el sentido de la reforma aprobada.

Como las cosas adelantan por las personas, conviene precisar cuáles han sido los hombres que han movilizad la enmienda constitucional. Han

sido dos. Monseñor Fernando Cento, Nuncio de Su Santidad Pío XI y Pío XII y el doctor Roberto Mac-Lean Estenós, diputado por Tacna y Profesor de Sociología de la Universidad de San Marcos. Monseñor Cento tiene una vasta experiencia de los problemas eclesiásticos americanos. Ha sido Nuncio en Venezuela y en el Ecuador, países en los que ha solucionado litigios viejos y complicados. Su sencillez y su dignidad, su cultura clásica y su calor apostólico, su simpatía inobjetable, han hecho de él el Decano ideal de nuestro Cuerpo Diplomático y un representante pontificio al que rodean la deferencia más grande y la más sentida cordialidad. Unido por feliz amistad al doctor Mac-Lean ha podido explicarle, minuciosamente, las ventajas de la reforma presentada por éste a sus colegas parlamentarios. El doctor Mac-Lean tiene la influencia de un líder en el Congreso y este factor personal debe ser subrayado como causa de un éxito, que intentado tal vez por otro diputado de menor ascendiente, habría fracasado o sufrido tediosas dilaciones.

¿En qué consiste la reforma? Versa sobre dos puntos: nombramiento de Obispos y Concordatos. La Constitución de 1933 dispone lo siguiente sobre la segunda cuestión, objeto de la presente tesis. Art. 234: Las relaciones entre la Iglesia y el Estado se regirán por un Concordato, celebrado con arreglo a las instrucciones dadas por el art. 154, inciso 22: (Son atribuciones del Presidente de la República) Celebrar Concordatos con la Santa Sede, arreglándose a las instrucciones dadas por el Congreso. La Reforma ha derogado la segunda parte de ambos dispositivos. El texto nuevo reza así: "Las relaciones entre el Estado y la iglesia Católica se regirán por Concordatos celebrados por el Poder Ejecutivo y aprobados por el Congreso. Modifícase en ese sentido el artículo 234 de la Constitución vigente, derogándose también el inciso 22º del artículo 154 de Nuestra Carta Política".

Setenta representantes suscribieron la propuesta de reforma. El diputado Mac-Lean la fundamentó, juntamente con la de los nombramientos episcopales. "El Concordato es, dijo, un tratado bilateral entre la Iglesia y el Estado que somete a un régimen especial numerosas materias que no pueden organizarse por resolución exclusiva de una de las partes. El 11 de enero de 1753 se firmó un Concordato entre el Sumo Pontífice y los Reyes de España, que ha sido el fundamento del derecho canónico español, vigente también en las Colonias. Emancipado el Perú y hasta 1853 no se iniciaron las gestiones para firmar entre nuestro Gobierno y la Sede Apostólica. Este año intentó hacerlo en Roma nuestro insigne compatriota Monseñor Bartolomé Herrera, sin obtener éxito. Lo propio aconteció en 1870 con Pedro Gálvez, Comisionado del Perú para regularizar nuestras relaciones con la Santa Sede. El Congreso de 1920 dio instrucciones al Ejecutivo para celebrar un Concordato, incluyendo entre ellas la consignada en el párrafo 16, en que

declara ajustándose a la recta aplicación de la Bula de 1874, como prerrogativa del Presidente de la República —y no del Congreso— la presentación de arzobispos y obispos ante la Santa Sede. El obstáculo insalvable para la celebración del Concordato ha sido —y sigue siéndolo— la exigencia constitucional de “instrucciones previas del Congreso” requisito que no existe para negociar los demás tratados internacionales y que constituye, por lo mismo, una excepción injustificable que remedia el artículo tercero del proyecto en debate, que somete el Concordato al mismo régimen de los demás tratados internacionales para los que se requiere la aprobación del Congreso”.

¿Cuál es el estado en que se halla la Reforma? La Constitución de 1933 dice que “Toda reforma constitucional debe ser aprobada por las Cámaras en Legislatura Ordinaria y ratificada por ambas Cámaras en otra Legislatura Ordinaria” (art. 236). La enmienda sobre Concordatos ya recibió la primera aprobación en Diputados y Senadores. Es de esperar que en la Legislatura de julio de este mismo año sea confirmada absolutamente, ya que los factores que han provocado la naciente reforma no han experimentado ninguna variante.

Al recibir la enmienda su plenitud jurídica, fallecerá la causa exclusiva por la que el Perú carece de un Concordato con Roma. En manos del ejecutivo el pacto con el Santo Padre prosperará. Habrá terminado la longeva historia del Concordato inexistente y ya no abandonarán su carácter de desagradable recuerdo constitucional, los párrafos que en todas las Cartas políticas repitieron la funesta prescripción de las instrucciones parlamentarias preliminares.

CONCLUSIONES

1. Los límites del Perú son: Ecuador, Colombia, Brasil, Bolivia, Chile y el Océano Pacífico. Pero tenemos también frontera con otra soberanía: la de la Santa Sede. Las naciones mencionadas viven a nuestros lados territoriales. El Vaticano existe encima de nosotros. Nuestra frontera con él no ha sido sin embargo fijada. El Concordato es un tratado de límites espirituales. No lo hemos hecho y por eso la República debe poner junto a su problema internacional pendiente con el Ecuador, su problema internacional de fronteras espirituales con la Santa Sede.

2. Ha fracasado el Concordato por haberse necesitado para su negociación instrucciones previas del parlamento. Ha sido para el único tratado internacional para el que se ha exigido ese requisito. Se trató a la Santa Sede como si su soberano fuera el más peligroso de los soberanos, como si el convenio que se arreglara con ella nos podía acarrear pérdidas trascendentes, que era necesario prevenir, con la vigilancia anticipada del

poder legislativo. Se ha cedido succulentas porciones de la Patria a Brasil, Colombia, Chile, por medio de tratados que no necesitaron para nacer instrucciones previas del Congreso. La ingenuidad de nuestros legisladores concentró sus baterías contra el terrible poderío del Obispo de Roma, contra el único Jefe franciscano de la tierra, contra el único cuyo imperialismo no es, ni puede ser, amenazante. Por exceso de precauciones, por abundancia de recelos no hemos podido dar vida a un pacto con Roma, que no hubiera significado nunca la menor mutilación territorial, la menor humillación para nuestra soberanía varias veces abdicada. A lo largo de la República se ha instalado en nuestra población una lenta supuración asiática, que el Congreso no ha impedido o atajado. Los ojos puestos en la invasión de un Estado sin habitantes como el del Papa, no permitieron ver el sigiloso torrente cotidiano que, desde el Japón, ha entrado en nuestra raza. ¿Cómo no pensar, frente a estos hechos, en la estupidez de los que inventaron y guardaron en la Constitución, solamente tratándose de la Sede Romana, el requisito de las instrucciones parlamentarias previas para un arreglo jurídico internacional?

3. Hasta 1875 el ejercicio del Patronato en el Perú se rigió por las leyes de Indias. Los liberales que se negaban a pactar con Roma, en resguardo de la soberanía nacional, no se percataron de que para ésta sí era una claudicación real seguir admitiendo la voluntad de los monarcas de Castilla. Por no ir a la factura de un Concordato, producto libre de la confrontación de dos altas partes contratantes, se produjo la contradicción de prolongar una legislación colonial. Para no exponer la soberanía nacional a hipotéticos daños, se le hizo sufrir uno evidente y sostenido.

4. El 13 de julio de 1824 el Gobierno del Perú manifestó, por vez primera, su deseo de celebrar un convenio con el Vaticano. Han pasado ciento dieciséis años y en ese plazo, genésicamente monstruoso, el Perú no ha sido capaz de engendrar un Concordato. ¿Por qué? Para una respuesta exacta tendríamos que aplicar la inteligente distinción que, tratándose de Francia, ha empleado Charles Maurras. Hay el país real y hay el país legal. Nuestro país real fue católico durante el Coloniaje y lo ha seguido siendo después de la Emancipación. El país legal, durante el Virreinato, fue católico, pero ha sido después de la Independencia heterodoxo, jacobino o indiferente. “La Iglesia fue la única institución de la Colonia que sobrevivió plenamente en la República. Su permanencia y su raigambre, símbolo son de que la República no significó una diferenciación en la estructura auténtica del País”, dice Jorge Basadre. Nuestros políticos no quisieron ver en esa vitalidad un resultado de la salud intrínseca y social de la Iglesia. No recogieron la lección de la realidad. Y es que hemos tenido, en la cumbre de la vida pública, verdades ficticias. El Estado republicano, en el

siglo pasado, fue detentado, salvo excepciones fulgurantes, por hombres teóricos, devotos de las ponencias y las abstracciones. Belaunde ha comprendido bien este proceso en su libro "Meditaciones Peruanas", en cuyas primeras páginas se lee: "Quisiera probar en estos artículos que nuestra enfermedad es principalmente síquica, que la postración nacional que nos preocupa tiene su raíz profunda en la falta de intensidad en las aspiraciones colectivas, en la desviación de los ideales nacionales inspirados hasta hoy en una cultura imitativa no iluminada por la visión directa del ambiente y que no ha tenido la palpitación y la savia de la realidad". Producto de esa tóxica visión del Perú han sido las cadenas y las negligencias que han impedido el Concordato. No estamos, desgraciadamente curados del todo. Aún ahora el Jefe del Aprismo, Víctor Raúl Haya de la Torre, se expone heroicamente al ridículo escribiendo desde Yucatán, en 1928, a propósito del embajador en Roma lo siguiente: "Es el segundo cargo diplomático después del de Washington por la doble tutela que rige al Perú: el Vaticano y Wall Street". La clásica ligereza aprista no es capaz de reflexionar en que si Roma hubiera ejercido una verdadera dominación sobre el Perú habría obtenido, en el término nada breve de ciento veinte años, aquello que más necesita: El Concordato.

5. El Perú ha tenido dieciséis Constituciones. La casi totalidad de ellas han prescrito el Concordato. Y éste no ha sido suscrito aún. La inexistencia del Concordato representa una larga y silenciosa violación de la Constitución.

6. El radicalismo, el liberalismo, la izquierda peruana, han inculcado al Estado de muchos fracasos y de muchos abusos. Se le ha enrostrado su incapacidad para resolver el problema indígena, su impotencia educacional, su centralismo malsano, su tendencia a la malversación, a la oligarquía y a la infracción. Nadie ha levantado la voz para lanzar un cargo que no admite prueba en contra: la ineficiencia del Estado para resolver, jurídicamente el problema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Hemos firmado cientos de tratados y de convenciones, hemos asistido a incontables conferencias internacionales, hemos tenido tiempo para debatir, promulgar y violar dieciséis Constituciones, y no hemos sido capaces de celebrar un tratado con el Romano Pontífice a pesar de nuestro catolicismo denso y persistente, a pesar de la protección pregonada, ininterrumpidamente, en sitio de honor, por las Cartas Políticas de nuestra historia republicana.

7. Es hora de liquidar el vacío acusador de nuestro pasado político y diplomático. Es hora de pactar con Roma. La Reforma de 1940 ha degollado el impedimento tradicional: la vinculación del Concordato al Congreso en su etapa preparatoria. Libre la Cancillería para negociar con el Santo Padre, es tiempo de que emprenda la obra tan neciamente retardada. Que

el Perú, como todas las naciones del mundo, se anude, por irrompible lazo jurídico a Roma, centro y remate de la más grande fuerza espiritual que ha tenido la historia pasada y presente del Perú.

Lima, 6 de junio de 1940

NOTAS

SOBRE EL “DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL”*

Guillaume Tusseau **

En un artículo relativo a las reformas actualmente en curso sobre justicia administrativa francesa (AJDA 2012, p. 1195), Pascale Gonod, profesor de la Universidad de París I, Panthéon Sorbonne, se cuestionaba sobre el título de dicha disciplina e invitaba particularmente a reflexionar sobre la pertinencia de la denominación de “contencioso administrativo” y sugería, en contraposición, hablar de un “derecho procesal administrativo” o más aún, de un “derecho del proceso administrativo”. Para Guillaume Tusseau, la disciplina del “contencioso constitucional” ganaría en meditar sobre estas declaraciones. Esto lo explica en la siguiente entrevista.

1. P. Gonod invita a reflexionar sobre la emergencia de un “derecho procesal administrativo”. ¿Se puede hablar de igual manera de la creación de un “derecho procesal constitucional” a partir de la cuestión prioritaria de constitucionalidad?

El mayor cambio introducido por la cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC, por sus siglas en francés)¹ es, sin lugar a dudas, la consideración de la hipótesis de un Derecho Procesal Constitucional.

Desde el punto de vista del derecho positivo, la reglamentación de la QPC y la jurisprudencia a la que ha dado lugar de parte del Consejo Consti-

(*) Entrevista al autor de Hélène Béranger. Se publicó originalmente en “La Semaine Juridique”, París, 17 de septiembre de 2012, núm. 38. Se traduce y publica con autorización del autor (D.G.B.)*

(**) Profesor universitario en la Escuela de Derecho de “Sciences Po”, miembro del Instituto Universitario de Francia.

⁽¹⁾ Dicha reforma, introducida por la enmienda constitucional en 2008 y Ley orgánica en 2009, establece un sistema de cuestión de inconstitucionalidad *a posteriori* y a iniciativa de los ciudadanos. Antes, solo en forma previa a su promulgación (*a priori*), se podía cuestionar la constitucionalidad de una ley (N. del E.).

tucional y de las jurisdicciones ordinarias, ha enriquecido considerablemente el *corpus* que trata sobre la aplicación de las normas constitucionales. El haber elegido dotarse de una jurisdicción *ad hoc*, en vez de convertir la observancia de la Constitución en un elemento intrínseco de la función jurisdiccional, conduce a la creación de vías de derecho originales. Un Derecho Procesal Constitucional nuevo, entendido como el conjunto de las normas relativas a la aplicación de la Constitución, ha hecho su aparición. Tiene una cierta autonomía frente al Derecho substancial, es decir, las normas aplicadas en el transcurso de los procesos constitucionales. Simultáneamente, se acerca más al Derecho Procesal, relacionándolo a otras ramas del Derecho. El conjunto tiende hacia una forma de derecho común del proceso.

Desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho, la pregunta es saber si este “derecho procesal constitucional” ganaría si es comprendido como objeto de una disciplina específica. Ésta se dotaría de un cuerpo doctrinal más denso y más sistemático, ganaría en refinamiento técnico y analítico, aclararía de manera más completa su objeto, al mismo tiempo que serviría más a la práctica. En tal sentido, la evolución seguida por la doctrina latinoamericana es particularmente significativa en este ámbito. Los términos de “justicia constitucional”, “contencioso constitucional”, “jurisdicción constitucional”, etc., son reemplazados por la expresión “derecho procesal constitucional”. Esta innovación, difundida por Héctor Fix-Zamudio, ha conducido al desarrollo de una disciplina rica, alimentada por la experiencia acumulada proveniente de diferentes países en esta área geográfica. El esfuerzo conceptual que ha acompañado el análisis de las diferentes vías de derecho existentes —*amparo*, *tutela*, *habeas data*, acción popular, etc.— ha permitido que el “derecho procesal constitucional” sea a la vez sutil en el plano teórico y funcional en el plano práctico. En Francia, los trabajos recientes, particularmente algunas tesis doctorales, sugieren una orientación semejante.

2. *¿Se debe replantear la enseñanza del Derecho Constitucional?*

Ciertamente que sí. Esto no se origina con la introducción de la QPC, sino de un espíritu “crítico” que podría considerar que la QPC ha llegado en el momento preciso para reactivar la maquinaria de una doctrina que se agotaba comentando algunas de las decisiones « DC », enunciadas en el marco del control *a priori* de la ley, escogidas cada año. Gracias a una abundancia jurisprudencial nueva, dicha doctrina ha podido continuar haciendo lo que hacía anteriormente, sin reflexionar en su propia práctica. La actividad que consiste en poner en orden las decisiones del Consejo Constitucional proporcionándoles una lógica de conjunto, es naturalmente interesante y útil. Puesto que una orientación inspirada en el Derecho

Procesal Constitucional acentuará aún más esta tendencia, la afirmación de otras maneras de enfocar el estudio y la enseñanza del Derecho Constitucional, hace que sea aún más necesaria.

El procedimiento más común adopta un punto de vista interno sobre el campo jurídico. Se trata, en este caso, de explicar el Derecho Constitucional partiendo de él mismo. En contraposición, me parecería fructífero intentar rendir cuenta sobre los desarrollos actuales del constitucionalismo, partiendo de otro tipo de lecturas. El estudio de las conductas se interesa en la personalidad de los jueces, con el fin de explicar sus decisiones de una manera ajena a la que practica la dogmática. Por ejemplo, un enfoque sociológico centra la atención en el entorno social de los jueces, siendo éstos a la vez considerados como fuente y un blanco de sus decisiones. Un estudio de la cultura política y constitucional, explica cómo nuestro imaginario jurídico es moldeado desde hace décadas, por la intervención de un Consejo Constitucional de carácter jurídico. Es precisamente el perfeccionamiento de la justicia constitucional, el que impone que la enseñanza dé más lugar a la variedad de ángulos de enfoque.

3. *¿Qué es lo que está en juego más allá de un cambio puramente terminológico?*

A pesar de todo, y sin querer dramatizar, esto arriesga de una cierta manera la postura de la doctrina francesa en los intercambios internacionales. El no poder sobrepasar la sistematización de la jurisprudencia del Consejo Constitucional, priva a la doctrina francesa de herramientas, de perspectivas de investigación y enseñanza, que podrían ayudarla a entrar en comunicación con aquellas aportadas por numerosa doctrina extranjera.

Se trata también del porvenir de la renovación de los marcos intelectuales, dentro de los cuales pensamos el constitucionalismo, tal como se desarrolla hoy en día a nivel nacional, supranacional o transnacional. La idea de una ortodoxia cualquiera en la materia, donde su carácter natural pondrá la marca de un orden del discurso que, en el fondo, no es neutral, debe ser abandonada. Existe hoy una multiplicidad de puntos de vista sobre el mismo conjunto de fenómenos: el interés radica en la confrontación que originan los resultados entregados por cada uno de ellos y las discusiones que ello suscita. Sin ceder al sincretismo, me parece necesario poner a disposición la mayor cantidad de herramientas susceptibles de captar mejor los fenómenos constitucionales. El Derecho Procesal Constitucional, brinda una apreciable cantidad de dichas herramientas.

Expresado bajo una forma donde la modestia es solo aparente, la apuesta es procurar que los constitucionalistas tengan más historias agradables de imaginar y de contar.

JORNADAS DE ASOCIACIONES CONSTITUCIONALES DE AMÉRICA DEL SUR (Lima, 27–29 de septiembre de 2012)

Contando con la presencia de los presidentes de las Asociaciones de Derecho Constitucional de Chile, Argentina, Perú y Uruguay, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega realizó uno de los más importantes encuentros entre países miembros, para intercambiar ideas sobre avances constitucionales que lleven a reflexionar y criticar temas de actualidad.

El encuentro argentino-chileno-peruano-uruguayo de Asociaciones de Derecho Constitucional contó con la presencia del Rector de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega: Dr. Luis Cervantes Liñán, el Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Dr. Jesús A. Rivera Oré, el Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional: Dr. Domingo García Belaunde, el Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional en ejercicio: Dr. Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio, así como de los destacados panelistas y presidentes de las respectivas asociaciones: Drs. Mario A. Midón (Argentina), Humberto Nogueira Alcalá (Chile) y Eduardo G. Esteva Gallichio (Uruguay).

Las palabras de bienvenida estuvieron a cargo del Rector de esta casa de estudios, quien destacó la importancia de conocer experiencias exitosas de otros países para construir espacios de encuentro que permitan realizar aportes académicos a favor de los futuros abogados del Perú. “Nos sentimos complacidos de contar con tan distinguidas personalidades, quienes se encargarán de debatir y analizar una serie de temas, con el propósito de reafirmar en esta parte del continente el Estado Social y Democrático de Derecho. Por ello, les doy la bienvenida a esta comunidad hispanoamericana de Derecho Constitucional y desearles el mejor de los éxitos, a fin

de que puedan trabajar en una atmósfera académica, como lo es nuestra universidad, los temas que se han propuesto explicar, no solo a los profesores sino también a los alumnos”, manifestó el Rector garcilasino.

Seguidamente, tomó la palabra el Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Dr. Mario A. Midón, para referirse a los logros obtenidos en los últimos años y en anteriores reuniones, los cuales les han permitido dejar precedentes en sus respectivos países miembros.

Continuando con el programa, fue el turno de su colega chileno el Dr. Humberto Nogueira Alcalá, quien recordó las primeras jornadas que se realizaron, que contribuyeron a reafirmar su valía y utilidad para analizar los nuevos desafíos que enfrenta el constitucionalismo latinoamericano.

A su turno, el Presidente de la Asociación Uruguaya, Dr. Eduardo G. Esteva Gallichio, reconoció la labor que viene desempeñando la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, al promover la cultura jurídica en los jóvenes e incentivarlos al estudio de la problemática constitucional, en el mundo actual y en nuestros respectivos países.

Del mismo modo, el Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Dr. Domingo García Belaunde, se dirigió a la asistencia para señalar la importancia de cada una de las Jornadas, las cuales han permitido debatir temas como el neo-constitucionalismo, la interpretación constitucional, relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad, el control de convencionalidad, la tutela de Derechos Fundamentales, la jurisdicción nacional y supranacional, entre otros. Finalmente, señaló que durante su presidencia se acordó que la Asociación Peruana de Derecho Constitucional se incorporase a estas Jornadas, siendo así el tercero en sumarse a los esfuerzos de los colegas chilenos y argentinos. Esto se concretó en el encuentro de Asociaciones realizado en Iquique, en la sede de la Universidad Arturo Prat, en abril de 2005, en donde concurrió una numerosa delegación peruana.

La inauguración de las jornadas corrió a cargo del Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Dr. Miguel Vilcapoma Ignacio, cuyo texto se publica más adelante.

Durante la primera sesión abierta se desarrolló el tema “Libertades informativas frente al honor, buena reputación o intimidad”, el cual tuvo como presidente de sesión al Dr. José F. Palomino Manchego, seguido de una sesión cerrada que trató sobre “Control de convencionalidad” siendo el Presidente de la mesa el Dr. Ernesto Blume Fortini.

La segunda sesión abierta desarrolló el tema “Emergencia económica”, presidida por el Dr. Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, mientras que la sesión cerrada recayó en el Presidente de la Asociación Peruana de Derecho

Constitucional, Dr. Miguel Vilcapoma Ignacio, donde se desarrolló el tema “La Constitución de Cádiz y sus aportes”.

Se acordó que el próximo encuentro de Asociaciones se llevaría a cabo en la ciudad de Corrientes (Argentina), el próximo mes de junio de 2013.

* * * * *

*Discurso de inauguración del doctor Miguel P. Vilcapoma Ignacio,
Vicepresidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional,
encargado de la Presidencia*

Señor doctor Mario A. R. Midón, Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; señor doctor Humberto Nogueira Alcalá, Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional; señor doctor Eduardo G. Esteva Gallicchio, Presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho Constitucional; señor doctor Domingo García Belaunde, Presidente honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; señor doctor Luis Cervantes Liñán, rector de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega; señor doctor Jesús Antonio Rivera Oré, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Garcilaso de la Vega; señores ponentes internacionales y nacionales; amigos; amigas y público en general.

Para la Asociación Peruana de Derecho Constitucional constituye un motivo de honda satisfacción ser organizadora de las Jornadas Argentino-Chileno-Peruano-Uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional, que en esta oportunidad tienen como sede la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, gracias a la desinteresada colaboración que brindan sus autoridades.

Nos sumamos a las palabras de bienvenida pronunciadas por el señor Rector de esta casa superior de estudios, para expresarle nuestros saludos cordiales a cada uno de los señores presidentes de las asociaciones participantes en este cónclave, a las delegaciones que les acompañan, a los integrantes de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, a los señores docentes universitarios que participan en este certamen y a todos los presentes en este lugar, esperando que alcancemos los objetivos que nos hemos propuesto en el desarrollo de lo programado.

Es necesario señalar que es la segunda oportunidad que estas Jornadas son acogidas en esta ciudad capital del Perú. La primera fue organizada por nuestra Asociación y la Pontificia Universidad Católica del Perú, llevándose a cabo los días 24 y 25 de agosto de 2006, bajo la denominación Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional. En esta fecha, esa labor la hemos extendido a la pujante Universidad Inca Garcilaso de la Vega, que nos acoge con toda cordialidad y amabilidad.

Consideramos que es necesario resaltar y reconocer el mérito de los colegas de Chile y Argentina, quienes desarrollaron hace años la costumbre de organizar estas Jornadas y que tuvieron la gentileza de pensar en nosotros para incorporarnos. Participamos institucionalmente como Asociación, por primera vez, en las Jornadas que tuvieron lugar en la ciudad chilena de Iquique del 1 al 2 de abril de 2005, cuando la presidencia de la Asociación Peruana estaba a cargo del destacado maestro Domingo García Belaunde. Concurrimos una buena delegación de peruanos a estas Jornadas denominadas "Nuevos paradigmas constitucionales y sus efectos jurídicos y socio-políticos, organizada por la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat.

En el año 2008, con la denominación Jornadas Argentino-Chileno-Peruanas de Asociaciones de Derecho Constitucional, nos reunimos en Buenos Aires, gracias a la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y a la Pontificia Universidad Católica Argentina, del 16 al 18 de abril del indicado año.

Posteriormente, en Viña del Mar, nos reunimos del 6 al 8 de mayo de 2009 en la Facultad de Derecho de la Universidad Las Américas, con la denominación Jornadas Chileno, Argentino, Peruanas, certamen organizado por la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. En esta oportunidad, el doctor Eduardo G. Esteva Gallicchio informó que la Asociación Uruguaya de Derecho Constitucional era una realidad, por tanto se comprometió que la ciudad de Montevideo sería sede de las próximas jornadas. Efectivamente el año pasado (2012) este certamen se realizó en Montevideo, Uruguay.

Al margen de los temas que discutimos en cada una de las Jornadas y que son los que más nos interesan, que varían de acuerdo a las circunstancias sociales, económicas, políticas y jurídicas, también está el interés por el factor humano y el espíritu de camaradería, pues nos permite reencontrarnos con amigos que trajinamos en la preocupación de los temas constitucionales; al mismo tiempo, iniciar y cultivar nuevas amistades, no solo con colegas extranjeros, sino también con nuestros propios colegas peruanos; es decir, este escenario, nos permite relacionarnos entre quienes nos dedicamos al Derecho Constitucional, estableciendo lazos de amistad, comunicación y colaboración.

América Latina, después de recuperarse del largo período de dictadura militar de los años 70 del siglo pasado, actualmente afrontamos problemas que no existían hace treinta años como pueden ser: el neo-constitucionalismo, la interpretación constitucional, las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, el Control de constitucionalidad de las leyes, el control de convencionalidad, la tutela de Derechos Fundamentales,

jurisdicción nacional y supranacional, etcétera, pues, esto significa para el constitucionalismo enfrentar nuevos retos y desafíos; obviamente, en estas Jornadas, nos convocan preocupaciones de la misma naturaleza.

Esperando que estas Jornadas contribuyan al desarrollo de la conciencia constitucional democrática, donde todas las personas tengan el valor que les corresponde, damos por inaugurada estas Jornadas argentino-chileno-peruano-uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional.

NECROLÓGICA

DARDO PÉREZ GUILHOU (1926–2012)

María Gabriela Abalos

El Maestro Dardo Pérez Guilhou, recientemente fallecido, ha dejado un enorme legado como estudioso del Derecho Constitucional y de la Historia del Derecho, así como destacado profesor, científico y noble persona.

Como una de sus discípulas de más de veinte años doy testimonio de su magisterio, sus enseñanzas y su vida, compartiendo los aspectos más destacables de su personalidad como historiador y constitucionalista, recordándolo con profundo cariño, agradecimiento y admiración.

Dardo Pérez Guilhou nació en Mendoza, Argentina, el 9 de enero de 1926. El tesón y el espíritu de superación aparecen a temprana edad. Desde su tierra natal, donde se recibe de bachiller en el Colegio Nacional Agustín Álvarez, cruza el Río Desaguadero (límite natural de Mendoza con la provincia de San Luis), y es la Universidad de La Plata la que le expide el título de abogado en el año 1949. En su espíritu intelectual e inquieto, ya se vislumbra la inclinación a la docencia, puesto que al año siguiente se recibe de profesor de Ciencias Jurídicas y Sociales en la misma universidad. También llega al título de Doctor en Derecho, de la mano de su entrañable Universidad de Sevilla en el año 1960.

A partir de allí, son innumerables las huellas que dejó en el ámbito de la docencia de grado y de postgrado en Derecho Constitucional, en Historia de las Ideas Políticas, como asimismo de la gestión universitaria, dado que fue rector de la Universidad Nacional de Cuyo y decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de dicha Universidad, y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. A ello se suman sus participaciones como miembro de prestigiosas academias nacionales de Derecho, ciencias morales e Historia.

Ejerció la docencia tanto en la enseñanza media como en la universitaria, desempeñándose en la década de 1950 e inicios de 1960 como profesor en el Colegio Universitario Central de la Universidad Nacional de Cuyo, en el Liceo Militar General Espejo, en el Colegio Nacional Agustín Álvarez y en la Cárcel de Mendoza.

En el ámbito universitario ocupó varios cargos. Fue profesor titular de Derecho Constitucional en el doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de Mendoza desde 1997. Fue profesor adjunto de Teoría y Doctrina de la Constitución Nacional (Derecho Constitucional Argentino) (1957–1958) en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo. También, profesor titular de Historia de las Ideas Políticas (1961–1973) en las facultades de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo, como asimismo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza (1962–1984). Además, fue profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad del Aconcagua (1971–1975). Y también profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Congreso.

Dictó importantes seminarios en varias facultades, como la de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo y en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, sobre interesantes temas de Derecho Constitucional, de Historia de las Ideas Políticas y de Historia Institucional Argentina, como de Ideas Políticas de Carlos Pellegrini (1965), Las Ideas políticas de Juan Bautista Alberdi (1968), Historia Institucional de Mendoza (1974), Convenciones Constituyentes y Reforma Constitucional Argentina (1976), Asambleas Constituyentes Argentinas (1977), Los Partidos Políticos (1981), Proceso y Debate Constituyente desde 1852 hasta 1862 (1984), y Pensamiento Político e Institucional de Sarmiento (1987) que tuvo el honor de cursar y aprobar.

Además dirigió otros seminarios en el Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, siendo el último el realizado durante el año 2011 sobre las ideas de Domingo F. Sarmiento, que ha dado lugar a una de las obras colectivas publicadas este año 2012 por la Editorial Dunken (Bs. As., Argentina).

La vida universitaria lo tuvo como un destacado protagonista, como Vicedecano y Consejero Académico, para más tarde desempeñar las funciones de Decano en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, y en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo, habiendo coronado sus funciones académicas como Rector de la Universidad Nacional de Cuyo desde 1967 hasta 1969.

Entre los años 1969 y 1970 fue Ministro de Cultura y Educación de la Nación, y el Poder Judicial de la Nación lo convocó como Conjuez de la Cámara Federal de Mendoza, para posteriormente ser designado Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Su espíritu fecundo, autocrítico y sobre todo de generoso docente se reflejó en su pensamiento escrito materializándose en numerosas publicaciones en revistas especializadas nacionales y extranjeras sobre Derecho Constitucional e Historia del Pensamiento Político Argentino, como en las siguientes obras individuales:

1. *Las Ideas Monárquicas del Congreso de Tucumán*, 1966.
2. *La opinión pública española y las Cortes de Cádiz frente a la emancipación hispanoamericana. 1808–1814*, Buenos Aires, 1981, tesis doctoral que obtuvo en España en 1960 el Primer Premio en el Concurso Anual de Tesis Hispanoamericanas.
3. *Los Jueces de Facto. Amnistía Política*, Buenos Aires, 1983.
4. *El Pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853*, Buenos Aires, primera edición en 1984 y segunda edición en 2003.
5. *Facundo Zuviria: Su nacionalismo liberal*, Buenos Aires, 1987.
6. *Sarmiento y la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1989.
7. *Historia de la Originalidad Constitucional Argentina*, Buenos Aires, 1994.
8. *Liberales, Radicales y Conservadores. Convención Constituyente de Buenos Aires. 1870–1873*, 1997.
9. *Ensayos sobre la Historia Política Institucional de Mendoza*, 1997.
10. *Los liberales mendocinos. 1820–1870*, Mendoza, 2001.
11. *Las provincias y la organización nacional. 1852–1853*, 2003.
12. *1854. Dos proyectos político constitucionales*, 2005.
13. *Laurentino Olascoaga. Inmigración, anarquía, nacionalismo y reforma constitucional*, 2006.
14. *Los enemigos de la Revolución*, 2011.

Junto a estos textos se inscribe un inventario de artículos en torno a las temáticas descriptas aparecidos en volúmenes de la Academia Nacional de la Historia, en revistas científicas nacionales y extranjeras, en la prensa, más obras colectivas bajo su dirección, siendo las más recientes: “La Convención Constituyente” (1957), “Partidos Políticos, Ideas y Debates” (2007), “Los abogados y la Revolución de Mayo”, Colegio de Abogados de la Provincia de Mendoza” (2009), “Actores y testigos de la Revolución de Mayo” (2010), y “Sarmiento. Interrogantes y respuestas sobre nuestra república” (2012).

Ese espíritu inquieto y productivo lo hizo participar como relator o panelista, desde 1977, en todos los encuentros que organizó la Asociación

Argentina de Derecho Constitucional, en las jornadas que anualmente organiza el Instituto de Derecho Constitucional y Político de la Universidad de La Plata, y desde el año 1961, en todas las jornadas bianuales y cursos del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, de Buenos Aires. Finalmente, cabe consignar que en Argentina y en varios países de Latinoamérica dictó innumerables conferencias en todas sus universidades.

Por otra parte, dictó numerosos cursos en universidades argentinas como extranjeras, destacándose entre estas últimas: 1) La Universidad Católica de Valparaíso, Chile, sobre "La Revolución Hispanoamericana"; 2) La Universidad de Burdeos, Francia, durante el año 1969 sobre "Historia de las fuerzas políticas argentinas, 1810-1968"; 3) La Universidad de Sevilla, España, sobre temas de Historia Constitucional Hispanoamericana.

Fue evaluador académico de las universidades de San José de Costa Rica, Nuevo México, Kansas y Washington de Estados Unidos, como igualmente en la Universidad Nacional de Córdoba, en cuyos cursos de doctorado fue profesor.

También, fue convocado por numerosas instituciones académicas de alto prestigio. En 1980 fue designado miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; en 1991 se incorporó como miembro de número de la Academia Nacional de la Historia y en 1999 y en el mismo carácter, fue designado en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires.

Fue miembro titular de numerosas instituciones especializadas, entre otras: 1) miembro titular y fundador de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional desde 1979; 2) miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional de México desde 1977; 3) miembro correspondiente del Instituto de Derecho Constitucional y Político "Dr. Carlos Sánchez Viamonte, de La Plata desde 1981; 4) director fundador y, posteriormente, 5) director honorario del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos de Mendoza; 6) miembro titular fundador del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Buenos Aires desde 1973; 7) miembro consultor de CONICET 1997; 8) asesor evaluador de cursos de Postgrado de la CONEAU; 9) director de los cursos de doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza.

Recibió numerosos premios y galardones comenzando con su tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, que compitió en el año 1960, en Madrid, en el octavo concurso organizado por Cultura Hispánica sobre Tesis Doctorales Hispanoamericanas y obtuvo el primer premio en la sección correspondiente a Facultades de Filosofía y Letras, Derecho y Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales.

Uno de sus mayores legados para la Argentina, forjado desde su Mendoza natal, es el Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, que nació hacia 1981 a partir de reuniones coloquiales con un grupo de jóvenes profesionales mendocinos que desde el Derecho, la Ciencia Política y la Historia de las Ideas Políticas, con diferente pertenencia o simpatía ideológica, planteaban la necesidad de profundizar y acrecentar sus conocimientos.

Seguramente atraídos por esa vocación intelectual tan férrea que poseía Pérez Guilhou, en el marco de respeto intelectual y con profundas ansias de superación, aquel grupo se consolidó formalmente en 1983, año en que renace la democracia en la Argentina.

Desde ese momento, Mendoza tiene un sello distintivo más, fruto del aporte interdisciplinario que caracteriza al Instituto, el cual abrevia en el Derecho Político, el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, la Historia de las Ideas, la Economía y la Historia Institucional, con pluralismo político e ideológico.

Dardo Pérez Guilhou, más allá de las múltiples funciones que desempeñó en su vida, fue un verdadero maestro, que con visión esperanzadora, impulsó a más de tres generaciones de miembros del Instituto a la realización de decenas de obras colectivas e innumerables producciones individuales.

Entre las primeras se destacan “El Estatuto de los Partidos Políticos. Estudios sobre la nueva ley 22.627”, publicada en 1982, seguida de “Atribuciones del Congreso Argentino” y “Atribuciones del Presidente Argentino”, ambas publicadas por Depalma en 1986. Tres años después y también con Depalma aparece “El Poder Judicial”.

En la década del 90, nace la trilogía del “Derecho Público Provincial”, entre los años 1991 y 1993, actualizadas en segunda edición, entre los años 2004 y 2007 por editorial La Ley.

La reforma constitucional nacional de 1994 fue objeto de una importante tarea de investigación que aglutinó a los miembros del Instituto y que se cristalizó en el “Derecho Constitucional de la Reforma de 1994”, en dos tomos, distribuidos por Depalma en 1995.

El Derecho Administrativo se hizo presente a través de la obra publicada por Lexis Nexis en el año 2002, “Contratos Administrativos”.

Mientras que la Historia Institucional se materializó en las siguientes obras colectivas dirigidas por Pérez Guilhou: “La Convención Constituyente de 1957. Partidos Políticos. Ideas y Debates”, de Editorial Astrea publicada en el año 2007; “Los abogados y la Revolución de Mayo” en el 2009; y “Actores y testigos de la Revolución de Mayo”, obra en homenaje al Bicentenario y salió a la luz en el 2010, fruto de tres años de intensas

reuniones y debates bajo la dirección de Pérez Guilhou. Pero su pluma y su espíritu aglutinante no cesaron, puesto que durante el año 2011 nos alentó y orientó en el seminario sobre Domingo F. Sarmiento, que ha dado lugar a otra obra colectiva que fue publicada en este año 2012.

Estas producciones en equipo son el fruto de su confianza plena en el hombre mendocino y de su gran dosis de esperanza. A los miembros del Instituto, y en general a sus discípulos, nos alentaba sin descanso como buen maestro, a perfeccionarnos, a crecer, a superarnos día a día, sin rivalidades ni competencias.

El Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos fue honrado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba con su máximo galardón, el Premio Academia 1987, y por el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación con el Segundo Premio Nacional en el año 1990.

La fuerte impronta docente de Pérez Guilhou ha marcado a los miles de abogados y profesionales de las ciencias sociales de la región cuyana que pasaron por las aulas y recibieron sus enseñanzas de grado, de postgrado, en seminarios, charlas, jornadas y congresos.

Era una figura motivadora por naturaleza, cautivaba con la pasión que le imprimía a cada clase, a cada tema. Se encargaba de hacer participar a todos, se aprendía el nombre de sus alumnos y nos identificaba desde el primer día de clase. Combinaba con gran equilibrio su espíritu apasionado con su racionalidad, lo que le permitía respetar a rajatabla las opiniones diferentes exigiendo solamente que fueran fundadas.

De esta forma, despertó la llama del placer intelectual en muchos de esos alumnos, tanto de Derecho como de Ciencias Políticas y Sociales. Algunos comenzamos a investigar con él, lo que siempre implicó un gran desafío. El exigía lo mismo que daba. Respeto intelectual, fundado espíritu crítico, honestidad y seriedad en la investigación, compromiso con la verdad y con la ética. Siempre decía que no quería rodearse de “repetidores” de sus enseñanzas, sino de hombres y mujeres capaces de forjarse un pensamiento propio fundado en el estudio a conciencia, dedicado, y esforzado como lo hacía él mismo.

Carismático y apasionado dentro de su ser racional y auto-crítico, vehemente defensor de sus ideales y convicciones siempre en el respeto al pluralismo y la disidencia. Cuando tenía que definirse, usaba la figura del regante como su emblemático distintivo cuyano, porque entendía que su labor era sencillamente la de despertar en los otros lo que cada uno llevaba adentro, y luego ayudar con paciencia y perseverancia, a que creciera.

Supo sembrar afecto, dedicación y compromiso con el otro, y cosechar amigos, discípulos y seguidores, imprimiendo su sello al Instituto Argen-

tino de Estudios Constitucionales y Políticos siempre basado en el respeto por la pluralidad y el disenso.

La misión es clara, transmitir a quienes pasen por nuestras aulas, los mismos valores, el mismo compromiso y la misma esperanza vivificante, con la conciencia y el orgullo de que, como él mismo decía, *el meridiano de lo nacional también pasa por estas tierras y el engrandecimiento de la patria necesita de nuestro aporte.*

Todos los que le conocimos, le tratamos y recibimos sus enseñanzas, tenemos una enorme deuda de gratitud. Querido y entrañable Maestro, gracias por su cálida y auténtica vocación de servicio, por saber escuchar y aconsejar, gracias por su legado intelectual y de vida.

Verano de 2012

DOCUMENTOS

DEMOCRACIA Y DESPOTISMO EN HISPANO-AMÉRICA *

Víctor Andrés Belaunde

Las afirmaciones de Mr. Grand Pierre en su artículo «Los Déspotas, una necesidad política de los países de América Latina», de que la mayoría de esos países son indiferentes a la forma de su gobierno, ya sea autocrático o republicano y de que la democracia es imposible en América, solo pueden explicarse, o por el desconocimiento de la realidad política de esos países, o por el propósito de cohonestar excepcionales y transitorias situaciones bajo el color de una doctrina que envuelve, al mismo tiempo, una injusticia y una injuria para la Civilización Hispano Americana. A exponer y defender esta civilización he consagrado mi actividad en los tres años de mi residencia en los Estados Unidos, encontrando por doquiera espíritus comprensivos y justicieros; y, por lo tanto, me creo en el deber de refutar las raras doctrinas del señor Grand Pierre, con el simple recuerdo de algunos hechos.

Lo primero que llama la atención en el artículo del señor Grand Pierre y que confirma, o su ignorancia o sus propósitos, es la lamentable confusión entre las varias condiciones de Hispano-América, los distintos períodos de su historia y la diversidad de sus personajes representativos.

Hispano América es demasiado grande y complicada, para poder hacer respecto de ella, precipitadas generalizaciones.

El señor Grand Pierre, envuelve en el mismo concepto a los países que, hasta ayer, estaban sometidos al régimen español; a los Estados

(*) Publicado en "Mercurio Peruano", núm. 60, junio de 1923. La intención del autor fue aprovechar un ensayo publicado por un profesor francés radicado en los Estados Unidos en esa época, y que al parecer tuvo repercusión. Lamentablemente, no hemos encontrado referencias del autor criticado.

cuya posición geográfica ha determinado mayores influencias o intereses extranjeros; a los países que han ensayado por más de un siglo la vida independiente, y sin el obstáculo anterior; a las naciones favorecidas por los factores fisiográficos y étnicos y a las sociedades que han tenido en contra la tierra y la variedad de razas.

A despecho de lo que dice el señor Grand Pierre, el amor a la libertad y los esfuerzos hacia la democracia, son comunes a todos ellos; pero los resultados han tenido que guardar proporción con los obstáculos económicos y morales, geográficos e históricos, con que han tenido que luchar.

Con un criterio científico, susceptible de mayor perfección y exactitud, Lord Bryce distingue, por lo menos, tres grados en el desarrollo de Hispano-América, cuando clasifica estos países en tres grupos:

El primero en que gobierna un régimen personal autocrático, como Haití.

El segundo, en que el régimen personal es intenso; pero bien inspirado y con el control relativo de determinadas instituciones democráticas.

El tercero, el de los países que, como Brasil, Uruguay y Argentina, han alcanzado ya el funcionamiento regular de las instituciones republicanas.

Otra lamentable confusión en que incurre Mr. Grand Pierre, es la de los períodos históricos que tienen, naturalmente, distintas culturas y requieren diversos regímenes. Para el criterio indiferenciado del señor Grand Pierre, los regímenes de hierro que fueron el resultado de una situación histórica y que, a pesar de sus males, desempeñaron su papel en la evolución política de América, son exactamente iguales a las anacrónicas y destructoras tiranías del siglo XX, que se deben a un factor que los positivistas han descuidado en demasía; y que modernos historiadores como Arnichez Ludalla, Seignobos, han vuelto a considerar: el accidente histórico, constituido por el carácter de los jefes políticos y las circunstancias del momento internacional.

Esa confusión lleva a otra, que envuelve la más grande injusticia; y es la de poner en un mismo plano, personajes, que aunque tiránicos y fieros, tienen cierta grandeza trágica y poseyeron cultura y absoluta honradez privada, con fulgores de tiranillos, como Zelaya y Estrada Cabrera. No debe parangonarse a los déspotas que atendieron realmente al progreso material de su país, organizaron sus finanzas y defendieron celosamente su soberanía, con los mandatarios fenicios que desorganizan la hacienda pública, gastan en dádivas y en corrupción dineros que debían emplear en obras públicas y que, ajenos por entero al instinto de la independencia y autonomía nacionales entregan a manos extrañas las funciones de la soberanía, convirtiendo sus países en factorías o protectorados.

En el período de evolución en que se encuentran algunos países de Hispano-América, es indispensable un poder ejecutivo fuerte y eficiente,

inspirado en altos ideales y desempeñado por personas de capacidad y honradez. Pero no cabe confundir esos gobiernos creadores y educadores, con los despotismos que destruyen toda institución y hacen imposible la educación democrática.

Las dictaduras en Hispano-América, las más eficaces, como las de Guzmán Blanco en Venezuela, García Moreno en el Ecuador y Porfirio Díaz en México, solo produjeron un transitorio bienestar material, dejando, en cambio, tras de sí, la anarquía y la disolución. Venezuela y Ecuador han sufrido en los 50 últimos años, las consecuencias morales y políticas de aquellas dictaduras.

Los países de Hispano-América, que han alcanzado una situación floreciente, son, precisamente, los que han tenido regímenes constitucionales. El progreso político y económico de la Argentina, es obra de Mitre, Sarmiento y Avellaneda, verdaderos tipos de estadistas demócratas.

La estabilidad institucional de Colombia se inicia con Carlos Restrepo, que convirtió la vieja oposición revolucionaria en oposición gubernamental. Las avanzadas reformas en el Uruguay, se deben a la educación democrática del partido Colorado, que dio representación a su contendor, el partido Blanco, en el Consejo de Administración y, a todas las minorías, en el Congreso, por la elección proporcional.

Refiriéndome especialmente al Perú, debo decir que la organización nacional, después de la independencia, no fue obra de un déspota o dictador, sino de un verdadero caudillo demócrata: el general Castilla, una de las figuras más fielmente humanas de la historia sud americana. El abolió el tributo colonial que pesaba sobre los indígenas, y libertó a los esclavos; fomentó la instrucción pública, se rodeó de las mejores capacidades, aunque fueran sus enemigos políticos; inició la reforma de la legislación civil; llevó a cabo la reforma penitenciaria; atendió al desarrollo de la región amazónica y respetando la Constitución del año 60, que prohibía la reelección presidencial, dejó el poder a su sucesor, al término del período legal.

Un estadista civil, don Manuel Pardo, en oposición al partido militar, fundó con distinguidos especialistas extranjeros, las escuelas de Minas, Ciencias Políticas y Artes y Oficios.

Después de la guerra con Chile, el Perú renace otra vez por obra de un verdadero estadista moderno, don Nicolás de Piérola. La administración del Presidente Piérola, es la prueba de que en el Perú, el gobierno democrático, es no solamente posible, sino el único realmente fecundo.

En medio del cumplimiento estricto de la Constitución y dentro del respeto a la oposición parlamentaria, al Poder Judicial, a la autonomía universitaria y a la más libre crítica periodística, el régimen del señor Piérola realizó las siguientes trascendentales reformas:

1. La instrucción del Ejército por oficiales franceses y el empleo de expertos extranjeros en la instrucción pública. (Y M. Pierre revela ignorar la historia del Perú, cuando atribuye esta iniciativa al presente gobierno).
2. El patrón de oro, que ha dado al Perú una de las mejores monedas del mundo.
3. El presupuesto científico, ajustando los gastos a las entradas, con el pago quincenal de los servicios públicos y el abono escrupuloso de la deuda nacional.
4. La recaudación eficiente de los impuestos que duplicó su producto, sin el aumento de la tasa.
5. El establecimiento del Ministerio de Obras Públicas, que inició la construcción de caminos, ferrocarriles y edificios.
6. Una política internacional, digna y celosa, de los derechos territoriales del país.

El señor Piérola se opuso a los proyectos de reforma constitucional que permitieran la reelección presidencial, dando así la más alta lección de desinterés y de civismo.

La obra del señor Piérola fue conservada en sus líneas generales por sus sucesores, especialmente por las honradas y laboriosas administraciones de José Pardo.

El grave conflicto que existe en el Perú, y que el señor Pierre describe como a «war of extermination against the small minority», es la lucha entre el régimen personal y las instituciones democráticas y económicas, establecidas por Piérola. Resulta ridículo que el señor Pierre llame *politicians*, a personas e instituciones que no tienen que hacer nada con la política en el sentido estrecho de la palabra y constituyen lo más representativo del país: los tribunales de justicia que insisten en el respeto de sus fallos; la Universidad, que ha defendido la autonomía y la libertad académica violadas; los Bancos e instituciones de crédito, que se resintieron a abandonar el régimen monetario adoptado por Piérola, por la emisión de billetes bajo el control del gobierno; los periodistas de todos los matices de opinión, que mantienen la libertad de la prensa; en suma, todas las fuerzas sociales. Que la opinión general del pueblo ha apoyado estas instituciones, está probado por lo que ha acontecido. La opinión pública ha defendido la autonomía de la Universidad, haciendo imposible la universidad gubernativa. La opinión pública apoyó a los Bancos, determinando el fracaso del plan gubernativo y logrando el establecimiento del Banco de Reserva. La opinión seguirá luchando y triunfará para reconquistar el respeto del Poder Judicial y a las garantías individuales y, sobre todo, del derecho de sufragio libre en las próximas elecciones.

La democracia no puede, ni debe morir en el Perú.

Debemos rechazar como calumniosa la aseveración de M. Pierre, de que la clase dirigente ha sido «unspeakably corrupt, and among the lower classes politics have been considered mainly as diversions».

La clase dirigente peruana, sobre todo el elemento profesional e industrial, que en su totalidad, forma la oposición al actual régimen, no está acostumbrada a ganar su *livelihood from politics*, como erróneamente dice M. Pierre; y ha dado pruebas de absoluta honradez. Por fortuna, no presenta el Perú en sus períodos constitucionales, casos de corrupción administrativa, que han sido frecuentes aún en democracias más avanzadas. La clase intelectual se ha abstenido de la política cuando no ha podido ir a ella rectamente; pero no por eso ha dejado de cumplir su deber de protestar y defender la legalidad. Muchos hombres eminentes que pudieron conservar sus posiciones en el presente régimen, han preferido renunciarlas, antes de consentir o aceptar lo que su conciencia repugnaba.

En cuanto a las clases populares, ellas han tenido la intuición de los intereses nacionales y han prestado realmente su entusiasmo y apoyo a los verdaderos patriotas. Así se explica la popularidad única de que gozaron Castilla y Piérola.

Es igualmente falso que los elementos opuestos del presente régimen, lo sean por que odian a los extranjeros contratados para algunos servicios públicos. Por el contrario, los intelectuales del Perú, han dado mejor acogida a esos expertos, principalmente a los americanos. Fue, precisamente, el actual Rector de la Universidad, doctor Villarán, *leader* del movimiento de opinión pública a favor del Poder Judicial y de la autonomía universitaria, el que contrató, como ministro de Instrucción los servicios de los expertos americanos. Puedo citar con satisfacción, que el círculo de “Mercurio Peruano”, la revista de la cual soy director, ha recibido en su seno a muchos de esos expertos y se han tomado sus colaboraciones, publicándolas en la revista.

Debemos rechazar como ofensivo para el Perú el concepto que emite el señor Pierre, de que no puede realizarse movimiento subversivo sin molestar a los extranjeros o sin romper los contratos firmados con ellos. Es el Perú, por la dulzura tradicional de la raza indígena y la nobleza de la raza castellana, uno de los pueblos más generosos y humanos. El extranjero se halla en una condición de privilegio y por consentimiento de todos. Es el fuero de la hospitalidad. Todos los gobiernos revolucionarios o no, han sometido a arbitraje las reclamaciones de los extranjeros y han cumplido las sentencias.

Es verdad que la clase indígena todavía no es un factor político activo; y que es aún reducida la clase obrera así como la clase media independiente, verdadero sustento de la democracia.

El régimen personal no atiende a los intereses de la primera y tiene en contra la segunda; su apoyo es solo la fuerza, y los caciques provinciales y los *job seekers*, que son los verdaderos políticos en el Perú. El futuro político del Perú estriba en que como lo demostré en mi estudio de 1914, puedan triunfar los intelectuales y obreros de los departamentos sobre los caciques de las pequeñas circunscripciones, que explotan a los indios, mantienen el alcoholismo y apoyan y son a su vez apoyados, por todo régimen dictatorial. Una ley científica de sufragio, bastaría para consolidar ese paso definitivo hacia la democracia.

El Perú no es el pueblo inferior que pinta Mr. Pierre y que necesita, por lo mismo, el régimen paternal que recomienda. Lo que necesita el Perú es, simplemente, reconquistar la libertad perdida y el ejercicio pleno de su soberanía.

CONVOCATORIA A UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1948)*

DECRETO SUPREMO

Convócase a una Asamblea Nacional para reanudar el funcionamiento del Poder Legislativo y reformar la Constitución vigente

El Presidente de la República

CONSIDERANDO:

Que el Congreso no se ha instalado el 28 de julio último, por inasistencia del número de representantes de una y otra Cámara requeridos para tal efecto;

Que, conforme al Art. 107 de la Constitución, el acto inicial indispensable de la Legislatura Ordinaria debe ser la instalación del Congreso;

Que, según el Art. 109 de la misma Carta, el quórum para tal instalación es del 55% del número legal de miembros de cada Cámara;

Que veintidós Senadores han reiterado su determinación de no concurrir al Parlamento, lo que al privar al Congreso del quórum a que se refiere el considerando anterior, hace legalmente imposible su instalación;

(*) El presente decreto supremo, con fuerza de ley, fue expedido por el presidente José Luis Bustamante y Rivero en medio de una profunda crisis política, que no es del caso analizar aquí. Lo cierto es que paralizado el Congreso y sin vías de solución a la vista, éste fue el medio que encontró el presidente Bustamante para desentramar el problema existente, cual fue convocar a una Asamblea Nacional con carácter constituyente. Ésta no se logró instalar, pues pocas semanas después, el golpe de Estado del general Manuel A. Odría lo desalojó del poder e instaló un gobierno militar durante el periodo 1948-1950, en que formalizó su situación, si bien fue discutida. Odría fue presidente formalmente constitucional en el periodo 1950-1956. (N. del E.)

Que no instalándose el Congreso no pueden funcionar las Cámaras Legislativas, por falta del requisito esencial a que se refiere el considerando segundo;

Que los Diputados del Frente Parlamentario han comunicado al Ejecutivo que, en acatamiento de lo dispuesto por el Art. 112 de la Constitución, no concurrirán a su Cámara mientras subsista el receso del Senado;

Que, a mayor abundamiento, en los dos últimos años no se ha hecho elección de Presidente del Senado, al cual corresponde presidir la instalación del Congreso, conforme al artículo 113 de la Constitución; y que la Cámara de Diputados no ha elegido su Comisión Directiva para la Legislatura de 1948;

Que por las razones anotadas continuaría paralizada la vida legislativa de la República si no se adoptan las medidas necesarias para resolver la situación planteada;

Que la Carta Política no ha previsto la forma de resolver un caso de esta naturaleza; y que, en tales circunstancias, es deber inexcusable del Poder Ejecutivo, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución en sus artículos 134 y 154, buscar el procedimiento extraordinario que mejor se inspire en los principios de nuestro sistema democrático para restablecer la normalidad constitucional reanudando el funcionamiento del Poder Legislativo;

Que ese procedimiento no puede ser otro que la convocatoria a una Asamblea Nacional con facultades de Constituyente, la cual debe, además, pronunciarse sobre las otras reformas que en el texto de la Carta Política hicieren aconsejables el estudio de sus defectos y vacíos y la consideración de los cambios económicos y sociales que han introducido la evolución del país en los últimos años y las nuevas exigencias de la vida internacional;

Que el respeto de la intangibilidad del Poder Legislativo y del mandato electoral conferido a sus miembros señala a éstos en el caso actual, como elementos naturalmente llamados a formar parte integrante de la Asamblea a que se refiere el considerando anterior; y

Con el voto unánime del Consejo de Ministros;

DECRETA:

PRIMERO.- Convocar a una Asamblea Nacional para reanudar el funcionamiento del Poder Legislativo y reformar la Constitución vigente. Dicha Asamblea será constituida e instalada conforme al Estatuto Electoral que se dictará en un plazo no mayor de quince días.

SEGUNDO.- La Asamblea Nacional funcionará con el carácter de Constituyente por el plazo de noventa días, vencido el cual se transformará

en Congreso Ordinario bicameral, mediante las reglas que ella misma apruebe, hasta el término del actual período constitucional.

TERCERO.- Mientras realiza sus funciones de Constituyente la Asamblea Nacional ejercerá las atribuciones que la Constitución vigente señala al Poder Legislativo.

CUARTO.- La Asamblea Nacional estará integrada por los actuales miembros de las Cámaras de Senadores y Diputados, más el número de nuevos Representantes que fije el Estatuto Electoral correspondiente.

QUINTO.- El presente Decreto será refrendado por todos los miembros del Consejo de Ministros.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los seis días del mes de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho.

J. L. BUSTAMANTE R.

General C.A.P. ARMANDO REVOREDO I., Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Relaciones Exteriores y Culto.

JULIO CESAR VILLEGAS, Ministro de Gobierno y Policía.

JOSE LEÓN BARANDIARÁN, Ministro de Justicia y Trabajo.

General HÉCTOR MARTÍNEZ, Ministro de Guerra.

MANUEL B. LLOSA, Ministro de Hacienda y Comercio.

Coronel BERNARDINO VALLENAS, Ministro de Fomento y Obras Públicas.

Contralmirante MARIANO H. MELGAR, Ministro de Marina.

HONORIO DELGADO, Ministro de Educación Pública.

ALBERTO HURTADO, Ministro de Salud Pública y Asistencia Social.

General C.A.P.: ERGASTO SILVA G., Ministro de Aeronáutica.

ROMULO FERRERO, Ministro de Agricultura.

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 del autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.)
7. Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un archivo digital de formato Word for Windows y, de no ser posible, en hojas bond.
8. La Dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
9. A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y se le remitirán separatas electrónicas.
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)