

AÑO I Nº 1

Diciembre 2000

DIRECTOR  
DOMINGO  
GARCÍA BELAUNDE

SECRETARIO  
JOSE F. PALOMINO  
MAYNEGO

# DERECHO PUBLICO

REVISTA PERUANA de



GRIJLEY

REVISTA PERUANA DE  
DERECHO PUBLICO

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



# REVISTA PERUANA DE DERECHO PUBLICO

Año 1, Número 1. Julio - diciembre de 2000

Director

**Domingo García Belaunde**

Comité de Redacción

**Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren  
Praeli, César Landa Arroyo, César Ochoa Cardich**

Secretario de Redacción

**José F. Palomino Manchego**

Comité Consultivo Internacional

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

Comité Consultivo Nacional

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



**GRIJLEY**

**Agradecimientos**

**Edgar Carpio Marcos  
César Landa Arroyo  
José F. Palomino Manchego  
Universidad Peruana «Los Andes»  
Editorial Jurídica Grijley**

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

*Prohibida la reproducción de los artículos de esta Revista, por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de la Dirección.*

Carátula de Nicolás Gracey

Solicitamos canje  
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  
Email: [jpalomino@terra.com.pe](mailto:jpalomino@terra.com.pe)

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

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012001-0003



Editora y Distribuidora Jurídica **GRIJLEY** E.I.R.L.

Jr. Lampa 1115, Of. 206 - Lima 1, Perú  
Telefax: 427 6038 • Telfs: 427 3147 / 426 5417  
E-mail: [grijley@terra.com.pe](mailto:grijley@terra.com.pe)

## SUMARIO

PRESENTACION.....	7
EDITORIAL.....	11

### RETIRO DEL PERU DE LA CIDH

- HÉCTOR GROS ESPIELL Retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	15
- CÉSAR LANDA ARROYO Invalidez del retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	27
- FRANCISCO J. EGUIGUREN PRAELI El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus problemas: el retiro del Estado peruano de la competencia de la Corte.....	53

### ESTUDIOS

- PETER HÄBERLE La revisión "total" de la Constitución Federal Suiza de 1999/2000.....	73
- JUAN CARLOS CASSAGNE La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma previsto y con la regla del agotamiento de la vía administrativa.....	97
- HUMBERTO UCHUYA CARRASCO El sistema y la justicia electoral en la Constitución peruana.....	123

-	MIGUEL CARBONELL Nuevos paradigmas de la división de poderes (con especial referencia al ordenamiento jurídico mexicano).....	151
-	ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA Sobre las competencias del Jurado Nacional de Elecciones. (A propósito de la Resolución 2191-99-JNE) ...	185
-	HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ El derecho a la libertad de información sin censura previa en el contexto del ordenamiento jurídico interamericano y chileno.....	225

### NOTAS

-	FRANCISCO J. DEL SOLAR ROJAS Ley Orgánica de la Policía "sin orden público".....	259
-	RAMIRO DE VALDIVIA CANO El Derecho Administrativo según Humberto Núñez Borja.....	263
-	SERGIO DÍAZ RICCI El primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica.....	269
	<b>Normas para los colaboradores.....</b>	<b>275</b>

## PRESENTACION

La tradición jurídica del Perú republicano, se inicia a mediados del siglo XIX, algo tarde en comparación con la declaración de Independencia, que se da en 1821, y coincidente con los primeros códigos civil y penal, que motivaron, como era de esperarse, comentarios exegéticos.

La obra monumental del siglo XIX, y quizá la más representativa de toda la época, es el *Diccionario de la Legislación Peruana*, que Francisco García Calderón publica en 1879, en su segunda y definitiva versión, en dos tomos, y de tan vasta influencia.

En el ámbito del Derecho Público, el primer texto de Derecho Administrativo se debe a Manuel Atanasio Fuentes (1865) y en el Derecho Constitucional, a Felipe Masías (1855), si bien con algunos antecedentes que deben tomarse en cuenta.

Pero en todo el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX, en materia de Derecho Público, lo que existe es, en lo fundamental, manuales. De excepción son los trabajos monográficos o discursos de José Matías Manzanilla, Victor Andrés Belaunde y Manuel Vicente Villarán en materia constitucional. Nada parecido se encuentra en el Derecho Administrativo.

Pero en 1979, cuando se sanciona la Constitución de ese año y se retorna a la democracia, renace el interés por el estudio de la Constitución, que se da sobre todo en las nuevas hornadas universitarias. Crece así el interés por el Derecho Constitucional, que en los últimos años, no obstante el entorno político desfavorable, ha tenido una actividad intensa. No podemos decir lo mismo del Derecho Administrativo, que se ha limitado, en la mayoría de los

casos, a analizar el procedimiento administrativo, que a partir de 1967, con la aprobación del Reglamento (hoy Ley), General de Procedimientos Administrativos, ha incentivado el estudio y la publicación de ensayos y monografías sobre tales temas.

Pero no ha sucedido lo mismo con el resto de temas administrativos, pues ni siquiera los relacionados con la reforma del Estado, llevada a cabo, de manera desigual desde 1992, ha dado lugar a reflexiones de largo alcance. Por cierto, algo de esto se está superando en los últimos años.

En vista de esta realidad, y teniendo en cuenta los temas comunes de ambos derechos, Constitucional y Administrativo, es que decidimos crear una Revista que sirva para convocar tales inquietudes y encauzar tales esfuerzos. En tal sentido, esta Revista constituye el intento de ser un puente de unión entre los cultores de ambas ramas del Derecho Público, y por cierto, como atalaya libre del pensamiento.

Pero queremos avanzar sobre lo que es el propósito que anima esta Revista, y cuáles son sus limitaciones. Lo que quiere es servir de encuentro, despertar inquietudes, así como señalar problemas y apuntar soluciones. Pero esto desea hacerlo desde un ángulo que podemos llamar de alta divulgación, esto es, de una manera ágil y breve, pero sin caer en el alarde de citas y en el tratamiento alambicado, que los dejamos para otro tipo de publicaciones. Nuestra Revista pretende abrir horizontes, no intenta agotarlos.

Y por cierto, dada la óptica que aborda, lo que será preferente atención serán los problemas peruanos, y también latinoamericanos. Optamos por una temática nacional, de interés propio, no en forma exclusiva, pero sí preferente. Antes que aventuras exóticas en otras áreas del pensamiento o que agobian a comunidades distintas a las nuestras, deseamos ahondar en nuestros propios problemas.

Pero siendo la ciencia universal, sería vano exagerar el localismo y lo vernacular, por lo que no perderemos el punto de vista general de los problemas. En ese sentido, concurren y concurrirán a nuestra Revista, prestigiadas plumas extranjeras, muchas de las cuales, además, nos honran en el Comité Consultivo Internacional.

Durante muchos años han existido en el Perú revista jurídicas de carácter general, o si se quiere, general, pero por sectores (revistas

de legislación o jurisprudencia). Incluso, avanzado ya el siglo XX, hemos tenido revistas de Derecho Tributario, Derecho Laboral, Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Internacional Público, Derecho Procesal y hasta de Historia y Sociología del Derecho. En materia de Derecho Constitucional, sólo se cuenta, en fecha reciente, con "Pensamiento Constitucional" que edita la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica, así como la revista del "Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional" que, en Huancayo, dirige Miguel Vilcapoma. Y en Derecho Administrativo, no hay nada parecido. Y menos aun, en Derecho Público.

Por eso creemos que ha llegado la hora de hacerlo, en forma modesta, por cierto, pero con decisión, para ir consolidando una tradición que merece ser fortalecida.

Lima, setiembre de 2000.

El Director.



## EDITORIAL

El presente número de nuestra Revista, sale en momentos difíciles para nuestra patria. Acaba de culminar un proceso electoral, que no ha hecho más que confirmar al actual mandatario para continuar un tercer periodo gubernativo, y que, en principio, debe culminar en 2005.

La anterior Constitución de 1979 inauguró un ejemplar período democrático en el Perú, que terminó abruptamente con el golpe de Estado de 5 de abril de 1992. El posterior período constituyente de 1993, que sancionó la Carta de ese año que todavía rige, no hizo más que permitir que el gobierno de entonces se afanzara, y continuase con la larga lista de atropellos y violaciones a los derechos humanos, que desde entonces, no han hecho más que acentuarse.

Todos estos años no han significado otra cosa que el desmantelamiento de la institucionalidad, y una violación continua de los derechos humanos, y de todos aquellos que representasen un cuestionamiento a este tipo de excesos. La Constitución de 1993 ha sido vaciada de contenido y las instituciones han sido todas copadas por un gobierno autoritario, que luego de quedarse diez años en el poder, intenta quedarse cinco años más.

Son pues períodos tristes para una democracia que emergió penosamente en la década de 1980, y que ahora ha sido nuevamente vencida. Por cierto, llamamos la atención sobre esta situación, sin por eso dejar de anotar que hay importantes logros en el ámbito económico-financiero, si bien esto no justifica la actual situación de anomia en la que se vive.

El mundo universitario, en especial, los alumnos de nuestros centros de estudios, así como la población en general, han reaccionado contra todo esto, como lo han demostrado las jornadas cívicas que ha vivido el país, con motivo del sainete electoral que se llevó a cabo el 9 de abril y luego el 28 de mayo último, en medio de gravísimas irregularidades, que han viciado el proceso.

Si bien nuestra Revista quiere dar preferencia a los temas que son el objetivo de su publicación, en oportunidades como ésta, que tan gravemente afectan a la vida institucional del país, ha creído conveniente dejar establecido cuál es su posición sobre estos hechos.

Lima, setiembre de 2000.

*Post scriptum:* Por motivos ajenos a nuestra voluntad, la impresión de nuestro primer número ha demorado más de la cuenta. Pero mientras tanto, la realidad política ha cambiado notablemente, al haber asumido la Presidencia el doctor Valentín Paniagua, y haberse convocado a elecciones generales para abril de 2001, que un nuevo gobierno que se instalará el 28 de julio de 2001. Pero esto será tratado en nuestro próximo número.

Lima, diciembre de 2000.

# RETIRO DEL PERU DE LA CIDH

---



## RETIRO DEL RECONOCIMIENTO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Héctor Gros Espiell (\*)

1) El artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos <sup>(1)</sup> hace depender el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de un

---

(\*) Ex Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay; ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Montevideo.

<sup>(1)</sup> Artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“1.- Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2.- La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3.- La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.”

acto unilateral, voluntario y potestativo de los Estados partes en la Convención. Esta competencia, por ende, no resulta automáticamente, de la ratificación de los Estados, ni, consiguientemente, de la condición de partes en el Pacto de San José, sino que es la consecuencia de un acto declarativo, distinto y autónomo, que puede ser simultáneo o posterior al inicio de la condición de parte en la Convención (arts. 62 y 74).

Esta situación plantea el problema de si, del mismo modo que un Estado parte puede o no reconocer la competencia contenciosa de la Corte, le es posible lícitamente retirar este reconocimiento, sin perjuicio de continuar siendo parte de la Convención y de su deber de hacer dicho retiro respetando todas las normas de la Convención y los principios y criterios pertinentes del Derecho Internacional.

Se trata de una cuestión que se sitúa exclusivamente en el ámbito del Derecho Internacional y que es distinta del problema de si ese retiro es o no posible según el Derecho Constitucional, es decir del Derecho Interno, del Estado Parte en el Pacto de San José cuyo Gobierno proyecta, encara o realiza el retiro del reconocimiento de esa competencia contenciosa.

Obviamente el análisis del problema jurídico de la posibilidad de retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Derecho Internacional, es un tema esencialmente distinto e independiente de la conveniencia o inconveniencia política, interna o internacional, de realizar ese retiro.

2) El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de un órgano jurisdiccional internacional es algo totalmente diferente, conceptual, jurídica y prácticamente, de la denuncia del tratado en el que está el origen de la creación y del establecimiento de ese órgano.

La denuncia de la "Convención" está prevista y regulada en el artículo 78 del Pacto de San José <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> Artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

"1.- Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras Partes.

La misma posibilidad de denuncia existe en el artículo 65 del Convenio Europeo <sup>(3)</sup>.

En cuanto a la Carta de las Naciones Unidas, ella nada dice al respecto. El tema se consideró en San Francisco y la doctrina se ha dividido al respecto. El hecho que entre 1946 y 1999 no haya habido ningún intento de denunciar la Carta y que esto sea hoy políticamente casi imposible, no le quita al asunto interés jurídico ante el silencio del texto. Por los antecedentes del asunto, por los principios generales aplicables, y compartiendo el criterio de Jiménez de Aréchaga, estimo que la denuncia es jurídicamente posible <sup>(4)</sup>.

Sobre la distinción de la denuncia y retiro de la competencia contenciosa he dicho en ocasión reciente:

---

2.- Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado Parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto."

<sup>(3)</sup> Artículo 65 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales:

"1. Una alta parte contratante sólo podrá denunciar al presente Convenio, al término de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio para dicha parte, y mediante un preaviso de seis meses dado en un notificación dirigida al secretario general del Consejo de Europa, quien informará a las restantes partes contratantes.

2. Esta denuncia no podrá tener por efecto el desvincular a la alta parte contratante interesada de las obligaciones contenidas en el presente Convenio en lo que se refiere a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de estas obligaciones, hubiera sido realizado por dicha parte con anterioridad a la fecha en que la denuncia produzca efecto.

3. Bajo la misma reserva, dejará de ser parte en el presente Convenio toda alta parte contratante que deje de ser miembro del Consejo de Europa.

4. El Convenio podrá ser denunciado de acuerdo con lo previsto en los párrafos precedentes respecto a cualquier territorio en el cual hubiera sido declarado aplicable en los términos del art. 63".

<sup>(4)</sup> Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, 1958, págs. 151 – 156. La doctrina contraria a este tema está citada en la nota 27 de la pág. 154.

“Son dos casos o situaciones totalmente diferentes. La denuncia, cuando sea jurídicamente posible, termina con la calidad de parte de los Estados en un tratado, sea según los casos, bilateral o multilateral. La denuncia es siempre total. Se refiere a todo el tratado. No hay denuncia parcial relacionada sólo a una parte del tratado.

El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa, atribuída anteriormente a una Corte por una declaración unilateral, es algo absolutamente distinto a la denuncia del tratado en el que se encuentra incluido un artículo que hace posible, por medio de una declaración unilateral, el reconocimiento de la jurisdicción o competencia de ese órgano jurisdiccional. La posibilidad del retiro del reconocimiento de la competencia de la Corte es la consecuencia necesaria de que esa competencia puede ser aceptada unilateralmente por una declaración.

El reconocimiento de esa competencia puede retirarse o modificarse en todo momento por un acto unilateral, discrecional y soberano, como lo ha calificado recientemente la Corte Internacional de Justicia, sin que se afecte la calidad de parte del Estado en el correspondiente tratado”<sup>(5)</sup>.

3) Cuando la denuncia de un tratado es posible, es decir cuando no está prohibida por el tratado o cuando está expresamente permitida esa posibilidad (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 56), pone fin, en la forma y en el plazo convencionalmente previstos (art. 56.2), a la calidad de parte en ese tratado del Estado denunciante.

La denuncia es siempre total. Se refiere al fin de la calidad de parte en la totalidad del tratado. No se puede, en principio, denunciar una parte del tratado y continuar siendo parte del resto del tratado, como lo establece expresamente el artículo 44 párrafo 1 de la Convención de la Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>(6)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Héctor Gros Espiell, “Competencia y obligaciones”, *El Comercio*, 8 de agosto de 1999, página Editorial, A. 31. Lima.

<sup>(6)</sup> Art. 44 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

El recuerdo de esta disposición es hoy especialmente pertinente, ante la errónea afirmación, hecha recientemente, que el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa sería una denuncia parcial.

4) El reconocimiento unilateral, voluntario y potestativo, de la competencia de un órgano jurisdiccional internacional, separado del hecho de que sea parte en el instrumento internacional que crea ese órgano, no fue un invento de los redactores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tuvo como fuente directa el artículo 46 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 <sup>(7)</sup>.

Pero ambos textos se inspiraron y siguieron el mismo sistema de reconocimiento de la competencia que existe en el caso de la Corte Internacional de Justicia, establecido por el artículo 36.2, 3, 4 y 5 del

---

Divisibilidad de las disposiciones de un tratado.

"1. El derecho de una parte, previsto en un tratado o emanado del artículo 56, a denunciar ese tratado, retirarse de él o suspender su aplicación no podrá ejercerse si no con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto."

<sup>(7)</sup> Artículo 46 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales:

"1.- Cada una de las altas partes contratantes puede declarar, en cualquier momento, que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial la jurisdicción del Tribunal para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del presente Convenio.

2.- Las declaraciones a que se refiere el párrafo anterior podrán hacerse pura y simplemente o bajo condición de reciprocidad por parte de varias o de ciertas otras altas partes contratantes, o por un período determinado.

3.- Estas declaraciones remitirán al secretario general del Consejo de Europa, que transmitirá copia de ellas a las altas partes contratantes.

Estatuto de la Corte <sup>(8)</sup>, que "forma parte integrante" de la Carta de las Naciones Unidas, según lo dispone su artículo 92 <sup>(9)</sup>.

En cuanto al artículo 46 de la Convención Europea no ha existido casos de retiro de la declaración de reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte. Sin embargo la doctrina ha estudiado esta posibilidad, remitiéndose a la jurisprudencia y a la doctrina que al

---

<sup>(8)</sup> Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

"1.- La Competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente provistos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes.

2.- Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte, en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

a.- La interpretación de un tratado.

b.- Cualquier cuestión de derecho internacional.

c.- La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituirá violación de una obligación internacional.

d.- La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de un obligación internacional.

3.- La declaración a que se refiere este Artículo podrá hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo.

4.- Estas declaraciones serán remitidas para su depósito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias de ellas a las partes en este Estatuto y al Secretario de la Corte.

5.- Las declaraciones hechas de acuerdo con el Artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional que estén aún vigentes, serán consideradas, respecto de las partes en el presente Estatuto, como aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia por el período que aún les quede de vigencia y conforme a los términos de dichas declaraciones.

6.- En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá."

<sup>(9)</sup> Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas.

"La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta".

respecto generó el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia <sup>(10)</sup>.

5) "La cláusula opcional" de atribución de jurisdicción o de competencia contenciosa a la Corte Internacional de Justicia, y la práctica que ha existido sobre su utilización, han dado lugar a una abundante doctrina <sup>(11)</sup> y a una rica jurisprudencia.

La "jurisdicción" o competencia de la Corte de la Haya es la consecuencia de un acto voluntario, que puede resultar de que las partes en un litigio convengan en someterlo a la Corte o de que su voluntad sea la consecuencia de lo acordado respecto de todos los asuntos "expresamente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes" (Estatuto cit. Art. 36.1). Pero, además, la expresión de esta voluntad puede ser unilateral, es decir hecha por medio de la cláusula opcional (art. 36.2). Es decir, que, como lo ha dicho siempre la Corte Internacional de Justicia, su competencia o jurisdicción contenciosa resulta necesariamente, en sus diversas formas, del consentimiento de los Estados.

<sup>(10)</sup> G. Musacchis, "La giurisdizione obbligatoria della Corte de Strasburgo", *Diritto di Famiglia e della Persone*, 1973, p. 1197; M. Ronzitti, "L'accettazione della CEDU e delle sue clausole facoltative da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa", *Rivista de Diritto Internazionale*, 1967, pág. 357; V. Starace, "La giurisdizione obbligatoria della Corte EDU", *Comunicazioni e Studi de Diritto Internazionale*, 1975, pág. 825; C. Zanghi, "Le reserve della Francia alla CEDU", *Studi di Diritto Europeo in onore de R. Monaco*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 818.

<sup>(11)</sup> Hebert W. Briggs, *Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Academie du Droit International, *Recueil des Cours*, 1958; C.H.M. Waldock, "Decline of the Optional Clause", *British Year Book of International Law*, (1955 - 1956); Edward Hambre, "Some Observations on the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice", *British Year Book of International Law* (1948); H. Lautertach, *The British Reservations to the Optional Clause*, *Economica* 1930; Jacques Soubeyrol, "Validity dans le temps de la declaration d'acceptation de la jurisdiction obbligatorie", *Annuaire Francais de Droit Internationale* 1959; Ch. Delbasch, "La compétence "ratione temporis" de la Cour Internationale de Justice dans le systeme de la clause facultative de la jurisdiction obbligatorie", *Revue Generale de Droit International Public*, 1960; Hans - Jurgen Schlochauer, "International Court of Justice, Compulsory Jurisdiction", in Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 1, 1981, págs. 79 - 80.

La doctrina ha afirmado siempre que esta voluntad puede expresarse con limitaciones o condiciones que son generalmente llamadas "reservas", aunque la expresión reservas está usada en un sentido que no coincide con el dado a ese término en el Derecho de los Tratados, particularmente en la Convención de Viena. Estas llamadas "reservas", de la jurisdicción o competencia de la Corte, que pueden ser simultáneas o posteriores a la aceptación por el Estado que las hace, están fundadas en el principio "in plus stat minus". En efecto, si se permite a cualquier Estado parte del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia permanecer ajeno al sistema de la cláusula opcional, ese Estado está necesariamente facultado para aceptar solo parcialmente la jurisdicción de la Corte, subordinando su aceptación a condiciones o limitaciones <sup>(12)</sup>.

Eduardo Jiménez de Aréchaga, que ha hecho un agudo estudio de todos los aspectos de "la cláusula opcional", ha agregado y dicho expresamente que las declaraciones unilaterales de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte están "sujetos a retiro mediante simple notificación" <sup>(13)</sup>. Para hacer esta tan importante afirmación se ha fundado en su propio razonamiento, en la jurisprudencia concordante de la Corte Internacional de Justicia y en la doctrina.

Estas "reservas", y por ende también el eventual retiro del reconocimiento resultante de la cláusula opcional, tienen "efectos jurídicos inmediatos" <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> Eduardo Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980. Esta obra es la versión en español del Curso dictado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en 1979, y publicado en el *Recueil des Cours*, en vol. 1, 1978, que se titula "International Law in the Part Third of a Century".

<sup>(13)</sup> Eduardo Jiménez de Aréchaga, op. cit., pág. 185, que para fundar esta afirmación cita a la Corte Internacional de Justicia (ICJ, Reports, 1957, p. 146).

<sup>(14)</sup> Competence en Matière de Pêcheries, Espagne c/Canada, 4 de diciembre de 1998, párrafo 46.

Por no tratarse de una denuncia, el régimen de las llamadas “reservas”, -de su presentación o modificación, así como del retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia-, no está sujeto a ninguno de los límites temporales o plazos que generalmente existen en el caso de la denuncia de un tratado.

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre la cláusula opcional, en lo que nos interesa, es particularmente rica e ilustrativa.

La Corte, reiterando una jurisprudencia anterior, ha sostenido muy recientemente que: “Una declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte, contenga o no límites precisos, constituye un acto unilateral derivado de la soberanía del Estado”<sup>(15)</sup>. Y agregó, citando el caso Nicaragua c/ Estados Unidos, (1984, Recueil, párrafo 59), que las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte son “compromisos facultativos de carácter unilateral que los Estados tienen absoluta libertad de suscribir o no. El Estado es libre, además, de hacer una declaración sin condiciones y sin límites de duración o de agregarle condiciones o reservas”<sup>(16)</sup>.

Esta jurisprudencia se inició en la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, que sobre la base de la norma, igual a la actual, incluida en el viejo Estatuto de esa Corte, había precisado ya los caracteres de la cláusula opcional<sup>(17)</sup>.

No hemos de seguir todo el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia la respecto. Solo recordaremos algunas sentencias especialmente relevantes para la situación que examinamos.

La Corte Internacional de Justicia ha aceptado la posibilidad de retiro, total o parcial, del reconocimiento, por medio de la cláusula opcional, de la jurisdicción de la Corte.

---

<sup>(15)</sup> Competence en Matière de Pêcheries, cit., párrafo 50.

<sup>(16)</sup> Competence en Matière de Pêcheries, cit.

<sup>(17)</sup> P.C.I.J., series A/B, num. 74, p. 12.

Ha llamado a este retiro, denuncia, pero con un sentido diferente de la aceptación de la palabra denuncia en el Derecho de los Tratados. Lo ha hecho en la sentencia del caso relativo al Derecho de Pasaje entre Portugal y la India, del 26 de mayo de 1961 <sup>(18)</sup>. Es esta afirmación esencial, recordada en todas las referencias jurisprudenciales sobre la CIJ <sup>(19)</sup>, en la que Jiménez de Aréchaga se basó para sostener la pertinencia "de hacer declaraciones sin plazo determinado y sujetas a retiro mediante simple modificación" <sup>(20)</sup>.

Esta jurisprudencia es, sin duda, un elemento importante y de necesaria consideración para encarar la interpretación del artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aún teniendo en cuenta las consecuencias que derivan de que en un caso, el americano, se trata de un instrumento referido a la protección de los Derechos Humanos, el instituto del consentimiento unilateral como acto que da nacimiento al reconocimiento de la competencia o "jurisdicción" contenciosa de un órgano jurisdiccional internacional y de la posibilidad de retiro de ese reconocimiento, son iguales en todos los casos encarados hoy en el Derecho Internacional y, por ende, aplicables tanto a la Corte Internacional de Justicia como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Podría ser también aplicable en términos estrictamente jurídicos, a la Corte Europea de Derechos Humanos.

6) Pese a que es algo obvio, algunos Estados americanos al depositar el instrumento declarativo de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dejaron expresa constancia de que, cuando ese reconocimiento se hacía por un plazo indefinido, podían retirarlo en cualquier momento.

Así, la Declaración colombiana del 8 de mayo de 1985, expresa:

---

<sup>(18)</sup> C.I.J. Reports, 1957.

<sup>(19)</sup> José Antonio Pastor Ridruejo, *La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya*, Rialp, Madrid, 1962, págs. 188, 192 - 214; "La Jurisprudence de la Cour International de Justice", La Documentation Française, N° 3113, aout 1964, pág. 13, 28, 31, 31.

<sup>(20)</sup> Eduardo Jiménez de Aréchaga, op. cit.

“Declarar el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno”.

Y la Declaración ecuatoriana del 24 de julio de 1984 dispone en su artículo 1:

“Declárase en vigencia en el país los artículos 45 y 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bajo condiciones de reciprocidad y por tiempo indefinido y sin excepción alguna, reservándose el Estado ecuatoriano la facultad de retirar el reconocimiento de esta competencia cuando lo estime conveniente”.

Naturalmente esta precisión sobre “el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno”, no es constitutiva de un derecho, sino tan solo declarativa, a mayor abundamiento, de un derecho preexistente, consustancialmente derivado de la naturaleza soberana, voluntaria y unilateral de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte, que, como ya dijimos, no resulta directa e inmediata de la calidad de parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino de un acto potestativo, independiente y separado, emanado del Estado que lo ha emitido (art. 62 del Pacto de San José).

Las aclaraciones hechas por Colombia y Ecuador, al reconocer la competencia contenciosa de la Corte, no significan negar ni poner en duda que igual derecho a “hacer cesar la competencia en el momento que se considere oportuno”, tienen todos los Estados partes en la Convención que ha reconocido por una declaración especial, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

7) El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, produce efectos inmediatos, luego de la presentación del correspondiente instrumento de retiro al Secretario General de la Organización.

Esta conclusión es la consecuencia necesaria de la diferencia de “status” jurídico entre la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sólo produce efecto luego del año de

presentada, y el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa, en que este plazo, así como ningún otro, no existe.

Es la misma situación que se da con respecto a la Corte Internacional de Justicia, en relación con la cláusula opcional, según el artículo 36 del Estatuto, como lo ha señalado con precisión y claridad la Corte de La Haya <sup>(21)</sup>.

Pero esta afirmación no significa, en modo alguno, estimar que la Corte Interamericana deja de tener competencia respecto de los asuntos contencioso en los que ya está conociendo.

También sobre este tema es útil recurrir a la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

8) En las páginas anteriores he intentado hacer el análisis, estrictamente jurídico, de la cuestión del retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por un Estado Parte en el Pacto de San José, que había hecho antes ese reconocimiento.

No me he referido específicamente al retiro del reconocimiento de la competencia, hecho por el Perú con fecha 9 de julio de 1999, ni a la denuncia de la Convención efectuada por Trinidad y Tobago el 26 de mayo de 1998.

No he estudiado tampoco los efectos del retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana sobre los diversos casos, en situaciones procesales muy diferentes, que han sido remitidas a la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que se encuentran sometidos a su consideración.

Del mismo modo no han entrado en el objeto de este estudio los diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana, en los casos contra el Perú, hechos después del retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa.

Queda el estudio de estos aspectos del asunto encarado ahora, para un trabajo posterior.

Pocitos, enero de 2000.

---

<sup>(21)</sup> I.C.J., Reports, 1957, p. 146.

## INVALIDEZ DEL RETIRO DEL PERU DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

César Landa (\*)

**Sumario:** 1. Antecedentes. 2. La tutela jurisdiccional como derecho constitucional. 3. La tutela jurisdiccional como derecho internacional. 3.1. Competencia contenciosa. 3.2. Competencia consultiva. 4. Invalidez del retiro de la competencia contenciosa. 4.1. Competencia de la Corte. 4.2. Interpretación de buena fe. 4.3. Cláusula in dubio pro homine. 4.4. Actos unilaterales de Estado. 4.5. Denuncia versus retiro inmediato 5. Conclusión.

### 1. ANTECEDENTES

El 8 de Julio de 1999 el Congreso del Perú aprobó mediante Resolución Legislativa N° 27152, el retiro con efectos inmediatos del Estado peruano de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la misma que el representante del Gobierno peruano depositó al día siguiente en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, anunciando la denuncia parcial de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La decisión parlamentaria promovida por el Presidente Fujimori se originó en la sentencia del 30 de mayo de 1999 de la Corte

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Interamericana sobre el caso Castillo Petruzzi y otros, en virtud de la cual se dispuso la invalidez del proceso penal por traición a la patria y se ordenó que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal, según dispone la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>(1)</sup>.

Contra esa sentencia el Consejo Supremo de Justicia Militar declaró inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; con el argumento de que por motivos de seguridad nacional, el Estado tenía derecho a defenderse del terrorismo genocida, drama que los jueces de la Corte Interamericana desconocían. Además señaló que, cientos de presos por terrorismo, podrían invocar dicha sentencia para solicitar la revisión de sus procesos penales y eventualmente obtener la libertad. Finalmente, que la sentencia de la Corte era contraria al reconocimiento de la independencia de la jurisdicción militar que otorga la Constitución Política<sup>(2)</sup>.

Sin embargo, como se ha señalado, la razón fundamental del retiro del gobierno de Fujimori de la Corte Interamericana no se debe solamente al caso Castillo Petruzzi y otros<sup>(3)</sup>; si no, sobretodo a los controvertidos casos pendientes contra el Perú que se encuentran en trámite para ser resueltos ante la Corte. Dentro de esos procesos pendientes se encuentran algunos con un alto contenido político, como la denuncia de los tres magistrados del Tribunal Constitucional –Manuel Aguirre, Delia Revoredo y Guillermo Rey- destituidos por el Congreso peruano, por haber declarado inaplicable la ley de reelección presidencial, y la petición del empresario Baruch Ivcher a quien se le privó de la nacionalidad peruana y de la propiedad de su canal de televisión, por denunciar la corrupción y la represión a la oposición del Servicio de Inteligencia Nacional.

---

<sup>(1)</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999*, San José, 1999, pp. 79.

<sup>(2)</sup> Consejo Supremo de Justicia Militar, *Resolución de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, once de junio de 1999*, en *El Peruano*, Lima, 12 de junio de 1999, pp. 174138-174141.

<sup>(3)</sup> Gobierno del Perú, *Posición del gobierno peruano ante los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Pensamiento Constitucional*, Año VI, N° 6, PUCP-MDC, Lima, Fondo Editorial, 1999, pp. 691-704.

Precisamente, con éstos dos últimos casos presentados por la Comisión Interamericana contra el gobierno peruano ante la Corte Interamericana, es que ésta última ha tenido la oportunidad de fallar sobre la invalidez del pretendido retiro del Estado peruano de su competencia contenciosa. La respuesta del Presidente Fujimori no se ha hecho esperar desconociendo dicha resolución; en la cual se pone en claro la conducta política de su gobierno de rechazar los principios y normas jurídicas del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional relativa a la tutela judicial de los derechos humanos, así como la insostenible tesis jurídica del retiro del Perú de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana con efectos inmediatos, que a continuación se plantean.

## 2. LA TUTELA JURISDICCIONAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

La Constitución peruana ha consagrado en el artículo 139°-3 el derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela jurisdiccional y en el artículo 205° el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional internacional, al establecer que “agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en sus derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”. La finalidad de esta disposición es asegurar la justicia a nivel internacional si es que no se ha obtenido en el ámbito nacional, lo que es lo mismo a impedir la impunidad a nivel nacional<sup>(4)</sup>.

En ese sentido, se puede señalar que la tutela jurisdiccional es el derecho natural de cualquier persona a la defensa jurídica de sus demás derechos ante los tribunales de justicia. La tutela jurisdiccional goza del doble carácter de los derechos fundamentales; en la medida que, por un lado, es un derecho subjetivo y objetivo de la persona,

---

<sup>(4)</sup> Alberto Borea, *El Poder Judicial como control para evitar la impunidad*, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos II*, compiladores (Antonio Cançado Trindade y Lorena González Volio), IIDH, San José, 1995, pp. 516 ss.

pero también es un derecho objetivo de la comunidad jurídica<sup>(5)</sup>. El derecho subjetivo a la justicia en un Estado de Derecho, sólo se materializa a partir de la existencia a nivel nacional e internacional de tribunales encargados de administrar justicia.

Más aún, a través del reconocimiento del doble carácter del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional se puede señalar que se garantiza el respeto de los derechos fundamentales; por cuanto, dicha tutela es el instrumento que permite la realización de los demás derechos. En ese sentido, la defensa de la tutela jurisdiccional se inserta en la teoría de la garantía procesal<sup>(6)</sup>, en virtud a que la tutela de los derechos fundamentales a través de procesos conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se asegure la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y segundo que se garantice el debido proceso material y formal.

De lo contrario se estaría configurando la *indefensión* de los derechos ciudadanos, que supone una violación no sólo al derecho de acceso a la justicia, sino también de manera potencial o real a todos los demás derechos fundamentales de la persona<sup>(7)</sup>. Con el reconocimiento de la tutela jurisdiccional se evita que existan vacíos o lagunas donde no se protejan los derechos constitucionales, sino que siempre exista una entidad pública encargada de examinar judicialmente las pretensiones de las partes.

Es indudable que la protección judicial frente a la violación de los derechos fundamentales de las personas constituye una manifestación del principio básico de la dignidad de la persona

---

<sup>(5)</sup> Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vigésima edición, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, pp. 336 ss.

<sup>(6)</sup> Helmut Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien. Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1981, p. 209; asimismo, Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 47-66

<sup>(7)</sup> Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee/Kirchhof (editores), Tomo I *Grundlagen von Staat und Verfassung*, C. F. Müller, Heidelberg, 1987, pp. 815-861.

humana. El artículo 1º de la Constitución peruana al disponer que “la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, configura a la dignidad humana como el fundamento o núcleo de existencia de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la tutela judicial <sup>(8)</sup>.

La dignidad no sólo es una pauta interpretativa de la tutela judicial, sino también un postulado que promueve una concepción de derechos dinámicos y abiertos; en este sentido, la tutela judicial se constituye en un bien jurídico constitucionalmente tutelado de manera abierta y dinámica <sup>(9)</sup>. Lo cual supone que dicho derecho se desarrolle progresivamente en función de la causa que le dio origen; es decir la protección de los derechos de la persona humana. Por ello, la tutela judicial queda legitimada sólo en la praxis institucional y ciudadana de respeto y promoción de la protección de los derechos humanos; de modo que, cualquier ley, reglamento o resolución que afecte el derecho a la tutela judicial debe ser considerado nulo.

Ahora bien, la tutela jurisdiccional internacional es un derecho que se origina en el principio internacional de la protección de los derechos humanos. Como quiera que después de la segunda guerra mundial el bienestar de la persona humana es una preocupación internacional con independencia de su nacionalidad, la soberanía se hace difusa <sup>(10)</sup>, en aras de la internacionalización de los derechos del hombre y del ciudadano, en cuanto se refiere a la protección de sus derechos fundamentales, demandando dos cosas: en primer lugar, que los Estados estén obligados por recíprocos deberes y derechos de respeto

<sup>(8)</sup> Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1989, p. 284.

<sup>(9)</sup> Pablo Lucas Verdú, *Teoría de la constitución como ciencia cultural*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 263-273; asimismo, Peter Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlin, 1978, pp. 155 ss.

<sup>(10)</sup> Francisco J. Bastide, *La soberanía borrosa: la democracia*, en la revista *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público, Historia Constitucional*, (versión electrónica) N° 1, Diciembre, 1998, *Soberanía y Constitución*, en <http://uniovi.es/Apastado/Centro/Derecho/Constitucional/fportadashtm>.

a la persona humana, y; en segundo lugar, que progresivamente se unan para forjar un sistema jurídico universal y unitario<sup>(11)</sup>.

En ese sentido, desde la segunda mitad del siglo XX se viene produciendo la progresiva limitación de las competencias soberanas del Estado nacional en aras a garantizar la libertad del hombre. Por ello los Estados deben someterse al imperativo moral de proteger los derechos humanos y operar con miras a su materialización, asegurando la vigencia de la tutela jurisdiccional internacional de los derechos humanos, en la medida que se ha convertido en un principio y garantía de la libertad cuando los demás derechos humanos no sean protegidos por los Estados nacionales.

La tutela jurisdiccional nacional e internacional tienen como denominador común la protección de los derechos humanos, sin embargo, se puede apreciar que existe un doble standard para su tutela. Por un lado, la protección jurídica interna que se asienta en el derecho positivo constitucional y/o legal del Estado nacional; mientras que, por otro lado, la protección internacional que se concibe neoiusnaturalistamente, en base a valores y principios de la persona universal, de carácter dinámico, como la dignidad humana<sup>(12)</sup>.

Este doble standard en el reconocimiento de los derechos fundamentales quiebra la unidad interpretativa del derecho; por cuanto, una aplicación positivista de las normas sobre derechos humanos, fácilmente puede aparecer como contrapuesta a la que se realice desde una perspectiva neoiusnaturalista. Sin embargo, en materia de protección de los derechos humanos, el viejo debate entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo es un falso dilema<sup>(13)</sup>, ya que no cumple una función válida. Por cuanto la defensa positivista

---

<sup>(11)</sup> Felice Battaglia, *Estudios de Teoría del Estado*, Publicaciones del Colegio de España de Bologna, Madrid, 1966, p. 170.

<sup>(12)</sup> Francisco Fernández Segado, "Dignidad de la persona humana, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español", en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 65, enero-junio 1995, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1995, pp. 505-539 asimismo, Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 80 ss. y pp. 94 ss.

<sup>(13)</sup> Peter Häberle, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, en AÖR, N° 99, 1974, pp. 451 ss.; asimismo, revisar a Pablo Lucas Verdú, *Estimativa y política constitucionales*, Universidad de Madrid, Madrid, 1984, pp. 48 ss.

o neiusnaturalista de los derechos fundamentales, y en particular de la tutela jurisdiccional, será válida sólo a condición del Derecho que mejor proteja a la persona humana <sup>(14)</sup>.

### 3. TUTELA JURISDICCIONAL COMO DERECHO INTERNACIONAL

En el caso peruano, la única instancia jurisdiccional internacional que puede tutelar judicialmente los derechos humanos no protegidos en el ámbito de la jurisdicción nacional es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte es el órgano judicial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y esta integrada por siete magistrados, que tiene dos competencias fundamentales de carácter jurisdiccional y administrativa <sup>(15)</sup>.

#### 3.1. Competencia contenciosa

La Corte examina los casos de violaciones de los Estados, que son llevadas por la Comisión o por los propios Estados, pero nunca por los particulares directamente. Admitida que sea la demanda, la Corte abre el proceso a dos etapas: escrita y oral; así, la etapa escrita se inicia cuando la Corte recibe la demanda, solicita a la parte demandante que elabore una memoria y al Estado acusado una contra-memoria, en la cual éste pueda hacer su descargo o incluso plantear objeciones preliminares, que resuelve la Corte <sup>(16)</sup>. Luego, se

---

<sup>(14)</sup> Antonio Trindade Cançado, *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, en *El juez y la defensa de la democracia, Un enfoque a partir de los derechos humanos*, IIDH, San José, 1993, pp. 266 y ss.; asimismo, César Landa, "Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución Política del Perú de 1993", en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVIII - N° 16, Julio - Setiembre, Trujillo, 1998, pp. 3-14.

<sup>(15)</sup> IIDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, IIDH, San José, s/f.; Thomas Buergenthal, *Implementation in the Inter-American Human Rights System*, en Rudolf Bernhardt y John Jolowicz (editores), *International Enforcement of Human Rights*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Spring Verlag, Heidelberg, 1987, pp. 69 y ss.

<sup>(16)</sup> Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, CAJ, Lima, 1988, pp. 481-483; asimismo, Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los*

da inicio a la etapa oral, en la cual dada sus facultades tutelares, la Corte puede decretar medidas de instrucción y medidas cautelares, llamar a testigos y pedir que se actúen pruebas, que conduzcan a descubrir la verdad sustantiva y no la verdad formal<sup>(17)</sup>.

Cuando el Estado demandado esta de acuerdo con la responsabilidad establecida por la Corte, puede terminar el proceso antes del juzgamiento; en este supuesto, la Corte puede o no archivar el caso "sobreser" y pasar a supervisar el cumplimiento del acuerdo entre las partes. Cuando la Corte encuentra responsabilidad del Estado dicta sentencia con eficacia vinculante para las cortes nacionales del Estado demandado. Si existiera alguna duda, acerca del alcance de la sentencia final, la Corte podría aclarar su decisión, a petición de parte. Es del caso mencionar, que por el *stare decisis* las decisiones de la Cortes son vinculantes para sentencias futuras.

En la práctica la Corte Interamericana ha resuelto sólo veinticuatro (24) casos, desde 1980 en que se instaló reglamentariamente en San José de Costa Rica hasta Enero de 2000; sin perjuicio de la resoluciones que ha dictado, como medidas provisionales o cautelares, resolviendo objeciones preliminares, estableciendo el valor de las indemnizaciones o interpretando el sentido de sus fallos<sup>(18)</sup>.

Catorce sentencias son condenatorias de los Estados latinoamericanos con mandatos indemnizatorios; pero, también, destacan tres fallos puramente indemnizatorios, en tanto se logró un acuerdo entre las partes, y, es del caso mencionar también las tres sentencias de allanamiento de los Estados y las cuatro que desestimaron peticiones de las víctimas y de un Estado (ver Cuadro N° 1).

---

*derechos humanos*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica*, Ediar, Buenos Aires, 1993, pp. 486-49.

<sup>(17)</sup> Héctor Fix Zamudio, "Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos...", en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (D. García Belaunde y F. Fernández Segado, coordinadores), Madrid, Dykinson, 1997, pp. 199 y ss.

<sup>(18)</sup> Antonio Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1998): The First Fifty Years*, en *International Institute of Human Rights XXIX Study Session*, Strasbourg, 13-17 July, 1998, p. 14-18; asimismo, Thomas Buergenthal, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials* IIHR, Strasbourg, N. P. Engel Publisher, 1995, pp. 494 y ss.

**CUADRO N° 1**

**SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE  
DERECHOS HUMANOS  
(1980-2000)\***

<b>CASOS</b>	<b>PAIS</b>	<b>AÑO</b>	<b>DERECHOS</b>	<b>FALLO</b>
1.VIVIANA GALLARDO	COSTA RICA	1981	vida, integridad	INADMISIBLE (no agotó vía previa)
2.VELASQUEZ RODRIGUEZ	HONDURAS	1989	vida, integridad, libertad	CONDENA, INDEMNIZ.
3.GODINEZ CRUZ	HONDURAS	1989	vida, integridad, libertad	CONDENA, INDEMNIZ.
4.FAIREN Y CORRALES	HONDURAS	1989	vida, integridad, libertad	ABSOLUCION
5.ALOEBOETOE y otros	SURINAM	1993	vida, integr., libert., garantía judicial	INDEMNIZACION
6.CAYARA	PERU	1993	vida, integr., libert., garantía judicial	DESESTIMA (fuera plazo)
7.GANGARAM PANDAY	SURINAM	1994	vida, libertad	CONDENA, INDEMNIZ.
8.NEIRA ALEGRIA	PERU	1995	vida, integr., libert., garantía judicial	CONDENA, INDEMNIZ.
9.CABALLERO y SANTANA	COLOMBIA	1995	vida, libertad	CONDENA, INDEMNIZ.
10. MAQUEDA	ARGENTINA	1995	libertad, garantía judicial	SOBRESEIMIENTO (conciliación)
11. EL AMPARO	VENEZUELA	1995	vida, integr., libert., garantía judicial	INDEMNIZACION
12. GARRIDO y BAIGORRIA	ARGENTINA	1996	vida, integr., libert., garantía judicial	INDEMNIZACION
13. GENIE LACAYO	NICARAGUA	1997	garantía judicial	CONDENA, INDEMNIZ.
14. LOAYZA TAMAYO	PERU	1997	libertad y garantía judicial	CONDENA, INDEMNIZ.
15. CASTILLO PAEZ	PERU	1997	vida, integr., libert., garantía judicial	CONDENA, INDEMNIZ.
16. SUAREZ ROSERO	ECUADOR	1997	libertad, garantía judicial	CONDENA, INDEMNIZ.
17. BLAKE	GUATEMALA	1998	integridad, garantía judicial	CONDENA, INDEMNIZ
18. PANIAGUA MORALES	GUATEMALA	1998	vida, integridad, libertad	CONDENA, INDEMNIZ.
19. BENAVIDES CEBALLOS	ECUADOR	1998	vida, integridad, libertad	ALLANAMIENTO INDEMNIZ.
20. CASTILLO PETRUZZI	PERU	1999	garantía judicial	CONDENA, INDEMNIZ.
21. CESTI HURTADO	PERU	1999	libertad, garantía judicial	CONDENA, INDEMNIZ.
22. CARACAZO	VENEZUELA	1999	vida, integridad, libertad, garant. Judicial	ALLANAMIENTO, INDEMNIZ.
23. NIÑOS DE LA CALLE	GUATEMALA	1999	vida, integridad, libertad, garant. Judicial	CONDENA, INDEMNIZ
24. TRUJILLO	BOLIVIA	2000	vida, libertad, integridad	ALLANAMIENTO, INDEMNIZ.

\* Período de Agosto de 1980 a Enero de 2000.

FUENTE: A. Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1998): The First Fifty Years*, en *International Institute of Human Rights XXIX Study Session*, Strasbourg, 1998; Th. Buergenthal, D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials*, IHR, Strasbourg, 1995; [http://umn.edu/humanrts/iachr/espanol/b11\\_110a.htm](http://umn.edu/humanrts/iachr/espanol/b11_110a.htm), y; [http://corteidh-oea.un.cr/publicac/indices/serie\\_chtm](http://corteidh-oea.un.cr/publicac/indices/serie_chtm).

ELABORACION: César Landa

### 3.2. Competencia consultiva

La Corte también tiene competencia para emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta opinión puede ser una respuesta en abstracto sobre el sentido o naturaleza de un artículo de la Convención o, puede estar referida a un caso concreto que se solicite<sup>(19)</sup>; sin embargo, como bien ha aclarado la Corte, no es factible que sea requerida para emitir una opinión consultiva, sobre un futuro caso que va a ventilarse como corte jurisdiccional, por que, entonces, estaría adelantado su opinión sobre el posible fallo<sup>(20)</sup>.

Hasta enero del 2000 la Corte ha expedido dieciséis (16) opiniones consultivas<sup>(21)</sup> (ver Cuadro N° 2), algunas de gran importancia, como la relativa a la pena de muerte, agotamiento de la jurisdicción interna, o sobre la no-suspensión del núcleo duro de los derechos humanos, incluido entre ellos a las garantías constitucionales, durante los estados de excepción<sup>(22)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> Manuel Ventura y Daniel Zovatto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios, 1982-1987*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 49 y ss.

<sup>(20)</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Compatibility of Draft Legislation with Article 8(2)(h) of the American Convention on Human Rights*, Advisory Opinion OC-12/91 of December 6, 1991, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. A) No. 12 (1991), en [http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/b\\_11\\_4l.htm](http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/b_11_4l.htm).

<sup>(21)</sup> Antonio Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1998): The First Fifty Years...*, op. cit., p. 11.

<sup>(22)</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinion Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, CIDH Sr. A, N° 8, 1987, en [http://www.umn.edu/humanrts/iachr/b\\_11\\_4hs.html](http://www.umn.edu/humanrts/iachr/b_11_4hs.html); asimismo, Thomas Buergenthal, Robert Norris, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems...*, op. cit., pp. 348 y ss.

**CUADRO N° 2**

<b>OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1982-2000)*</b>	
<b>OPINIONES CONSULTIVAS</b>	<b>TEMAS</b>
1. OC 1/82 del 24.9.82	Distinción entre los sistemas de protección regional y global.
2. OC 2/82 del 24.9.82	Efecto de la reserva de entrada en vigor de la Convención.
3. OC 3/83 del 8.9.83	Restricciones a la pena de muerte.
4. OC 4/84 del 19.1.84	Derecho a la nacionalidad y no discriminación.
5. OC 5/85 del 13.11.85	Colegiación obligatoria de periodistas es violatoria.
6. OC 6/86 del 9.5.86	La ley debe estar en función de la legalidad y legitimidad.
7. OC 7/86 del 29.8.86	Exigibilidad del derecho a la rectificación
8. OC 8/87 del 30.1.87	No se suspende garantías judiciales en estados de excepción.
9. OC 9/87 del 6.10.87	Son garantías judiciales: <i>habeas corpus</i> , amparo y otros.
10. OC 10/89 del 14.7.89	La Corte es competente par interpretar la Declaración Americana
11. OC 11/90 del 10.8.90	Excepciones al agotamiento de la jurisdicción interna
12. OC 12/91 del 6.12.91	Corte decide no responder un tema litigioso, no consultivo.
13. OC 13/93 del 16.7.93	Comisión califica sólo si una norma interna viola la Convención.
14. OC 14/94 del 9.12.94	Responsabilidad internacional por ley que viola la Convención.
15. OC 15/97 del 14.11.97	Comisión por excepción puede cambiar informe enviado a Estado
16. OC 16/99 del 10.1.99	Derecho a la información consular de los extranjeros procesados

\* Período de Setiembre de 1982 a Enero de 2000.

FUENTE: A. Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1998): The First Fifty Years*, en *International Institute of Human Rights XXIX Study Session*, Strasbourg, 1998; Juan Travieso, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, y; <http://www.cajpe.org.pe/basesdedatos/ddhh/default.htm> .

ELABORACION: César Landa

En la interpretación de la Convención Americana, la Corte ha venido realizando una lectura *in dubio pro homine*<sup>(23)</sup>. Basando sus opiniones, no sólo en la Convención, sino también en el derecho y la doctrina penal, constitucional e internacional, que tiende a proteger los derechos fundamentales; en ese sentido la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de Strasbourg, también ha tenido influencia gravitante en los fallos de la Corte de San José<sup>(24)</sup>.

De acuerdo con la información presentada, no puede menos que llamar la atención el estado limitado de acceso a la justicia internacional, en el funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos; en la medida que, de las más de once mil quinientas demandas individuales que se han presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sólo veinticuatro se convirtieron en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evidentemente, existe un cuello de botella que ha hecho de la Corte una especie de oráculo judicial al que sólo unos pocos casos privilegiados han podido llegar a ser resueltos.

Ello se debe en buena medida a que, en una primera etapa, el sistema americano de derechos humanos, al no contar con el respaldo de los gobiernos, que se encontraban mayoritariamente en manos de dictaduras militares<sup>(25)</sup>, fue lo suficientemente complaciente para soslayar las demandas de las víctimas. En ese sentido, no obstante la implementación de la Corte en la práctica a fines de los setenta, «de

---

<sup>(23)</sup> Mónica Pinto, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en *Justicia y Derechos Humanos. Materiales de Lectura*, CEAS, Lima, 1998, pp 135 ss.

<sup>(24)</sup> Thomas Buergenthal, *The advisory practice of the Inter-American Human Rights Court*, Rafael Nieto Navia, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, y, Rodolfo Piza Escalante, *La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos*, respectivamente en IIDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, IIDH, San José, s/f, op. cit., pp. 23-51, 115-153 y 155-176;

<sup>(25)</sup> Thomas Buergenthal, *Implementation in the Inter-American Human Rights System*, en Rudolf Bernhardt y John Jolowicz (editores), *International Enforcement of Human Rights...*, op. cit., pp. 74-75.

1979 a 1981, la Comisión nunca solicitó una opinión consultiva ni planteó un caso contencioso ante la Corte... De 1982 a 1985 la Comisión demandó una opinión consultiva... A partir de 1986 empieza con la remisión de tres casos a la Corte...»<sup>(26)</sup>.

Mientras que en la segunda etapa a fines de los ochenta y sobretodo durante la década de los noventa, la Corte Interamericana se ha caracterizado por incrementar sus pronunciamientos jurisdiccionales, abriendo la justicia de los derechos humanos con una marcada función tutelar de las víctimas. Ello se debe gracias tanto al activismo judicial de los nuevos miembros de dicho Tribunal, como al umbral de protección de los derechos humanos que desde la caída del Muro de Berlín en 1989, se expande universalmente a medida que se hace efectiva la tutela jurisdiccional en el marco de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

#### 4. INVALIDEZ DEL RETIRO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA

El gobierno de Fujimori aprobó retirar al Perú a partir del 9 de julio de 1999 y con efectos inmediatos de la cláusula facultativa de la Convención Americana de Derechos Humanos de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Motivo por el cual, el representante del Estado peruano devolvió a la Corte la notificación contenida en la nota CDH-11.760/002, de fecha 12 de julio de 1999, referida a la petición de la Comisión Interamericana sobre la demanda de reposición de tres magistrados del Tribunal Constitucional destituidos por el Congreso de la República del Perú. Sin embargo, la Corte asumió competencia en el caso en virtud de que la Comisión interpuso la demanda el 2 de julio de 1999, fecha anterior al supuesto "retiro" de la competencia contenciosa de la Corte realizado el 9 de julio de 1999<sup>(27)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 650.

<sup>(27)</sup> Organización de Estados Americanos – Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias No. 55, *Caso del Tribunal Constitucional Competencia*, Sentencia de 24 de Septiembre de 1999.

Asimismo, el representante del Estado peruano en Costa Rica devolvió a la Corte la nota CDH-11.762/002, de fecha 10 de mayo de 1999, relativa a la demanda de la Comisión contra el Estado peruano sobre el caso Baruch Ivcher al entender que la Corte Interamericana ya no era competente para tomar conocimiento de este caso. No obstante, la Corte asumió competencia para considerar el caso Ivcher a partir del 31 de marzo de 1999, fecha en que la Comisión interpuso la demanda <sup>(28)</sup>.

El supuesto "retiro" del Perú de la competencia contenciosa de la Corte y la devolución de las demandas de estos dos casos, no produjeron efecto alguno sobre el ejercicio de la competencia del Tribunal. Por el contrario fueron motivo para que la Corte Interamericana resolviera a propósito de estos dos casos concretos, acerca de la invalidez del súbito retiro del Estado peruano de la competencia contenciosa de la Corte.

#### **4.1. Competencia de la Corte**

La Corte asumió competencia sobre los casos de los magistrados del Tribunal Constitucional y de Baruch Ivcher, al interpretar que un Estado en un acto unilateral no puede privar a un tribunal internacional de la competencia que éste ha asumido previamente por un tratado internacional de derechos humanos. La posibilidad de que el gobierno de Fujimori retire al Estado peruano del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte no está prevista en la Convención Americana, por cuanto, es incompatible con la misma, y no tiene fundamento jurídico; y en caso de que no fuera así, para producir efectos, dicho retiro requeriría de una previa notificación de un año, en aras de la seguridad y la estabilidad jurídicas, según dispone el artículo 78°-1 de la CADH.

En cualquier caso, el pretendido retiro por parte del Perú de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la

---

<sup>(28)</sup> Organización de Estados Americanos–Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias No. 54, *Caso Ivcher Bronstein Competencia*, Sentencia de 24 de Septiembre de 1999.

Corte y de los efectos jurídicos del mismo, sólo podía ser resuelto por la Corte Interamericana; en la medida que, dicho tribunal internacional goza no sólo de competencias jurisdiccionales, sino que tiene el poder implícito de definir el alcance de su propia competencia; es decir que goza de la competencia de la competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*), de conformidad con el artículo 62.3 de la Convención Americana<sup>(29)</sup>.

En tal entendido, la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ya sea por declaración especial, ya sea por convención especial. Por eso, la competencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones<sup>(30)</sup>.

Los instrumentos internacionales de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Una objeción o cualquier otro acto unilateral interpuesto por el Estado peruano con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, para dirimir sobre su jurisdicción.

Ahora bien, al interpretar la Convención conforme a su finalidad y objeto, la Corte debe actuar de tal manera que se preserve la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1 de la Convención. Por tanto, sería inadmisibles subordinar tal mecanismo a restricciones unilaterales posteriores o, súbitamente agregadas por los Estados demandados a los términos de sus aceptaciones de la

---

<sup>(29)</sup> Ver <http://www.wcl.american.edu/pub/humright/Repertorio/art62.htm#6231>

<sup>(30)</sup> Ariel Dulitsky, "El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Perú", en el anuario *Pensamiento Constitucional*, Año VI, N° 6, PUCP – MDC, Lima, 1999, pp. 723 ss.

competencia contenciosa de la Corte Interamericana, lo cual no sólo afectaría la eficacia de dicho mecanismo, sino que afectaría la seguridad jurídica y la credibilidad internacional de dicho Estado.

La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte mediante un acto soberano del Estado peruano constituye una cláusula intangible o pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención Americana, de conformidad con el principio del *pacta sunt servanda*<sup>(31)</sup>. Por cuanto, es una cláusula de adhesión que se acepta o no, dada la importancia fundamental para la operación de todo el sistema de protección jurisdiccional de la Convención. Por eso, ésta no puede estar a merced de limitaciones no previstas que sean súbitamente invocadas por el gobierno de Fujimori por supuestas razones de orden interno, cuando la Corte falla condenando al Estado peruano por haber violado la Convención Americana.

Ningún Estado parte de la Convención puede desconocer el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de su respectivo derecho interno, ya sea constitucional o legal<sup>(32)</sup>. Este principio de supremacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno, se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tal como la referente a la cláusula de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte<sup>(33)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público*, FCE, México, 1985, pp. 181-185; asimismo, Humberto Cordero Galdós, "Problemática en torno a la formulación de reservas a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos", en revista *Agenda Internacional*, Año VI, N° 13, julio - diciembre, PUCP - IEL, Lima, 1999, pp. 137-139.

<sup>(32)</sup> Carlos Ayala Corao, "El derecho de los derechos humanos (la convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos)", en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXV, 1994, pp. 9-11.

<sup>(33)</sup> César Landa, "Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución Política del Perú de 1993", en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVIII - N° 16, Julio - Setiembre, 1998, pp. 7-10.

Esta cláusula concibe al debido proceso y a la tutela judicial, como elementos esenciales para dar eficacia a los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos. Por ello, debe ser interpretada y aplicada de modo que la garantía que establece tenga la fuerza vinculante, en particular si se tiene presente el carácter especial de los tratados de derechos humanos.

#### 4.2. Interpretación de buena fe

De conformidad con el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, (más conocida como “la Convención de Viena”), un tratado deberá interpretarse de buena fe *-bona fide-*, es decir conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Si bien el Estado peruano ha suscrito pero no ratificado la Convención de Viena, ello no le releva de cumplir con la misma, dado su práctica generalizada y obligatoria como norma internacional de *jus cogens*<sup>(34)</sup>.

La Convención Americana estipula, en su artículo 62.1, que todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, declarar “que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”. No existe en la Convención norma alguna que expresamente faculte a los Estados Partes a retirar su declaración de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte, y tampoco el instrumento de aceptación por el Perú de la competencia de la Corte, de fecha 21 de enero de 1981, previó tal posibilidad<sup>(35)</sup>.

<sup>(34)</sup> Reynaldo Galindo, *Jus cogens*, en *Comité Jurídico Interamericano: Cuarto Curso de Derecho Internacional*, 1997, p. 108.

<sup>(35)</sup> Humberto Cordero Galdós, “Problemática en torno a la formulación de reservas a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos...”, op. cit., p. 135.

La interpretación de buena fe que cabe dar a la Convención Americana es aquella que parte de los términos aceptados por los Estados partes del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. En consecuencia, el Estado peruano sólo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones del propio tratado. Es decir que, la única vía de que dispone el Estado peruano para desvincularse del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención Americana, es la denuncia del tratado *in toto*; si esto ocurriera, dicha denuncia sólo produciría efectos conforme al artículo 78, el cual establece un preaviso de un año.

En el funcionamiento del sistema de protección de los derechos humanos consagrado en la Convención Americana, reviste particular importancia la cláusula facultativa de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Al someterse a esa cláusula queda el Estado vinculado a la integridad de la Convención, y comprometido por completo con la garantía de protección internacional de los derechos humanos consagrada en dicha Convención. El Estado Parte sólo puede sustraerse a la competencia de la Corte mediante la denuncia del tratado como un todo. El instrumento de aceptación de la competencia de la Corte debe ser apreciado siempre a la luz del objeto y propósito de la Convención Americana como tratado de derechos humanos<sup>(36)</sup>.

Un Estado que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana según el artículo 62.1 de la misma, pasa a obligarse por la Convención como un todo. El propósito de preservar la integridad de las obligaciones convencionales se desprende del artículo 44.1 de la Convención de Viena, que parte precisamente del principio de que la denuncia (o el "retiro" del mecanismo de un tratado) sólo puede ser efectuada en relación con el conjunto del tratado, a menos que éste lo disponga o las Partes lo acuerden de manera diferente.

---

<sup>(36)</sup> Ariel Dulitsky, "El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Perú...", op. cit., pp. 712 ss.

En ese sentido, al no existir en la Convención disposición alguna que faculte a un Estado la denuncia parcial de la competencia contenciosa de la Corte, ni el Estado peruano la ha suscrito bajo reserva material o procesal alguna, la presunción jurídica es que el tratado no permite la denuncia parcial, sino sólo la denuncia total del tratado, según se desprende del artículo 56.1 de la Convención de Viena <sup>(37)</sup>.

#### 4.3. Cláusula *in dubio pro homine*

La cláusula *in dubio pro homine* del artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella <sup>(38)</sup>.

Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado Parte pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, como pretende el gobierno peruano, implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y finalidad como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la tutela jurisdiccional de tales derechos por medio de la actuación de la Corte Interamericana. Por ello, las normas limitativas de los derechos humanos, como en los estados de excepción, se deben interpretar restrictivamente y las normas enunciativas de derechos humanos se deben interpretar extensivamente <sup>(39)</sup>.

<sup>(37)</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 617.

<sup>(38)</sup> Germán Bidart Campos, *El Derecho Constitucional Humanitario*, Ediar, Buenos Aires, 1996, pp. 11-38.

<sup>(39)</sup> Mónica Pinto, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos...* op. cit., pp. 135 ss., en particular pp. 146-147.

Ello es así, en la medida que la Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores humanos superiores, referidos a la protección del ser humano y su dignidad, están dotados de mecanismos específicos de tutela, en tanto derechos subjetivos y objetivos de la persona humana. Es decir que, dichos tratados tienen una naturaleza autoaplicativa, progresiva, irreversible y ocupan una posición preferente<sup>(40)</sup>.

Al respecto, esta Corte ha señalado, en su Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982 denominada *El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana* (artículos 74 y 75), que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes.

Estos tratados tienen por objeto y fin la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Los Estados al aprobar estos tratados sobre derechos humanos se someten a un sistema de protección de las personas, los que en virtud del bien común asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los seres humanos bajo su jurisdicción<sup>(41)</sup>.

#### 4.4. Actos unilaterales del Estado

En el funcionamiento del sistema de protección consagrado en la Convención Americana, reviste particular importancia la cláusula facultativa de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Al someterse a esa cláusula queda el Estado vinculado

---

<sup>(40)</sup> Carlos Ayala Corao, "El derecho de los derechos humanos (la convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos)...", op. cit., pp. 35 ss.

<sup>(41)</sup> Humberto Cordero Galdós, "Problemática en torno a la formulación de reservas a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos...", op. cit., p. 134.

a la integridad de la Convención, y comprometido por completo con la garantía de protección internacional de los derechos humanos consagrada en dicha Convención. El Estado Parte sólo puede sustraerse a la competencia de la Corte mediante la denuncia del tratado como un todo. El instrumento de aceptación de la competencia de la Corte debe ser apreciado siempre a la luz del objeto y propósito de la Convención Americana como tratado de derechos humanos.

Hay que descartar cualquier analogía entre, por un lado, la práctica estatal permisiva desarrollada bajo el artículo 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y, por otro lado, la aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de esta Corte, teniendo presentes el carácter especial, así como el objeto y propósito de la Convención Americana. Por cuanto, bajo dicho argumento se pretende asumir que "el reconocimiento de esa competencia contenciosa puede retirarse o modificarse en todo momento por un acto unilateral, discrecional y soberano... El retiro del reconocimiento de la competencia opera de inmediato, desde que el instrumento que lo declara se deposita en la autoridad competente"<sup>(42)</sup>.

Sin embargo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha reformado este principio clásico del Derecho Internacional de los actos propios y soberanos del Estado, en virtud del cual ya no es posible el retiro de los actos unilaterales, extinguiendo parcialmente las obligaciones fundamentales aceptadas<sup>(43)</sup>.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Europea de Derechos Humanos, en su sentencia sobre excepciones preliminares en el caso *Loizidou vs. Turquía* (1995), en relación con la cláusula facultativa

<sup>(42)</sup> Héctor Gros Espiell, "Competencia y obligaciones", en el diario *El Comercio*, edición del Domingo 8 de agosto de 1999, p. A31, asimismo, Luis García Corrochano, "El retiro es posible y válido", en el diario *El Comercio*, edición del Lunes 6 de setiembre de 1999, p. A13.

<sup>(43)</sup> Thomas Buergenthal, Robert Norris, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems*, IHR, Strasbourg, 1990, pp. 468 ss.; asimismo, Ariel Dulitsky, "El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Perú...", op. cit., pp. 711 ss.

de su jurisdicción obligatoria (artículo 46 de la Convención Europea, anteriormente a la entrada en vigor, el 01.11.1998, del Protocolo XI a la Convención Europea), fundamentando su posición en el carácter de "tratado normativo" (*law-making treaty*) de la Convención Europea<sup>(44)</sup>.

En efecto, la solución internacional de casos de derechos humanos encomendada a las Corte Interamericana Derechos Humanos<sup>(45)</sup> y a la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>(46)</sup> no admite analogías con la solución pacífica de controversias internacionales en el contencioso puramente interestatal, que es competencia de la Corte Internacional de Justicia<sup>(47)</sup>; por referirse a contenidos relativos a derechos humanos, en virtud de lo cual los Estados no pueden pretender contar, en el primero de dichos contextos, con la misma discrecionalidad con que han contado tradicionalmente en el segundo; por el contrario, la jurisprudencia tutelar de los derechos humanos sustantivos y procesales de dichas cortes así lo confirman, respectivamente.

No hay como equiparar un acto jurídico unilateral efectuado en el contexto de las relaciones puramente interestatales (v.g., reconocimiento, promesa, protesta, renuncia), que se completa por sí mismo de forma autónoma, con un acto jurídico unilateral efectuado en el marco del derecho convencional –tratados ley-, como la

---

<sup>(44)</sup> European Court of Human Right, *Case of Loizidou vs. Turkey* (Preliminary Objections), judgment of 23 March 1995, Series A Nº 310 p. 25, párr. 82 y párr. 68

<sup>(45)</sup> En cuanto al sistema interamericano revisar a Sergio García Ramírez, "Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Nº 1, UNAM - IJ, México, 1999, pp. 123 ss.; Héctor Fix Zamudio, "Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos", en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica...*, op. cit., 163-224.

<sup>(46)</sup> En cuanto al sistema europeo revisar a Jochen Abr. Frowein y Gerhard Ulsamer, *Europäische Menschenrechtskonvention und nationaler Rechtsschutz*, C. F. Müller, Heidelberg, 1985, pp. 9 y ss. asimismo, Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, editorial Jurídica de Chile, Chile, 1991, pp. 171-174.

<sup>(47)</sup> Beatriz Ramacciotti, *Estudios de Derecho Internacional*, IPRI - PNUD, Lima, 1990, pp. 171 ss.

aceptación de una cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional; que dado su carácter objetivo crea una garantía colectiva. Por ello, dicha aceptación se encuentra determinada y condicionada por el propio tratado y, en particular, por la realización de su objeto y propósito; pero, no ya por la voluntad unilateral y soberana del Estado, que se utiliza para crear impunidad a las violaciones de los derechos humanos de responsabilidad del Estado <sup>(48)</sup>.

#### 4.5. Denuncia *versus* retiro inmediato

La Convención Americana es clara al prever la denuncia de “esta Convención” (artículo 78), y no “el retiro” de partes o cláusulas de la misma, pues esto último afectaría su integridad; asimismo, en ese mismo artículo, no hay duda razonable ni interpretable, acerca que los Estados podrán denunciar a la Convención mediante un preaviso de un año; todo lo cual el gobierno de Fujimori ha incumplido. Más aún, interpretando los criterios consagrados en la Convención de Viena (artículo 56.1), no parece haber sido la intención de las partes permitir una “denuncia parcial” ni retiro; tampoco se puede inferir éste último de la naturaleza de la Convención Americana como tratado de derechos humanos.

Sin embargo, en la hipótesis de que fuera posible tal “retiro”, éste no podría producir “efectos inmediatos”. Por cuanto, el artículo 78-1 de la Convención Americana y el artículo 56.2 de la Convención de Viena estipulan un plazo de anticipación de por lo menos doce meses, para la notificación por un Estado Parte de su intención de denunciar un tratado o retirarse de él. Este plazo tiene el propósito de proteger los intereses de las otras Partes en el tratado. La obligación internacional en cuestión, aunque haya sido contraído por medio de una declaración unilateral, tiene carácter vinculante; es decir que, el

---

<sup>(48)</sup> Profesores de Derecho Constitucional critican retiro de competencia, en el diario El Comercio, edición del Martes 13 de Julio de 1999, p. A-4; asimismo, Colegio de Abogados de Lima, *Retiro del Perú de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, 9 de Julio de 1999.

Estado queda sujeto a seguir una línea de conducta consistente con la declaración de su voluntad, y las demás Partes están habilitados para exigir que sea cumplida ante un tribunal internacional, que podría declararlo responsable internacionalmente.

Una vez efectuada la declaración de aceptación de la competencia contenciosa de un tribunal internacional, no obstante su carácter facultativo, aquella no autoriza al Estado a cambiar posteriormente su contenido y alcance como bien entienda: "...El derecho de poner fin inmediatamente a declaraciones con duración indefinida encuéntrase lejos de estar establecido. La exigencia de la buena fe parece imponer que se debería aplicar a ellas por analogía el tratamiento previsto por el derecho de los tratados, que requiere un plazo razonable para el retiro o la denuncia de tratados que no contienen disposición alguna sobre la duración de su validez"<sup>(49)</sup>. Así, para que la aceptación de la cláusula facultativa aun cuando sea suscrita unilateralmente, deben aplicarse las reglas pertinentes del derecho de los tratados, las cuales descartan claramente dicha terminación o "retiro" con "efecto inmediato".

## 5. CONCLUSION

Con el rechazo del gobierno de Fujimori a someterse a la jurisdicción de la Corte se pretende dejar en indefensión a todos los peruanos que quieran ejercer el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional internacional, como también se coloca al Estado del Perú en una peligrosa posición de aislamiento internacional. Pero, como las obligaciones internacionales no se resuelven unilateralmente, sino en todo caso, de acuerdo al debido proceso material y adjetivo establecido en la Convención Americana, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado *ad limine* el 27 de Octubre de 1999 el retiro del Perú de su jurisdicción.

---

<sup>(49)</sup> Cf. ICJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application - Nicaragua versus United States, Judgment of .11.1984), ICJ Reports (1984) p. 420, párr. 63, y cf. p. 418, párrs. 59 y 60.

En dicha resolución, la Corte Interamericana señaló que era inadmisibles el pretendido retiro por el Perú de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte con efectos inmediatos, así como cualesquiera consecuencias que se busque derivar de dicho retiro, entre ellas, la devolución de la demanda, que resulta irrelevante, en la medida que constituye una cláusula pétrea, que no admite limitaciones que no estén comprendidas en el artículo 62.1 de la Convención Americana<sup>(50)</sup>. De modo que, un Estado parte sólo puede desvincularse de sus obligaciones internacionales observando las disposiciones que ha suscrito en el propio tratado. Norma y principio de Derecho Internacional que el gobierno peruano pretende desconocer.

En esta perspectiva, la voluntad de retiro parcial del gobierno de Fujimori de la competencia contenciosa de la Corte no constituye un acto soberano válido del Perú; en consecuencia, los peruanos gozan aún de su derecho constitucional e internacional de acceso a la justicia internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se haya agotado la jurisdicción nacional, por ser inválido dicho retiro: tanto desde la perspectiva del Derecho Constitucional, como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, en el actual escenario político peruano, si bien las sentencias favorables que puedan obtener las víctimas en contra del Estado peruano serán rechazadas por el régimen fujimorista, quedarán como derechos de crédito hasta cuando se reconstituya el Estado democrático-constitucional, que con lealtad a la Convención Americana de Derecho Humanos sabrá honrar sus compromisos internacionales.

Lima, abril de 2000.

---

<sup>(50)</sup> Horst Ehmke, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, Königstein, Athenäum, 1981, pp. 84 ss.; asimismo, Pedro de Vega García, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 240 ss.



# EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS PROBLEMAS: EL RETIRO DEL ESTADO PERUANO DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

Francisco Eguiguren Praeli (\*)

**Sumario:** 1. Antecedentes. 2. Características del Sistema Iberoamericano de protección jurisdiccional de los derechos humanos. 3. Los principales problemas. 3.1. La incidencia del factor político. 3.2. Los aspectos procesales. 3.3. Las dificultades para la ejecución de las sentencias de la Corte. 3.4. La necesidad de afianzar la supremacía de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno y su aplicación por los órganos judiciales. 4. Principales retos actuales del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. 5. Ineficacia jurídica del retiro, con efectos inmediatos, del reconocimiento de la competencia contenciosa de la corte interamericana de DDHH formulado por el Estado peruano.

## 1. ANTECEDENTES

El movimiento internacional por la protección y defensa de los derechos humanos, ha alcanzado mayor desarrollo y auge luego de la culminación de la segunda guerra mundial, como reacción ante

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

los atroces crímenes cometidos contra la vida y dignidad de millones de seres humanos. Ello se expresa en la proliferación, desde entonces, de declaraciones internacionales, tratados y pactos destinados a reconocer y proteger la vigencia y el respeto universal de los derechos humanos.

Al impulso de este movimiento se ha desarrollado también el Derecho (Internacional) de los Derechos Humanos, que supone una transformación fundamental en el Derecho Internacional tradicional, toda vez que éste consideraba únicamente como sujetos de derecho en este ámbito a los Estados y a los organismos internacionales. En cambio, el Derecho de los Derechos Humanos lleva a la calidad de sujetos del derecho internacional a las personas y grupos de personas, asumiendo los Estados el compromiso y la responsabilidad –ante sus propias ciudadanos nacionales y frente a la comunidad internacional de naciones- de respetar los derechos humanos y de promover su efectiva vigencia.

El compromiso internacional por la vigencia y protección de los derechos humanos conlleva también la superación del concepto tradicional de la soberanía estatal, que postulaba la no-intervención externa en sus asuntos internos. Actualmente los propios Estados, de manera voluntaria al suscribir declaraciones y tratados sobre derechos humanos, aceptan que la comunidad internacional, otros Estados y los organismos internacionales pueden legítimamente interesarse e intervenir en las situaciones internas de los Estados relacionadas con el respeto y observancia de los derechos humanos.

Lo anterior se traduce en el impulso al surgimiento y ratificación de tratados internacionales sobre derechos humanos, que tienen fuerza jurídica vinculante y obligatoriedad para los Estados, que son incorporados al Derecho Interno y cuyo cumplimiento puede ser exigidos por los ciudadanos. Asimismo, en el establecimiento de sistemas internacionales de control y protección de los derechos humanos, a los niveles universal y regional, mediante organismos especializados de tipo político, técnico o jurisdiccional. Cabe aquí destacar, como un paso verdaderamente decisivo y trascendental, la instauración en algunos tratados internacionales de verdaderos sistemas jurisdiccionales de protección internacional de los derechos humanos, a cargo de tribunales supranacionales, pues ello contribuye a dar mayor efectividad y exigibilidad a tales derechos.

Es sabido que el sistema internacional de protección de los derechos humanos, tiene en el ámbito universal como sustento fundamental la Carta de las Naciones Unidas (aprobada en 1945) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en la asamblea general de la ONU el 10 de diciembre de 1948. Simultáneamente existe también un sistema regional interamericano de protección internacional de los derechos humanos, aplicable en el continente americano, que comprende –desde el punto de vista normativo- dos subsistemas:

- Un sistema general o básico, emanado de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) adoptada en Bogotá en 1948, que se complementa con la Declaración Americana de Derechos Humanos y tiene como órgano de supervisión y control a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en Santiago en 1959.
- Un sistema específico, de naturaleza jurisdiccional, emanado de la Convención Americana de Derechos Humanos, o “Pacto de San José” (adoptado en Costa Rica en 1969) que tiene como órganos a la propia Comisión Interamericana (con sede en Washington) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con sede en Costa Rica) siendo ésta el único órgano jurisdiccional en el ámbito regional encargado de la protección de los derechos humanos.

Como se puede apreciar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos forma parte de ambos subsistemas, aunque en el primero cumple funciones esencialmente políticas y diplomáticas, mientras que en el segundo desarrolla además funciones de apoyo jurisdiccional. Cabe señalar que la evolución histórica del sistema interamericano, siguiendo el esquema planteado por el profesor Antonio Cancado Trindade (actual Presidente de la Corte Interamericana de DDHH) ha atravesado por cuatro períodos:

- Antecedentes.- A partir de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), instrumentos previos y posteriores.
- Formación del sistema.- Creación de la Comisión Interamericana de DDHH (Santiago de Chile, 1959) y expansión de sus competencias.

- Consolidación.- Convención Americana de DDHH (San José, 1969; vigente desde 1978).
- Perfeccionamiento del sistema.- Desarrollo de la jurisprudencia de la Corte.

A continuación, procederemos a analizar (de manera ciertamente breve y sintética) las principales características, los problemas y retos actuales del sistema interamericano de protección internacional de los derechos humanos emanado de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José. Posteriormente realizaremos un análisis jurídico de la reciente decisión del Estado peruano de retirar su reconocimiento (con efectos inmediatos) a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## 2. CARACTERISTICAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como ya hemos señalado, la Carta de la OEA fue aprobada en 1948 y entró en vigor desde 1951. Sin embargo la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)** no estaba contemplada en sus Estatutos y fue creada recién en 1959, por resolución de una Reunión de Consulta de Cancilleres de la OEA. Fue por esta falta de consagración estatutaria y por el hecho de no haber nacido de un acuerdo del Consejo o la Asamblea General de la organización, que la CIDH recibió inicialmente algunos cuestionamientos en cuanto a su legitimidad formal. No obstante, en 1965 la CIDH recibió las competencias para conocer de las denuncias o peticiones individuales que se le formulen, así como para realizar observaciones "in loco" en los Estados integrantes de la OEA. Posteriormente, en el Protocolo de Buenos Aires (de 1967) se formalizó la situación de la CIDH, incorporándola en la Carta de la OEA como órgano encargado de *"promover la observancia y protección de los DDHH y servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia"*.

La CIDH está integrada por siete miembros, elegidos por la asamblea general de la OEA; su cargo es personal e independiente, no representando al Estado Nacional al que pertenecen. Su mandato individual es de cuatro años, pudiendo ser reelectos por una sola vez. La CIDH, según el Pacto de San José, es competente para recibir

e investigar las denuncias sobre violación de los derechos humanos de una persona o grupo de personas, procediendo a su análisis y resolución; está facultada para llevar el caso ante la Corte Interamericana. La CIDH puede también realizar visitas a un país determinado para apreciar la vigencia de los derechos humanos, así como elaborar informes sobre la situación general de los derechos humanos en un Estado o en el continente.

Además de la potestad que asiste a la CIDH para llevar ante la Corte Interamericana casos individuales contenciosos, en contra de algún Estado parte del Pacto, por la violación de derechos humanos en agravio de persona o personas determinadas, la Comisión puede también solicitar a la Corte que emita opiniones consultivas sobre casos o asuntos de carácter general, que demandan problemas de interpretación o desarrollo de las normas de la Convención. La CIDH puede disponer la adopción de *medidas cautelares*, destinadas a la protección de víctimas o testigos, que constituyen recomendaciones para los Estados; igualmente puede solicitar a la Corte que conceda *medidas provisionales* (que también puede adoptar la Corte de oficio) que buscan brindar o asegurar especial protección a víctimas o testigos, siendo éstas de obligatorio cumplimiento por el Estado.

Conviene precisar que el **sistema interamericano de protección de los derechos humanos tiene carácter subsidiario**, pues las denuncias individuales promovidas ante la CIDH contra un Estado por la violación de derechos humanos sólo serán procedentes cuando **se interpongan luego de haber agotado la jurisdicción nacional interna**, con resultados infructuosos para la pretensión del accionante, y siempre que ello se haga dentro de los seis meses posteriores a dicho agotamiento. Es verdad que se contemplan algunos supuestos excepcionales donde puede eximirse del cumplimiento de los requisitos del agotamiento previo de la jurisdicción interna y del término de seis meses para la interposición de la denuncia.

En cuanto al procedimiento, y de manera sintética, cuando la CIDH admite la denuncia procede al inicio de la investigación y solicita información sobre el caso al Gobierno del Estado emplazado, quien dispone de un plazo de 90 días (ampliables a 180) para responder a este requerimiento. Transcurrido dicho plazo, se corre traslado a los denunciantes por un plazo de 30 días. Posteriormente la CIDH elabora un Informe, que contiene los hechos, conclusiones y

recomendaciones del caso, que es comunicado al Estado, quien tiene tres meses para dar cumplimiento a las recomendaciones; en caso de no hacerlo, compete a la Comisión decidir si lleva el caso ante la Corte o si opta por la publicación de su Informe. Es importante anotar que, en todo momento, se procura y estimula que las partes lleguen a un acuerdo o solución amistosa que ponga fin a la controversia.

Por su parte, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** está integrada por siete jueces, elegidos a título personal por el voto de la mayoría absoluta de los Estados integrantes de la asamblea general de la OEA. Su mandato individual es de seis años, pudiendo ser reelectos por una sola vez. La Corte es competente para conocer y resolver los casos sobre violación de los derechos humanos que le sean interpuestos directamente por cualquier Estado parte de la Convención o por la CIDH. Como ya dijimos, también puede emitir opiniones consultivas que interpretan y precisan los alcances de las normas de la Convención ante casos o problemas generales. Las sentencias que dicta la Corte son obligatorias para los Estados y deben cumplirse sin posibilidad de recurso o cuestionamiento ante ninguna otra instancia. Dichas sentencias pueden disponer el restablecimiento de los derechos conculcados, la reparación de los daños sufridos y el pago de una indemnización por el Estado a favor de la víctima o de sus familiares.

En términos generales, puede afirmarse que **el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se encuentra en un claro proceso de expansión**, tanto porque la casi totalidad de Estados del continente americano han ratificado la Convención y la gran mayoría de éstos ha reconocido la competencia de la Corte para casos contenciosos, como porque en los últimos años se ha incrementado el número de casos que han sido llevados a la Corte y las sentencias dictadas por ésta, lo que redundará en el afianzamiento cualitativo del uso, efectividad y eficacia del sistema.

### **3. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS**

#### **3.1. La incidencia del factor político**

Los estudiosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, como el profesor Héctor Faúndez Ledesma, por

ejemplo, sostienen que hasta antes de 1994 la CIDH había devenido en un órgano cuyo accionar evidenciaba estar demasiado supeditado o condicionado por consideraciones de tipo político; ello afectaba su independencia y limitaba muy seriamente el sentido y eficacia de su actuación. Los miembros de la CIDH solían sentirse muy vinculados a los Estados, lo que influía en que se llevaran pocos casos ante la Corte y que no existiera mayor interés de someter a ella a los Estados “grandes” o más importantes.

Los representantes de los Estados, al momento de elegir a los miembros de la Corte, hicieron prevalecer interpretaciones excesivamente benévolas y escasamente rigurosas al momento de evaluar las incompatibilidades impuestas por las normas para acceder a dicho cargo. De esta forma, se consintió y admitió la condición de miembro de la Corte simultáneamente con la calidad de embajador, senador o magistrado de la Corte Suprema de un Estado; lo que muchas veces afectaba la independencia política y la actuación del juez de la Corte. Recientemente se han observado avances en cuanto a los factores considerados para la designación de los jueces de la Corte, brindando mayor atención a la trayectoria profesional y personal del candidato y a su vinculación con el tema de los derechos humanos.

Mención especial merece el uso que ha tenido –y suele tener– la figura del **Juez Ad-hoc** contemplada en la Convención, que faculta al Estado que carece de un “miembro nacional” en la Corte, a designar a un juez adicional (“su juez”) cuando dicho tribunal conoce de un caso en su contra. Se trata de una noción no sólo anacrónica sino conceptualmente espuria, pues siendo el cargo de juez de la Corte conferido a título personal por el conjunto de Estados de la OEA y sin ninguna función de “representación” nacional, mal cabe aceptar que un Estado puede designar a un juez de su propia nacionalidad en el caso que se sigue en su contra. En la práctica, ha sido frecuente que estos jueces ad-hoc se sientan comprometidos a actuar más como defensores de los intereses de su Estado, antes que como juzgadores imparciales.

### 3.2. Los aspectos procesales

Todo el diseño y el desenvolvimiento del proceso, brindan aún muy **escasa participación y posibilidades de control al peticionario.**

La decisión de llevar un caso ante la Corte depende discrecionalmente de la CIDH, lo que no permite descartar los riesgos de politización o de arbitrariedad en la selección de los casos o en la oportunidad de su presentación. Ciertamente es que la mayor solvencia técnica y la consolidación de la actuación de la CIDH operada en los últimos años, puede reducir estos riesgos, pero ello no resuelve el fondo del problema planteado.

Se aprecia también notoria **desigualdad y desequilibrio en la relación procesal, en favor de los Estados**. Ello da lugar a la excesiva duración de los procesos, principalmente a través de la extensión y prórroga de los plazos por acción estatal. El peticionario se encuentra en clara desventaja en cuanto a la disponibilidad de asistencia jurídica, tanto por razones de costo como de dificultad para acceder a especialistas en esta materia, situación que sólo puede superarse gracias a la asesoría que brindan unas pocas organizaciones no gubernamentales, con capacidad técnica y posibilidad de actuación ante la CIDH y la Corte. El hecho que los miembros de los órganos del sistema no laboren en forma permanente en éstos, sino durante los períodos de sesiones, contribuye a alargar innecesariamente los procesos y a dilatar los plazos para la resolución de los casos. También conspira contra la celeridad en el otorgamiento de las medidas provisionales por la Corte.

También ha generado alguna confusión la determinación de la distinta naturaleza y alcances de los **Informes que emite la CIDH** (según los arts 50° y 51° de la Convención) en la tramitación de las denuncias individuales. En verdad se trata de dos informes diferentes y sucesivos, aunque ambos surgen ante la falta de arreglo amigable de la controversia. El Informe contemplado en el art. 50° comprende hechos y conclusiones de la CIDH, pudiendo incluir propuestas y recomendaciones no obligatorias, teniendo carácter confidencial. En cambio, el informe del art. 51° supone que luego de tres meses del informe anterior, no ha habido solución ni el caso ha sido llevado a la Corte, por lo que la CIDH emite un nuevo informe, que contiene opinión, conclusiones y recomendaciones, que se transmiten al Estado dándole un plazo para que adopte las medidas planteadas. Vencido el plazo, la CIDH decide si el Estado ha adoptado o no tales medidas y si publica o no el informe.

### 3.3. Las dificultades para la ejecución de las sentencias de la Corte

Diremos, para empezar, que normalmente las sentencias condenatorias dictadas por la Corte han dispuesto indemnizaciones compensatorias, antes que la modificación legislativa ni medidas preventivas por parte del Estado. Sin embargo, a menudo se ha apreciado escasa voluntad o interés de los Estados en facilitar el cumplimiento de las sentencias. A ello cabría agregar la carencia de mecanismos efectivos de coerción, al interior del sistema, para exigir su cumplimiento oportuno, así como la poca decisión de la OEA para aplicar presiones o sanciones políticas drásticas a los Estados renuentes a la ejecución del fallo.

Creemos también necesario y conveniente aclarar, que si bien la Convención señala expresamente que la indemnización puede ser exigida al Estado mediante el procedimiento interno previsto en el país para la ejecución de sentencias, no cabría por ello interpretar que el resto de la sentencia, o su contenido de carácter no patrimonial, carezcan de igual vía y protección para exigir su ejecutividad y cumplimiento efectivo.

Finalmente, un precedente muy grave se ha presentado recientemente, a raíz de la resistencia y negativa del Estado peruano a acatar dos sentencias de la Corte que le resultaron adversas. En el caso María Elena Loayza Tamayo, la Corte dispuso su liberación y el pago de una indemnización por la prisión sufrida, a pesar de haber sido absuelta por la Justicia Militar. El Estado cumplió lo primero, más no ha procedido a pagar la compensación amparándose en una ulterior resolución judicial interna (de una Sala Penal de la Corte Suprema) que dispone la inejecución de esta parte del fallo internacional. En el segundo caso, interpuesto a favor de Jaime Castillo Petruzzi y otros, la Corte dispuso que los cuatro ciudadanos chilenos condenados por el delito de "Traición a la Patria" (denominación aplicada a una modalidad grave de terrorismo) ante la Justicia Militar, debían ser sometidos a un nuevo juicio ante el Poder Judicial. El Gobierno del Perú ha rechazado expresamente el acatamiento de este fallo, que luego ha sido sometido a "revisión e interpretación" del Tribunal Militar, quien ha "resuelto" que la sentencia de la Corte Interamericana excede sus atribuciones y la Convención, por lo que declaró que resulta "inejecutable".

Esta negativa del Estado peruano a acatar ambos fallos de la Corte, así como el insólito precedente de pretender que los órganos judiciales internos del país evalúen el contenido y la ejecución de sentencias dictadas por un tribunal internacional, no sólo constituye un acto de rebeldía que contradice la racionalidad de todo el sistema interamericano de protección de los derechos humanos del que el Perú es parte, sino que incumple tratados ratificados por dicho Estado que lo obligan a cumplir los fallos de la Corte.

#### **3.4. La necesidad de afianzar la supremacía de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno y su aplicación por los órganos judiciales**

En el Derecho Internacional, y en las relaciones que se desarrollan en dicho ámbito, no cabe duda alguna que lo establecido en los tratados ratificados por un Estado prevalece sobre lo dispuesto por cualquier norma nacional, incluida su propia Constitución. Sin embargo, aún subsisten en el nivel de la legislación de diversos Estados concepciones "dualistas" que pretenden mantener como espacios "separados" las normas internacionales y las del Derecho Interno, o que confieren a los tratados rango supra-legal o simplemente legal, pero que los ubican por debajo de la Constitución.

Es por ello que muchas autoridades nacionales, e incluso magistrados judiciales, suelen pretender desconocer lo estipulado en los tratados internacionales sobre derechos humanos alegando que sus disposiciones contradicen lo normado en la legislación interna o, incluso, en la Constitución. También habría que agregar la escasa difusión y conocimiento que se tiene del texto y contenido de dichos tratados, lo que obviamente conspira contra su aplicación por los tribunales judiciales. Ciertamente estas situaciones contribuyen a dificultar el respeto y la observancia de los derechos humanos, lo que conlleva el incumplimiento del Estado de los compromisos asumidos en los tratados ante la comunidad internacional y sus propios habitantes.

Se impone pues una urgente revisión y adecuación de algunos conceptos tradicionales del Derecho Constitucional, bastante difundidos aún entre juristas, abogados y magistrados nacionales, debiendo afirmarse la indudable supremacía de los tratados

internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado con respecto a cualquier ley o norma interna, confiriéndoles cuando menos rango constitucional. Igualmente desarrollar actividades de capacitación y difusión, dirigidas a las autoridades políticas y administrativas, como a los magistrados judiciales, destinadas a lograr el conocimiento y cumplimiento de los derechos humanos, así como su aplicación por los órganos jurisdiccionales en los procesos judiciales.

#### 4. PRINCIPALES RETOS ACTUALES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si bien el sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha venido experimentando, durante los últimos años, un proceso de desarrollo y consolidación, se lograrán avances sustantivos en caso de afirmarse la prevalencia de criterios que garanticen la elección -por los Estados de la OEA- de miembros de la CIDH y de la Corte que gocen de idoneidad profesional y trayectoria personal ligada a la promoción de los derechos humanos y la democracia.

Se requiere también la revisión y reforma de algunas normas de la Convención y reglamentarias, para acrecentar la participación del peticionario en el proceso y establecer un mayor equilibrio en la relación procesal, corrigiendo así el privilegio que se observa actualmente en favor de los Estados, especialmente en lo referente a la extensión y dilación de los términos procesales por parte de éstos. Igualmente promover acciones concretas y mecanismos de coerción que permitan el cumplimiento pronto, oportuno y cabal de las sentencias de la Corte que condenen a algún Estado por la violación de los derechos humanos.

Pero sin perjuicio de estas medidas y reformas, que apuntan a fortalecer y optimizar el funcionamiento independiente y eficiente del sistema interamericano, **consideramos que el principal reto -y el mayor riesgo- que en la actualidad afronta tiene que ver con la posibilidad de que se produzca un eventual "retroceso" en la credibilidad y legitimidad del propio sistema, al ponerse a prueba -por la actuación de algunos Estados- la capacidad jurídica y política internacional para hacer efectivo el cumplimiento de las decisiones de la CIDH y de la Corte.**

Es cierto que la primera señal de alarma fue dada cuando Trinidad y Tobago denunció la Convención con la intención de extender y aplicar la pena de muerte; conducta que podría ser también asumida por otros Estados Caribeños, lo que iría contra corriente del avance experimentado en la ratificación del Pacto por la casi totalidad de países del Continente. También ha afectado la ya referida actitud del Estado Peruano, consistente en negarse a acatar recientemente dos sentencias de la Corte, restando saber cuál será la reacción y actitud del sistema ante esta rebeldía. Sin embargo, poco después, el propio Gobierno Peruano comunicó su decisión de retirar su reconocimiento a la competencia contenciosa de la Corte, con un pretendido "efecto inmediato"; la finalidad de esta medida es eximirse del cumplimiento de las sentencias que dicte la Corte en algunos casos que viene conociendo en su contra.

##### **5. INEFICACIA JURIDICA DEL RETIRO, CON EFECTOS INMEDIATOS, DEL RECONOCIMIENTO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DDHH FORMULADO POR EL ESTADO PERUANO**

El Estado Peruano es, y sigue siendo, parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que la aprobó y ratificó hasta en dos oportunidades diferentes<sup>(1)</sup> y que no ha formulado denuncia de la misma. Asimismo, el 21 de enero de 1981 entró en vigencia la ratificación de su sometimiento a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adoptado de manera incondicional y sin formular reserva alguna. Conviene precisar al respecto que el artículo 62° de esta Convención señala:

1. "Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en

---

<sup>(1)</sup> La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José fue inicialmente aprobada y ratificada por el Perú durante el Gobierno de la Fuerza Armada, en julio de 1978. Posteriormente, recibió nueva ratificación en la decimosexta de las disposiciones generales y transitorias (segundo párrafo) de la Constitución de 1979, al igual que el reconocimiento expreso de sometimiento a la competencia de la CIDH y de la Corte. Este instrumento de ratificación fue depositado el 9 de septiembre de 1980 y entró en vigencia para el Perú el 21 de enero de 1981.

cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”.

2. “La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transcribirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte”.

A mediados de 1999, sin embargo, el Gobierno Peruano procedió a comunicar el retiro de este reconocimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando que tal decisión unilateral surtiría efectos inmediatos. Cabe tener presente que poco antes que el Gobierno adoptara esta decisión, la Corte había dictado dos sentencias (en los casos Loayza Tamayo y Castillo Petruzzi y otros) adversas al Estado Peruano, las mismas que éste no ha acatado y que –según ha informado- no pretende cumplir. Asimismo, que al momento de producirse esta decisión, la Corte ya había asumido el conocimiento de otros casos seguidos en contra del Estado Peruano, varios de los cuales parece vislumbrarse que culminarán con fallos condenatorios, como lo corrobora la reciente sentencia en el caso Cesti.

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 68.1, que *“los Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”*. A su vez, en el artículo 65°, se señala que el informe que la Corte presentará ante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos sobre las actividades desarrolladas en el año anterior, deberá incluir expresamente, con las recomendaciones pertinentes, la referencia *“a los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”*.

De allí que al negarse a cumplir las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado Peruano se ve incurso en una flagrante violación de la Convención y de las obligaciones que ha asumido en ésta, específicamente en el art. 68.1; pudiendo esta actitud de rebeldía ser llevada por la Corte ante la Asamblea General de la OEA. La ulterior revocación del

reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, incluso con su pretendido "efecto inmediato", no varía en nada este incumplimiento de las sentencias ya dictadas, pues bajo ningún supuesto esta decisión del Gobierno Peruano puede tener efectos retroactivos.

Ahora bien, es evidente que un Estado pueda decidir libremente, en cualquier momento, dejar de ser parte de la CADH. Es para ello que la Convención contempla expresamente el mecanismo especial de la denuncia, procedimiento formal a través del cual un Estado puede retirarse de la Convención y desligarse de los compromisos asumidos en ésta. Al respecto, el artículo 78° dispone:

1. *“Los Estados partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes”* (la negrita es nuestra).
2. *“Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de estas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto”*.

En consecuencia, a pesar que un Estado formule denuncia de la CADH, seguirá obligado por la Convención y a cumplir las sentencias de la Corte dictadas con anterioridad a la presentación de tal denuncia, así como también de las que se expidan dentro del plazo de preaviso de un año necesario para que ésta adquiera eficacia. Incluso deberá acatar las sentencias posteriores a la fecha en que la denuncia surta efecto, si se trate de violaciones de derechos humanos producidas durante el transcurso del año de preaviso necesario para que el Estado quede desvinculado de la Convención. Cabe recalcar que la denuncia es la única forma prevista en la CADH para apartarse de la Convención, así como que la Corte estableció tiempo atrás que no procede la denuncia parcial del Pacto.

Tampoco resulta compatible con la CADH que un Estado que es parte de ésta y que ha ratificado la competencia de la Corte (en forma incondicional y por tiempo indefinido) intente –como lo hace el

Gobierno Peruano- permanecer dentro de la Convención, porque no la ha denunciado, pero sin estar obligado al cumplimiento de las sentencias de la Corte. Menos aún pretender que la sola comunicación de su decisión de retirar "con efectos inmediatos" el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, lo libera automáticamente de la obligación de acatar los fallos que se expidan en los casos donde está siendo procesado ante dicho tribunal supranacional.

La finalidad de la norma que supedita la eficacia de la denuncia del Pacto a un "período de espera" de un año, resulta clara y plenamente justificada. **Se busca impedir la impunidad y la actuación de mala fe de un Estado**, pues si con la denuncia pudiera quedar inmediatamente desvinculado de sus obligaciones de respeto de los derechos contemplados en la Convención y del cumplimiento de los fallos de la Corte, se estaría facilitando o estimulando el recurrir a este mecanismo para eludir la sanción internacional por las violaciones a los derechos humanos; sea que ya hayan sido cometidas y se encuentren bajo juzgamiento, o que se cometan poco después de producida la denuncia.

**El retiro de la ratificación de la competencia contenciosa de la Corte con "efectos inmediatos", resulta pues inadmisibles en la CADH pues ésta sólo contempla la denuncia como el único camino factible para apartarse de ella y dejar de lado los compromisos asumidos.** Y es que la intención y los efectos de esta medida conducen a una doble violación, de contenido y de forma, de la Convención. De un lado, porque supone desconocer el art. 68.1º que obliga a todo Estado Parte a cumplir los fallos de la Corte; de otro lado, porque busca servir de "atajo" espurio para eludir el procedimiento de la denuncia y el preaviso de un año exigible para el retiro, pretendiendo obtener los resultados que aquélla brinda pero con efecto inmediato, lo que ni siquiera la denuncia permite.

Tiene incluso como agravante que procura encubrir una suerte de denuncia "tácita e informal" del Pacto, para evitar tener que plantearla formalmente, tanto por razones de imagen ante la opinión pública nacional e internacional como para buscar el objetivo práctico de incumplir las sentencias de la Corte. Así, bajo la modalidad del retiro con efecto inmediato de la competencia de la Corte, se pretende sostener que el Estado Peruano sigue siendo parte de la Convención (dado que no la ha denunciado) mientras que simultáneamente se

instrumenta un argumento deleznable para incumplir la norma de la Convención que obliga a acatar las sentencias de la Corte.

Estamos pues ante un mero artilugio, por lo demás cuestionable desde el punto de vista jurídico y ético, destinado a intentar conseguir de manera indirecta lo que la Convención prohíbe de manera directa; es decir, la desvinculación inmediata de las obligaciones contraídas por el Estado en materia del respeto de los derechos humanos y de la responsabilidad sobreviniente por su incumplimiento dispuesta por la Corte. Se sustenta este retiro de la competencia de la Corte con efectos inmediatos, en la aplicación de una aparente costumbre del Derecho Internacional, pretensión que resulta improcedente toda vez que no existe vacío alguno en la Convención (que contempla la denuncia para poner fin al cumplimiento de las obligaciones del Pacto) ni cabe admitir el empleo de un mecanismo supuestamente supletorio cuando colisiona contra el texto expreso y la finalidad de una Convención precisamente dirigida a proteger los derechos humanos.

¿Puede reconocerse validez jurídica a un procedimiento distinto al expresamente previsto en la Convención, a pesar que implica burlar la necesidad de denuncia del Pacto, los requisitos que a ésta se imponen, y que conduciría a lograr efectos inmediatos y de alcance más amplio que ni siquiera se producirían mediante tal denuncia? Sin duda que no. Y por ello carece de toda eficacia el pretendido "retiro de la ratificación con efecto inmediato" de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de modo que el Estado Peruano no sólo sigue siendo parte de la Convención sino que también continúa plenamente obligado a cumplir las sentencias anteriores y futuras de la Corte.

Cabe mencionar que la pretensión esgrimida por el Gobierno Peruano, excede al caso concreto y pone en peligro la estabilidad y efectividad del Sistema Interamericano en su conjunto. Y es que propicia, quiérase o no, la impunidad ante la violación de los derechos humanos, pues –de admitirse su validez- cualquier Estado lograría desvincularse de las obligaciones internacionales asumidas y evadir sus responsabilidades. De allí que tanto la CIDH como la Corte se hayan pronunciado por la improcedencia de dicha pretensión; la Corte también ha explicitado que proseguirá el juzgamiento y resolución de los casos sometidos a su conocimiento en contra del Estado Peruano.

Queremos recalcar que esta conclusión acerca de la absoluta ineficacia jurídica del pretendido retiro inmediato de la competencia de la Corte, no propugna que el Gobierno Peruano sincere su conducta y proceda a la denuncia formal de la Convención. Por el contrario, aspira a que el Gobierno reflexione sobre las consecuencias negativas derivadas de su conducta, no sólo para su imagen internacional sino –fundamentalmente- para la protección de los derechos humanos de los peruanos. Que recapacite y enmiende rumbos, reasumiendo plenamente el cumplimiento de las sentencias de la Corte y de las obligaciones asumidas en la Convención.

Seguramente este cambio de actitud del Gobierno Peruano será más factible si constata que existe una decidida acción de rechazo a su postura por parte de la comunidad internacional, en especial de los Estados que integran la OEA y el Pacto de San José. En caso contrario, es decir, de no producirse una rápida y firme respuesta en defensa de la integridad y efectividad del sistema interamericano, éste se verá debilitado y seriamente socavado en su legitimidad y credibilidad, pues podrían repetirse conductas similares por parte de otros Estados. Y si ello ocurriera, nos encontraremos ante el riesgo inminente de que se retroceda mucho de lo avanzado en los últimos años en cuanto a la mayor efectividad de la protección internacional de los derechos humanos en el ámbito regional.

El caso generado por el Gobierno Peruano viene pues a suscitar una crisis en el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, ya que pone a prueba su viabilidad e incidirá en su futuro. Por ello será de directa responsabilidad de quienes representan y gobiernan a los Estados del Continente el desenlace final de esta historia, cuyo resultado será la mejor muestra objetiva del grado de sinceridad de su voluntad política y compromiso en la defensa de los derechos humanos y el afianzamiento de las instituciones democráticas.

La Paz y Lima, diciembre 1999 – enero de 2000.



## ESTUDIOS

---



## LA REVISION "TOTAL" DE LA CONSTITUCION FEDERAL SUIZA DE 1999/2000 (\*)

Peter Häberle (\*\*)

**Sumario:** Introducción. Primera parte: Innovaciones y recepciones en la nueva Constitución Federal Suiza. I. Reflexiones metodológicas. II. Fundamentos, principios constitucionales, instituciones (selección). 1. El "acontecimiento" del Preámbulo constitucional. 2. "Disposiciones generales". 3. Derechos fundamentales, derechos ciudadanos y objetivos sociales. 4. Supremacía de la cultura en el Estado Confederado Suizo - "Derecho constitucional cultural". Segunda parte: ¿Déficits, omisiones, puntos cuestionables?. 1. Ningún artículo sobre Europa, ningún artículo sobre el Derecho Constitucional Europeo. 2. ¿Excepciones, postergaciones, aplazamientos?. Perspectivas.

### INTRODUCCION

Mientras se observaba en los medios de comunicación europeos, el reiterado fracaso de la gran reforma constitucional en Italia, incluso muchas veces con pesar, Suiza ha creado, de manera más bien silenciosa, pero con éxito, una renovada Constitución Federal. Este hecho sólo ha sido registrado por una parte de la opinión pública europea, aunque esta nueva Constitución merece que se le preste

---

(\*) Traducción del alemán por Carmen Zavala. Revisión de César Landa.

(\*\*) Profesor de Derecho Público de la Universidad de Bayreuth.

atención mucho más allá de los círculos especializados europeos. A pesar de que pone en paréntesis una serie de cuestiones conflictivas o las aplaza a futuro, y a pesar de que pretende ser un mero "continuismo" (K. Eichenberger)<sup>(1)</sup>, es una Constitución que, comparada con otras constituciones recientes, como por ejemplo, la de España (1978) y la de Polonia (1997) es una obra impresionante en su totalidad y representa de la mejor manera, el tipo de Estado Constitucional en su actual grado de evolución. Si se agregan las revisiones totales de las constituciones cantonales antiguas y de las más recientes, entonces se ratificará una vez más la imagen del "laboratorio suizo"<sup>(2)</sup>.

Como antecedentes históricos, señaló sólo algunos breves detalles claves para el observador extranjero: la nueva Constitución Federal Suiza fue aprobada el 18 de abril de 1999 por el pueblo y los cantones. Con una participación electoral del 40 % de los ciudadanos aptos para votar, casi el 60% se pronunciaron a favor de la nueva Constitución; de los cantones, 10% le dijeron no a la reforma, y el 13% se pronunciaron a favor. La Constitución ha entrado en vigor en una fecha simbólica: el 1ro. de enero del año 2000. Con ella fue reformada totalmente la Constitución Federal Suiza de 1874, que había experimentado alrededor de 140 reformas parciales, durante los 126 años de su vigencia<sup>(3)</sup>. Y así se cierra el largo tema de los «antecedentes históricos». Con el trasfondo del llamado «mal helvético», las mociones de Obrecht y Dürrenmatt en 1995, requerían de una nueva Constitución Federal Suiza - y M. Imboden ofreció muchos alcances<sup>(4)</sup> al respecto, desde el lado académico. Luego de una serie de aparatosos

(1) Ver : K. Eichenberger, *Verfassung und Verfassungsreform*, JöR (1998), p. 55 ss.

(2) Acerca de ello, mi contribución del mismo nombre, en JöR (1991/92), p. 167 ss.

(3) De la literatura: A. Kölz, *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte*, 1992; *idem*, *Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte*, 1996; R.J. Schweizer, *Die Totalrevision der Bundesverfassung von 1872 und 1874*, FSJ.-F. Aubert, 1996, p. 101 ss.; G. Kreis, *Totalrevision als soziale Bewegungen*, in: B. Sitter-Liver (edit.), *Herausgeforderte Verfassung*, 1999, p. 169 ss.

(4) Acerca de ello, M. Imboden, *Die Totalrevision der Bundesverfassung*, ZSR 87 (1968) I, p. 145 ss.

trabajos previos (grupo de trabajo de **T. Wahlen**), la Comisión de expertos de K. Furgler de 1977<sup>(5)</sup> elaboró un proyecto constitucional que, sin embargo, fracasó en su sustentación. Independientemente de ello, dos profesores de Derecho Constitucional, A. Kölz y J.P. Müller (de Zürich y Berna, respectivamente) presentaron un proyecto privado (1984, 3ra. Ed. 1995), que representó una gran concentración del arte jurídico suizo y una considerable proyección en el ámbito de la ciencia y de la política (que incluso alcanzó a los cantones). Mientras que muchas reformas cantonales totales tuvieron una **performance** exitosa (a principios de 1965/68 Obwalden/Nidwalden, luego Aargau, 1980<sup>(6)</sup>, Basel-Landschaft, 1984, Solothurn, 1986, Thurgau, 1987, etc., y actualmente, por ejemplo, Schaffhausen, Zürich, Waadt y Basilea), el proyecto de reforma se atascó a nivel del Estado Confederado hasta que, en mayo de 1986 (*Neue Züricher Zeitung* del 12 de mayo de 1986), K. Eichenberger en vez de una verdadera reforma, recomendó una así llamada «actualización»: «anexos sobre la tradición», tomando en cuenta lo que ya se conocía y lo que ya había sido probado. En junio de 1986, el Parlamento le asignó al Consejo Federal una misión: «... actualizar el Derecho Constitucional vigente, tanto escrito como no escrito, exponerlo de modo comprensible, ordenarlo sistemáticamente, así como diluir su densidad y uniformar el lenguaje»<sup>(7)</sup>. Recién ocho años más tarde, luego de una iniciativa parlamentaria del Consejo Federal **A. Koller**,

<sup>(5)</sup> Publicado en JöR 34 (1985), p. 536 ss. De la literatura: **P. Saladin**, *Verfassungsreform und Verfassungsverständnis*, AöR 104 (1979), p. 345 ss.; **L. Wildhaber**, *Das Projekt der Totalrevision der schweizerischen Verfassung*, JöR 26 (1977), p. 239 ss.

<sup>(6)</sup> Acerca de ello, **K. Eichenberger**, *Verfassung des Kantons Aargau*, 1980; **M. Bolz**, *Die Verfassung des Kantons Aargau - Was hat sich bewährt? Wo besteht Handlungsbedarf*, ZBI 1999, p. 571 ss.- Acerca de Solothurn: **B. Ehrenzeller**, *10 Jahre solothurnische Kantonsverfassung*, ZBI 1999, p. 553 ss.- Acerca de la constitución cantonal de Basel-Landschaft: **G. Biaggini**, *Perste Erfahrungen mit der Kantonsverfassung des Kantons Basel-Landschaft von 1984*, en: K. Jenny et al. (edit.), *Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft*, 1988, p. 10 ss.

<sup>(7)</sup> Cita según **R.J. Schweizer**, *Die erneuerte schweizerische Bundesverfassung vom 18 de abril de 1999*, JöR 48 (2000), p. 262 ss.

asumió la reforma constitucional de manera enérgica y como un asunto personal<sup>(8)</sup>. En noviembre de 1998 el Consejo Federal presentó el proyecto de una Constitución actualizada (complementada con los proyectos de reforma judicial y de Derecho internacional)<sup>(9)</sup>. La reforma judicial se restringió y será puesta a votación recién en marzo de 2000, mientras que la reforma en lo concerniente al Derecho Internacional, se ha postergado por plazo indefinido.

**PRIMERA PARTE:  
INNOVACIONES Y RECEPCIONES EN LA NUEVA  
CONSTITUCION FEDERAL SUIZA**

**I. REFLEXIONES METODOLOGICAS**

A partir del "annus mirabilis" de 1989, se ha podido comprobar a nivel mundial procesos de intercambio en relación con textos constitucionales, legislación y bibliografía especializada. El género Estado Constitucional, se está desarrollando en una comunidad global de producción y recepción, en la que se trata, o bien de comunidades nacionales de científicos que se mantienen atentos a la relativamente mejor normatividad, o bien de eruditos de rango supranacional, en parte, políticos bien asesorados y ocasionalmente incluso de firmas

---

<sup>(8)</sup> De la literatura que va creciendo rápidamente: G. Müller, *Die Bedeutung der Nachführung im Rahmen der Reform der Bundesverfassung*, ZSR 110 (1991), I, p. 24 ss.; H. Koller, *Die Nachführung der Bundesverfassung*, AJP 1995, p. 980 ss.; B. Ehrenzeller, *Konzeption der Verfassungsreform*, AJP 1995, p. 971 ss.; Y. Hangartner, *Der Entwurf einer nachgeführten Bundesverfassung*, AJP 1997, p. 139 ss.; A. Rhinow, *Zur Aktualisierung der Bunderverfassung oder: Nachführung ist mehr als Nachführung*, in: *Herausgeforderte Verfassung*, hrsgg. en: B. Sitter-Liver (edit.), 1999, p. 563 ss.; B. Ehrenzeller, *Konzept und Gründe der Verfassungsreform*, AJP 199, p. 652 ss.; H. Koller, *Der Einleitungsartikel und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung*, AJP 1999, p. 656 ss.; G. Biaggini, *Verfassungsreform in der Schweiz. Die neue schweizerische Bundesverfassung vom 18 de abril de 1999 im Zeichen von "Verfassungspolitik*, ZÖR 54 (1999), p. 433 ss.

<sup>(9)</sup> Algunos materiales están documentados en JöR 47 (1999), p. 349 ss., 372 ss., ver también JöR 34 (1985), p. 424 ss.

de abogados de los Estados Unidos en la Europa del Este, por ejemplo. No obstante, también el Derecho Comparado erudito se ha volcado en la búsqueda de una normatividad óptima para el Estado Constitucional. Para ello es tan necesario ceñirse al grado actual de desarrollo del Estado Constitucional como **género**, así como orientarse también hacia las particularidades nacionales, a las experiencias históricas dolorosas o a las aspiraciones esperanzadoras de un pueblo.

Por supuesto que el erudito no debe sobreestimar su trabajo en la "mesa verde"; por ejemplo, de un seminario: La constituyente es un proceso complejo en el que las partes muchas veces tienen que hacer grandes esfuerzos, para llegar a concesiones que no están libres de tensiones. Algunas "doctrinas puras", no pueden imponerse desde un punto de vista político constitucional. A pesar de ello, no es dable desistirse de una apertura comparada y científico cultural de la doctrina del Estado Constitucional. Lo que ha resultado de especial ayuda, es el "paradigma textual escalonado": Lo que en cierto Estado Constitucional "sólo" se practica en la **realidad** constitucional, en el caso de un Estado vecino, puede ser trasladado luego a textos y conceptos nuevos, en el marco de una revisión total o parcial de la Constitución. Piénsese en los múltiples aportes al regionalismo italiano y español, por la práctica del federalismo alemán, en tanto "hermano mayor", o en la dogmática de los derechos fundamentales. Ya en el proyecto de 1977, Suiza estaba participando de todos estos procesos educativos y de intercambio <sup>(10)</sup> en Europa, y fueron sobre todo, los procesos de innovación de la revisión total de los cantones, los que suscitaron gran atención en la doctrina constitucional, en tanto ciencia europea <sup>(11)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Al respecto **P. Häberle**, *Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung*, ZSR 119 (1978), p. 1 ss.; también en: **P. Häberle**, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3 ed. 1998, p.182 ss.

<sup>(11)</sup> Al respecto sustentos en **P. Häberle**, *Neuere Verfassungen und Verfassungsentwürfe in der Schweiz*, JöR 34 (1985), p. 303 ss.; desarrollados en **P. Häberle**, *Die Kunst der kantonalen Verfassungen das Beispiel der Totalrevision in St. Gallen* (1996), JöR 47 (1999), p. 149 ss., 171 ss.

Tomada tanto en su totalidad como en lo particular, Suiza no pocas veces lleva la "delantera" en Europa en lo que respecta a soluciones pragmáticas "intermedias", como por ejemplo, el caso de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, e incluso, se puede "jactar" en relación con la Ley Fundamental alemana: porque hace valer los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos a nivel constitucional.<sup>(12)</sup> Sin embargo, la falta de un artículo sobre Europa en la nueva Constitución Federal Suiza, es una lástima (ver segunda parte, más adelante). En lo que respecta al Estado Constitucional Europeo, Suiza continúa siendo el «corazón» de la antigua Europa y el «laboratorio de reparaciones» para todas las reflexiones conducentes a una doctrina constitucional como ciencia de la cultura.<sup>(13)</sup>

## II. FUNDAMENTOS, PRINCIPIOS, GRUPO DE NORMAS CONSTITUCIONALES, INSTITUCIONES (SELECCION)

### 1. El "acontecimiento" del Preámbulo constitucional.

El nuevo preámbulo merece la mayor atención de la doctrina constitucional comparada, tanto en cuanto a su forma, como a su contenido. Formalmente ha sido un logro gracias a la forma gallarda de su expresión, del ritmo, incluso del "sonido" y de toda la dicción, aparte de que su contenido también es convincente. Así como recientemente, el preámbulo de la Constitución de Polonia (1997) nos ha dado un nuevo ejemplo de cómo los preámbulos pueden resultar siendo un éxito<sup>(14)</sup>. El nuevo preámbulo constitucional de Suiza demuestra el grado de arte jurídico que puede alcanzar esta pieza

---

<sup>(12)</sup> Al respecto por ejemplo J. P. Müller *Grundrechte in der Schweiz*, 3 ed. 1999, por ejemplo pasajes p. 20 s; 86 y 103 s.

<sup>(13)</sup> Al respecto mis estudios preliminares en *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999.

<sup>(14)</sup> Al respecto P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2 ed. 1998, p. 948.

introdutoria, o pieza de exhibición de la Constitución.<sup>(15)</sup> Los preámbulos pueden compararse, cultural y científicamente, con los prólogos, oberturas o preludios. Sirven para «ganarse la voluntad» del ciudadano con ayuda del aspecto lingüístico, y «ponerlo a tono» con los fundamentos de la Constitución. Pueden procesar el tiempo (a través de declaraciones sobre el pasado y proyectos a futuro) y; en tanto sean una suerte de «constitución en la constitución», tienen que indicar qué es lo esencial, de la totalidad de la obra que seguirá más adelante.

Si se parte de este género ideal de preámbulo constitucional<sup>(16)</sup>, obtenidas por comparación en el espacio y en el tiempo, se reconocerá inmediatamente el rango de las proclamas de los preámbulos: son consideraciones que están cerca del ciudadano, disposiciones por lo demás claras y casi poéticas: por ejemplo, la última fórmula «que sólo es libre, quien hace uso de su libertad, y que la fuerza del pueblo se mide en el bienestar de los débiles», proviene de la pluma del poeta **A. Mushg**, es más, fue su propuesta para el proyecto constitucional de 1977<sup>(17)</sup>. Estas expresiones, se encuentran simultáneamente en dimensiones nuevas que apuntan al futuro: como por ejemplo, la «responsabilidad con respecto a la creación», «solidaridad y apertura frente al mundo», «consideraciones y responsabilidad compartidas frente a la creación». Algunos principios que aparecerán más tarde, tales como, por ejemplo, el artículo 54, inciso 2, de la Constitución, o de la protección del medio ambiente, según el artículo 73 ss.; ya se anuncian en el Preámbulo.

<sup>(15)</sup> De la literatura suiza: **B. Ehrenzeller**, *“Im Bestreben, den Bund zu erneuern” – einige Gedanken über “Gott” und “Welt” in der Präambel des “Bundesbeschlusses über eine neue Bundesverfassung”*, en FS Hangartner, 1998, p. 981 ss.- Ver también **D. Thürer** (con respecto de Appenzell ARh): *“Wir, die Männer und Frauen...” Ein Portrait der jüngsten schweizerischen Kantonsverfassung*, ZBI 1996, p. 433 ss.: **K. Nuspliger**, *Wechselwirkungen zwischen neueren Kantonsverfassungen und der Bundesverfassung*, en: U. Zimmerli (editor), *Die neue Bundesverfassung*, 1999, p. 63 ss.

<sup>(16)</sup> Al respecto mi discurso de ingreso de Bayreuth: *Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen (1981)*, FS Broemann, 1982, p. 211 ss.

<sup>(17)</sup> Impreso en JöR 32 (1985), p. 536.

Su fuerza normativa debe ser tomada en serio, y está lejos de ser "platónicamente" opcional. Los conceptos como "responsabilidad compartida", "bienestar de los débiles" y "pluralidad en la unidad", son conceptos guías que pueden pasar a ser relevantes, más adelante, en los derechos fundamentales o en el Derecho cultural constitucional. Por otra parte, la conservación de la introducción del "*invocatio dei*" y el discurso sobre la "creación", muestran una dimensión de profundidad o de supremacía metafísicas, que llaman la atención en una Europa, que se va secularizando cada vez más. El nuevo preámbulo de la Constitución Federal Suiza, es un contexto normativo, que le hace honor a nivel mundial a esta categoría clásica del Derecho constitucional y, su contenido constituye, asimismo, una reserva para la normatividad en muchas cuestiones particulares de la interpretación constitucional.

## 2. "Disposiciones generales"

Este tipo de normas generales "puestas entre comillas", se encuentran cada vez, con mayor frecuencia, por ejemplo, en la Constitución de Portugal de 1976; compárese también con el capítulo 1 de la Constitución de Polonia de 1997. Se dedican a los valores fundamentales de la Constitución y, a su vez, forman parte del contexto del Preámbulo que le antecede. Así, en el Preámbulo se define la esencia de la colectividad política, pero ahora de manera más concreta y "positivista". Para ello se mezclan categorías de la doctrina clásica general del Estado, como pueblo, territorio y poder del Estado, con nuevos temas constitucionales.

El artículo 1 de la Constitución Federal Suiza, menciona al "pueblo suizo y a los cantones"; el artículo 2 parafrasea el "objetivo" de Suiza, lo cual es una demanda formulada especialmente por P. Saladin<sup>(18)</sup>, pero avanza además a aspectos totalmente nuevos:

---

<sup>(18)</sup> De la literatura: P. Richli, *Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzip*, ZSR 117 II (1988), p. 139 ss.; P. Mastronardi, *Der Zweck der Eidgenossenschaft als Demokratie*, ZSR 117, 1998, II, p. 317 ss.

fomento del «desarrollo sostenido» y de la «pluralidad cultural del país». Incluso en lo referente a los derechos fundamentales, se tiende un primer puente de manera novedosa, tanto en el aspecto formal, como en el de contenido («la mayor igualdad de oportunidades posible entre ciudadanas y ciudadanos»). El artículo 2, inciso 4, menciona la inclusión de «una conservación duradera de los principios de vida naturales», con lo que un tema que se había mencionado ya frecuentemente en muchas constituciones cantonales, así como en las constituciones de estados federados de Alemania oriental y occidental, ingresa también a la nueva Constitución Federal Suiza.

El artículo 4 sobre los cuatro idiomas oficiales del país, formula una parte del "cuarto", o mejor dicho, el "primer" elemento del Estado de "cultura", a lo que hay que agregar, el posterior artículo 70 y, antes de ello, el artículo 18, sobre el desarrollo de la libertad de lenguas, hasta el momento aún no desarrollado por la ley federal, que es un ejemplo para toda Europa. Los "fundamentos del accionar del Estado de Derecho" en el artículo 5, son un concentrado de lo que la ciencia y la práctica han venido desarrollando a lo largo de los años, a nivel de la Confederación y de los cantones.

Prácticamente, ninguna otra constitución (aparte de la de los cantones suizos), sintetiza al Estado de Derecho de manera tan concisa y en terminología constitucional "legible", como lo hace esta norma: cfr. por ejemplo, "el derecho es el fundamento y el límite de la acción del Estado", "la acción del Estado tiene que enmarcarse en el interés público y ser razonable", "los órganos del Estado y los privados actúan de buena fe", así como estar de acuerdo con el sentido del Estado Constitucional cooperativo: "La Confederación y los cantones respetan el Derecho internacional" (párrafo 4). El artículo 6, relativo a la responsabilidad individual y colectiva, avanza en parte en territorio virgen: penetra en áreas de los deberes fundamentales y del principio de subsidiariedad ("Toda persona ... contribuye, según sus capacidades, a las tareas del Estado y de la sociedad").

### **3. "Derechos fundamentales, derechos ciudadanos y objetivos sociales"**

Este nombre para el segundo capítulo que sigue, deja entrever una gran ventaja, tanto desde el punto de vista de la redacción, como

del contenido: Se trata a los derechos fundamentales, a los derechos políticos y a los objetivos sociales bajo un mismo contexto, al que pertenecen en el Estado Constitucional contemporáneo; pero que, sin embargo, muchas veces le es negado por parte de la dogmática alemana, regida por una mentalidad neoescolástica "encasilladora". El legislador constitucional ha legitimado, y ha dejado ahora el camino abierto para asumir la dignidad humana, ya no sólo, principalmente, ni menos aún exclusivamente, de manera privada y apolítica; sino también en el contexto democrático de lo político<sup>(19)</sup>. Además, también se ha logrado trazar el puente hacia los objetivos sociales o «de los derechos fundamentales sociales», que se ha venido exigiendo en la teoría desde hace tiempo (artículo 41). Si bien de los «objetivos sociales» no se pueden extraer «exigencias inmediatas a prestaciones por parte del Estado» (artículo 41, párrafo 4); mentalmente están de manera ideal en el **contexto** de los derechos fundamentales. Se parafrasean las funciones de los derechos fundamentales, como las tareas del Estado<sup>(20)</sup>. Luego, cuando los temas de «seguridad social» y «salud» reaparezcan más adelante en la Constitución, con mayor detalle en las normas puras de delegación de competencias (artículo 108 ss.), se habrá logrado aquí un feliz justo medio, en el marco de la discusión polarizada. El aspecto de la responsabilidad constitucional de la Confederación y los cantones en estos campos temáticos, sale a relucir en el artículo 41; que por lo demás, se establecen con las «competencias»: así, la mentalidad de exigir tareas ha retrocedido en algo. El *si* y el *cómo* de los asuntos del Estado Social, del Estado Cultural (cfr. los artículos 62 al 72) y, también del Estado del medio ambiente (cfr. con el Derecho del Medio Ambiente, de amplio alcance en los artículos 73 hasta el 80) sigue siendo competencia de la Confederación y de los cantones, y en determinados casos, también de las comunas.

---

<sup>(19)</sup> Al respecto mi aporte: *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, HdBStR Tomo I (1987), p. 815 (845 ss.)

<sup>(20)</sup> Al respecto mi ponencia de profesor de Derecho de Estado: *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL 30 (1972), p. 43 ss. (103 ss.). De la literatura suiza: J.P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2 ed., 1981

La parte de los derechos fundamentales, no ha podido ser evaluada aquí, ni en su totalidad, ni en partes. Pero es obvio, que resiste brillantemente la comparación con el *standard común europeo*. No sólo es notable que se haya positivizado, lo que en Suiza valía hasta ahora como derecho no escrito<sup>(21)</sup> (por ejemplo, la libertad de la ciencia y del arte en los artículos 20 y 21, respectivamente) - lo cual es una confirmación del «paradigma textual escalonado» (aquí dentro del mismo Estado Confederado). Se deben destacar los avances del legislador en las áreas centrales de la dogmática del Derecho fundamental: en la diferenciación o rectificación de las áreas de protección y de formación de los límites. Tanto las doctrinas generales de los derechos fundamentales, como la dogmática de los «derechos fundamentales especiales», obtienen gran provecho del nuevo catálogo de las constituciones cantonales.

A continuación unos datos breves: llama la atención el enriquecimiento de la equidad de derechos, por ejemplo, en las prohibiciones de discriminación en el artículo 8, párrafo 2 (obstaculizaciones), asimismo el mandato de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, tanto en el plano legal como en el efectivo "sobre todo en la familia, la educación y el trabajo" (artículo 8, párrafo 3). No se han dejado de lado tampoco los derechos sociales o culturales que se pueden exigir judicialmente (artículo 12: derecho a la ayuda en casos de emergencia, los cuales habían sido previamente desarrollados por la doctrina y la judicatura; el artículo 19: derecho a exigir la educación primaria). La dogmática general clásica de los derechos fundamentales en Europa, debería valorar los aportes creativos de Suiza en asuntos tales como la "protección contra la arbitrariedad y la consagración de la buena fe" (artículo 9) y sobre todo, en lo que respecta a la garantía de ejecución efectiva en el artículo 35. También se ha repensado de manera novedosa el tema del carácter vinculante de los derechos fundamentales entre los particulares<sup>(22)</sup>

---

<sup>(21)</sup> Al respecto J. Gross, *Nachführung der Bundesverfassung, Verfassungsreform und Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichts zu den ungeschriebenen Grundrechten*, en FS Hangartner, 1998, p. 551 ss.

<sup>(22)</sup> De la literatura alemana: C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, 1998.

(artículo 35, párrafo 3: como preocupación de las autoridades). Si los «derechos políticos» bajo el artículo 34, se han colocado en el contexto del derecho de petición (artículo 33), antecediendo a la «eficacia de los derechos fundamentales» (artículo 35), se demuestra una vez más el contexto, en el que los derechos fundamentales y políticos, según el caso, se encuentran en el ámbito de la comunidad democrática. Un nuevo nivel normativo se ha alcanzado además con la frase (artículo 34, párrafo 2): «La garantía de los derechos políticos protege la formación libre de la voluntad y el voto no tergiversado» - una nueva tematización de una parte de los «problemas en materia de verdad en el Estado Constitucional». <sup>(23)</sup>

Unas últimas palabras con respecto a las disposiciones generales de los límites de los derechos fundamentales, incluyendo la garantía del “contenido esencial”

(artículo 36): La jurisprudencia y la dogmática suizas, trabajan hace años en este problema. Se ha llegado ahora a una solución intermedia, después de un constante afinamiento, que se afirmó tal vez en la Constitución cantonal de Berna de 1993 <sup>(24)</sup> (artículo 28). Lo que se suele contraponer en Alemania, esto es, la teoría “relativa” y la «absoluta», del contenido esencial <sup>(25)</sup> ha sido agudizada por Suiza: En el artículo 36 de la nueva Constitución Federal Suiza, encontramos elementos de la llamada teoría «relativa» (la exigencia de un interés público, la relatividad) y de la teoría «absoluta» («El núcleo del contenido esencial ... es inviolable») <sup>(26)</sup>.

El ámbito de los derechos fundamentales se integran de manera algo dogmática, cosa que, por cierto, sólo puede ser regulada por el

<sup>(23)</sup> Al respecto, mi investigación con el mismo nombre de 1995.

<sup>(24)</sup> De la literatura: U. Blz/ W Kälin (editor), *Handbuch des bernischen Verfassungsrechts*, 1995.

<sup>(25)</sup> De la literatura recientemente por ejemplo H. Dreier, en: el mismo (editor), *Grundgesetz-Kommentar*, tomo I, 1996, artículo 18 II, 12 ss.

<sup>(26)</sup> De la literatura alemana antigua, que lucha por hacer concesiones: mi tesis de Friburgo: *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2. GG.* 1 ed. 1962, p. 39 ss.; 3 ed. 1983, p. 39 ss. y p. 325 ss.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed 1995, (impresión nueva 1999), p. 149 s.

constituyente en los diferentes contextos; lo cual se muestra, por ejemplo, en tres "lugares": el artículo 41 ("objetivos sociales")<sup>(27)</sup> lo formula de manera aguda: «La Confederación y los cantones establecen *de manera complementaria* a la responsabilidad personal y a la iniciativa privada»- esto es una recuperación de la idea del artículo 6, pero a su vez, es parte de la protección a la privacidad (cfr. artículo 13) y de la libertad económica (cfr. artículo 27). En consecuencia: lo que el Tribunal Constitucional Federal Alemán (sentencias 39, 1; 56, 54; 88, 203) elaboró en materia de obligaciones de protección de los derechos fundamentales y que ha sido señalado en muchas de las constituciones más recientes, aparece en la nueva Constitución Federal Suiza, en una posición completa y sistemáticamente diferente: en la protección de la salud (artículo 118) y en la protección de la persona y de su dignidad, frente al abuso de la medicina reproductiva (artículo 119, párrafo 1 y 2). Finalmente, tenemos que: sin dejarse impresionar por la mentalidad «encasilladora» de la teoría de los derechos fundamentales, el artículo 94, párrafo 1, menciona también el «principio de la libertad económica», con lo que se positiviza la dimensión jurídica objetiva de este derecho fundamental<sup>(28)</sup>. Con la siguiente frase del artículo 94, párrafo 3 se alcanza, además, un nuevo nivel normativo en el Derecho constitucional económico: «(la Confederación y los cantones) se hacen cargo en el ámbito de sus competencias, de ofrecer el marco de condiciones apropiadas para la economía privada.»

#### 4. "Supremacía de la cultura en el Estado Confederado Suizo - "Derecho constitucional cultural ".

A continuación describiremos únicamente el Derecho constitucional federal cultural, con base a lo que la nueva Constitución Federal Suiza en parte actualiza ("mise a jour") mediante la

<sup>(27)</sup> De la literatura suiza: M.W. Hebeisen, *Staatszweck, Staatsziele und Staatsaufgaben*, 1996.

<sup>(28)</sup> De la literatura: K. Vallender, *Die Konzeption der Wirtschaftsfreiheit*, FS Hangartner, 1998, p. 891 ss.; el mismo autor, *Grundzüge der "neuen" Wirtschaftsverfassung*, AJP 1999, p. 677 ss.

positivización de lo no escrito, en señal de “transparencia”; en parte, arriesga de modo novedoso; en parte, sólo corrige desde la perspectiva de la redacción sistemática; en parte, afina en su contenido; en parte, fija en cuanto a su validez temporal, y; en parte, rectifica abiertamente con miras al futuro. Y los elementos de todos estos procesos muestran su relevancia, tanto individual como conjuntamente.

Con ello se pasan por alto muchas innovaciones de la tradicional, y más bien “introvertida” Suiza, en el camino a un “Estado Constitucional abierto” en la comunidad internacional<sup>(29)</sup>. (cfr. por ejemplo con el artículo 5, párrafo 4; ver también el Preámbulo : «Apertura a la comunidad internacional», sobre todo el artículo 54: «Alivio de las necesidades y la pobreza en el mundo», así como el artículo 191: Derecho internacional como la «medida» del derecho «a seguir» por el Tribunal Federal Suizo; ver también, la vinculación de carácter obligatorio de las normas del Derecho internacional en el caso de revisiones parciales, según el artículo 194, párrafo 2 de la nueva Constitución Federal Suiza<sup>(30)</sup>). También queda opacada la renovada confirmación de la política constitucional suiza, de las prestaciones en el ámbito del Derecho constitucional tributario y financiero (cfr. los emblemáticos «fundamentos de la tributación» en el artículo 127<sup>(31)</sup> y la fuerte ampliación del *Derecho constitucional del medio ambiente*<sup>(32)</sup>).

<sup>(29)</sup> De la literatura: G. Biaggini, *Die Öffnung des Verfassungsstaates als Herausforderung für Verfassungsrecht und Verfassungslehre*, FS Hangartner, 1998, p. 957 ss.; D. Schindler, *Der Weg vom “geschlossenen” zum “offenen” Verfassungsstaat*, FS Hangartner, 1998, p. 1027 ss.; G. Schmid, *Verfassungsgebung in einer zusammenwachsenden Welt*, ebd., p. 1043 ss.; T. Cottier/ D. Wüger, *Auswirkungen der Globalisierung auf das Verfassungsrecht: eine Diskussionsgrundlage*, en B. Sitter-Liver (editor), *op.cit.*, p. 241 ss.; R. Jagmetti, *Unsere Demokratie vor der internationalen Herausforderung*, FS Lendi, 1998, p. 229 ss.

<sup>(30)</sup> Con respecto al todo: R.J. Schweizer, *op.cit.*, JöR 48 (2000), s. 262 ss.; G. Biaggini, *Verfassungsreform in der Schweiz*, ZÖR 54 (1999), p. 433 (467 ss.)

<sup>(31)</sup> Al respecto de la literatura: C. Waldhoff, *Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Steuergesetzgebung im Vergleich Deutschland-Schweiz*, 1997; P. Häberle, *Das nationale Steuerverfassungsrecht im Textstufenvergleich*, FS Vogel, ... 2000.

<sup>(32)</sup> De la literatura: B. Söhnlein, *Rechtsstaat und Naturstaat – ein hölzernes Eisen?*, en: B. SitterLiver (editor), *Herausgeforderte Verfassung*, 1999, p. 573 ss.; H.

En el artículo de los fines (artículo 2, párrafos 2 y 4) y en el Preámbulo, se nos presenta una nueva finalidad del Estado y un elemento de identidad de Suiza. La Constitución se vuelve más específica en el artículo 54, párrafo 2 y, sobre todo, en el párrafo propio de "planificación del medio ambiente y del espacio" (artículos 73 al 80). Conjuntamente a una significativa definición de su "carácter permanente" (artículo 73), se encuentran puentes notables al Derecho cultural constitucional (artículo 78, párrafo 2: "Patrimonios culturales y naturales"), así como a la protección de los animales (artículo 80). Pero la dimensión ecológica también deja huellas en otros lados, por ejemplo, en el artículo 89 de la política energética, o, en el artículo 104, sobre el agro.

Si bien algunos cantones y el proyecto constitucional privado de **Kölz/Müller**, se han adelantado de manera innovadora, este nivel de desarrollo del Estado Constitucional Suizo, sigue siendo significativo para el "observador participante" alemán. Más aún, esto es así, en tanto se sigue poniendo énfasis en la libertad económica (artículos 27 y 94) siguiendo la tradición suiza (ver también la "política competitiva" y la fuerte protección del consumidor en los artículos 96 y 97). La amplia regulación sobre la medicina reproductiva y la tecnología genética en el ámbito de lo humano (artículo 119), parece ser la regulación normativa más moderna dentro del Derecho constitucional comparado europeo (cfr. sobre todo, en lo relativo a la prohibición de la clonación, la donación de embriones, los vientres de alquiler y, el derecho fundamental de acceso a los datos sobre los ascendientes (artículo 119, párrafo 2 inciso g). Sobre esto, ver la sentencia del Tribunal Constitucional Federal 79, 256, y en especial 268 ss.)

En lo que sigue no podemos presentar en toda su extensión el federalismo suizo<sup>(33)</sup>. En el centro tienen que ubicarse las disposiciones

---

**Leimbacher**, *Die Rechte der Natur*, 1988; **L. Mader**, *Die Sozial- und Umweltverfassung*, AJP 1999, p. 698 ss.

<sup>(33)</sup> De la literatura: **U. Häfelin/ W. Haller**, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 3 ed. 1993, p. 55 ss.; **G. Biaggini**, *Verfassungsreform in der Schweiz*, ZÖR 54 (1999), p. 433 (458 ss.)

del Derecho constitucional cultural. Esto es afín con una teoría del *Estado Federal cultural*<sup>(34)</sup>, y encuentra también un «testimonio generoso» en la nueva investidura constitucional, en la Constitución Federal Suiza de 1999/2000. El punto de partida sigue siendo la «independencia de los cantones», que ha de ser resguardada por la Confederación (artículo 47, ver también los artículos 51 al 53), y, que debe ser entendida como la garantía de la autonomía estatal y de la autonomía constitucional de los cantones. Aparte de ello, el federalismo *cultural* sigue siendo un aspecto decisivo en la «Confederación Suiza» (cfr. artículo 1). Cabe también mencionar la renovada y lograda versión de la lealtad a la Confederación y de la solidaridad federal (artículo 44, párrafo 3: La Confederación y los cantones «se deben consideración y apoyo recíproco», así como el enunciado de la subsidiariedad (artículo 42, párrafo 2).

La elaboración dogmática del Derecho constitucional cultural, permite empezar con los derechos fundamentales culturales y preguntar por las cláusulas del Estado cultural, por las competencias especiales sobre la cultura (puntualmente de la Confederación y en sentido amplio, de los cantones, o Estados federados) y por las demás disposiciones normativas especiales del Derecho constitucional cultural, por ejemplo, en relación al Estado y a la Iglesia.

Recuérdese antes que nada, que muchas reformas parciales de la Constitución Federal, se habían ocupado cada vez más y más, de cuestiones particulares del Derecho constitucional cultural, aunque hasta ahora no se había podido lograr ninguna sistematicidad en el tratamiento. Algunos intentos incluso fracasaron, tal como fue el caso de los de 1986 y de 1994, de fijar por escrito el fomento de la cultura a través de la Confederación (“porcentaje a la cultura”). A pesar del apoyo a la propuesta de una serie de intelectuales prominentes, el pueblo rechazó esta iniciativa- tal vez por estar comprometidos con la supremacía cultural de los cantones. Ahora, la nueva Constitución

---

<sup>(34)</sup> Al respecto mis trabajos, el último *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2 ed., 1998, p. 776 ss.

Federal Suiza ha logrado una normatividad en el ámbito del Derecho constitucional cultural de manera sistemática, convincente y consecuente, en parte actualizada y en parte novedosamente creativa. La *realidad* constitucional se hizo, o mejor dicho, se está haciendo "transparente".

a) *Los derechos fundamentales culturales* se vuelven positivos, en parte, a partir de lo que se ha venido desarrollando sin estar escrito: por ejemplo, la emblemática "libertad de expresión" (artículo 18), o la libertad científica y artística (artículo 20 y 21) y; por otra parte, se han creado como algo nuevo. Incluso encontramos un derecho fundamental social que se puede reclamar en el artículo 19 (derecho a exigir la educación primaria). La libertad de los medios de comunicación (artículo 17) es un derecho fundamental cultural por lo menos, si es que se toma en serio el aporte " a la formación y al desarrollo cultural" de la radio y la televisión (artículo 93, párrafo 2). Existen en paralelo a las llamadas "necesidades básicas" en el sentido de la Constitución Federal Alemana (sentencias 73, 118 (157 ss.); 74, 297 (324); 90,60 (90)).

b) Los derechos culturales fundamentales, se establecen a través de las disposiciones del capítulo de las "*competencias*", totalmente conforme al sentido de la pluralidad del Derecho constitucional cultural. Se observan aquí las actividades indispensables de la Confederación y de los cantones: primero, bajo la forma de un artículo propio, el "artículo-cultural" 69, que declara el "ámbito de la cultura" como competencia de los cantones<sup>(35)</sup>; pero que, también, diseña otras competencias culturales particulares de la Confederación (apoyo a las iniciativas culturales «de interés para toda Suiza» así como el fomento «del arte y de la música, especialmente en el área de la educación»). Algunos aspectos de la protección de la herencia cultural se observan en el artículo 78. Son una especie de «tarea colectiva» de la Confederación y de los cantones, con una primacía competencial por parte de los cantones. Los aspectos culturales se encuentran en

---

<sup>(35)</sup> En general sobre "supremacía en el Estado Federal" (kulturhoheit im Bumdestaat) mi aporte con el mismo nombre en : AöR 124 (1999), p. 549 ss.

conceptos como «pinturas locales», «monumentos históricos» y «patrimonios naturales y culturales». Otras competencias particulares de la Confederación se enumeran en orden estricto en los artículos 62 al 71, de modo que queda claro el principio de la supremacía cultural de los cantones (datos claves: formación profesional y universidades, prácticas profesionales, deportes y películas). Antecede a todo ello, el reconocimiento de la «vocación nacional suiza» a la «pluralidad cultural del país» (artículo 2, párrafo 2 y 69, párrafo 3). En el artículo 70 la «pluralidad lingüística» (artículo 69, párrafo 3) también es tomada en serio en la perspectiva de las «minorías lingüísticas locales». Cuando en el artículo 70, párrafo 3, se atribuye a la Confederación y a los cantones el fomento del «entendimiento e intercambio entre las comunidades lingüísticas» y a la Confederación se le recomienda promover el «apoyo a los cantones plurilingüísticos en el cumplimiento de sus tareas específicas», se refleja lo siguiente: La nueva Constitución Federal Suiza ha desarrollado un nivel normativo en materia de libertad lingüística, multilingüismo, y de fomento de las lenguas por parte del Estado, que puede servir de *modelo* a países en situación similar, comparables, como, por ejemplo, en los Balcanes. La ciencia del federalismo y del regionalismo, deberían honrar a estas disposiciones normativas en todo Europa, y la política debería comprobar sus contenidos en otros lugares.

c) *Otros artículos específicamente culturales* se encuentran ya en el Preámbulo, identificado como “contexto normativo”, por ejemplo: “en la conciencia de los logros comunes”; en el artículo 2, párrafo 2 (objetivo del fomento de la “unidad interna y diversidad cultural del país”); artículo 5, párrafo 3 (“buena fe” como principio de acción del Estado y del sector privado); así como en el postulado de objetivos educativos en el artículo 41, párrafo 1, inciso g (“autonomía y responsabilidad social de la persona”, “apoyo en su integración social, cultural y política”<sup>(36)</sup>). Finalmente, cabe remitirse al audaz concepto

<sup>(36)</sup> De la literatura: Y. Hangartner, *Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, Landesbericht*, en: VVDStRL 54 (1995), p. 95 ss.; P.Häberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981.

de «la dignidad del ser» (artículo 129, párrafo 2): según la cultura antropológica tradicional, el concepto «dignidad», no se le atribuye ni al Estado<sup>(37)</sup>, ni a los animales. El feriado nacional (artículo 110, párrafo 3, p. 1) es, al igual que el domingo (loc. cit., p. 2) una pieza especial del Derecho constitucional cultural<sup>(38)</sup>.

Algunos comentarios al artículo 72 ("Iglesia y Estado"). Gracias a su pluralidad, el Derecho constitucional religioso de Suiza hace mucho tiempo que es objeto de interés científico, más allá de sus fronteras<sup>(39)</sup>. Una propuesta para el nuevo artículo sobre religión proviene de **C. Winzeler**<sup>(40)</sup>. Recientemente, se ha creado incluso un "Anuario Suizo de Derecho Eclesiástico" (tomo 1, 1996, tomo 4, 1999). La terminología al igual que siempre, va desde el «Derecho Eclesiástico del Estado»<sup>(41)</sup>, aún típico para Alemania, hasta la «Constitución religiosa»<sup>(42)</sup>. El autor hace tiempo que se ha pronunciado contra el concepto de «Derecho Eclesiástico del Estado», por lo menos, en lo que respecta a Alemania, ya que en el artículo 137, párrafo 1 de la vieja Constitución de la República de Weimar y en el artículo 140 de la Ley Fundamental, se establece que «no existe ninguna religión oficial del Estado», y en consecuencia, tampoco un «derecho a una Iglesia oficial del Estado»<sup>(43)</sup>. Sobre todo el Derecho Europeo y la «sui generis»<sup>(44)</sup> comunidad constitucional que se

<sup>(37)</sup> Al respecto **D. Tsatsos**, *Von der Würde des Staates zur Glaubwürdigkeit der Politik*, 1987.

<sup>(38)</sup> Al respecto mi investigación: *Der Sonntag als Verfassungsprizip*, 1988.

<sup>(39)</sup> Cfr. por ejemplo con **P. Häberle**, *Neuere Verfassungen*, op.cit., JöR 34 (1985), p. 303 (385 ss.); **D. Kraus**, *Schweizerisches Staatskirchenrecht*, 1993.

<sup>(40)</sup> **C. Winzeler**, *Strukturen von einer anderen Welt*, 1998, p. 320 s.

<sup>(41)</sup> Por ejemplo **P. Karlen**, *Jüngste Entwicklung der Rechtsprechung zum Staatskirchenrecht*, en: Schweizerisches Jahrbuch, op. cit., tomo 4 (1999), p. 219 ss.

<sup>(42)</sup> Por ejemplo **U. Friedrich**, *Zur neuen schweizerischen Religionsverfassung*, ibid, p. 93 ss.

<sup>(43)</sup> Cfr. con el aporte "*Staatskirchenrecht*" als Religionsrecht der verfaßten Gesellschaft, DÖV, 1976, p. 73 ss.; también *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, p. 219 ss.

<sup>(44)</sup> Al respecto mi aporte *Europa als Verfassungsgemeinschaft eigener*, en : DVBl. 2000.

extiende más allá de la Unión Europea, sugieren abstenerse del concepto «iglesias», teniendo en cuenta además que, en algunos países europeos, hace mucho tiempo que el Islam es la segunda o tercera religión (el artículo 72, párrafo 2, ha logrado un nuevo nivel normativo: «paz pública entre las distintas comunidades religiosas»).

El escabroso artículo sobre los obispados (artículo 72, párrafo 3: “Los obispados sólo pueden ser establecidos con el consentimiento de la Confederación”) sigue siendo controvertido<sup>(45)</sup>. Por lo demás, el Derecho constitucional religioso, en tanto Derecho constitucional cultural especial, es de competencia de los cantones.

d) *En general* se pueden reconocer los grandes principios del Derecho constitucional cultural, en parte rectificado, en parte renovado, en parte actualizado y en parte, incluso, creado de manera novedosa: de un lado por la “pluralidad”: así, R. J. Schweizer habla de “pluriculturalidad”<sup>(46)</sup>, así como de la protección de las minorías sensibles; por otra parte, de la gran diferencia de los derechos fundamentales culturales o de los objetivos constitucionales o de las normas de competencias, y, finalmente, el atenerse firme al principio de la general primacía cultural de los cantones. Reconocemos un sistema «abierto», tan de acuerdo al de la tradición suiza (cfr. J.G. Fuchs, «Pluralismo y comunidades religiosas»), como lo es su disposición a enfrentar desarrollos futuros (apertura del Derecho constitucional religioso).

La visión conjunta articulada de “naturaleza y cultura” (por ejemplo, en el artículo 104, párrafo 1, inciso b: “paisaje cultural”) es ejemplar. Finalmente se refuerza el “*pluralismo de los promotores*” que es característico para el Derecho Constitucional Cultural del Estado de Derecho (Confederación, cantones y también comunidades, universidades, asociaciones, sociedades protectoras de la naturaleza y de la patria, promotores de la formación y educación para adultos, radio y televisión en su “autonomía” según el artículo 93, párrafo 3, iglesias, comunidades religiosas, etc.) Este pluralismo recién se hará efectivo a través de la vida cultural de los ciudadanos.

---

<sup>(45)</sup> De la literatura: P. Plattner, *Bistumskonkordate als Ziel*, NZZ del 12 y 13 de Diciembre 1999, p. 93; A. Grab, *Vorrang der Religionsfreiheit*, ibid.

<sup>(46)</sup> R. J. Schweizer, *op. cit.*, JöR 48 (2000), p. 262 ss.

**SEGUNDA PARTE:  
¿DEFICITS, OMISIONES, PUNTOS CUESTIONABLES?**

**1. NINGUN ARTICULO SOBRE EUROPA, NINGUN ARTICULO  
SOBRE EL "DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO"**

El hecho de que a continuación formule algunas críticas, no tienen como finalidad mostrar que uno podría haberlo hecho mejor. Esto lo impide tanto el respeto frente a la totalidad de la tarea efectuada con la nueva Constitución, como también la voluntad de buena vecindad. Sin embargo, queda una pregunta que obviamente ni siquiera puede ser silenciada en una "observación participativa": ¿por qué ni la palabra, ni el tema "Europa" aparecen en la nueva Constitución Federal Suiza? La omisión del tema de Europa se percibe como un "agujero" muy lamentable, no sólo porque Suiza constituye el "corazón de la antigua Europa", sino porque es posible demostrar que se puede continuar hablando del "laboratorio suizo" en materia de Estado Constitucional con proyección a toda Europa. Esto asombra más aún, por el hecho de que algunos cantones, sí han pensado en Europa en sus nuevas Constituciones. El artículo 54, párrafo 1 de la Constitución Cantonal de Berna (1993) es pionero en este sentido: "El cantón participa en la construcción solidaria de las regiones de Europa." Este *Derecho constitucional cantonal europeo* debería poder encontrar su equivalente a nivel de la Confederación. Desde el punto de vista del Derecho comparado, encontramos abundante presencia del Derecho Constitucional Europeo: desde el artículo 7, párrafo 5 de la Constitución de Portugal ("Portugal participa en el fortalecimiento de la identidad europea y en la intensificación de la acción de los Estados europeos a favor la democracia, y de la paz...") hasta el artículo 23, párrafo 1 de la Ley Fundamental y el artículo 3 de la Constitución de Baviera. Otros países, como Grecia e Italia<sup>(47)</sup>, están luchando actualmente por un artículo sobre Europa. No se trata en estos casos principalmente de Europa (Derecho Europeo) en el sentido

---

<sup>(47)</sup> Más ejemplos en mi aporte: *Europaprogramme neuerer Verfassungen und Verfassungsentwürfe*, FS Everling, 1995, p. 355 ss.

estrecho de la Unión Europea, en cuyo caso se puede prever reticencias mentales mayores por parte del pueblo suizo. Al observador extranjero también le asombra que no se diga nada de Europa en sentido amplio, y de Europa en su totalidad, a pesar de que Suiza, finalmente, es miembro del Consejo Europeo, que es parte activa en la Conferencia de Seguridad y de Cooperación Europea y también de la Convención Europea de Derechos Humanos; lo cual sirve de ejemplo para Alemania, incluso a nivel *constitucional*. Si bien la nueva Constitución Federal Suiza se pronuncia abiertamente a favor de la apertura al mundo (cfr. Preámbulo: «apertura al mundo»), artículo 54, párrafo 2 (aporte al «alivio de las necesidades y la pobreza en el mundo»), insólitamente, no se ha pensado en Europa como un pedazo del mundo de su «propia casa». Es cierto que «Europa» puede incluirse en el pensamiento y en la interpretación de las cláusulas en la que se refieren al «mundo». Pero el silencio de la nueva Constitución Suiza, con respecto al tema europeo, no le hace justicia al papel que Suiza juega en la *Comunidad regional responsable* de Europa<sup>(48)</sup>. Una cláusula europea de tipo «soft law» le hubiera venido bien a Suiza en tanto Estado Constitucional profundamente europeo.

## 2. ¿EXCEPCIONES, POSTERGACIONES, APLAZAMIENTOS?

El constituyente ha sacado conscientemente del paréntesis algunos temas, y los ha diferido a futuro; así, por ejemplo, se ha mantenido el artículo sobre los obispos. Pero, los *proyectos* constitucionales representan también concesiones políticas; así, es relativamente fácil formular críticas *a posteriori*. De todos modos, mencionaremos aquí aquellos temas sacados del paréntesis que también se discuten en Suiza. Este es el caso de la ansiada reforma judicial y del Derecho internacional, que se quedó a medias; por que no se llegó a una reforma del manejo del Estado y, finalmente, se postergó la reforma del federalismo que tenía como objetivo

---

<sup>(48)</sup> De la literatura suiza: T. Fleiner, *Die schweizerische Verfassung im Kontext eines gemeinsamen europäischen Verfassungsrechts*, en B. Sitter-Liver (editor), *Herausgeforderte Verfassung*, 1999, p. 413 ss.

desenredar las competencias e implantar un nuevo sistema de balance financiero (ver artículo 135). También cabe lamentar, que no se hayan modificado las atribuciones de la actual jurisdicción constitucional: así, las leyes de la Confederación siguen estando fuera del ámbito de control del Tribunal Federal no obstante ser una "Corte constitucional", igual que antes (artículo 189 de la nueva Constitución federal Suiza, y artículo 113, párrafo 2 de la antigua Constitución Federal Suiza). Aquí parece haber influido el fuerte énfasis en la democracia directa; sin embargo, una comparación con otros países y cómo éstos vinculan la democracia y las atribuciones del Tribunal Constitucional, dejan abierta una serie de preguntas.

También queda como tarea futura, cumplir con el objetivo general de Suiza de "encajar en Europa", por ejemplo en el área organizativa de la nueva estructuración del Gobierno Federal. Desde el punto de vista del contenido, la nueva Constitución Federal Suiza, obviamente "*encaja en Europa*": Recuérdese el catálogo renovado de derechos fundamentales; el catálogo finamente esbozado de las finalidades y las competencias del Estado, en materia, por ejemplo, de Constitución social y del medio ambiente; la hábil estructuración del Derecho constitucional cultural y todas las formas de protección de las minorías, y; en consecuencia, el fortalecimiento de la democracia semidirecta (artículo 39, artículos 138 al 142, 193 al 195), así como del federalismo. Esta forma más bien "silenciosa" de "encajar en Europa" lograda por Suiza, es una provocación para todos aquellos que se distancian o se sienten atraídos por el dicho de que Europa debería "asuizarse" (no sólo en Bosnia y en el resto de los Balcanes). Todo esfuerzo por un Derecho constitucional económico ponderado, justamente con miras a Europa, puede aprender mucho de la nueva Constitución Federal Suiza. (artículo 94 hasta 107).

## PERSPECTIVAS

Las perspectivas confirman, que Suiza con su nueva Constitución Federal de 2000, ha creado una obra constitucional, que se deja ver y escuchar en el "concierto del hogar europeo". Suiza no sólo ha "reelaborado" partes de la realidad constitucional formada en Europa. Les ha dado transparencia y las ha plasmado en textos y conceptos. También se ha arriesgado a formular disposiciones nuevas que

podrían servir de ejemplo para otros Estados Constitucionales europeos. La nueva Constitución Federal Suiza es en parte, actualización, en parte "renovación" y rectificación, y en parte, creación nueva, es decir, es un "mixtura". A pesar de que Europa no se menciona literalmente, al nivel de la doctrina constitucional europea, Suiza puede ser considerada en tanto Estado Constitucional europeo, como "totalmente europeizada". La antigua tesis del "laboratorio suizo"<sup>(49)</sup> se ha vuelto a confirmar. Ciertamente, al igual que antes, muchas innovaciones han partido de las constituciones cantonales, pero la Confederación, «se ha puesto al día» considerablemente con esta obra. Mientras que Italia sigue trabajando en su reforma constitucional, más o menos grande y ésta, si bien no avanza políticamente, sí lo hace desde una perspectiva científica<sup>(50)</sup>, Suiza ha logrado plasmar genialmente en una nueva obra constitucional, lo que realmente se discute también en su comunidad científica.

---

<sup>(49)</sup> P. Häberle, *Werkstatt Schaller – Verfassungspolitik im Blick auf das künftige Gesamteuropa*, JöR 40 (1991/92), p. 291 ss.

<sup>(50)</sup> Cfr. las actas de la Doctrina italiana de Derecho del Estado italiano; *I Costituzionalisti e le Riforme*, a cura di S. P. Panunzio, 1998, ver también mis aportes a la reforma constitucional de Italia, en: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3 ed. 1998, p. 817 ss. y del aporte en FS Leser, *Zwei Aspekte der Verfassungsreform in Italien*, 1998, p. 399 ss.

# LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU INCOMPATIBILIDAD CON EL DOGMA REVISOR Y CON LA REGLA DEL AGOTAMIENTO DE LA VIA ADMINISTRATIVA (\*)

Juan Carlos Cassagne (\*\*)

**Sumario:** 1. Liminar. 2. La recepción de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento argentino. a) en el orden nacional. b) en el orden provincial. 3. Incompatibilidad del dogma revisor con los principios de la tutela judicial efectiva y de la división de poderes. 4. Subsistencia y atenuación del requisito del agotamiento de la vía administrativa. 5. Reflexiones finales.

## 1. LIMINAR

En la última parte del siglo XX, aproximadamente desde treinta años atrás, la tutela judicial efectiva ha cobrado una gran relevancia en el plano jurídico, gracias al impulso dado por la doctrina en España, a raíz de su recepción constitucional.

---

(\*) Ponencia presentada por el autor al Congreso Internacional realizado en Madrid los días 21 y 22 de marzo de 2000 para conmemorar el 50° Aniversario de la fundación de la Revista de la Administración Pública (R.A.P.)

(\*\*) Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

Su proyección en Hispano-América, particularmente en Argentina, ha sido notable, habiendo sido recogido el principio tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1994, aunque no siempre se han desprendido de él las consecuencias que cabe extraer en punto a reafirmar la tendencia hacia un control judicial pleno y sin cortapisas de la actividad administrativa.

Nuestra Constitución, en línea con el molde de los antecedentes normativos y proyectos pre-constitucionales consagró, en su artículo 18, la garantía de la inviolabilidad "*de la defensa en juicio de las personas y de los derechos*", siguiendo el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina elaborado por ALBERDI <sup>(1)</sup>.

Esa garantía apuntaba, entonces, a brindar protección judicial a los derechos individuales y tendía a tutelar, fundamentalmente, la libertad de los ciudadanos, configurando uno de los ejes en los que se concretaba la filosofía constitucional.

En su evolución posterior, la garantía <sup>(2)</sup> de la defensa fue completada con otras, tendientes a ampliar el círculo de los derechos protegidos originariamente por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Tal es lo que ocurrió con el trasplante del debido proceso

---

<sup>(1)</sup> En la Parte Primera, Capítulo II, el artículo 19 del Proyecto de ALBERDI expresa que "*el derecho de defensa judicial es inviolable*".

<sup>(2)</sup> Las garantías constitucionales constituyen medios tendientes a asegurar la protección de los derechos y afianzar la seguridad jurídica que actúan como instrumentos para contener el poder y lograr una buena administración, establecidas en el plano de las normas y principios de la Constitución Nacional y de las leyes; véase. LINARES, JUAN FRANCISCO, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, ps. 203-206, Buenos Aires, 1944; LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional y Comparado*, t. V, p. 355, Buenos Aires, 1953-1963. Para CARRÍO cuando aludimos a las "*formas de protección de los derechos*", "*queremos aludir a la acepción restringida de la palabra 'garantía' o sea, la que se refiere a la posibilidad que tiene el titular de un derecho de poner en movimiento el aparato estatal, particularmente el jurisdiccional, a fin de que éste actúe a su servicio y lo tutele*". (Cfr. CARRÍO, GENARO R., *Recurso de amparo y técnica judicial*, p. 28, Buenos Aires, 1959).

adjetivo, proveniente del derecho norteamericano <sup>(3)</sup>, y, más modernamente, con el llamado derecho a la jurisdicción.

Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, el derecho a la jurisdicción, reclama, simultáneamente, el derecho a ocurrir ante un juez en procura de justicia a fin de obtener una sentencia justa y motivada susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de plazos razonables <sup>(4)</sup>.

Estas garantías, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina <sup>(5)</sup> consideraron, en su momento, incluidas en la garantía del artículo 18 o vinculadas a ella, resultan sustancialmente potenciadas en virtud de la recepción de la tutela judicial efectiva, en el sentido que pasamos a exponer.

En efecto, no obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas del ordenamiento constitucional argentino con la tutela judicial efectiva, ésta última como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo <sup>(6)</sup>, se caracteriza por su mayor amplitud no solo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena Administración <sup>(7)</sup> proyectándose también al procedimiento administrativo <sup>(8)</sup>.

<sup>(3)</sup> Vid por todos: LINARES, JUAN FRANCISCO, *La responsabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., p. 17 y ss., Buenos Aires, 1970.

<sup>(4)</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho Constitucional*, t. 2, p. 473 y ss., Buenos Aires, 1969.

<sup>(5)</sup> Fallos: 247:246; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., op. cit., t. 2, ps. 499-500.

<sup>(6)</sup> Artículo 1º, inc. f) de la L.N.P.A.

<sup>(7)</sup> Cfr. FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor*, en R.E.D.A. (argentina) N° 15/16, p. 51 y ss.

<sup>(8)</sup> CANOSA, ARMANDO N., *Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa*, E.D., t. 166, p. 988 y ss.

Los principales matices diferenciales comprenden tres aspectos ya que la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción.

Resulta evidente que se trata de una garantía que armoniza de un modo cabal con el reparto de funciones que es propio de la separación de poderes que ha instituido nuestra Constitución al prescribir positivamente el sistema judicialista (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional) en el cual los jueces son los órganos encargados de resolver los conflictos entre los particulares y el Estado <sup>(9)</sup>.

En Argentina, antes de la moderna configuración del principio, un destacado sector de la doctrina <sup>(10)</sup> propició, en su momento, una serie de posturas que afirmaban la plenitud de la jurisdicción frente a las interpretaciones restrictivas que, con fundamento en las antiguas concepciones del contencioso-administrativo francés y español, propugnaban la limitación de los poderes del juez sobre la base de la naturaleza esencialmente revisora <sup>(11)</sup> que atribuían a esta clase de jurisdicción (la cual era concebida como una jurisdicción de excepción).

Recién en la última década, algunos ordenamientos y la jurisprudencia, en forma limitada, por cierto, han comenzado a transitar por el camino correcto, y sin dejar de reconocer la influencia

---

<sup>(9)</sup> Un completo desarrollo del principio y consecuencias que derivan de la adopción del sistema judicialista puede verse en la excelente tesis doctoral de JORGE TRISTÁN BOSCH, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, p. 36 y ss., Buenos Aires, 1951. Según este autor la Constitución argentina de 1853 representa más que una ruptura con los antecedentes españoles, un salto adelante dentro de la línea evolutiva de las instituciones de la Metrópoli (op. cit., p. 45).

<sup>(10)</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, *Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal*, L. L., t. 94, sec. doctrina, p. 919 y ss., especialmente p. 926.; GORDILLO, AGUSTÍN, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 2, p. XIX-21 y ss., Buenos Aires, 1980.

<sup>(11)</sup> FIORINI, BARTOLOMÉ, *¿Qué es el contencioso?*, p. 88, Buenos Aires, 1965.

que ha tenido en esta evolución la obra de los juristas vernáculos, que actuaron como verdaderos pioneros en este campo para desterrar los ápices formales que caracterizaban el contencioso-administrativo de su época, no puede menos que señalarse la profunda gravitación que entre nosotros, ha alcanzado la doctrina española a partir de la fundación de la R.A.P. y de la publicación de las obras y trabajos científicos de sus juristas más eminentes <sup>(12)</sup>.

En el presente trabajo vamos a abordar la recepción de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento y la incompatibilidad que plantea su vigencia constitucional con el dogma revisor y, particularmente, con el carácter preceptivo del requisito del agotamiento de la vía administrativa (mal llamada instancia administrativa), sin dejar de advertir que, tal como ha dicho GONZÁLEZ PÉREZ *"el derecho a la tutela judicial efectiva que se despliega, básicamente, en tres momentos diferentes del proceso (en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficiencia de la sentencia) es, en definitiva, el derecho de toda persona a que se 'haga justicia' que se traduce, en el plano jurídico administrativo en que siempre que crea que puede pretender algo con arreglo a Derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos independientes y preparados"* <sup>(13)</sup>.

## 2. LA RECEPCION DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL ORDENAMIENTO ARGENTINO

### a) En el orden nacional

La recepción del principio en nuestro país se ha visto favorecida primero, por el sistema y una serie de principios de rango constitucional

---

<sup>(12)</sup> GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1992; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, 1992; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en *Revista de Derecho Administrativo* (1976), p. 728; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, *Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de justicia constitucional*, RDP 16 y 17, ps. 39-64 y 177-201, respectivamente, Madrid, 1982-1983.

<sup>(13)</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, t. I, p. 17, 3ª ed., Madrid, 1998.

anteriores a la reforma de 1994, y a partir de ésta por la recepción en la Constitución del Pacto Internacional de San José de Costa Rica.

Así, a la adopción del sistema judicialista de control de los actos del Ejecutivo y demás poderes del Estado (ex artículos 100 y 101, Constitución Nacional) y a una previsión constitucional que en forma expresa veda al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales (ex artículo 95, Constitución Nacional) se añade la garantía de la defensa prescripta en el artículo 18 de la Constitución Nacional y la consagración del debido proceso como garantía innominada por parte de la jurisprudencia.

A su vez, en el Preámbulo de nuestra Constitución se revela el propósito que persiguieron los constituyentes al proclamar, entre los fines del Estado, el de *"afianzar la justicia"*, configurando un principio jurídico afín, en cuanto el único modo en que se puede operar ese afianzamiento radica en la efectividad de la tutela judicial debida a los particulares.

De ese modo, la conexión entre la garantía de defensa y la tutela judicial efectiva se produjo sin forzar la positividad constitucional y aún antes de la reforma constitucional de 1994, en la que el principio se introdujo en virtud de la incorporación al ordenamiento constitucional del Pacto Internacional de San José de Costa Rica.

En uno de sus fallos más trascendentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó el principio con fundamento en que:

*"... la idea directriz de la división de poderes que opera sincrónicamente con otra idea directriz de nuestro sistema constitucional –que emerge de la garantía del debido proceso– cual es el principio 'pro-actione' a que conduce el derecho fundamental en la tutela judicial efectiva, que se deriva, necesariamente, del artículo 18 de la Constitución Nacional, cuya regulación se integra, además, con las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que al ser aprobado por la ley 23.054 y ratificado el 5 de diciembre de 1984, tiene el carácter de ley suprema de la Nación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución Nacional"*<sup>(14)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> In re *"EKMEKDJIAN, Miguel Angel c/SOFOVICH, Gerardo y otros"*, de fecha 07-07-92, E.D. 148-338, considerando 15; *"SERRA, Fernando H. y otro c/*

Operada la recepción constitucional del Pacto de San José de Costa Rica (a raíz de lo prescrito en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución de 1994) cuyos artículos 8 y 25 consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio adquirió plena operatividad constitucional, obligando también a las Provincias, habida cuenta que los pactos internacionales y máxime, aquellos incorporados expresamente a la Constitución Nacional constituyen –conforme a su artículo 31– la ley suprema de la Nación, debiendo entenderse – como reza el inc. 22 del artículo 75– que los derechos reconocidos por ellos complementan los derechos y garantías constitucionales.

**b) En el orden provincial**

En el marco de la evolución hacia el reconocimiento de la tutela judicial efectiva se ubica la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994 que eliminó de cuajo una serie de instituciones y de principios procesales que habían terminado por anquilosar el sistema provincial, al haber contribuido a generar, por cierto, típicas denegaciones de justicia.

Desaparecieron, de ese modo, construcciones procesales que, fuera de no existir razones valederas que justificaran su alojamiento en el texto constitucional traducían barreras formales en punto al acceso y al derecho a obtener una sentencia sobre el fondo del proceso, circunscribiendo las controversias judiciales a las pretensiones planteadas en sede administrativa. Así ocurrió, entre otras figuras procesales, con conceptos que traducían una rémora a la plenitud del ejercicio de la potestad jurisdiccional, al suprimirse requisitos cuyo cumplimiento estricto y exclusivo se exigía para habilitar la acción contencioso-administrativa, tales como los relativos a que el acto proviniera de autoridad administrativa, la previa denegación o retardación en sede administrativa y que los derechos fueran gestionados por parte interesada, extremos éstos que habían sido usados como verdaderas válvulas de cierre de la jurisdicción.

---

*Municipalidad de Buenos Aires*", L.L. del 10-03-95 con nota de ALBERTO B. BIANCHI:  
*¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?*

La Constitución de 1994 comienza, inicialmente, por prescribir en su artículo 15, que la Provincia de Buenos Aires:

*“... asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial”,* agregando que *“las causas deberán decidirse en tiempo razonable”* y que *“el retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave”*.

El otro precepto constitucional (artículo 166, último párrafo) que resulta trascendente para la protección de los derechos de las personas radica en la desconstitucionalización de la decisión previa que agotaba la vía administrativa como requisito ineludible de admisibilidad de la pretensión procesal.

En este aspecto, si bien no todas las opiniones coinciden en punto a si se mantiene o no el principio en el plexo constitucional <sup>(15)</sup> lo cierto es que, a partir de ahora, el requisito posee origen legal y no constitucional, sin que la Constitución establezca criterio o pauta alguna que vincule al legislador.

De otra parte, si se repara en que el último párrafo del artículo 166 dispone que los casos que determinan la competencia de los tribunales en lo contencioso-administrativo resultaran conforme a los procedimientos que prescriba la ley, la cual *“establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”*, va de suyo que fuera de tales supuestos, tal principio no existe.

---

<sup>(15)</sup> PERRINO, PABLO ESTEBAN, *El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense*, E.D., 184-842, aún cuando cabe ubicar a este autor en una línea garantística afín a la que propugnamos, no obstante ha interpretado que la Constitución mantiene el principio. En cambio, para D'ARGENIO la nueva disposición constitucional consagra como principio la inexistencia del agotamiento de la vía administrativa, posición que compartimos. Ver: D'ARGENIO, INÉS, *El juzgamiento de la contienda administrativa en la Provincia de Buenos Aires*, en R.E.D.A. (argentina) N° 19/20, p. 404 y SORIA, DANIEL FERNANDO, *El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, en R.E.D.A. (argentina) N° 24/26, p. 54, nota 31.

Aunque la Constitución consagra la regla del no agotamiento, a través de una habilitación constitucional expresa, permite que la ley tipifique excepciones, las cuales podrían configurarse en la medida que armonicen con las garantías y principios constitucionales, particularmente con la tutela judicial efectiva.

Es cierto que, al no establecer pauta limitativa alguna para consagrar las excepciones el legislador podría llegar a excederse en la determinación de los supuestos. Sin embargo, en tal caso, jugará siempre el límite de razonabilidad para poder impugnar toda decisión legislativa que afecte el principio de la tutela judicial efectiva, cuya incompatibilidad con el dogma revisor y la exigencia generalizada del requisito del agotamiento de la vía administrativa han sido cabalmente demostradas en la doctrina argentina <sup>(16)</sup> y española <sup>(17)</sup>.

En esa orientación, tanto la Constitución como el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires <sup>(18)</sup> consagran un sistema, cuyas grandes líneas se caracterizan por:

---

<sup>(16)</sup> Cfr. GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 2, XIX, p. 21 y ss., Buenos Aires, 1980, postura que ha mantenido en las ediciones posteriores del Tratado; MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. I, ps. 346-347, Buenos Aires, 1984; para un mayor desarrollo del tema puede verse el lúcido trabajo de TAWIL, GUIDO S., *Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial*, en E.D., t. 128 p. 958 y ss.; y SIMON PADRÓS, RAMIRO, *El carácter revisor y el denominado principio de congruencia en el proceso contencioso-administrativo*, en R.E.D.A. (argentina) N° 19/20, p. 497-525; ver también BIELSA, RAFAEL, *Sobre lo contencioso-administrativo*, p. 149, Santa Fe, 1949 y la nota de BIANCHI al fallo "EKMEKDJIAN" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, antes citada.

<sup>(17)</sup> Cfr. FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa*, R.E.D.A. N° 16, p. 728, Madrid, 1976; MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en R.E.D.A. N° 26, p. 497, Madrid, 1980. Más recientemente: FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN, *La jurisdicción administrativa revisora y la tutela judicial efectiva*, ps. 29 y 55, Madrid, 1998; y el prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, op. cit., ps. 21 y 55. Con anterioridad, NIETO y PARADA VÁZQUEZ criticaron la evolución regresiva y formalista de la jurisprudencia "en orden a la conceptualización de la jurisdicción como puramente revisora"; véase: NIETO, ALEJANDRO, *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso*, en R.A.P. N° 57, p. 33, Madrid, 1968.

<sup>(18)</sup> Sancionado por la ley 12.008 y modificado por la ley 12.310.

- (b<sup>1</sup>) la especialización de tribunales competentes que actúan como jueces ordinarios y especializados del fuero, suprimiendo la concentración de las causas en la jurisdicción exclusiva y originaria de la Corte Suprema de la Provincia;
- (b<sup>2</sup>) la supresión o alteración sustancial de requisitos constitucionales que obstaban a la tutela judicial efectiva, antes señalados, como la previa denegación o retardación, autoridad administrativa, derechos gestionados por parte interesada y fijación de plazos para el ejercicio de cualquier pretensión que figuraban en el viejo artículo 149, inc. 3° de la Constitución de la Provincia del año 1934;
- (b<sup>3</sup>) la apertura y el acceso a la jurisdicción en tanto exista un caso (artículo 166 C.P.) en línea con el precepto que rige en el orden nacional (ex artículos 100 y 101 y actuales artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional);
- (b<sup>4</sup>) consecuente con ello, el Código utiliza un concepto amplio de legitimación activa al prescribir que estará legitimada para deducir las correspondientes pretensiones *“toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento”*<sup>(19)</sup>;
- (b<sup>5</sup>) la configuración amplia de los casos que abren la jurisdicción en relación a cualquier tipo de conducta positiva o negativa

---

<sup>(19)</sup> Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en R.E.D.A. N° 30/31, ps. 48-49, Buenos Aires, 1999, y del mismo autor: *Las partes en el proceso administrativo*, p. 50, ed. Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1997. Apunta a que a la hora de decidir en un proceso los tribunales prescinden de todas esas zarandajas inventadas por la doctrina y *“acaban definiéndolo con arreglo al Diccionario de la Real Academia, reconociendo que existe legitimación cuando el éxito de la pretensión reporta al que la fórmula ‘beneficio’, ‘utilidad’, ‘ganancia’, ‘provecho’, ‘comodidad’ o, dicho de otro modo, que le evitará un ‘perjuicio’, ‘incomodidad’ que es como define la Academia el interés”*. Se trata, en suma, según GONZÁLEZ PÉREZ, de verificar *“el sentido propio de las palabras como impone el artículo 3.1 del Código Civil”* (op. cit., R.E.D.A. ps. 48-49); en la misma línea ver también: BEZZI, OSVALDO MÁXIMO, *Código Procesal y Ley del fuero Contencioso-Administrativo*, p. 4 y nota 6, La Plata, 1998.

(actuación u omisión) con abstracción de que se formalice o no como acto administrativo <sup>(20)</sup>;

- (b<sup>6</sup>) el carácter ejecutorio y no meramente declarativo de las sentencias judiciales (artículo 163 de la Constitución de la Provincia y artículo 65, ap. 3 del CPCA);
- (b<sup>7</sup>) el quiebre de la naturaleza revisora <sup>(21)</sup> que antaño se atribuía a la jurisdicción contencioso-administrativa se proyecta en materia de la reducción de los supuestos en que se exige el agotamiento de la vía administrativa, así como en la fijación de plazos de caducidad que se restringen a los casos en que se pretenda la nulidad de un acto o una acción resarcitoria vinculada con aquella o la pretensión de cese de una vía de hecho administrativa. A su vez, la acción para demandar contra una vía de hecho administrativa no está sometida al requisito del agotamiento, aunque tiene fijada un plazo de caducidad a partir del momento en que fuera conocida por el afectado (artículo 21, C.P.C.A.);
- (b<sup>8</sup>) el objeto del proceso regulado en el C.P.C.A. se desplaza del acto administrativo hacia la pretensión procesal con fórmulas de gran latitud que no circunscriben el proceso a la pretensión anulatoria de un acto administrativo, de alcance particular o general, sino que comprenden, además de las típicas pretensiones resarcitorias derivadas o no de la invalidez de un acto administrativo u ordenanza municipal, toda clase de pretensiones, a saber:
  - (i) el restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelados (artículo 12, inc. 2);
  - (ii) la acción declarativa de certeza sobre una determinada relación o situación jurídica regida por el derecho administrativo (artículo 12, inc. 4);
  - (iii) la cesación de una vía de hecho administrativa (artículo 12, inc. 5);

---

<sup>(20)</sup> SORIA, DANIEL FERNANDO, *El proyecto de Código Procesal Contencioso-Administrativo para la Provincia de Buenos Aires*, en R.A.P., Suplemento Especial N° 3, "Administración local y Derecho", p. 3, Buenos Aires, agosto 1997.

<sup>(21)</sup> Sobre la atenuación del carácter revisor en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires véase: VALLEFIN, CARLOS A., *Proceso administrativo y habilitación de instancia*, p. 11 y ss., La Plata, 1994.

- (iv) la realización de una determinada prestación debida por las autoridades que ejercen la función administrativa (artículo 12, inc. 6);
- (v) el libramiento de una orden judicial de pronto despacho en casos de mora de la administración en expedirse frente al requerimiento de parte interesada o que corresponda dictar para continuar o resolver el procedimiento (artículo 12, inc. 7).

### **3. INCOMPATIBILIDAD DEL DOGMA REVISOR CON LOS PRINCIPIOS DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DE LA DIVISION DE PODERES**

Si se parte del principio según el cual, en los sistemas judicialistas, como es el nuestro y son los de muchos países de hispano-américa, la jurisdicción contenciosa-administrativa es plena y no se encuentra recortada por la interpretación francesa de la división de poderes, no cabe sino reconocer la manifiesta y abierta incompatibilidad del dogma revisor con la existencia de una efectiva tutela judicial.

En el fondo, el dogma revisor ha venido actuando como una cortina de humo que le impide al juez la visión sobre le pretensión procesal constituyendo una formidable barrera que no le permite decidir sobre el contenido material de la pretensión, transformando el resultado de los procesos en sentencias que eluden el juzgamiento pleno de la pretensión, mediante meros artilugios formales.

La falsa creencia, derivada del contencioso-administrativo francés, en el sentido de que se trataba de un proceso al acto, que concluía con la estimación o desestimación del recurso interpuesto contra él, ha hecho caer a un sector de la doctrina de la primera mitad del siglo pasado y a buena parte de la legislación procesal, en el error de suponer que el proceso contencioso-administrativo consistía en una suerte de revisión en segunda instancia de una decisión administrativa previa, limitada, como tal, a las pretensiones planteadas en sede del poder administrador.

Como consecuencia de este falso mito, que carecía en nuestro derecho de todo basamento constitucional, fueron articulándose una serie de consecuencias que restringieron, cuando no abiertamente denegaron el acceso a la jurisdicción, ya sea impidiendo el trámite

procesal de pretensiones no articuladas, o bien, exigiendo el agotamiento de la vía administrativa, en todos los supuestos, como regla general, dejando a los particulares huérfanos de una efectiva tutela judicial.

Muchas de las instituciones del sistema procesal tienen o han tenido origen o vinculación con la naturaleza revisora que se le atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa y todas ellas resultan francamente opuestas a una correcta interpretación del principio de separación de poderes que rige en el sistema judicialista argentino.

De allí que la tendencia a eliminar o a morigerar sustancialmente los requisitos de admisibilidad de la pretensión procesal como la decisión previa, el agotamiento de la vía y los plazos de caducidad fijados para la articulación de las pretensiones ante un juez imparcial e independiente, haya crecido en los últimos tiempos hasta el punto de si no cabe preguntarse sino fuera oportuno que la doctrina propiciara su total supresión, a fin de garantizar a todos los habitantes la efectividad de la protección judicial.

De lo contrario, como a raíz del dogma revisor y sus proyecciones procesales siempre quedan actos o zonas de la actividad administrativa que escapan al control judicial, se estaría reconociendo, en realidad, que el juzgamiento de esos conflictos compete únicamente, en esos casos, al poder administrador, trastocando el principio de la división de poderes que coloca esa función, en cabeza de los jueces y no de la administración.

Si el Poder Judicial se abstiene de juzgar una controversia cualquiera y permite que subsista el poder unilateral de la Administración de cara al ciudadano, resulta obvio que no llega a configurarse jurisdicción alguna. En cambio, lo que prevalece en tales casos es la función administrativa frente a la función jurisdiccional, atribuyendo a la actividad del Ejecutivo o Gobierno de turno, prácticamente los mismos efectos que la cosa juzgada judicial (lo que en la jurisprudencia argentina ocurre incluso respecto de los actos nulos o de nulidad absoluta).

Desde otra perspectiva, al limitarse el alcance del control judicial y las potestades del juez para resolver las controversias se afecta sensiblemente la independencia del propio poder judicial en la medida que como consecuencia del imperio del dogma revisor su función se circunscribe al marco de la decisión administrativa que precede al litigio.

Nada de ello resulta lógico en el Estado de Derecho que se apoya en la necesidad de equilibrar los distintos poderes de sus órganos en beneficio de la libertad y demás derechos de las personas, sean estos individuales o colectivos. La subsistencia del principio revisor, aún cuando larvada en muchos institutos, aparece como un impedimento que obsta a la realización de la justicia material y carece toda sustentación a esta altura de la evolución jurídica de las instituciones del contencioso-administrativo.

Argumentos tales como la seguridad jurídica o la conveniencia de conciliar los derechos o intereses opuestos en sede administrativa, frente a las denegaciones de justicia o las demoras que provocan las consecuencias procesales del dogma revisor, constituyen erróneas peticiones de principio que soslayan que la única garantía plena –tanto para la Administración como para las personas privadas– radica en la intervención de un juez, con amplias potestades, para decidir sobre las pretensiones que cabe plantear en un proceso, sin cortapisas formales ni exigencias que terminan por desnaturalizar la propia función judicial, encorsetada en la anulación o confirmación de un acto administrativo previo.

Lo contrario sería tanto como suponer –por vía de principio– que un sistema que asigna en plenitud el control de la actividad administrativa al poder judicial, aún sin exigir requisitos formales previos, implica el establecimiento de un sistema adverso a la seguridad jurídica, los derechos de los judiciables y los intereses públicos.

El derecho del siglo XXI implicará todo un desafío y es probable que en muchos campos vayamos a asistir al quiebre definitivo del dogma revisor, lo que implicará sin duda, recuperar no solo los derechos antaño perdidos o soslayados sino la justicia en todas sus proyecciones, tal como lo proclaman la Constitución Española de 1978 (artículos 24 y 53.1.) y el preámbulo de la Constitución Argentina en cuanto prescribe, entre los fines del Estado, el de afianzar la justicia.

#### **4. SUBSISTENCIA Y ATENUACION DEL REQUISITO DEL AGOTAMIENTO DE LA VIA ADMINISTRATIVA**

Cabe distinguir también en este punto la situación del nuevo ordenamiento nacional del de la de los ordenamientos provinciales y comparados.

En nuestro derecho procesal administrativo la situación es paradójica ya que mientras en la Nación no estaba legislado el requisito del agotamiento de la vía administrativa para promover una demanda judicial contra el Estado y sus entidades hasta la sanción de la L.N.P.A. en el año 1972, las provincias y, particularmente, la Provincia de Buenos Aires, exigían la previa denegación, retardación o el agotamiento de la vía administrativa, según las respectivas regulaciones locales <sup>(22)</sup>. En la Nación, con anterioridad a la L.N.P.A.

---

<sup>(22)</sup> Véase: HUTCHINSON, TOMÁS, *Mitos y realidades en el derecho administrativo argentino*, L.L., t. 1989-1077 y ss. Según HUTCHINSON, la fuente a que acudió VARELA al consagrar en "vía previa", no fue la ley SANTAMARÍA DE PAREDES sino los antecedentes nacionales y provinciales anteriores (artículo 156, inc. 3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873). Aunque no es nuestro propósito polemizar con este distinguido autor creemos que, la norma de la Constitución de la Provincia de 1873 (que pasó a ser el artículo 157, inc. 3 en la reforma constitucional de 1889) no establecía el requisito del agotamiento de la vía administrativa sino tan solo que hubiera "previa denegación de la autoridad administrativa". En realidad, esta exigencia aparece recién en el artículo 28, inc. 1° del Código de VARELA de 1905 al prescribir como condición de admisibilidad del proceso contencioso-administrativo que "la resolución sea definitiva y no haya recurso administrativo alguno contra ella". Este precepto fue, en rigor, el que impuso en la Provincia el requisito del agotamiento de la vía administrativa. Cuadra apuntar también que al referirse al carácter definitivo de la resolución administrativa y agregarle "que no haya recurso administrativo alguno contra ella" el citado Código generó interpretaciones erróneas de la jurisprudencia provincial en punto a lo que se entiende por definitividad, comprendiendo en el concepto tanto las resoluciones que deciden el fondo del asunto como las que causan estado (es decir, las que agotan la vía administrativa). Sobre el punto véase: VALLEFIN, CARLOS A., *Proceso Administrativo y habilitación de Instancia*, p. 51 y ss., La Plata, 1994, que mantiene el concepto amplio de "definitividad" no obstante que distingue ambas categorías y, más aún, las trata en forma separada como, por demás, corresponde a dos requisitos diferentes. Por su parte, la doctrina ha sostenido la distinción entre el concepto de acto definitivo y acto que causa estado en el sentido que el primero es el que decide la cuestión de fondo frontalmente mientras, el segundo es el que agota la vía administrativa de una situación contenciosa (Cfr. LINARES, JUAN FRANCISCO, *Derecho Administrativo*, ps. 544-545, Buenos Aires, 1986). Al propio tiempo hay autores como SORIA que han precisado más aún el concepto de acto definitivo, sosteniendo que son aquellos que "se exhiben de ordinario como el eslabón final de un encadenamiento de situaciones heterogéneas y no equivalentes que lo preceden y complementan" (SORIA, DANIEL FERNANDO, *Los actos administrativos de trámite equiparables a definitivos y su impugnabilidad judicial*, L.L., 1990-C, sec. doctrina, p. 947). La confusión o si se quiere la mezcla de conceptos, aparece en algunas obras de la antigua doctrina española, las cuales, probablemente que habría seguido VARELA, véase: ABELLA, FERMÍN, *Tratado teórico-práctico de lo Contencioso-Administrativo*, p. 570, Madrid, 1888.

el único requisito era la promoción de un reclamo administrativo previo (Ley 3952).

Y la situación resulta paradójica porque mientras el Estado federal ha establecido el requisito del agotamiento de la vía administrativa para poder impugnar ante la justicia un acto de alcance particular o general, con plazos de caducidad a los que la jurisprudencia y una parte de la doctrina les asigna un carácter fatal y perentorio <sup>(23)</sup>, y manteniendo, para los otros supuestos, la figura del reclamo administrativo previo <sup>(24)</sup> el nuevo Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, ha restringido sustancialmente la procedencia de este recaudo procesal habilitante de la jurisdicción, como se ha visto, a solo dos supuestos que han reducido la exigencia procesal limitándola a los casos en que la acción tuviere por objeto una pretensión anulatoria o resarcitoria proveniente o vinculada con la invalidez de un acto administrativo, sin exigir el reclamo administrativo previo para los otros supuestos (excepto la pretensión prestacional, artículo 17, C.P.C.A.) cuya inutilidad ha sido debidamente destacada por un importante sector de nuestra disciplina <sup>(25)</sup>.

De ese modo, en el C.P.C.A. de la Provincia de Buenos Aires se han configurado una serie importante de supuestos en los que no resulta necesario el agotamiento de la vía administrativa de cara a diversas pretensiones procesales a saber:

(a) los actos administrativos definitivos o asimilables que emanen de la máxima autoridad administrativa con competencia resolutoria final o de un órgano con competencia delegada, dictados de oficio o con la previa audiencia o intervención del interesado. El C.P.C.A.

---

<sup>(23)</sup> Cfr. GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL M., *Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos*, E.D., 51-955.

<sup>(24)</sup> Artículos 30 a 32 de la L.N.P.A. sin prescribir plazos de caducidad para la promoción de la demanda, véase: ESTRADA, JUAN RAMÓN, *Agotamiento de la vía administrativa y habilitación de la instancia judicial: dos importantes fallos de la Corte Suprema*, en R.E.D.A. (Argentina) N° 4, p. 323.

<sup>(25)</sup> Entre los trabajos doctrinarios véase el lúcido artículo de: GORDILLO, AGUSTÍN A., *El reclamo administrativo previo*, L.L., t. 89, p. 777.

considera que estos actos son directamente impugnables en sede judicial (artículo 14, ap. 2, inc. b, C.P.C.A.) sin necesidad de agotar la vía administrativa.

En línea con el principio de la tutela judicial efectiva el Código prescribe, además, que si el particular interpusiere, en tales casos, los recursos de revocatoria o de reconsideración, queda suspendido el plazo de caducidad para demandar (artículo 18, inc. 1º del C.P.C.A.) lo cual implica que el recurso administrativo juega como una opción a favor del afectado por el acto administrativo.

(b) se configure el supuesto que la doctrina califica como de "*ritualismo inútil*", el que puede darse tanto cuando la conducta de la demandada haga presumir la ineficacia cierta de agotar la vía administrativa, como cuando, en atención a las circunstancias del caso, la exigencia del agotamiento de la vía deviene en una carga excesiva o inútil <sup>(26)</sup> en la misma línea que su antecedente nacional (artículo 32, L.N.P.A.). A este respecto, los casos que exhibe la jurisprudencia, sobre todo nacional, son de variada gama pudiéndoselos sintetizar <sup>(27)</sup> en cuatro grupos:

- (b<sup>1</sup>) casos en los que la administración rechazó numerosas reclamaciones que contenían pretensiones idénticas <sup>(28)</sup>;
- (b<sup>2</sup>) medidas dispuestas por el Estado en el ámbito de una determinada política estatal <sup>(29)</sup>;
- (b<sup>3</sup>) supuestos en los que el Estado, al contestar la demanda, no opuso la falta de un reclamo previo como defensa o excepción. La

---

<sup>(26)</sup> Artículo 14, inc. 2º del C.P.C.A.

<sup>(27)</sup> Cfr. PERRINO, PABLO ESTEBAN, op. cit., p. 849 y ss. a quien seguimos en todo este punto 4.

<sup>(28)</sup> CNCont. Adm. Fed., Sala II, *in re*, "MACERA AIBE y otros c/Ministerio de Educación y Cultura de s/empleo público", fallo del 18-7-95, cit. por PERRINO en nota 114 del referido trabajo.

<sup>(29)</sup> CNCont. Adm. Fed., Sala II, en la causa "CALZAR S.A. c/Estado Nacional, Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos", publicado en L. L., 1996-A, p. 633, con nota de GORDILLO, AGUSTÍN A., *Nuevos argumentos para la innecesariedad del reclamo administrativo previo*.

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que exigir, en estos casos, el reclamo administrativo previo constituiría un ritualismo inútil e inoperante <sup>(30)</sup>;

(b<sup>4</sup>) cuando se plantea la inconstitucionalidad de una ley en sede administrativa, en virtud a que se considera que dicha facultad pertenece, en exclusiva, al Poder Judicial <sup>(31)</sup> y que, por ende, esa es la sede en la que corresponde formular el planteamiento.

(c) Otros supuestos

Entre los otros casos en que no resulta necesario agotar la vía administrativa del C.P.C.A. contempla:

- (1) la impugnación directa de actos de alcance general emanados de una autoridad jerárquica superior o del órgano con competencia delegada por aquella, así como la impugnación directa de ordenanzas municipales <sup>(32)</sup>;
- (2) cuando se configure el silencio administrativo <sup>(33)</sup>;
- (3) cuando la pretensión tenga por objeto la impugnación o el cese de la vía de hecho administrativa <sup>(34)</sup>;
- (4) la pretensión resarcitoria proveniente de la responsabilidad provincial por su actividad lícita o legítima o de hechos o vías de hecho administrativas y las pretensiones meramente declarativas y de certeza <sup>(35)</sup>.

En el orden nacional, la sanción, en 1972, de la L.N.P.A., implicó un verdadero retroceso garantístico en la medida que introdujo, por

<sup>(30)</sup> Fallos 312:1306 ("Guerrero") y 313:326 ("Pozzi").

<sup>(31)</sup> Fallos 269:249 ("Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A.") y fallos 298:511 ("Provincia de Mendoza c/Nación) y la causa "CALZAR S.A.", cit. en nota 29.

<sup>(32)</sup> Artículo 14, inc. 2, ap. b), C.P.C.A.

<sup>(33)</sup> Artículo 14, inc. 2, ap. c), C.P.C.A.. Véase: MUÑOZ, GUILLERMO ANDRÉS, *Silencio de la administración y plazos de caducidad*, p. 26 y ss., Buenos Aires, 1982.

<sup>(34)</sup> C.P.C.A., artículo 21.

<sup>(35)</sup> Cfr.: PERRINO, PABLO ESTEBAN, op. cit., p. 851.

primera vez, dos instituciones entonces extrañas al contencioso-administrativo federal, como son el requisito del agotamiento de lo que la ley denomina la instancia administrativa y el establecimiento de plazos de caducidad para promover el proceso (artículos 23 – 25). Al propio tiempo, la L.N.P.A. (artículos 30-32) mantiene el régimen, aunque morigerado, de la reclamación administrativa previa, que la pretensión no tenga por objeto la impugnación o invalidez de actos administrativos (en sentido estricto).

Esta reclamación administrativa previa, contemplada en la ley 3952 de demandas contra la Nación, si bien nació para superar el principio de la indemandabilidad del Estado de origen norteamericano en reemplazo de la exigencia de la venia legislativa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación había establecido para sortear aquella interpretación constitucional <sup>(36)</sup> es un requisito existente en el derecho francés para la apertura del contencioso de plena jurisdicción <sup>(37)</sup>.

La mezcla de fuentes que exhibe ese cuadro normativo, que poco tiene que ver con los antecedentes de nuestro derecho federal, ha conspirado y seguirá conspirando contra la armonización del sistema procesal, habiendo generado una situación anárquica en materia interpretativa que la jurisprudencia ha zanjado, generalmente, en contra de la tutela judicial efectiva.

Cabe advertir, asimismo, que el requisito del agotamiento de la vía administrativa se encuentra atenuado, en Argentina, por la utilización de la acción de amparo como proceso idóneo tendiente al pronto restablecimiento de los derechos y garantías constitucionales cuando la Administración los ha violado por acción u omisión, procediendo también en el supuesto de que la acción administrativa no se hubiera consumado, siempre que ésta fuera inminente.

---

<sup>(36)</sup> MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. I, p. 356, Buenos Aires, 1984.

<sup>(37)</sup> Véase: VEDEL, GEORGES y DELVOLVÉ, PIERRE, *Droit Administratif*, t. 2, p. 151 y ss., París, 1992. En el proceso de plena jurisdicción presenta gran aplicación la regla de la decisión previa que, sin embargo, se excluye o se supera, en algunos casos (por ejemplo en reclamos vinculados a contratos de obras públicas o en caso de silencio administrativo).

Ahora bien, no obstante que, en tales casos, no se exige el agotamiento de la vía administrativa, una parte de la jurisprudencia, cuando se pretende el dictado de alguna medida cautelar dentro del proceso de amparo requiere que se formule previamente un pedido de suspensión del acto administrativo que afecta los derechos del particular. Resulta evidente que una exigencia de esta índole provoca demoras indebidas en el trámite procesal de la medida cautelar y puede generar la inutilidad de la sentencia a dictarse en el amparo.

Las otras trabas que presenta el proceso de amparo para abrir la competencia del juez implican notorias restricciones al acceso jurisdiccional toda vez que mientras, de una parte, se ha exigido, en algunos supuestos, la demostración de que no existen otros remedios administrativos o judiciales para restablecer los derechos constitucionales o impedir su violación (lo que configura una prueba difícil de producir), por otro lado, se requiere como requisito habilitante del amparo que la violación de los derechos y garantías constitucionales adolezca de *"arbitrariedad o ilegalidad manifiesta"* (lo que deja fuera de la protección judicial los supuestos en que el vicio no surja del propio acto).

Con todo, el amparo, cuando ha funcionado, constituye un remedio eficaz para realizar con prontitud la tutela judicial de derechos constitucionales vulnerados, y en la práctica, aunque la sentencia que se dicta hace cosa juzgada exclusivamente respecto del amparo, la Administración suele corregir la arbitrariedad en que ha incurrido, sin que sea necesario acudir al proceso contencioso-administrativo ordinario.

Volviendo al agotamiento de la vía administrativa, la situación descrita ha fomentado, en los hechos, un nivel de litigiosidad mayúsculo, dado que al requerirse que el acto cause estado<sup>(38)</sup>, surge

---

<sup>(38)</sup> La exigencia de que el acto cause estado como requisito de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa es de origen español y proviene de la llamada ley CAMACHO de 1881. Anota GARCÍA DE ENTERRÍA que: *"A partir de ese momento se inicia la diferencia en nuestro derecho entre los conceptos de 'firmeza' y de 'causar estado': un acto administrativo que no causa estado por proceder de órganos inferiores de la jerarquía alcanza, sin embargo, 'firmeza' tanto frente al particular que deja vencer los plazos de alzada contra él, como frente a la Administración, para la cual se hace,*

la paralela exigencia de recurrir en tiempo y forma todos los actos administrativos que resuelvan peticiones finales o de fondo, transformando la sede administrativa en una instancia jurisdiccional.

Si a ello se le agrega que, para acudir a la justicia, hay que interponer la demanda dentro de unos fatales plazos de caducidad, muchas veces exiguos, se puede comprender cuanta razón tiene GONZÁLEZ PÉREZ al propiciar el carácter optativo de los recursos administrativos.<sup>(39)</sup>

En lo que atañe al derecho de Hispano-América puede advertirse que con excepción de México, donde se asigna carácter potestativo a los recursos administrativos como regla general<sup>(40)</sup> el requisito del

---

*desde el mismo momento de dictarse, definitivo e irrevocable*" (Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, *La configuración del recurso de lesividad*, p. 144 y ss., R.A.P. N° 15, Madrid, 1954). Por esta causa, aunque ambos requisitos procesales sean hijos del dogma revisor, lo cierto es que no hay que confundir (defecto en que incurre gran parte de la doctrina y jurisprudencia) el recaudo de la decisión previa del derecho francés con el agotamiento de la vía administrativa, proveniente del derecho español. Sobre como jugaba la exigencia de "causar estado" en España, incluso antes de la ley SANTAMARÍA DE PAREDES, puede verse: ABELLA, FERMÍN, *Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo*, p. 67 y 567 y ss., Madrid, 1888.

<sup>(39)</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, op. cit., R.E.D.A. N° 30-31, p. 52, apunta al respecto que: *"Dictado un acto administrativo, cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, se ha de admitir la posibilidad de acudir a los tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieran resultado lesionados. Si bien cabe admitir la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer contra él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean. Lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por esta vía plena satisfacción de la pretensiones. Si el administrado, en razón a la naturaleza del asunto, evidencia de la infracción del ordenamiento jurídico en que el acto incurre o circunstancias personales del titular del órgano competente para resolver, considera posible una resolución estimatoria por esta vía, sin tener que acudir al proceso, siempre más lento, complicado y costoso, se ha de admitir la posibilidad de recurso. Pero si tiene la convicción de que nada logrará en esta vía, no tiene sentido demorar el momento de acudir al proceso con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil. Y, por supuesto, no tiene sentido establecer un sistema de recursos sometidos a distinto régimen jurídico, con las consiguientes dudas y dificultades a la hora de tener que agotar la vía administrativa. Un único recurso administrativo y potestativo"*.

<sup>(40)</sup> Artículos 83 de la Ley Federal de Procedimientos Administrativos y 29 de la Ley del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

agotamiento de la vía administrativa se encuentra impuesto en las legislaciones administrativas de Venezuela <sup>(41)</sup>, Colombia <sup>(42)</sup> y Costa Rica, adquiriendo en Perú "status" constitucional <sup>(43)</sup>. En los Estados Unidos, no obstante que la doctrina ha debatido acerca de su configuración se reconocen numerosas excepciones, (en la misma línea que las que existen en nuestro país para eximir del reclamo administrativo previo en el orden nacional) <sup>(44)</sup> existen dos grandes barreras previas como son el requisito de que el obrar impugnado se encuentre maduro ("ripeness") <sup>(45)</sup> y la concepción de la llamada "jurisdicción administrativa primaria", <sup>(46)</sup> aplicable a la actividad de las agencias reguladoras.

En definitiva, el requisito del agotamiento de la instancia carece de toda base constitucional y resulta opuesto, al menos como regla generalizada aplicable a todos los supuestos, al principio de la tutela judicial efectiva que reclama tanto el acceso irrestricto a un juicio pleno como el juzgamiento sobre el fondo de la pretensión articulada en un caso contencioso-administrativo <sup>(47)</sup>.

---

<sup>(41)</sup> Artículo 93 de la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y artículos 84.5 y 124.2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Venezuela que regula la jurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>(42)</sup> Artículo 135 del Código Contencioso Administrativo.

<sup>(43)</sup> Artículo 148 de la Constitución de Perú.

<sup>(44)</sup> TAWIL, GUIDO S., *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, t. 1, pág. 110, Buenos Aires, 1993.

<sup>(45)</sup> Como lo explica SWARTZ, BERNARD en su clásica obra *Administrative Law*, 3<sup>o</sup> ed., pág. 561, Londres, 1991, cit. por PERRINO, (op. cit., pág. 835).

<sup>(46)</sup> Véase: AGUILAR VALDEZ, OSCAR, *Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la administración. Con especial referencia al ente regulador de la energía eléctrica*, en Anuario de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, t. I, pág. 193 y ss., Buenos Aires, 1991.

<sup>(47)</sup> En igual sentido véase el excelente artículo de SORIA, DANIEL FERNANDO, *El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, R.E.D.A. (argentina) N° 24/26, p. 53 y ss.

## 5. REFLEXIONES FINALES

En un reciente prólogo, el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA no vacila en calificar al dogma revisor como *“un puro convencionalismo procesal que actuaba en beneficio exclusivo de una sola de las partes del proceso, la Administración, a cuya condición privilegiada, como titular de poder público, se vinculó enseguida la rígida constricción de los poderes jurisdiccionales que de ese dogma resultaba”* destacando que se trata de *“un ejemplo paradigmático de la fuerza de un mito, capaz de imponerse a la voluntad popular expresada en las leyes (cuya concreción es la función propia de los jueces –y no del “ciclo de los conceptos jurídicos”– y todos sus poderes) sino incluso al pacto social constituyente, que es la base misma de todo el ordenamiento jurídico y social”* <sup>(48)</sup>.

De todo ello surge, como una primera conclusión, el fondo común que exhibe nuestra problemática procesal de lo contencioso-administrativo, en relación con lo que acontece en España, también sometida a los vaivenes y consecuencias jurisprudenciales producidas por el principio revisor.

La justicia administrativa no puede seguir estando acotada por un dogma que, en sí mismo, resulta incompatible con el principio de división de poderes que proclama al reconocimiento de la plena potestad judicial para controlar los actos de la Administración, en beneficio inclusive del propio interés público de mejorar la función administrativa.

En esa línea, la tutela judicial efectiva asume actualmente el papel de un principio garantístico fundamental que tiende a suprimir o morigerar, al menos, todas las proyecciones procesales disvaliosas que cercenan el acceso a la jurisdicción y la plenitud de su alcance.

Y entre esas consecuencias disvaliosas que genera la adopción del carácter revisor de la jurisdicción se encuentra una institución

---

<sup>(48)</sup> En el prólogo al libro de JUAN RAMÓN FERNÁNDEZ TORRES, *Jurisdicción Administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, ps. 23-24, Madrid, 1998.

–como el agotamiento de la vía administrativa– tan arcaica como la sostenida en el antiguo contencioso-administrativo español (en el que se utilizaba la expresión “*apurar la vía administrativa*”, cuyo origen solo tendría sustento si hubiéramos seguido anclados en la teoría del Ministro-Juez, que suponía que la decisión previa de la autoridad ministerial constituía una primera instancia del proceso <sup>(49)</sup>, abandonada como es sabido por el Consejo de Estado en el arrêt “Cadot” del año 1889.

Ello ha llevado al error de confundir la “*décision préalable*”, que es un presupuesto inexcusable para habilitar el proceso contencioso administrativo en Francia con el agotamiento de la vía administrativa, y menos justificación aún tiene el mantenimiento de la regla si se observa la evolución operada en el contencioso francés con posterioridad al abandono de la teoría del Ministro-Juez.

Desde nuestra visión, si en Francia no se exige el agotamiento de la vía administrativa siendo –salvo algunas excepciones– <sup>(50)</sup> los recursos optativos en sede administrativa <sup>(51)</sup> como tampoco constituye una exigencia en el derecho italiano <sup>(52)</sup>, observamos que carece de sentido que sigamos manteniendo –en forma absoluta y como regla generalizada– una institución procesal tan vetusta como inconveniente, que adolece de todo fundamento constitucional.

Tampoco el proceso administrativo puede concebirse más como en proceso al acto, limitado al examen de una mera legalidad objetiva de carácter reglado, sino que precisa abrir sus puertas a una variada

---

<sup>(49)</sup> DEBBASCH, CHARLES, *Contentieux Administratif*, p. 362, ed. Dalloz, París, 1978.

<sup>(50)</sup> SUBRÁ DE BIEUSSES, PIERRE, *Los recursos administrativos en el Derecho Francés*, D.A. 221-69 y 79.

<sup>(51)</sup> SARMIENTO ACOSTA, MANUEL J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, p. 390, ed. Civitas, Madrid, 1996.

<sup>(52)</sup> En Italia, conforme a la ley que creó los Tribunales Administrativos Regionales (artículo 20) el proceso judicial puede incoarse contra actos no definitivos siendo facultativo el recurso jerárquico; véase: VIRGA, PIETRO, *Diritto Amministrativo*, t. II, ps. 193-194, Milán, 1999; ver también: VERBARI, GIOVANNI BATTISTA, *Principi di Diritto Processuale Amministrativo*, ps. 268-269, Milán 1995.

gama de pretensiones procesales operándose, al propio tiempo, la ampliación de la potestad de los jueces, antes constreñidos a estimar o desestimar la pretensión anulatoria.

Tal es lo que viene aconteciendo, entre nosotros, en materia sancionatoria, en la que la jurisprudencia de la Corte ha declarado la constitucionalidad de fallos que superan el llamado principio de congruencia procesal y fijan sanciones con equidistancia y justicia, que difieren de las pretensiones esgrimidas por las partes <sup>(53)</sup> y no están sujetas a la interpretación estricta que deriva del principio de congruencia procesal.

De últimas, la eliminación del dogma revisor y sus proyecciones procesales junto al establecimiento del carácter potestativo de los recursos administrativos aligerará, sin duda, la carga que actualmente soportan los jueces, por la sencilla razón que al consagrar la regla del agotamiento de la vía y plazos consecuentes de caducidad para la impugnación judicial de los actos administrativos, cualquier administrador o representante, hasta el menor avisado, sabe que si no recurre dentro de los plazos perentorios establecidos y *“apura la vía administrativa”*, podrá ser culpado de obrar con negligencia, en razón de que la no promoción de los recursos administrativos y de las acciones judiciales consecuentes, le acarrearán, de acuerdo a la interpretación que hace la jurisprudencia de los preceptos de la L.N.P.A., la pérdida de los derechos de fondo.

---

<sup>(53)</sup> En los autos: “DEMCHENCO, Iván N. c/Prefectura Naval Argentina s/ proceso de conocimiento”. En este caso, la Corte Suprema confirmó la sentencia del juez de primera instancia OSVALDO GUGLIELMINO que sobre la base de las circunstancias fácticas de la causa, resolvió reducir una multa aplicada solidariamente al armador y al propietario del buque. El Alto Tribunal – por el voto de los jueces FAYT, BELLUSCIO, PETRACCHI, BOGGIANO y BOSSERT declaró que la facultad de graduación de la multa entre el mínimo y máximo previsto en la ley, no escapa al control de razonabilidad que corresponde al Poder Judicial con respecto a los actos de la Administración Pública, incluso cuando se trata de facultades discrecionales de la administración (doctrina de Fallos: 313:153 entre otros). En modo alguno la discrecionalidad implica una libertad de apreciación extralegal, que obste a la revisión judicial de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida por la autoridad, respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo a la finalidad de la ley (considerando 5º).

Siempre hemos pensado <sup>(54)</sup> que el sistema más lógico y justo para preservar tales derechos de fondo era que ellos se perdieran recién con el transcurso del plazo de prescripción en los supuestos de nulidad relativa dado que, en nuestro derecho, la nulidad absoluta es imprescriptible.

En la actual situación que padece nuestro contencioso-administrativo dado que se ha interpretado que los derechos de fondo se pierden por el transcurso de un breve plazo de caducidad (artículo 25, L.N.P.A.) sin que quepa el replanteo de la cuestión (aún en supuestos de nulidad absoluta), los tribunales se ven atiborrados de causas.

Tal es el actual estado que viven tanto las empresas como los ciudadanos en general y aunque muchos de los problemas procesales del contencioso-administrativo se suelen corregir con una buena justicia especializada y proba, creemos que la sanción de un Código nacional sobre la materia será indispensable para superar toda la gama de inconvenientes que plantea un sistema inorgánico e injusto para los derechos de las personas y del propio poder judicial, enfrentado a resolver una catarata de pleitos, cuyo caudal seguirá aumentando, con independencia de los vaivenes de la economía.

---

<sup>(54)</sup> CASSAGNE; JUAN CARLOS, *Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional*, E.D., t. 45, pág. 829.

# EL SISTEMA Y LA JUSTICIA ELECTORAL EN LA CONSTITUCION PERUANA

**Humberto Uchuya Carrasco** (\*)

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Finalidad y funciones del Sistema Electoral en el Perú. 3. Organización del Sistema Electoral. 4. Atribuciones del Jurado Nacional de Elecciones. 5. El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones. 6. Requisitos para ser miembro del Jurado Nacional de Elecciones. 7. La Justicia Electoral. 8. Oficina Nacional de Procesos Electorales. Jefatura y funciones. 9. Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Jefatura, requisitos y funciones. 10. Nulidad de los comicios. 11. Escrutinio en mesa. Principios y excepciones. 12. Orden, libertad y protección de los comicios. 13. Representación proporcional. Votación en el extranjero. 14. A manera de conclusión. 15. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCION

Al inicio del tercer milenio se puede afirmar, primeramente, que la democracia se ha consolidado como la forma de gobierno, donde el soberano es el pueblo en la elección de sus representantes; y, en segundo lugar, que la característica fundamental de la democracia, es la facultad que tiene todo ciudadano de elegir y ser elegido para

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional "San Luis Gonzaga" de Ica y miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

ocupar determinados cargos públicos en una contienda electoral dentro de una sociedad políticamente organizada.

Este derecho de intervenir en democracia, eligiendo a representantes mediante sufragio, puede ser ejercitada de manera directa o indirecta. Se llama directa cuando la decisión se realiza sin intermediarios entre los que eligen y los elegidos. Se denomina indirecta, cuando el elector no elige al representante, sino a un intermediario, quien posteriormente designará a la autoridad.

Dentro de la primera modalidad, prácticamente ubicamos a la mayoría de las democracias en la actualidad, y, en particular, la democracia peruana; y, dentro de segunda, ubicamos a los Estados Unidos de Norteamérica, respecto de la cual, Polsby y Wildavky en su obra "Elecciones Presidenciales", afirman que "las elecciones presidenciales en los Estados Unidos no son decididas por el voto popular. En su lugar, los votos populares se reúnen en cada Estado y así éstos aportan todos sus votos electorales para el candidato que recibe la mayoría en el Estado".

Así entendido, el sufragio es parte de la doctrina del gobierno del pueblo, sobre el cual, el maestro argentino Bidart Campos en su obra "Lecciones elementales de política" afirma que "La naturaleza jurídica del sufragio consiste, pues, en ser una función política y pública, pero no estatal, que ejerce cada hombre con derecho electoral activo. O sea que normalmente es una función individual; por excepción dejar de pertenecer a los individuos cuando según el derecho positivo se atribuye aquel derecho electoral activo a determinadas asociaciones".

Luego, si a ese conjunto de electores que ejercitan el sufragio se le llama cuerpo electoral, a quien lo recepciona y califica se le llama Organó Electoral; entonces, todo el proceso de elegir mandatarios o autoridades conforma lo que se denomina **Sistema Electoral**.

En tal virtud, una democracia será mas fuerte y vigorosa cuando abrace un Sistema Electoral adecuado, que permita el ejercicio de los derechos de los ciudadanos de elegir y ser elegidos, esto es, de participar en la vida política de la nación, entendida ésta como la facultad reconocida a cada persona para actuar por sí misma, como libre manifestación de su voluntad de designar, cuestionar o revocar

autoridades, así como de emitir afirmaciones o críticas a determinados actos de gobierno.

Ahora bien, con la dación de la Constitución Política de 1993, se ha innovado el sistema electoral que regía en el Perú hasta la Carta de 1979, el cual tenía en el Jurado Nacional de Elecciones como la única y exclusiva autoridad en materia electoral, cuya característica era la de tener centralizado las funciones resolutorias y administrativas, por el sistema descentralizado, en la cual las funciones administrativas corresponden al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y a la Oficina Nacional de Procesos Electorales y, las jurisdiccionales son de competencia exclusiva del Jurado Nacional de Elecciones, las mismas que se ejercitan en etapas desde el inicio hasta la conclusión de un proceso electoral, referéndum u otra consulta popular.

Consecuentemente, este nuevo Sistema Electoral que ha sido consagrado en el Perú con la Carta Política de 1993, requiere un análisis no solamente para su comprensión, sino para aclarar algunos conceptos que se vienen vertiendo de manera inadecuada y confusa y, de ese modo, poder emprender la tarea de perfeccionar el régimen electoral en aras de fortalecer nuestro Estado de Derecho y la Democracia Peruana, concordando siempre la parte teórica con la pragmática, de la misma forma como Rousseau y Montesquieu desarrollaron el instrumental teórico de la revolución francesa y por ende del estado moderno; y, Emmanuel Sieyes en su obra. ¿Qué es el Tercer Estado? Desarrolló de manera práctica la teoría de la representación política de la democracia representativa, que tenemos actualmente consagrado en nuestro sistema democrático y procesado mediante un nuevo Régimen Electoral Descentralizado.

## **2. FINALIDAD Y FUNCIONES DEL SISTEMA ELECTORAL**

Una de las modificaciones más importantes que introduce la actual Constitución respecto a la anterior; es en cuanto al régimen electoral que, hasta la Carta del 79, tuvo al Jurado Nacional de Elecciones como única y exclusiva autoridad en materia electoral, complementada por una abundante legislación, hoy derogadas por la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859.

Prescindiendo del reparo al inapropiado vocablo "Sistema Electoral", en lugar de "Régimen Electoral", que emplea tanto el presente Título XIII cuanto el Artículo 176 de la vigente Carta, así como de la discusión del objetivo político del mismo, que algunos interpretan destinado a debilitar al Jurado Nacional de Elecciones, menoscabar el régimen representativo y descentralización del poder, corromper las relaciones Estado-Sociedad, devaluar y menoscabar a los partidos políticos, etc., nos limitaremos a comentar la norma suprema dentro del marco constitucional.

La primera parte del artículo 176 de la Carta, referido a la finalidad del sistema electoral. El conocido constitucionalista Enrique Bernales en su obra "La Constitución de 1993, Análisis Comparado", citando a Tuesta Soldevilla, expresa que "el sistema electoral señala el proceso por el cual la voluntad ciudadana, expresada en votos, se convierte en autoridades de gobierno. En otras palabras, es el proceso técnico que permite la distribución de escaños, la regulación de las candidaturas y la distribución de las circunscripciones". Agrega el mismo autor que más apropiado hubiera sido usar el término finalidad de los órganos y organismos electorales.

En Derecho Político, según el Diccionario Jurídico Omeba, elección es el ejercicio del derecho del sufragio. Elecciones, en plural, es la emisión colectiva del sufragio para el nombramiento de concejales, diputados, senadores o jefe de estado. La doctrina reconoce varios sistemas electorales. Así, en cuanto a la representación, existe el sistema de elección por pluralidad que consiste en la desproporción de votos y escaños, para constituir las mayorías parlamentarias; y, la representación proporcional que consiste en la relación proporcional entre votos y escaños para establecer la representación proporcional de las minorías. En relación con el destinatario del voto, se reconoce el sistema del voto directo, que consiste en que el elector se pronuncia directamente por la persona que debe representarlo, por lo que también se le denomina voto de primer grado, que es el vigente en el Perú; y, el voto indirecto que consiste en que el elector no elige directamente a los representantes, sino a los electores de los mismos, razón por la que también se le llama voto de segundo grado, como es el caso de Estados Unidos.

El artículo 2 de la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859, estipula que el Sistema Electoral tiene como finalidad asegurar que las

votaciones y los escrutinios traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos y sean el reflejo exacto y oportuno del elector expresado en las urnas por votación directa y secreta. A su vez, el Art. 3 de la misma ley, determina que el término elecciones comprende los procesos de referéndum y otros tipos de consulta popular.

La segunda parte del Artículo 176 de la Carta Política, señala como funciones básicas del sistema electoral, el planeamiento y la ejecución de los procesos y otros, que desarrolle la Ley Orgánica de Elecciones.

### **3. ORGANIZACION DEL SISTEMA ELECTORAL**

La aprobación del Art. 177 de la Carta, que en nuestro sistema, organización o régimen electoral es el “quid” de la reforma en relación a la Constitución anterior, originó un acalorado y prolongado debate tanto en el Congreso cuanto en las diversas esferas de la vida nacional; considerando sus detractores que la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil eran simples oficinas técnicas; motivo por el que se calificó teratológica y hasta peyorativamente a la nueva organización tripartita electoral como un “monstruo de tres cabezas”; posición que no se justifica, en razón de que si anteriormente era una organización electoral unitaria, cuya totalidad de funciones resolutive y administrativas estaban centralizadas en el Jurado Nacional de Elecciones, la Constitución vigente descentraliza las competencias y funciones del sistema separando las administrativas que corresponden al RENIEC y a la ONPE, de las jurisdiccionales que competen el JNE; las mismas que ejercen en etapas sucesivas desde el inicio hasta la conclusión de un proceso electoral, referéndum u otra consulta popular que sintetizamos a continuación: al RENIEC le corresponde la inscripción de los ciudadanos y la preparación y actualización del padrón de electores, elaborado sobre la base del Registro Unico de Identificación de las personas también a su cargo, y que pone a disposición de la ONPE. A ésta se le asigna las funciones de organizar, planificar, preparar y ejecutar las acciones para el desarrollo de los procesos comiciales, incluso diseñar la cédula de sufragio, actas electorales, formatos y todo el material en general; el cómputo descentralizado y

el cómputo nacional; determina los votos obtenidos en total por cada una de las fórmulas presidenciales, congresistas u oposiciones del referéndum u otra consulta popular; y, comunica al JNE los resultados del cómputo nacional efectuado. Finalmente, corresponde al JNE, fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos, administrar justicia en materia electoral, oficializar los resultados del proceso, proclamando la fórmula presidencial ganadora, los congresistas elegidos, y la opción ganadora, en su caso; otorgar las credenciales al Presidente y Vicepresidente de la República y congresistas. Etapas que desarrollaremos a continuación.

#### **4. ATRIBUCIONES DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES**

El antecedente constitucional del actual Jurado Nacional de Elecciones lo encontramos en el Poder Electoral instituido por el Art. 88 de la Constitución del 33: es decir, se le otorgó el rango de Poder del Estado y, como institución constitucional autónoma, con el mismo nombre, aparece en el Art. 286 de la Constitución del 79, teniendo como órganos dependientes el Registro Electoral y el Registro de Partidos Políticos, según el Art. 294.

No obstante que el artículo 177 de la Constitución vigente les confiere al Jurado Nacional de Elecciones, a la Oficina Nacional de Procesos Electorales y al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil autonomía propia y una aparente igualdad jerárquica, al Art. 178 hace vislumbrar una preeminente jerarquía sobre los otros órganos conformados del Sistema Electoral, como veremos al comentar los incisos en que constan sus atribuciones.

INC. 1.- Este inciso es el que dilucida la preeminencia del Jurado Nacional de Elecciones sobre sus congéneres: le atribuye la condición de "PRIMUS INTER PARES". Específicamente, le confiere competencia para fiscalizar la legalidad del sufragio que puede realizarse en todos los procesos electorales, generales o municipales, de referéndum y de otras consultas populares, cuya organización está a cargo de la Oficina Nacional de Procesos Electorales; así como también la elaboración de los padrones electorales, debiéndose entender que se refiere a la fiscalización de tales padrones, habida cuenta que según la Ley Orgánica del Registro Nacional de

Identificación y Estado Civil, corresponde a éste la elaboración de los mismos.

Ya en el plano legal, el Art. 1 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones N° 26486, dispone que éste es un organismo autónomo, que cuenta con personería jurídica de derecho público, encargado de administrar justicia en materia electoral, y de fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio, entre otras, a que se refieren los siguientes incisos.

INC. 2.- Dispone que el Jurado Nacional de Elecciones se encargará de mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas.

El término organizaciones políticas comprende los Partidos Políticos, las Agrupaciones Independientes y las Alianzas. Este inciso está legislado por el Inc. c del Art. 5 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones y el Art. 87 y ss. de la Ley Orgánica del Elecciones que fija los requisitos para la inscripción (Art. 88); la denominación (Art. 89); control de los adherentes (Art. 90); autenticidad de las firmas (Art. 91); listas de firmas de adherentes (Art. 92); inscripción provisional y definitiva (Art. 96); publicación del asiento de inscripción (Art. 100); e impugnaciones o tachas (Art. 102).

INC. 3.- El tercer inciso encarga al Jurado Nacional de Elecciones velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas; las que actualmente están circunscritas a las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica de Elecciones, pues hasta el día que se escriben estos comentarios, no se ha promulgado la ya proyectada Ley de Partidos Políticos.

INC. 4.- Administrar justicia en materia electoral es la función más eminente del Jurado Nacional de Elecciones; es la autoridad suprema en asuntos de elecciones. Según el Inc. f del Art. 5 de la L.O. del J.N.E., resuelve en instancia última y definitiva sobre la inscripción de las organizaciones políticas y la de sus candidatos en los procesos electorales; declara la nulidad de un proceso electoral, de referéndum u otras consultas populares; resuelve en última instancia la reclamaciones que se presenten sobre la constitución y el funcionamiento de los Jurados Electorales Especiales; resolver las

apelaciones, revisiones o quejas que se interpongan contra las resoluciones de los Jurados Electorales Especiales; resolver en última instancia las tachas contra los candidatos u opciones; resolver las contiendas de competencia que se promuevan con la Oficina Nacional de Procesos Electorales o el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; teniendo carácter enunciativo la relación que contiene el referido Art. 5 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones debe tenerse presente en todo caso que el inciso, al referirse a la justicia en materia electoral, comprende exclusivamente las resoluciones jurisdiccionales; mas no las resoluciones administrativas, que el sí podrían ser objeto de acciones de amparo.

INC. 5.- Determina la competencia del Jurado Nacional de Elecciones de proclamar los candidatos elegidos, debiéndose entender que el inciso se refiere a cargos de nivel nacional como Presidente de la República y de actuales congresistas, toda vez que estos son elegidos en distrito único; pues el Inc. h del Art. 36 de la L.O. del J.N.E. determina que son los Jurados Electorales Especiales –JEE-, los encargados de proclamar a los candidatos elegidos ante su jurisdicción, como es el caso de elecciones municipales. También el Jurado Nacional de Elecciones es competente para proclamar el resultado del referéndum y el de otros tipos de consulta popular. Y, finalmente, el J.N.E. es competente para expedir las credenciales correspondientes, es decir, a los candidatos elegidos que hubiera proclamado.

Es de notar que el Jurado Nacional de Elecciones, en virtud de la facultad concedida por el Inc. 4, es competente para resolver los recursos impugnatorios sobre los actos de proclamar y de expedición de credenciales, a que se refiere este inciso materia de comentario.

INC. 6.- Finalmente, este inciso ratifica el carácter enunciativo del Art. 178, bajo comentario, al disponer que competen al J.N.E. las demás atribuciones que señala la Ley, que no es otra que la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones N° 26486.

La última parte del Art. 178, fuera del contexto de los incisos comentados, consta de dos párrafos. El primero confiere al J.N.E. iniciativa en la formación de las leyes; institución que ya hemos comentado con relación al Art. 107 de la Constitución. El segundo, hacen específica referencia al Proyecto de Presupuesto del Sistema

Electoral, que debe incluir, por separado, las partidas para cada entidad; iniciativa que debe canalizarla por intermedio del Poder Ejecutivo, debiendo sustentarlo ante esta instancia y ante el Congreso.

## 5. PLENO DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

Los constituyentes del 93 optaron por la novedad de instituir el modo y la forma de la composición del Jurado Nacional de Elecciones que, en relación con la Carta del 79, presenta las siguientes diferencias que consideramos favorables al cambio.

El Art. 179 de la Carta Política vigente inicia su redacción estipulando que la máxima autoridad del Jurado Nacional de Elecciones es un pleno compuesto por cinco miembros. Jurídicamente el término "pleno" tiene dos significados: como sinónimo de lleno, completo, con todos sus miembros; y, de otro lado, como reunión o asamblea general de una institución. El Art. 179 se refiere al primer significado.

Así, respecto a los cambios, en primer lugar se advierte que se ha rebajado el número de miembros, de siete que señalaba el Art. 287 de la anterior Carta, a sólo cinco miembros; de los cuales uno es elegido en votación secreta por la Corte Suprema entre sus magistrados jubilados o en actividad, que preside el Jurado Nacional de Elecciones (Inc. 1); uno es elegido en votación secreta por la Junta de Fiscales Supremos, entre los Fiscales Supremos Jubilados o en actividad (Inc. 2); uno elegido en votación secreta por el Colegio de Abogados de Lima, entre sus miembros, prerrogativa institucional que a todas luces resulta cuestionable tanto porque se discrimina a los otros Colegios de Abogados, cuanto a los miembros de la orden que no están inscritos en el Colegio antes mencionado (Inc. 3); uno elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades públicas, entre sus ex -decanos; y, uno elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades privadas entre sus ex -decanos. En consecuencia, en relación a la Carta anterior, se incluye al delegado de los Fiscales Supremos y el de las Facultades de Derecho de las universidades privadas, abrogadas al delegado de la Federación de Abogados y los tres ciudadanos sorteados propuestos por los Jurados

Regionales del Norte, centro y Sur de la República, asegurándose, de este modo, que todos los integrantes del Jurado Nacional de Elecciones sean Abogados.

En segundo lugar, mediante la elección por voto secreto de todos los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, se garantiza la fiel expresión de la voluntad de los órganos encargados de la elección de los mismos.

En tercer lugar, se elimina por completo la elección por sorteo que, como rezago de regímenes absolutistas, se confería al pueblo como representación dadivosa y meramente simbólica que, dado su carácter aleatorio, no garantiza la especialización y aptitud del sorteado, ni esta acorde con un sistema democrático.

## **6. REQUISITOS PARA SER MIEMBRO DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES**

El Art. 180 de la Constitución vigente determina las condiciones para acceso y permanencia en el cargo de miembro del Jurado Nacional de Elecciones las incompatibilidades y los impedimentos.

Así, el primer párrafo fija el límite mínimo en 45 años de edad para acceder al cargo de miembro del Jurado, el cual, tratándose de cargas jurisdiccionales y, por consiguiente, desempeñados exclusivamente por abogados, según se infiere del Art. 179, está en consonancia con el requisito de la edad mínima para la jerarquía de Vocal Supremo que establece el Inc. 1 del Art. 178 de la Ley Orgánica del Poder Judicial., lo que nos parece acertado; en cuanto al límite máximo de 70 años, el Art. 180 se aparta de la L.O. antes referida. que no designa tope máximo; dándose la concordancia, en cambio, con el Inc. a) del Art. 35 de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa -D. Leg. N° 276.

En cuanto al período de duración del cargo, se ha establecido en cuatro años pudiendo los miembros del Jurado ser reelegidos, de inmediato para un período adicional; y, transcurrido otro período, pueden volver a ser elegidos, según complementa el Art. 17 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones.

El párrafo termina encargando a la ley la forma de la renovación alternada cada dos años: encargo que ésta, en el Art. 21, se limita a reproducir el texto constitucional, habida cuenta que, matemáticamente, es un imposible cumplir una renovación alternada cada dos años de un órgano colegiado de 5 miembros, en un período de cuatro años. Evidentemente, tanto el texto constitucional cuanto el legal adolece de absoluta ineficacia, considerando la imposibilidad de su cumplimiento.

El segundo párrafo garantiza que el cargo es remunerado y a tiempo completo; agregando el Art. 14 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones que la remuneración equivale a la de un Vocal de la Corte Suprema; y, en cuanto a las incompatibilidades, el ejercicio del cargo es a dedicación exclusiva. En esta consideración, el cargo es incompatible con cualquiera otra función pública, excepto la docencia a tiempo parcial, según concluye el párrafo.

Finalmente, tocante a los impedimentos, el tercer párrafo establece que no pueden ser miembros del Jurado Nacional de Elecciones los candidatos a cargos de elección popular; lo que se explica por la prohibición que establece el principio general de derecho de que no se puede ser juez y parte; tampoco los candidatos que desempeñan cargos directivos de carácter nacional de las organizaciones políticas, por la misma razón anterior; y, por último, quienes los hayan desempeñado en los últimos cuatro años anteriores a su postulación; lo que es cuestionable, toda vez que aún cuando haya transcurrido más de los cuatro años, siempre habrá una vinculación con la organización política que ha representado dirigiencialmente lo que origine justificadas dudas sobre su imparcialidad y, sobre todo constituye una inagotable fuente de desconfianza y suspicacias.

Cabe hacer la siguiente acotación: en los artículos referentes al Jurado Nacional de Elecciones no se declara que el cargo sea irrenunciable. En esta situación es el Inc. a) del Art. 18 de la Ley Orgánica el que permite la renuncia de los miembros del Jurado con una restricción interpuesta por el Art. 16 en el sentido de que el cargo es irrenunciable durante los procesos electorales, de referéndum u otras consultas populares.

## 7. LA JUSTICIA ELECTORAL

“In limine”, es preciso estipular que el Jurado Nacional de Elecciones –JNE- según el diseño constitucional peruano, es el organismo jurisdiccional competente en materia electoral, según dispone el Inc. 4 del Art. 178 de la Constitución Política; con autonomía, por mandato del Art. 177 de la Carta Política; e, independencia del Poder Judicial, conforme se infiere del Inc. 2 del Art. 139 en concordancia con el Art. 142 de la mencionada Carta, al determinar que “no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral”, y que ratifica más explícitamente el Art. 181, “in fine, de la misma “Lex Legi”.

Sentadas estas premisas constitucionales, cabe precisar que, según el tenor del Inc. 4 del Art. 178, la competencia jurisdiccional del Jurado Nacional de Elecciones está limitada al ámbito y materia electoral, mas no a la función administrativa, la cual se encuentra constitucionalmente encargada a la Oficina Nacional de Procesos electorales -ONPE-, y a la Oficina Nacional de Identificación y Estado Civil –RENIEC-; y, en el ámbito y materia propiamente jurisdiccional la función administrativa corresponde al Poder Judicial, por mandato imperativo del Art. 143 del Estatuto Supremo.

En consecuencia, atendiendo estas consideraciones preliminares, nos limitaremos a comentar la función básica del Jurado Nacional de Elecciones que la propia Carta Magna denomina **Justicia Electoral** denominación que, en adelante, designaremos de modo sustantivo.

Así pues, según el citado Art. 181 “in fine”, en materias electorales, las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son dictadas en instancia final, definitiva y no son revisables; no procediendo contra ellas recurso alguno; es decir, en síntesis, causan autoridad de cosa juzgada.

Entonces, es pertinente hacernos las siguientes preguntas recurrentes: ¿ Qué resoluciones electorales causan imperium de irrevisabilidad a que hace mención el Art. 142 de la Carta? y ¿ Cuáles serían los principios jurisdiccionales a respetar?

Para analizar la primera pregunta, es necesario partir de los citados Arts. 142 y 181, de los cuales transcribimos este último para mayor ilustración:

**Art. 181.-** El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.

Del texto transcrito, vemos que se distinguen **tres fases** en la mecánica de la **Justicia Electoral**.

La **primera fase**, es la referente a la apreciación de los hechos, que debe hacerla el Jurado Nacional de Elecciones con criterio de conciencia; esto es, mediante el análisis valorativo racional de las pruebas, sea aceptándolas o denegándolas; lo cual, dentro del ámbito jurisdiccional significa la prohibición de resolver únicamente en mérito de la "prueba plena" o la llamada también "prueba legal" propugnada por el derecho positivo, como sí ocurre en la jurisdicción civil al aplicar comúnmente dentro de ella el adagio jurídico "a reconocimiento de parte, relevo de prueba". Resumiendo lo dicho: en materia electoral los integrantes del Jurado Nacional de Elecciones al resolver un conflicto electoral sólo recurrirán a su criterio de conciencia en la apreciación de los hechos a través de los medios probatorios.

La **segunda fase**, corresponde al acto de resolver el conflicto de intereses o dilucidar alguna incertidumbre de materia electoral, referéndum o consultas populares, mediante el respeto y cumplimiento de la legalidad, la cual el Jurado Nacional de Elecciones se encuentra obligado a acatar por imperio del Art. 38 de la Carta. Esto significa que el Jurado aprecia los hechos con criterio de conciencia, pero necesariamente al resolver el caso, aplica el derecho; lo cual, dicho con otra forma, significa que se encuentra impedido de resolver con criterio de conciencia, cuando contraviene expreso mandato legislativo o algún principio general de derecho; solución ésta que está acorde con lo dispuesto por el Inc. 8 del Art. 139 de la Constitución Política, referente a los principios jurisdiccionales garantizados en el art. 139 de la mencionada Constitución Política, en cuanto le fuere aplicable. En síntesis, podemos decir que el Jurado Nacional de Elecciones resuelve con criterio de conciencia, pero a condición de no contravenir el ordenamiento jurídico de la Nación,

que es el fundamento supremo de la existencia de nuestro Estado Democrático de Derecho.

La **tercera fase**, está determinada por los efectos de las resoluciones jurisdiccionales del Jurado Nacional de Elecciones, las cuales, según el postulado de la última parte del Art. 181 de la Carta, son dictadas en instancia final, definitiva e irrevisables, constituyendo lo que la doctrina denomina **COSA JUZGADA ELECTORAL**, situación jurídica ratificada con la frase que "contra ellas no procede recurso alguno", con lo cual queda consagrado constitucionalmente que las decisiones finales electorales adquirieron de pleno derecho la calidad de cosa juzgada electoral.

Pues bien, preguntémosnos qué pasaría si un ciudadano dentro de los tres días naturales siguientes a la publicación de la resolución, presenta una tacha contra la inscripción de un Partido Político, cumpliendo todos los requisitos a que hace referencia el Art. 102 de la Ley Orgánica de Elecciones No. 26859, y el JNE la declara de plano y sin citar al personero del Partido, no obstante que el tenor del Art. 103 de la mencionada ley dispone que: "El Jurado Nacional de Elecciones en sesión pública, substancia. la tacha dentro de los 3) días naturales después de formulada, con citación del ciudadano que la promovió y del personero del Partido, Agrupación Independiente o Alianza cuya inscripción hubiera sido objeto de tacha".

Es evidente que habría vulneración del **DERECHO DE DEFENSA** que tiene el Partido Político y, por ende, transgresión del derecho al **DEBIDO PROCESO**, que no es otra cosa que "el derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable, de invocar al interior del órgano jurisdiccional el respeto de aquel conjunto de principios fundamentalmente procesales (excepcionalmente sustantivos) y por lo demás relevantes, para que una causa, pueda ventilarse, resolverse y ejecutarse con auténtica justicia"., como lo afirma el constitucionalista Luis Sáenz Dávalos, en su estudio denominado "La Tutela del Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", posición que corrobora con la Jurisprudencia vinculatoria recaída en el Exp. N° 611-97-AA/TC, promovido por doña Marina Genoveva Ojeda Vda. De Cáceres y otros, contra el Juez del Segundo Juzgado de Arequipa, mediante la cual el Tribunal Constitucional hace ver que dicho colegiado ya tiene establecido

desde la causa No. 020-95-AA/TC, como principio jurisdiccional de obligatorio cumplimiento la siguiente semilla "El que el amparo no proceda contra resoluciones judiciales, se encuentra inexorablemente condicionado a que éstas sean expedidas en franco y absoluto respeto del contenido esencial del derecho al debido proceso, característica que permite identificar cuando se está o no frente a un proceso regular."

Frente a tal situación, es de presumir que el personero del Partido Político, solicitaría la nulidad de la resolución electoral por transgresión del debido proceso. En esta eventualidad ¿qué ocurriría si el Jurado Nacional de Elecciones declara infundada dicha nulidad? ¿Cabría recurrir a la jurisdicción constitucional e interponer una acción de amparo?

La respuesta necesita de un previo análisis doctrinario. Partamos, pues, que en el mundo existen dos sistemas referentes a las acciones de amparo contra las resoluciones judiciales: uno **prohibitivo**, dentro del cual no se permite cuestionar ninguna resolución jurisdiccional vía acción de amparo; y, el otro, el denominado **permisivo**, que si lo permite, pero, que a su vez, se subdivide en dos subsistemas, uno **permisivo-absoluto**, que lo permite contra todo tipo de resoluciones, como ocurre en México; y, el otro el **permisivo-relativo**, que solo lo permite contra ciertas clases de resoluciones, como ocurre en el Perú, y cuyo fundamento se encuentra en la última parte del Inc. 2 del Art. 200 de la Constitución Política, al preceptuar que la acción de amparo "no procede contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular", lo cual, a "contrariu sensu", significa que sí procede el amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento irregular.

Pues bien, según la doctrina y la jurisprudencia constitucional, se entiende por procedimiento irregular, en síntesis, aquel que se ha seguido en clara transgresión o vulneración del debido proceso, esto es, de los principios fundamentales del derecho, dentro de lo cuales ubicamos al principio jurisdiccional de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, consagrado por el Inc. 14 del Art. 139 de nuestra Constitución Política .

Luego, estando probado que la resolución electoral que declara fundada la tacha ha sido expedida en clara transgresión de uno de

los principios del derecho al debido proceso, ésta tendría la condición de resolución irregular y, contra la cual, coincidiendo con el Dr. Marcial Rubio Correa, procedería el amparo, bajo el fundamento de la supremacía constitucional, toda vez, que su fin no es la de ingresar a la jurisdicción electoral y resolver sus materias, sino, la de reponer una causa al estado anterior a la violación constitucional, sin embargo, en nuestra patria no existe todavía jurisprudencia al respecto.

#### **8. OFICINA NACIONAL DE PERSONAS ELECTORALES, JEFATURAS Y FUNCIONES**

Si, como hemos visto, el Jurado Nacional de Elecciones es el órgano encargado esencial y tradicionalmente de impartir justicia en materia electoral, la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE, es el órgano constitucional, absolutamente novedoso, encargado de una serie de funciones administrativas y ejecutivas electorales, algunas complejas y hasta impropias, como se verá más adelante.

El Art. 182, además de ser duramente cuestionado en el fondo, presenta un orden de redacción defectuosa; pues comienza por el nombramiento del Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, y concluye con las atribuciones de la misma, incluyendo pautas típicamente reglamentarias impropias de un texto constitucional; cuando el orden debe ser el inverso, como se ha seguido en el caso de Jurado Nacional de Elecciones.

El primer párrafo estipula que el Jefe de la ONPE es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura, por un período renovable de cuatro años; especificando la Ley Orgánica que el nombramiento es mediante concurso público; que el ejercicio del cargo es incompatible con cualquier otra función pública, excepto la docencia a tiempo parcial, El cargo es renunciable, pero está impedido de ejercitar esta facultad durante el proceso electoral, de referéndum u otro tipo de consulta popular, salvo que sobrevengan impedimentos debidamente fundamentados.

El segundo párrafo se contrae a determinar las funciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales; norma que está complementada por los Arts. 1, 2 y 5 de la L.O., de la ONPE, los mismos que declaran que es la autoridad máxima de la organización

y ejecución de los procesos electorales, de referéndum u otras consultas populares; es un organismo autónomo, con personería jurídica de derecho público interno, que tiene por función esencial velar por la obtención de la fiel y libre expresión de la voluntad popular.

Pues bien, entre las diversas funciones que le atribuye el segundo párrafo, está que "Brinde información permanente sobre el cómputo desde el inicio del escrutinio en las mesas de sufragio". No obstante que esta función es extraña a los fines de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, ha sido incluida en el Art. 5 de la Ley, que no sólo ratifica, sino que la hace extensiva a las Oficinas Descentralizadas de Procesos Electorales a escala nacional; lo que puede traer como consecuencia discrepancias y entrapamientos entre las informaciones iniciales de cómputo y el resultado final de cada mesa de sufragio; cuando, como hemos visto al comentar la libertad de prensa, además de opinar, orientar y fiscalizar, esta tiene como fin específico informar respecto de los acontecimientos nacionales políticos, sociales y económicos; y, en tal virtud, el periodismo escrito, radial o televisivo puede obtener la información de las personas acreditadas ante las mesas de sufragio, las Oficinas Descentralizadas de Procesos Electorales o de la ONPE; por lo demás, para el cumplimiento de este insólito mandato constitucional, sería necesario que la ONPE acredite en cada mesa de sufragio un órgano encargado de proporcionar tales informaciones con carácter oficial; es decir, una especie de fedatario electoral, lo que no está contemplado en la Constitución ni en la ley.

Ante la evidencia de la imposibilidad material de cumplir el mandato constitucional de información ¿Cómo se resolverá una acción de cumplimiento o de amparo por omitir la Oficina Nacional de Procesos Electorales la información referida, reconocida por la Constitución? La solución la dejamos a la jurisprudencia, desconociendo que se haya producido alguna sentencia judicial al respecto.

En conclusión, nos parece que el término "información" está mal empleado; debiéndose haber usado el término "publicidad", que sí está en concordancia con el Art. 185, concerniente al escrutinio.

## 9. RENIEC. JEFATURA, REQUISITOS Y FUNCIONES

Esta es otra de las normas duramente cuestionadas por quienes no están de acuerdo con el sistema electoral tripartito, aduciendo que desarticula toda la organización nacional referente al estado civil y la identificación de las personas naturales; lo que no les falta razón, pues la Séptima Disposición Final de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil N° 26497, deroga, además de la Ley N° 19987 referente a inscripción de nacimientos de oficio, la Ley N° 25025 que disponía que las personas no inscritas en la sección de nacimientos de los Registros Civiles dentro del término de ley, puedan hacerlo de acuerdo a normas especiales, incluyendo los decretos supremos que se indican; también deroga, repetimos, la Ley N° 26127 que creó el Sistema Nacional de Registro del Estado Civil, cuya finalidad fue integrar y estructurar el funcionamiento de los Registros del Estado Civil bajo una normatividad común y directa dependencia del Ministerio de Justicia, cuyos objetivos eran garantizar la inscripción de nacimientos, matrimonios y defunciones y de las demás actos relacionados con el estado civil de las personas, así como diseñar el Registro de Identificación de las Personas y contribuir con los servicios de registro militar y electoral; asimismo deroga los Arts. 78, 79, 80 y 81 del Código de los Niños y Adolescentes, atinentes al Registro de Nacimientos, paradójicamente aprobado y promulgado el día anterior a la Ley del RENIEC, mediante Decreto Ley N° 26102; y, finalmente deroga los Arts. 70, 71, 72, 73, 74 y 75 referentes al Registro del Estado Civil y Arts. 2030, 2031, 2032, 2033, 2034 y 2035 del Código Civil referidos al Registro Personal, integrante de los Registros Públicos, en el cual se inscriben, hasta la actualidad, las resoluciones en que se declare la incapacidad y las que limitan la capacidad de las personas; los actos de discernimiento de los cargos de tutores y curadores; las resoluciones que declaran la nulidad del matrimonio, el divorcio, separación de cuerpos; declaración de quiebra, etc.

Así pues, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil ha reemplazado al Registro Electoral; vale decir, registro de electores, que fue establecido y organizado como una institución técnica permanente, con independencia funcional, administrativa y económica; pero sujeto a supervisión y control del Jurado Nacional de Elecciones, régimen que ratificó el Art. 294 de la Constitución del

79; órgano del sistema electoral al que se le ha aumentado una serie de atribuciones funcionales que se enuncian en el Art. 7 de la L. O. del RENIEC. Hechas estas acotaciones liminares, pasaremos a comentar el Art. 183 de la actual Carta Política.

El primer párrafo, a semejanza de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, estipula que el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura, por un período renovable de cuatro años. Complementa la L.O. en sus disposiciones generales, que el RENIEC es un organismo autónomo, con personería jurídica de derecho público interno; está encargado de organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales, e inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil. Concluye el primer párrafo, estableciendo que el Jefe del RENIEC puede ser removido por el Consejo Nacional de la Magistratura, por falta grave; lo que constituye el reconocimiento del principio que quien está autorizado para nombrar, está facultado para destituir.

Es este punto la dificultad consiste en lo que debe entenderse por falta grave, que tampoco dilucida la L.O., pues el Art. 12 se limita a dar una orientación muy difusa, al expresar que se considera falta grave a título enunciativo mas no limitativo, la comisión de actos que comprometen la dignidad del cargo o lo desmerezcan en el concepto público. Como referencia mencionamos que el primer Jefe del RENIEC, hizo abandono del cargo, al ser denunciado por delitos de peculado, concusión, etc., encontrándose en la actualidad prófugo en el extranjero. Este hecho ha sido capitalizado por los detractores del actual sistema tripartito electoral, manifestando que es la prueba palpable de su inconveniencia, confundiendo el sistema con la calidad intelectual o moral de los funcionarios.

El segundo párrafo del Art. 183, señala las principales funciones del RENIEC, que es desarrollado enunciativamente por el Art. 7 de su L.O.; entre las cuales merece una glosa especial las funciones de "preparar y mantener actualizado el padrón electoral" y que "mantiene el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acrediten su identidad", que estipula tanto la norma constitucional cuanto los Inc. D) y f) del Art. 7 de la L.O. respectivamente.

En referencia al padrón electoral, se ha constatado que aparecen nombres de personas fallecidas, como ha ocurrido en todos los procesos electorales a partir de 1993; lo que revela que el RENIEC no ha cumplido con el mandato de mantener actualizado el padrón electoral, pero que, como en el caso de la ONPE, no debe imputarse al sistema sino a la incuria o impericia de los funcionarios.

Finalmente, en cuanto al Documento Nacional de Identidad –DIN-, tampoco se ha cumplido con el canje respectivo; pues, para las referidas elecciones Municipales, por falta de coordinación entre los órganos electorales para el diseño del DNI y ante el apresurado mandato de canje de libreta electoral manual, por la libreta electoral mecanizada ordenada por el RENIEC, y luego ésta por el DNI, cambios a los que se habían acogido considerable proporción de electores, al final se tuvo que autorizar el uso de cualquiera de los tres documentos indicados.

## **10. NULIDAD DE LOS COMICIOS**

La dilucidación de el concepto jurídico de nulidades es ajeno a la materia del texto constitucional, a pesar de emplear el término en diversos artículos, como cuando, además del Art. 184 de la Carta, declara que son nulas los actos de quienes usurpan funciones públicas (Art. 46) y, también, cuando sanciona con nulidad los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial (Art. 120). Tampoco está definida en la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones que, en el Inc. K del Art. 5, se limita casi a reproducir la norma constitucional; lo mismo que la Ley Orgánica de Elecciones, la cual en el Título XIV desarrolla la nulidad parcial y total de las mismas. En consecuencia, por aplicación del principio constitucional de que en caso de vacío o insuficiencia de la ley, debe aplicarse los principios generales del derecho (Inc. 2 Art. 139); debemos recurrir sumplementariamente a las normas sobre nulidad reguladas por el Código Civil, por mandato expreso del Art. IX del Título Preliminar de este cuerpo legal, y, además, a la doctrina electoral.

En general, como lo admite al unísono la doctrina y las legislaciones civiles, la nulidad puede resultar de la falta de requisitos esenciales o accesorios del acto jurídico. En el primer caso, estamos

frente a la nulidad absoluta, o simplemente nulidad (Art. 219 Código Civil), la que es insubsanable y puede aplicarse de oficio; en el segundo caso, la sanción es la nulidad relativa o anulabilidad (Art.221 Código Civil), la que es subsanable por la confirmación, y sólo se pronunciará a petición de parte.

Llevados estos conceptos al ámbito electoral, según Enrique Bernaldes en su obra "La Constitución de 1993. Análisis Comparado", citando a Luis Arturo Archila, señala que la nulidad es absoluta cuando la convocatoria a elecciones no la ha realizado el órgano que la ley faculta para ello; es relativa, cuando existe un vicio formal subsanable, habiendo afectado la convocatoria el órgano correspondiente; la nulidad es total cuando queda invalidado íntegramente el proceso electoral; y, es parcial, cuando se deja sin efecto el resultado de determinadas circunscripciones por un vicio legal probado.

El Art. 184, sanciona con nulidad absoluta en caso de que en un proceso electoral, de referéndum o de otro tipo de consulta popular, los votos nulos o en blanco, sumados o separadamente, superan los dos tercios de votos emitidos. El Inc. 1 del Art. 365 de la Ley Orgánica de Elecciones que tiene casi el mismo texto, ha cambiado el término votos emitidos por el votos válidos. Surgen así los conceptos de votos nulos, votos en blanco, votos emitidos y votos válidos, que es necesario precisar para dilucidar la causal de nulidad del proceso.

Así, voto nulo es aquel que ha sido emitido con una manifestación de voluntad viciada, apócrifa; o, cuando se marca un signo no autorizado. Voto en blanco, es el voto emitido, pero que carece de manifestación de voluntad del elector; votos emitidos, empleado en el Art.184, es la suma de los votos válidos, nulos y en blanco; y, voto válidos, empleado en la Ley Orgánica, son aquellos en los que el elector ha cumplido con todos los requisitos legales y, por lo tanto, la manifestación de voluntad produce todos los efectos legales correspondientes; matemáticamente, es la diferencia entre el total de votos emitidos y la suma de votos nulos y en blanco.

Debemos reiterar que el Art. 184 se refiere a la nulidad absoluta de todo el proceso electoral, de un referéndum o de otro tipo de consulta popular; pues, según el Art. 363 de la Ley Orgánica de Elecciones son los Jurados Electorales Especiales los que pueden

declarar la nulidad de la votación realizada en las Mesas de Sufragio; y, según el Art. 364 de la misma Ley, corresponde al Jurado Nacional de Elecciones declarar la nulidad parcial de las elecciones realizadas en cualquier distrito o en toda una provincia.

En resumen: para que se produzca la causa de nulidad absoluta y total, se requiere que los votos en blanco y viciados superen los dos tercios de todo el proceso. No basta, en consecuencia, que en una mesa o en un distrito o provincia se presenten más de los dos tercios de votos nulos o en blanco, para que proceda la nulidad de todo el proceso.

Finalmente, el Art. 184 autoriza a la ley para establecer proporciones distintas tratándose de elecciones municipales. Al respecto, el Art. 36 de la Ley de Elecciones Municipales No. 26864, dispone que el Jurado Nacional de Elecciones de oficio o a pedido de parte puede declarar la nulidad de las elecciones realizadas en uno o más distritos, además de comprobación de graves irregularidades, y por infracción de la ley, por inasistencia de más del 50% de los votantes al acto electoral o cuando los votos nulos o en blanco, sumados o separadamente, superan los 2/3 del número de votos emitidos. En estos casos, proceden Elecciones Municipales Complementarias.

## **11. ESCRUTINIO EN MESA. PRINCIPIOS Y EXCEPCIONES**

El Art. 185 de la Carta vigente reproduce casi textualmente el Art. 241 de la Constitución del 79, que confirió rango constitucional al escrutinio público en mesa, abrogando el pernicioso escrutinio diferido enquistado en otras legislaciones, que dio lugar a escandalosos cambios de ánforas y de resultados electorales.

Semánticamente, escrutinio significa el reconocimiento y regularización de los votos en las elecciones o en otro acto análogo. En el Art. 185, tratándose de toda clase de elecciones, de referéndum o de otro tipo de consulta popular, el escrutinio está garantizado por los principios de publicidad, inmediatez, ininterrupción e irrevisabilidad.

Por el principio de publicidad, el escrutinio se realiza en presencia de los personeros debidamente acreditados ante los miembros de la mesa de sufragio, de los medios de prensa, de los observadores electorales y de cualquier ciudadano y, además, con cargo de que

terminado el escrutinio, se fija un cartel con el resultado de la elección en la respectiva mesa de sufragio; y se entregará sendas copias del acta a los personeros que lo solicitaran y a las entidades que señala la ley. Por la inmediatez se garantiza que, concluido el acto de votación, las mismas personas que la tuvieron a su cargo, proceden a contar los votos en la misma mesa de sufragio. La ininterrupción garantiza la unidad del escrutinio: pues, iniciado el mismo no puede suspenderse, culminando con la redacción y suscripción del acta, y, finalmente, la irrevisabilidad, garantiza que el escrutinio no puede ser objeto de revisión, para lo cual los votos computados deben ser destruidos, a excepción de los votos impugnados, con el objeto que los órganos electorales se pronuncien sobre su validez o invalidez; pero cuyo pronunciamiento podrá modificar sólo el resultado numérico, pero jamás determinar la revisión del escrutinio; lo que, por lo demás sería un imposible fáctico y jurídico, toda vez que, fácticamente, los votos computados y no impugnados, ya habrían sido destruidos, y, jurídicamente, porque existe prohibición constitucional expresa de revisar el escrutinio. Lo mismo sucede en el caso de error de cuenta, que sólo da lugar a la rectificación de la misma mediante acta también pública.

Para concluir, el Art. 185, remite a la ley la resolución de los casos de error material o de impugnación materia de revisión; lo que está regulado por los Arts. 282 y 284 de la Ley Orgánica de Elecciones. Debe tenerse presente que la impugnación a la identidad de un elector, que corresponde a otra etapa del sufragio, está regulada por el Art. 268 y ss. de la misma ley orgánica.

## **12. ORDEN, LIBERTAD Y PROTECCION EN LOS COMICIOS**

No existe razón suficiente para destinar una norma constitucional exclusivamente para autorizar el dictado de instrucciones y disposiciones para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios; cuando en la Carta Política existen normas que, en general, garantizan el orden público y la libertad personal. En todo caso hubiera bastado con la protección legal existente en aplicación de la última parte del Art. 182, ya comentado. La ubicación del Art. 186 también inadecuado: mejor hubiera sido incluirlo en el referido artículo 182 o a continuación del mismo.

La explicación que encontramos para la subsistencia constitucional del Art. 186, es que la atribución conferida a la Oficina Nacional de Procesos Electorales en el mismo –que en la Constitución del 79 correspondía al JNE– tiene el objeto de precisar mayormente en el ámbito constitucional, que la intervención del Jurado Nacional de Elecciones se limita a la etapa posterior a las funciones de la ONPE. Por lo demás, el artículo antes mencionado, no presenta ninguna dificultad de interpretación.

### **13. REPRESENTACION PROPORCIONAL. VOTACION EN EL EXTRANJERO**

El sistema de representación proporcional, según el Art. 187 materia de comentario, requiere por oposición al sistema de circunscripciones electorales unipersonales, como condición “sine qua non” la existencia de circunscripciones electorales pluri-personales o plurinominales; es decir, circunscripciones que elijan simultáneamente determinado número plural de personas para determinado número plural de puestos. El sistema de las minorías –que se infiere del concepto “representación proporcional”-, que se opone al sistema de las mayorías, no presupone ni significa necesariamente la aplicación del método de la “cifra repartidora” o D’HONDT, como se afirma ligera y erróneamente con suma frecuencia al decir que la “cifra repartidora” está garantizada por la Constitución, cuando es el Art. 187 que delega a la ley establecer el método conveniente; así, por vía de delegación, lo ha determinado el Inc. 5 del Art. 320 de la Ley Orgánica de Elecciones, para los congresistas; y, a su vez, el Art. 25 de la Ley de Elecciones Municipales para los regidores municipales, al optar en ambos casos por la “cifra repartidora”, entre otros métodos existentes como el denominado “del mayor resto”, método “de la media mayor” y el método del “cuociente rectificado” o de Hagenbach- Bishop, que explica extensamente el maestro Germán Bidart Campos en su obra “Lecciones Elementales de Política”.

El segundo párrafo del Art. 187 garantiza el voto de los peruanos residentes en el extranjero, que desarrolla la Ley Orgánica de Elecciones en el Título X, al que nos remitimos.

Veamos, a modo de ejemplo, cómo funciona el ingenioso método de la “cifra repartidora” en supuesto sufragio para congresistas que, en lugar de los 120 que actualmente estipula la

Constitución, sea sólo la décima parte de los mismos, esto es, 12 congresistas a elegir. La mecánica es la siguiente: el total de votos obtenidos por cada lista de candidatos – es indiferente cuántas listas sean- se divide sucesivamente entre 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 ; luego se procede a formar tantos listados completos de los cuocientes así obtenidos cuantas listas de candidatos existan, las cuales para graficar mejor el ejemplo, llamamos “listados primarios”; a continuación, los 12 cuocientes que conforman cada uno de los “listados primarios” se contrastan entre sí, seleccionando y entresacando del conjunto de todos estos listados los 12 cuocientes de mayor significación, que se ordenen en sentido decreciente, vale decir, formando otro listado de los 12 mayores cuocientes seleccionados, ordenados de mayor a menor, que llamamos “listado definitivo”; la “cifra repartidora” viene a ser el cuociente que ocupa el último o, lo que es la misma, el duodécimo lugar de ubicación en este “listado definitivo”; finalmente, se determina cuántas veces tal “cifra repartidora” está contenida en el total de votos obtenidos por cada lista de candidatos; y, realizadas las divisiones respectivas, tenderemos la distribución exacta de los doce curules parlamentarios.

#### 14. A MANERA DE CONCLUSION

Al inicio del tercer milenio se puede afirmar que la democracia se ha consolidado como forma de gobierno, donde el soberano es el pueblo en la elección de sus representantes mediante el sufragio.

En tal situación, la naturaleza jurídica del sufragio consiste, pues, en ser una función política y pública, pero no estatal, que ejerce todo ciudadano con derecho electoral activo.

Ahora bien, con la dación de la Constitución Política de 1993, se ha innovado el Régimen Electoral en el Perú que, hasta la Carta del 79, tuvo al Jurado Nacional de Elecciones como autoridad unitaria en materia electoral por la descentralizada.

Así, constitucionalmente, corresponde al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y a la Oficina Nacional de Procesos Electorales las funciones administrativas, y al Jurado Nacional de Elecciones le competen los asuntos jurisdiccionales, las mismas que se ejercitan en etapas desde el inicio hasta la conclusión de un proceso electoral, referéndum u otra consulta popular.

Sin embargo, el éxito o no de un determinado Régimen Electoral dentro de una sociedad políticamente organizada radica en gran medida a la calidad y honestidad de sus integrantes.

Finalmente, que el éxito antes mencionado y el constante perfeccionamiento del régimen electoral dentro de un Estado, constituye uno de los principales fundamentos para el fortalecimiento del Estado de Derecho y la propia Democracia.

## 15. BIBLIOGRAFIA

- Bidart Campos, Germán: "Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino" Ed. Ediar, Buenos Aires 1986, 2 tomos.
- Bidart Campos, Germán: "Lecciones Elementales de Política". Buenos Aires, Ediar, 1979.
- Burdeau, Georges: "La Democracia". Ensayo sintético. Barcelona, Ariel, 1960.
- Carpizo, Jorge: "La Constitución Mexicana de 1917", UNAM, México, 1984.
- Constant, Benjamín: "Principios de Política", Madrid, Aguilar ediciones, 1970.
- Duverger, Maurice: "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional", Barcelona, Editorial Ariel, 1970.
- García Belaunde, Domingo: "Teoría y Práctica de la Constitución Peruana", Lima, 1989.
- Hauriou, André: "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas". Barcelona, Ediciones Ariel, 1970.
- La Roche, Humberto: "Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano", Maracaibo, 1984.
- Loewenstein, Karl: "Teoría de la Constitución", Barcelona, Editorial Ariel, 1976.
- Lucas Verdú, Pablo: "Curso de Derecho Político", Vol. IV (Constitución de 1978 y transformación político-social española), Tecnos, Madrid, 1984.

- Miró Quesada Rada, F.: "Introducción a la Ciencia Política" Primera Parte, Cultural Cuzco, Lima, 1994.
- Miró Quesada Rada, F.: "Introducción a la Ciencia Política. Parte Especial, Cultural Cuzco, Lima, 1997.
- Rousseau, Juan: "El Contrato Social". Lima, Editorial Mercurio S.A, s.f. Libro III; cap. IV.
- Rubio Marcial, y Bernales, E.: "Constitución y Sociedad Política" Lima, 1985.
- Schmitt, Carl: "La defensa de la Constitución", Edit. Labor, Barcelona, 1980.
- Sieyès: "¿Qué es el Tercer Estado?", Madrid, Aguilar S.A. ediciones, 1973.
- Uchuya Carrasco Humberto: "Temas de Derecho Constitucional", Tomo I. Editorial Universitaria, Ica, 1991.
- Vanossi, Jorge Reinaldo: "Teoría Constitucional", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975-76, 2 Tomos.



# NUEVOS PARADIGMAS DE LA DIVISION DE PODERES (CON ESPECIAL REFERENCIA AL ORDENAMIENTO JURIDICO MEXICANO)

Miguel Carbonell (\*)

**Sumario:** I. Introducción. II. La división de poderes: el principio y su realidad. III. Los partidos políticos y los nuevos poderes. IV. Los poderes públicos. IV.1. La nueva posición del parlamento. IV.2. División de poderes y justicia constitucional. IV.3. El Poder Judicial Federal en México. V. La división de poderes en el texto de la Constitución.

## I. INTRODUCCION

El paso del Estado liberal clásico al Estado social y democrático de derecho que han vivido varias de las democracias avanzadas de Europa occidental ha supuesto modificaciones y alteraciones importantes en muchas de las categorías tradicionales de la ciencia política y del derecho constitucional.

Este ensayo trata de ofrecer un panorama sobre una de esas categorías: la división de poderes. Sobra decir que es necesariamente una visión superficial e incompleta, porque agotar el tema en todas sus implicaciones seguramente sea casi imposible de hacer hoy en día; en todo caso lo es dentro de los límites de un trabajo como este.

---

(\*) Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

El análisis de la división de poderes (y de otras categorías e instrumentos heredados de la época liberal) debe hacerse teniendo presente dos premisas importantes, a mi modo de ver.

La primera es que la teoría jurídica y política debe asumir hoy una posición de modestia frente a todo lo que está sucediendo en este vertiginoso principio de siglo. No se trata solamente de que el derecho constitucional se haya convertido en un "derecho dúctil", para usar las palabras de Gustavo Zagrebelsky, sino de que la teoría no ha sido capaz, creo, de conceptualizar suficientemente lo que está pasando. No es difícil constatar que la realidad política va por un camino bien distinto del que suele proponer la doctrina.

En este sentido, la teoría jurídico-política debe asumir que no puede ofrecer respuestas completas para todos los problemas; y que eso no va a cambiar a menos que la propia doctrina sea capaz de construir una estructura conceptual nueva y reforzada, capaz de servir al entendimiento y explicación de la realidad estatal de la actualidad.

Aparte de lo anterior hay un segundo dato que puede constituir un buen punto de partida. Me refiero a la necesidad de que, a pesar de la relativización que han sufrido algunas instituciones clásicas con la llegada del Estado social, no debe olvidarse la teleología que se encuentra detrás de tales instituciones; es decir, no debe olvidarse, en el caso que nos ocupa, que el surgimiento de la división de poderes se produjo a partir de la búsqueda de elementos suficientes para limitar al poder absoluto y para proteger la libertad de los ciudadanos. Sea cual sea el planteamiento actual que deba hacerse de la división de poderes pienso que no puede soslayarse que esa finalidad debe seguir estando presente (porque su objeto, la libertad, sigue siendo un valor *esencial* en toda sociedad democrática <sup>(1)</sup>) y que es un instrumento al servicio de la dignidad humana y del desarrollo de la personalidad de cada cual <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Carreras, Francesc de, *El Estado de Derecho como sistema*, Madrid, 1996, p. 11.

<sup>(2)</sup> Subrayando la importancia de los fines para la construcción del concepto de "Estado de derecho", Carreras, *op. cit.*, pp. 3-6.

A partir de estas dos observaciones creo que pueden entenderse mejor, siempre según mi opinión, los nuevos paradigmas de la división de poderes.

En algunos de los temas que se analizan enseguida se ha tratado de conectar la teoría de la división de poderes (manifestación esencialmente "política" de la realidad estatal) con la teoría de las fuentes del derecho (expresión jurídica de esa división) por su íntima relación y por la utilidad que tal conexión tiene para poder abordar la exposición tanto desde la perspectiva política como desde la estrictamente jurídica.

## II. LA DIVISION DE PODERES: EL PRINCIPIO Y SU REALIDAD

Desde su elaboración original por Locke y Montesquieu<sup>(3)</sup> y su consagración dogmática primera en el famoso artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el principio de la división de poderes ha sido una constante en la historia constitucional de occidente, aunque con niveles aplicativos muy diversos a como fue originalmente concebido<sup>(4)</sup>.

Lo que ha sucedido es que con el tiempo este principio ha sufrido "un proceso de dogmatización, convirtiéndose en una proposición acrítica de fe"<sup>(5)</sup>. Algún autor ha llegado a sostener que la división de poderes es una de las expresiones "más confusas en el vocabulario del pensamiento político y constitucional"<sup>(6)</sup>.

Se puede decir que este principio jamás ha recibido una aplicación práctica total, sino que siempre se ha realizado de modo flexible,

---

<sup>(3)</sup> Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, 1990; Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blazquez y Pedro de Vega, Madrid, 1972.

<sup>(4)</sup> La bibliografía sobre el tema es inagotable; entre lo mejor que se ha escrito últimamente puede destacarse el libro de Vile, M.J.C., *Constitutionalism and separation of powers*, Oxford, 1967.

<sup>(5)</sup> García-Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, p. 57.

<sup>(6)</sup> Marshall, Geoffrey, *Teoría constitucional*, trad. y prólogo de Ramón García Cotarelo, Madrid, 1982, p. 133.

reflejo de las muchas excepciones que le han ido imponiendo diversas necesidades dentro del funcionamiento estatal. Pablo Lucas Verdú señala que

En el continente europeo, aparte del modelo convencional suizo, se aplicó la división de poderes de modo flexible. Se trata, pues, de una *coordinación* entre los poderes de carácter más político que jurídico, de modo que su actividad se despliegue armónicamente conforme a una orientación política unitaria (aquí operan eficazmente los partidos victoriosos en las elecciones). Además, si bien, por lo regular cada poder se circunscribe en la órbita de su correspondiente función institucional, ello no obsta para que se den excepciones más o menos relevantes, de transmisión de funciones atribuidas a otros poderes <sup>(7)</sup>.

En su teleología original la división de poderes pretendía, como ya se ha dicho, que los poderes públicos se controlaran unos a otros, garantizando de esa forma la libertad de los ciudadanos. Montesquieu lo dijo en una frase famosa de su *L'Esprit des lois*: "...es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites... Para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por disposición de las cosas, el poder frene al poder". En la misma tesitura se encontraba John Locke, que en su *Ensayo sobre el gobierno civil* decía lo siguiente: "...para la debilidad humana sería una tentación demasiado grande delegar la función de ejecutar las leyes a las misma personas que poseen la tarea de realizarlas, puesto que el género humano tiene tendencia a aferrarse al poder" <sup>(8)</sup>.

Para poder estudiar y comprender en la actualidad la división de poderes hay que hacer algunas consideraciones previas.

<sup>(7)</sup> *Curso de Derecho Político*, vol. II, 3a. edic., Madrid, 1983, p. 145.

<sup>(8)</sup> Como señala H. Heller, "con la ordenación fundamental basada en la división de poderes debía quedar asegurado que el poder del Estado no se ejerciera de modo abusivo y, asimismo, que ese poder se viera obligado por la propia mecánica de la organización a respetar la libertad y la igualdad de los ciudadanos", *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobio, México, 1987, p. 293. Es más, se puede decir que "uno de los elementos centrales de toda la teoría política liberal está constituido por la reflexión sobre la insoslayable necesidad histórica de controlar, frenar y dividir el poder", Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, 1994, p. 23.

Para empezar hay que precisar que dentro de los poderes del Estado pueden distinguirse dos esferas, tal como lo ha destacado Manuel García Pelayo<sup>(9)</sup>, “una rigurosamente estatal”, integrada por los órganos que se encuentran jurídicamente investidos de poder y por las “tecnoburocracias”; otra, compuesta por “aquellos actores (partidos políticos y organizaciones de intereses) que tratan de controlar las acciones del Estado o de orientarlas en un determinado sentido”. En palabras del mismo autor, “el sistema clásico de la división de poderes ha pasado a constituir un subsistema dentro de un sistema más amplio”<sup>(10)</sup>.

Dentro del ámbito de la esfera rigurosamente estatal hay que mencionar tres cuestiones importantes:

A) Que en el Estado social ha cambiado la preponderancia del valor máximo que se buscaba resguardar con la división de poderes, la libertad, para equilibrarlo con otro valor al que se le ha asignado también un rango primario: la igualdad<sup>(11)</sup>; bajo esta perspectiva, muchas de las tareas de los poderes públicos debe hacerse de manera concertada y no separada, lo que conduce directamente a un sistema más complejo que el original “en el que un mismo poder cumple distintas funciones y una misma función es cumplida por distintos poderes”<sup>(12)</sup>, tanto a nivel nacional como local y en las relaciones entre ambos ordenes.

B) No menos importante que lo anterior, que aunque el planteamiento de Montesquieu se presentaba como un esquema ideológicamente neutro, en la práctica tal neutralidad no ha existido, sino que, por el contrario, la repartición de las funciones públicas y el predominio de cierto poder sobre los demás se ha correspondido con el florecimiento de ciertas clases sociales y con la estructuración de un sistema económico determinado, tal como lo explica Carlos de Cabo:

<sup>(9)</sup> Cfr. sus *Obras completas*, Madrid, 1991, p. 2822 o su libro *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., pp. 57-61.

<sup>(10)</sup> *Las transformaciones...*, p. 60.

<sup>(11)</sup> *Vid.*, entre otros, Cossio Díaz, J.R., *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, 1989, pp. 31 y ss.

<sup>(12)</sup> García-Pelayo, *Las transformaciones...*, cit., p. 58.

la configuración de ejecutivo-legislativo y sus mutuas relaciones, hay que explicarlas más allá de la mera vestidura jurídico-constitucional en cuanto han funcionado como centros de localización de clase, lo que se ha traducido, no en el equilibrio, ni en la igualdad, ni en la independencia, conforme propugnaba la inicial formulación teórica, sino en la protagonización de uno de ellos, precisamente de aquél en el que se ha instalado la clase o fracción hegemónica, lo que a su vez ha supuesto una peculiar forma de dominación política del Estado acorde con las funciones a realizar según la respectiva fase del desarrollo y, simultáneamente, un específico proceso de legitimación<sup>(13)</sup>.

Si esto es así, también la prevalencia de una clase social determinada, manifestada en un desequilibrio entre los poderes públicos, ha afectado al sistema de fuentes del Derecho pues estas no son más que la traducción jurídica formal de la distribución de poder político dentro de una comunidad<sup>(14)</sup>. Al cambiar el orden de fuerzas dentro de los poderes del Estado también se modifica el valor de sus respectivos productos normativos.

Por mencionar solamente un ejemplo, vale remitirse a la polémica sobre el concepto de ley que se produjo en el siglo pasado en Europa -sobre todo en Alemania- y que, en realidad, encubría la lucha entre el principio monárquico y su poder reglamentario y las asambleas populares que contaban con la ley -instrumento jurídico creado con la participación de los representantes del pueblo y por tanto más democrático que el reglamento- como modo de manifestación jurídico-normativa. Es decir, de un lado se situaban los estamentos que se beneficiaban de las prerrogativas regias y, en general, de la

---

<sup>(13)</sup> "División y predominio de poderes" en Ramírez Jiménez, M. (Ed.), *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, 1978, p. 74 y *passim*; en sentido similar, Poulantzas, Nicos, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, México, 1990 (reimpr.), pp. 403 y ss. Incluso en su origen la división de poderes tenía una apoyatura sociológica "en cuanto que cada uno de los poderes del Estado se sustentaba sobre una realidad social autónoma, de modo que la 'independencia' de cada poder tenía como infraestructura la autonomía de sus portadores: el Ejecutivo se sustentaba sobre la institución monárquica, el Legislativo... sobre los estamentos de la nobleza y el tercer estado, y el Judicial... era investido en realidad por el estamento de toga", García-Pelayo, *Las transformaciones...*, p. 58.

<sup>(14)</sup> Cfr. Balaguer Callejón, *Fuentes del derecho*, Madrid, 1991, tomo I, p. 29.

forma monárquica de Estado, y del otro se alineaban los representantes de la emergente burguesía, de talante liberal y que demandaban nuevos poderes normativos en vista de su situación de poder socioeconómico dentro de la sociedad<sup>(15)</sup>. En palabras de Pedro de Vega,

en la gran querrela histórica que preside el conflicto de legitimidades en el siglo XIX, entre el principio democrático y el principio monárquico, lo que naturalmente late es la tensión primera y elemental entre la sociedad y el Estado. La sociedad se vincula a la racionalidad democrática, mientras que el Estado se seguirá concibiendo como la expresión viviente de la irracionalidad absolutista<sup>(16)</sup>.

En este contexto, la prevalencia del principio de legalidad es un requisito de la clase burguesa para controlar a la administración; puesto que ya dominaba al poder legislativo había que imponer los mandatos de éste sobre los demás poderes, y sobre todo a la administración que era, junto con el ejército, el brazo útil del poder monárquico<sup>(17)</sup>.

C) Finalmente, en una perspectiva global de la división de poderes, no debe olvidarse que ésta es una técnica para la libertad (y

<sup>(15)</sup> Uno de los máximos protagonistas de la polémica sobre el concepto de ley en el siglo pasado en Alemania es Paul Laband. De este autor cfr. *Derecho presupuestario*, Madrid, 1979, así como la valiosa introducción de Alvaro Rodríguez Bereijo ("Laband y el Derecho Presupuestario del Imperio Alemán") que contiene un buen resumen del *status cuestionis*. Vid. también Starck, Christian, *El concepto de ley en la constitución alemana*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Madrid, 1979, pp. 117 y ss. y Balaguer Callejón, *op. cit.*, tomo I, p. 55, donde se señala que "Cuando la ley se implanta sobre el entramado normativo del mundo estamental en extinción, se está asentando también un poder político propio que se corresponde con determinados intereses de los grupos sociales más dinámicos que auspician la revolución burguesa". Sobre el trasfondo político-ideológico y el papel que jugó el principio de igualdad vid. Hattenhauer, Hans, *Los fundamentos histórico-ideológicos del derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, trad. de Miguel Izquierdo, 2a. edic., Madrid, 1981, p. 49; los términos del problema en Francia han sido expuestos por Carré de Malberg, R., *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1984 (reimpr.).

<sup>(16)</sup> "En torno a la crisis de las ideas de representación y legitimidad en la democracia actual" en *La reforma del Estado. Estudios comparados*, México, 1996, p. 18.

<sup>(17)</sup> Cfr. Santamaría Pastor, J.A., *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, 1988, p. 138; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Valladolid, 1995, p. 30.

ahora para la igualdad, como se ha señalado en el inciso A) que depende de la existencia misma de los poderes del Estado, los cuales hoy ya no son en absoluto omnipotentes como en el pasado se los imaginaron Locke y Montesquieu. Hoy en día la soberanía estatal (que finalmente no es más que la facultad de un Estado -y fundamentalmente de sus poderes públicos- de crear y aplicar por sí mismo un orden jurídico determinado) es quizá uno de los conceptos más devaluados de todo el lexico político-constitucional.

La soberanía estatal (entendida como atributo de *todos* y manifestada por tanto en lo público) se encuentra en retirada ante el asedio de la globalización y el auge de los nuevos poderes<sup>(18)</sup>. La erosión de la soberanía tal como se entendía hasta hace muy poco se efectúa tanto desde el interior como desde el exterior del Estado<sup>(19)</sup>. Cuestiones antaño tan propias de los Estados como la emisión de moneda y la fijación de su valor ya no dependen estrictamente de la voluntad de los gobernantes. La autonomía de las políticas públicas y los márgenes para la toma de decisiones para la actuación estatal se han reducido notablemente<sup>(20)</sup>.

En ese proceso de cambio de la soberanía no hay que ver algo necesariamente malo, pues a pesar de servir de parapeto para a

---

<sup>(18)</sup> *Vid.* el apartado siguiente.

<sup>(19)</sup> "Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de 'contextos' que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen", Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, cit., pp. 11-12; en el mismo sentido, Carreras, Francesc de, "Norma y ordenamiento jurídico en la Constitución española", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 9, Madrid, mayo-agosto de 1991, p. 46.

<sup>(20)</sup> Kaplan, Marcos, "La soberanía estatal-nacional: retos e interrogantes" en *Problemas actuales del derecho constitucional en homenaje a Jorge Carpizo*, México, 1994, pp. 225 y ss.

intereses bien concretos (el capital financiero internacional entre ellos), también ha podido traer consecuencias benéficas en el ámbito de las Constituciones de los Estados. En cualquier caso, los estudios sobre la división de poderes deben tener a esa disminución o relativización del poder estatal en cuenta sino se quiere teorizar sobre algo que, sencillamente, ya no es lo que era.

En América Latina, aparte de lo señalado en los tres incisos anteriores, la división de poderes se relativiza por el predominio excesivo del poder ejecutivo<sup>(21)</sup>. El liderazgo presidencialista opaca, y a veces anula, a los otros poderes: "Ello resulta de causas generales, pero también del uso directo de facultades constitucionales: la jefatura por el Ejecutivo de la administración y el ejército; la participación en la legislación (iniciativa, colegislación, ejecución, delegación); la intervención federal; las facultades extraordinarias para situaciones excepcionales; los mecanismos de interferencia en el Poder Judicial (designación, golpes de Estado)"<sup>(22)</sup>.

### III. LOS PARTIDOS POLITICOS Y LOS NUEVOS PODERES

Por lo que hace a la segunda esfera de la que habla Manuel García-Pelayo, la compuesta por los partidos políticos y las organizaciones de intereses<sup>(23)</sup>, hay que subrayar la primera magnitud que ha cobrado

<sup>(21)</sup> Kaplan, Marcos, *El Estado latinoamericano*, México, 1996, p. 64.

<sup>(22)</sup> *Idem*, p. 65.

<sup>(23)</sup> El mismo autor los llama actores político-constitucionales y los define como "aquellas entidades extraconstitucionales a través de las cuales se actualiza la Constitución y que vienen a ser, así, la mediación entre el sistema constitucional como mero orden normativo y el sistema constitucional como orden jurídico-político concreto de un pueblo... Los actores, en cuanto que representan la incisión de la sociedad en el sistema constitucional, varían con arreglo a la estructura de aquélla y, según los tiempos y lugares, pueden ser las notabilidades, los caciques, las clientelas, las parentelas, la clase política, los partidos, los grupos de presión o de intereses, etc.", *Las transformaciones...*, cit., pp. 121-122. Hay que recordar, sin embargo, que en la actualidad muchas constituciones recogen en sus textos a los partidos políticos, por lo que no cabría calificarlos de "extraconstitucionales"; tal es el caso de México, como se explica más adelante.

el fenómeno partidocrático, que ha sido calificado justamente como el "más característico y representativo del Estado moderno"<sup>(24)</sup>.

Las dos razones fundamentales para la expansión del fenómeno partidocrático, que ha terminado por configurar lo que la doctrina alemana ha llamado el Estado de partidos, son las siguientes<sup>(25)</sup>:

1. En primer lugar los partidos han cobrado importancia por la masificación de los derechos democráticos en un doble sentido; por un lado debido al crecimiento demográfico de la población y por otro por la adopción del sufragio universal, otorgando el derecho de participación a todos los habitantes adultos de los países democráticos,
2. En segundo lugar porque las sociedades actuales son eminentemente organizacionales, es decir, el individuo actúa frente al poder público y en general en la vida del Estado, dentro de organizaciones diversas, una de las cuales son los partidos políticos.

La importancia de los partidos es tan grande que, prácticamente, ha borrado la división entre ejecutivo y legislativo, que ahora forman parte de la misma formación política, para establecerla entre mayorías y minorías, es decir, "entre los partidos que ganan las elecciones, pero pueden perderlas en el futuro, y los partidos que pierden las elecciones, pero en una próxima convocatoria pueden resultar vencedores"<sup>(26)</sup>. Esto ha dificultado notablemente las funciones de control del parlamento, ya que las mayorías parlamentarias que

---

<sup>(24)</sup> Vega, Pedro de, en la "Presentación" al libro *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Madrid, 1977, p. 18.

<sup>(25)</sup> García-Pelayo, Manuel, *El Estado de partidos*, Madrid, 1986, pp. 73-74.

<sup>(26)</sup> De Vega, *ult. op. cit.*, p. 17. "Hablamos de división de poderes, con referencia a la contraposición entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, y sabemos que esta ha desaparecido, desde que los gobiernos se han convertido en comités de acción de las mayorías parlamentarias y, más aún, desde que aquellos y éstas dependen de las secretarías de los partidos", Trotta, Francesco, *Parlamento e partiti come problema attuale della democrazia: soluzioni costituzionali*, Milán, 1964, citado por De Vega, *idem*, p. 18.

sustentan al gobierno en no pocas ocasiones prefieren servir de dique a la realización de tales funciones antes que impulsarlas, dejando en tales casos que sea la oposición la que, desde la minoría, las lleve a cabo<sup>(27)</sup>.

Lo anterior puede aplicarse, salvo algunas excepciones, tanto a los sistemas parlamentarios, en los que casi resulta una obviedad identificar a gobierno y mayoría parlamentaria como miembros de un solo partido político o de una coalición de partidos, como a los presidencialistas, en los que es muy raro que se produzca un voto selectivo de la población produciendo mayorías parlamentarias de distinta formación política a la del presidente.

Los partidos, como los demás elementos organizacionales del entramado social, se encuentran muy interesados en que existan leyes que les favorezcan, pero a diferencia de otras organizaciones, los partidos pueden lograrlas por su "influencia" en los diputados y senadores pertenecientes a su formación política. Eso plantea, de nuevo, el problema del control sobre el sistema de partidos<sup>(28)</sup>.

Aun a la vista de estos datos, parece un poco exagerado mantener que gobierno y parlamento, que sin duda responden ambos "a una misma realidad política", solamente sean instancias de legitimación de las decisiones tomadas previamente en los partidos<sup>(29)</sup>. Esto sería tanto como negar la más mínima virtualidad a ambos órganos del Estado.

Como en otros campos dentro del Estado capitalista, aquí también se nota la preponderancia de los partidos grandes sobre los pequeños,

<sup>(27)</sup> Vid., por ejemplo, Leibholz, Gerhard, "La función controladora del Parlamento en las democracias de partidos del siglo XX" en el libro del autor *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, 1971, pp. 61 y ss.

<sup>(28)</sup> Vid. las observaciones de Grimm, Dieter en el libro *Democracia representativa y parlamentarismo* (dirigido por A. Lopez Pina), Madrid, 1994, pp. 213-216.

<sup>(29)</sup> En este sentido García-Pelayo, *Las transformaciones...*, p. 59; *id.*, *El Estado de partidos*, cit., pp. 110-114. El entrecomillado es Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Madrid, 1988, p. 143.

pues tienen mayores medios financieros y mejor manejo de los instrumentos de formación de la opinión pública<sup>(30)</sup>.

Empero, el papel y la problemática de los partidos políticos en América Latina, a los que tan poca atención se les ha dedicado<sup>(31)</sup>, tienen sin embargo que analizarse desde una óptica particular y regional en tanto presentan problemas que no existen en otras latitudes. Al respecto, Marcos Kaplan ha destacado que<sup>(32)</sup>: 1. Existe una grave separación entre los partidos y los ciudadanos en América Latina<sup>(33)</sup>, 2. Los partidos de la región presentan rasgos compartidos de personalismo y oligarquización y, 3. Están sometidos a un fuerte control del Estado.

Junto a esto hay que añadir que en el caso concreto de México, el PRI y el sistema de partidos tienen unas características propias muy definidas que no se encuentran en el resto del continente.

La constitucionalización de los partidos políticos en México se produce, a nivel puramente semántico, en 1963 cuando se crean los "diputados de partidos", e integralmente en la llamada "reforma

---

<sup>(30)</sup> "Las condiciones de mercado de la sociedad industrial favorecen a los grandes partidos. Cuentan con la publicidad que los medios de masas proporcionan. Disponen también, en mayor medida que los partidos pequeños, de los medios financieros y las condiciones necesarias para hacerse valer en el mercado de la formación de opinión política", Forsthoft, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, 1975, pp. 156-157.

<sup>(31)</sup> Nohlen, Dieter, "Presidencialismo, sistema electoral y sistema de partidos políticos en América Latina" en *Elecciones y democracia en América Latina*, San José, 1988, p. 49.

<sup>(32)</sup> "La crisis del Estado latinoamericano", *Sistema*, número 102, Madrid, 1991, p. 125; *Idem, El Estado...*, cit., p. 261-262.

<sup>(33)</sup> "La mayoría de los partidos políticos se rutinizan y esclerosan, se desajustan respecto a los rápidos cambios y a las nuevas, complejas y dinámicas condiciones: reducen o pierden su representatividad y su capacidad de acción respecto a clases y fracciones, a grupos e instituciones, a conflictos y procesos, a la sociedad global", Kaplan, *El Estado...*, cit., p. 160; "El desajuste de los partidos se da respecto a sus bases, con insuficiente capacidad para la expresión de las necesidades y aspiraciones de grupos e individuos que se reconozcan en ellos, y para el desarrollo de su conciencia política; parte a su vez de su débil o nula aptitud para crear, influir, conformar, una opinión pública auténtica y significativa", *id.*, p. 261.

política" del año 1977<sup>(34)</sup>. En la actualidad, los partidos políticos son regulados en el artículo 41 constitucional fracciones I y II, donde se les define como entidades de interés público cuyos fines son: a) promover la participación del pueblo en la vida democrática, b) contribuir a la integración de la representación nacional y c) como organizaciones de ciudadanos que son, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público<sup>(35)</sup>.

Junto a los partidos políticos se han ido consolidando unos "nuevos poderes": los grupos de interés privados (llamados por algunos "grupos de presión"), que también tienen -como los propios partidos- su origen mediato en la "corporativización" de las sociedades actuales<sup>(36)</sup>.

Se observa una colonización progresiva de estos grupos de interés sobre los órganos de poder público<sup>(37)</sup>, lo que provoca una confusión notable entre intereses públicos e intereses privados.

<sup>(34)</sup> Cfr. Andrea, Francisco J. de, "Partidos políticos y poder ejecutivo en México" en *El sistema presidencial mexicano (Algunas reflexiones)*, México, 1988, pp. 367-374.

<sup>(35)</sup> En general sobre las funciones de los partidos, García-Pelayo, *El Estado de partidos*, cit., pp. 75-84.

<sup>(36)</sup> Sobre el neocorporativismo en la actualidad hay un sin fin de publicaciones. Una buena introducción panorámica puede verse en Schmitter, Philippe y Lehmbruch, Gerard, *Neocorporativismo*, México, 1992 y en Giner, Salvador y Pérez Yruela M., *La sociedad corporativa*, Madrid, 1979.

<sup>(37)</sup> Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, "Poderes del Estado y poderes sociales", *Sistema*, núm. 118-119, Madrid, 1994. "Si hasta el presente los grupos sociales habían desarrollado sus antagonismos fuera y por debajo del firme marco del orden estatal, ahora dirigen sus aspiraciones y expectativas de forma inmediata al poder político y a su centro, el Estado gobernante y administrador", Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz V., 2a. edic., Madrid, 1992, p. 11. En México los grupos económicos de poder han jugado un papel importante en el crecimiento de la corrupción de los funcionarios públicos y a veces se han aliado con el poder político para conseguir ventajas ilegítimas; vid. Valadés, Diego, "Algunas características del sistema político mexicano", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 15, mayo-junio de 1980, p. 17 y Meyer, Lorenzo, *Liberalismo autoritario. Las contradicciones del sistema político mexicano*, México, 1995, p. 233.

En concreto cabe resaltar el papel de los medios de comunicación masiva, los cuales, al hacer mancuerna con el poder público y el poder económico <sup>(38)</sup>, han monopolizado el espacio público de intercomunicación e intercambio <sup>(39)</sup>.

Los grupos de interés, paralelamente a la "colonización" que hacen de los poderes públicos, también se insertan dentro de la estructura de los partidos políticos y, a veces, se deciden a lanzar su propia opción política *directamente*. El ejemplo italiano, que como siempre sigue siendo el sistema político de vanguardia en Europa - para bien o para mal-, merece tenerse muy presente, pues la aparición allí de la llamada "empresa-partido" y de la "empresa-gobierno" <sup>(40)</sup> (en referencia al partido *Forza Italia* de Silvio Berlusconi) puede ser la premonición de algo que quizá ya esté ocurriendo, más veladamente si se quiere, en otros países.

En cualquier caso, es indudable que se asiste a una pérdida de "autonomía" de lo político -y por tanto de lo público- frente a lo privado. La confusión de intereses rompe el presupuesto mismo del Estado político-representativo, pues reduce a nada la distinción entre soberanía y propiedad y nos devuelve, de golpe, al Estado patrimonial premoderno <sup>(41)</sup>.

El auge de los mercados y la expansión de sus espacios de actuación -de alcance planetario- ha provocado un desencajamiento entre el poder del Estado y los alcances del poder económico <sup>(42)</sup>: se observa un notable desfase entre el ámbito coactivo del Estado y el

---

<sup>(38)</sup> Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, 1981, p. 219 y *passim*. También, con carácter general, Heller, *Teoría del Estado*, cit., pp. 190 y ss.

<sup>(39)</sup> Vid. Vega, Pedro de, "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social" en García Herrera, M.A. y Corcuera, J., *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, 1986, p. 125.

<sup>(40)</sup> Ferrajoli, Luigi, "El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad" en Andrés Ibáñez, Perfecto (Ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, 1996.

<sup>(41)</sup> *Idem*, pp. 18-19.

<sup>(42)</sup> Kaplan, Marcos, "La soberanía estatal-nacional: retos e interrogantes", cit.

ámbito real de actuación de los mercados; el primero tradicionalmente limitado a su espacio geográfico propio y siempre condicionado por la necesidad de observar ciertas "reglas" (como corresponde al Estado *de derecho*<sup>(43)</sup>), los segundos actuando conforme a intereses que rebasan las fronteras y reduciendo la capacidad estatal de fijación de políticas públicas, a una velocidad y con una ética con las que es muy difícil, sino imposible (y en cualquier caso poco deseable), que el Estado pueda competir. Las fronteras estatales parecen empezar a fijarse a partir de nuevos referentes, dejando atrás nociones tradicionales como las de soberanía y territorio.

Los medios de comunicación masiva -tanto la prensa escrita como la televisión y el radio- también han tratado de influir en el quehacer estatal, no siempre en beneficio del bien común y de la libertad de expresión como a veces se ha querido entender, sino en su propio interés y conforme a procedimientos bien lejanos de la libertad de información de los usuarios: "muchos medios de comunicación - sostiene Gregorio Peces-Barba- sirven a los intereses de sus propietarios, promueven las campañas que política, económica y culturalmente interesan a quienes pagan"<sup>(44)</sup>.

La importancia que tienen para el derecho constitucional y para el correcto funcionamiento de los poderes públicos los poderes y grupos de interés privados se ha visto reflejada, por ejemplo, en dos disposiciones de la Constitución italiana vigente. En el artículo 3, párrafo segundo, dispone que "Es misión de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, *limitando de hecho* la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país"<sup>(45)</sup> (cursivas mías); en este párrafo el texto constitucional de

<sup>(43)</sup> Carreras, Francesc, *El Estado de Derecho como sistema, passim*.

<sup>(44)</sup> *Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Madrid, 1995, p. 124.

<sup>(45)</sup> La Constitución española consagra una disposición parecida en su artículo 9.2.

1947 parece referirse a los poderes privados que, mediante vías de hecho y por tanto fuera del control normal del sistema jurídico-constitucional, limiten la libertad y la igualdad de los ciudadanos italianos, e impone a los poderes públicos la obligación de restringir o remover tales limitaciones en orden a la consecución de los fines que la propia norma constitucional enuncia <sup>(46)</sup>.

Por otro lado, y limitándose al que probablemente en ese tiempo era el más notable medio de comunicación, el artículo 21, párrafo cuarto, indica que "La ley puede establecer mediante normas de carácter general que se hagan públicos los medios de financiación de la prensa periódica"; con ello se busca dar al lector el conocimiento suficiente para poder entender cuales son los intereses que mantienen o animan a una determinada publicación periódica -que en la actualidad debe ser ampliado a otros medios masivos de comunicación como la TV o el radio- para poder preservar su derecho a la información y para que los poderes públicos distingan entre lo que puede ser una crítica normal a su labor de un ejercicio interesado de oposición por medios poco ortodoxos. Como dice Francisco Tomás y Valiente, "La información veraz que el ciudadano tiene derecho a recibir debe comenzar por ser información sobre el informante" <sup>(47)</sup>.

La disposición del artículo 21 de la Constitución italiana tal vez pueda resultar interesante como texto complementario -pero haciendo la corrección mencionada para implicar a los otros medios de comunicación masiva y quizá con alguna otra matización- de la última parte del artículo 6 de la Constitución mexicana que establece que "el derecho a la información será garantizado por el Estado"; mandato que no ha tenido ninguna aplicación práctica desde que se introdujo en el texto de la Constitución en 1977.

---

<sup>(46)</sup> En el mismo sentido Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio, trad. de Perfecto Andrés Ibañez y otros, Madrid, 1995, pp. 933 y ss. *Vid.* también Romagnoli, Umberto, "Il principio d'uguaglianza sostanziale" en Branca, G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, aa. 1-12, principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, pp. 162-198. Respecto del caso español deben tomarse en cuenta, entre otras, las consideraciones de la STC 216/1991 de 14 de noviembre.

<sup>(47)</sup> *A orillas del Estado*, Madrid, 1996.

¿Cuáles son en México los verdaderos poderes?, ¿quienes controlan o tratan de controlar la acción estatal desde dentro del aparato del poder público pero también desde posiciones de interés privadas o de grupo?. Lorenzo Meyer identifica a los siguientes actores como "los que mandan" <sup>(48)</sup>:

- a) La alta burocracia gubernamental,
- b) Los líderes sindicales, agrarios y de todas las demás agrupaciones que forman la compleja red corporativa que opera en la órbita del PRI,
- c) Los que controlan las acumulaciones de capital, "los billonarios" <sup>(49)</sup>,
- d) Los obispos o, en general, la alta jerarquía eclesiástica,
- e) Los que controlan los medios masivos de comunicación,
- f) El ejército, que ha vuelto a ganar protagonismo como resultado del alzamiento de 1994 en el estado de Chiapas y de la aparición de algunos grupos guerrilleros en otros Estados de la República a partir de ese mismo año,
- g) Algunos factores de la sociedad internacional y, destacadamente, los Estados Unidos <sup>(50)</sup>.

Sin duda que la relación entre estos poderes y el esquema formal del texto constitucional no es muy clara para una posición

<sup>(48)</sup> *Liberalismo autoritario*, cit., pp. 66-68; *vid.* también Madrazo, Jorge y Martínez Assad, Carlos, "El ejecutivo y los grupos de presión" en la obra colectiva *El sistema presidencial mexicano (Algunas reflexiones)*, México, 1988, pp. 417-465. Para el caso español Torres Boursault, Leopoldo, "La división de poderes en la España de hoy", *Sistema*, número 117, Madrid, 1993.

<sup>(49)</sup> En general en América Latina, "...a menudo las negociaciones y decisiones en el más alto nivel político y con un grado superior de trascendencia estratégica o histórica, se dan por y entre representantes del Estado y de sectores empresariales fuertemente organizados y centralizados, todos los cuales representan intereses idénticos o similares, o tienden a constituirlos y armonizarlos", Kaplan, *El Estado...*, cit., p. 242.

<sup>(50)</sup> En particular sobre éste último punto, Meyer, *op. cit.*, pp. 213-215; Kaplan, *El Estado...*, capítulo VIII.

excesivamente formalista de entender el derecho, pero es muy útil para comprender como funciona la distribución del poder del Estado (no solo del poder "público") más allá de los libros de texto, en la realidad concreta y en el equilibrio o desequilibrio entre poderes formales y poderes reales.

Del análisis de la existencia e influencia de los poderes reales y de su impacto sobre los poderes constitucionalmente creados se pueden derivar varios cuestionamientos. Por ejemplo respecto del papel que debe tener la jurisdicción constitucional en el control de dichos poderes y sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a los mismos. Como señala Pedro de Vega, "...si lo que la Justicia Constitucional trata básicamente de defender son los principios y valores del constitucionalismo: ¿que sentido tiene usar esa defensa solamente ante los poderes institucionalizados, cuando existen otros poderes reales tan peligrosos o más para la libertad, y con una pujanza y una efectividad mayor que los legalmente constitucionalizados. Evidentemente, se trata de una cuestión fundamental..."<sup>(51)</sup>.

#### IV. LOS PODERES PUBLICOS

Hechas las anteriores consideraciones y limitándonos ahora exclusivamente al sector de los poderes públicos en sentido estricto, hay que decir que la división de poderes puede significar tres cosas distintas<sup>(52)</sup>: a) Que las mismas personas no pueden formar parte de más de uno de los tres órganos de gobierno, b) Que un órgano no debe interferir con el desempeño de las funciones de los otros, y c) Que un órgano no debe ejercer las funciones que tiene asignadas otro órgano.

A continuación se detallan algunos de los aspectos más importantes o sobresalientes de la actual configuración del principio de división de poderes. En concreto, de los poderes públicos en

---

<sup>(51)</sup> "De la Constitución y su defensa: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español" en *La Constitución y su defensa*, México, 1984, p. 228.

<sup>(52)</sup> Wade and Phillips', *Constitutional Law*, 7th edit., Londres, 1965, p. 23.

sentido estricto, como el parlamento o la jurisdicción constitucional (que en México, como se sabe se ejerce por el Poder Judicial de la Federación).

#### IV.1. La nueva posición del parlamento.

Junto a la irrupción en la escena política de grupos y organizaciones -partidos y grupos privados de interés-, se ha producido, por diversas causas, una pérdida sensible del protagonismo de los parlamentos. Lucas Verdú lo ha expuesto con rigor y sencillez al decir que

En la generalidad de los países democráticos, los Parlamentos han perdido protagonismo en favor de los partidos e incluso de los sindicatos; han visto disminuir su función mediadora entre la sociedad y las instituciones políticas; realizan con dificultades, o de modo incompleto, la función integradora de intereses; cumplen con lentitud e insatisfactoriamente sus misiones específicas y tradicionales (deliberación, legislación, fiscalización). Como consecuencia de todas estas deficiencias, la institución parlamentaria atraviesa una fase de desprestigio<sup>(53)</sup>.

Los parlamentos, cuyo papel ya se había resentido con el surgimiento del Estado social y la consecuente primacía del poder ejecutivo<sup>(54)</sup>, han notado ahora también la "crisis del Estado social",

<sup>(53)</sup> *Curso...*, cit., vol. IV, Madrid, 1984, pp. 612-613. Deben tomarse en cuenta, sin embargo, las observaciones de Carlos de Cabo sobre el falso dilema entre imposibilidad técnica de los parlamentos y traslación del poder político hacia el Ejecutivo, que busca encubrir bajo un ropaje técnico unos motivos políticos perfectamente intencionados, "División y predominio de poderes", cit., p. 79; del mismo autor, "El parlamento en el Estado del capitalismo avanzado", *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, núm. 1, 1982, pp. 99-132.

<sup>(54)</sup> Lucas Verdú, Pablo, "Problemas actuales de la institución parlamentaria", *Revista de Política Comparada*, núm. 9, Madrid, 1982. Sobre el Estado social en México y en América Latina *vid.*, Fix-Zamudio, Héctor, "El Estado social de Derecho y la Constitución mexicana" en *La Constitución mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta*, México, 1985 y Quiroga Lavié, Humberto, *Las Constituciones Latinoamericanas. Estudio introductorio*, México, 1994, pp. 26 y ss., respectivamente.

resultado de la cual se ha producido una tendencia a la reducción del Estado y su intervencionismo económico, limitándose asimismo las formas de participación política de los ciudadanos que ahora se ven constreñidas únicamente a la participación electoral y al ámbito de las instituciones político-representativas<sup>(55)</sup>. Con acierto se ha dicho que

los Parlamentos no sólo se convierten en instrumentos de ratificación de las decisiones básicas para actuar sobre la crisis que se toman fuera del mismo y a las que no obstante legitiman democráticamente, sino que cada vez más se les vacía de todo contenido socioeconómico de mediación del conflicto, de manera que cuestiones determinantes ni siquiera pasan por el Parlamento<sup>(56)</sup>.

Otro de los efectos de ésta pérdida de protagonismo es el traslado, por múltiples y muy complejas causas, de la función legislativa desde el parlamento hacia el Poder Ejecutivo. Si éste es un dato que existe en la mayoría de países democráticos<sup>(57)</sup>, no cabe duda que en México se ve acentuado en virtud del régimen presidencialista consagrado en la Constitución de 1917 que concentra en el Ejecutivo un gran número de instrumentos normativos de rango legislativo, por no hablar ahora del inconstitucional uso de las facultades extraordinarias para legislar o de la situación de privilegio real que tiene dentro del procedimiento legislativo y sus obvias consecuencias para el sistema de división de poderes<sup>(58)</sup>. En este último procedimiento, el presidente,

---

<sup>(55)</sup> Cabo, Carlos de, "Democracia y derecho en la crisis del Estado social", *Sistema*, núm. 118-119, Madrid, 1994, p. 69.

<sup>(56)</sup> *Idem.* Vid. Combellas, Ricardo, "Crisis y reformulación de los principios jurídico-políticos del Estado de Derecho en el Estado social" en *Libro-Homenaje a Manuel García Pelayo*, tomo I, Caracas, 1980, p. 39.

<sup>(57)</sup> *Vid.*, por ejemplo, Jáuregui, Gurutz, *La democracia en la encrucijada*, 2a. edic., Barcelona, 1995, pp. 190 y ss.

<sup>(58)</sup> "Nada muestra más claramente la superación de la tradicional 'separación de poderes' que la posición del gobierno en el proceso legislativo", Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego A., 2a. edic., Barcelona, 1976, pp. 268-269. Forsthooff señala que "Desde que las tareas parlamentarias ya no se pueden dominar sin la participación del saber especializado en casi todos los campos, existe el peligro de que los Parlamentos caigan, en mayor medida de lo que corresponde al ordenamiento constitucional, bajo la dependencia de los Ministerios, que disponen del saber técnico", *op. cit.*, pp. 162-163.

además de concentrar la mayoría de las iniciativas, goza del derecho de veto, con el que puede bloquear, al menos momentáneamente, un proyecto aprobado por el Congreso de la Unión<sup>(59)</sup>.

Tal vez la evolución de la misma institución parlamentaria tienda progresivamente a encargarle las *funciones de control* del aparato gubernamental más que las propiamente *legislativas*<sup>(60)</sup> -destacadamente del control del gasto público-<sup>(61)</sup>, lo que en todo caso debe llevar aparejado un reforzamiento de los instrumentos de las Cámaras para efectuar tales labores, instrumentos que en la Constitución mexicana no se encuentran correctamente previstos<sup>(62)</sup>, por no hablar ahora de la práctica política, en la que el Congreso no ha controlado en lo más mínimo al Ejecutivo.

Otro campo hacia el que puede ir evolucionando el parlamento, siempre dentro del área general del control del ejecutivo, es hacia la supervisión de la implementación y efectos de las políticas públicas diseñadas por el propio parlamento a través de la legislación. Tradicionalmente, el parlamento ha limitado su actuación dentro del campo de las políticas públicas a dictar las normas relativas; hasta allí llegaba -y llega hasta hoy en día, en buena medida- el papel de las Cámaras legisladoras. Pues bien, lo que aquí se propone es que el legislador se interese no solamente por crear las leyes, sino también por verificar cuáles son los efectos que esas leyes y las

<sup>(59)</sup> Cfr. Carbonell, Miguel, "Presidencialismo y creación legislativa" en el libro colectivo *Ensayos sobre presidencialismo mexicano*, México, 1994, pp. 135 y ss.

<sup>(60)</sup> Fix-Zamudio, Héctor, "La función actual del poder legislativo" en *El poder legislativo en la actualidad*, México, 1994, pp. 21 y ss.

<sup>(61)</sup> Vid. Mijangos Borja, Ma. de la Luz, "El control del presupuesto en una democracia" en *El poder legislativo en la actualidad*, cit., pp. 97-110, donde se hacen algunas propuestas interesantes referidas al caso mexicano.

<sup>(62)</sup> Para una visión panorámica de tales instrumentos, Orozco Henríquez, J.J., "Las facultades de control del Legislativo sobre el Ejecutivo en México" en *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, cit., pp. 277-293. Marcos Kaplan señala que "Las facultades otorgadas a las Cámaras para el examen y la investigación de las gestiones ministeriales son fórmulas incapaces de limitar efectivamente el poder presidencial", *El Estado...*, cit., p. 65.

correspondientes políticas públicas desplegadas bajo su fundamento producen en el contexto social al que se destinan <sup>(63)</sup>.

Si los impactos de la legislación sobre la sociedad no son los deseados por el legislador, teniendo en cuenta los datos ofrecidos por las correspondientes evaluaciones, se pueden impulsar nuevos cambios en la legislación <sup>(64)</sup>. Esto supone, desde luego, que el legislador asuma un papel mucho más activo dentro del funcionamiento "administrativo" del Estado, y requiere que se ponga a disposición del parlamento un amplio *staff* técnico que lleve a cabo verificaciones constantes de las consecuencias prácticas de muchas leyes.

Es una tarea compleja, pero puede contribuir decisivamente a: a) mejorar los productos normativos emanados del poder legislativo, al hacerlos más adecuados con las necesidades prácticas de la sociedad en cada momento determinado, y b) puede resituar al parlamento en un lugar de mayor igualdad con respecto al aplastante dominio tecnoburocrático de los ejecutivos actuales.

Aparte de lo anterior, otra vez hay que mencionar que, en el análisis del declive de la institución parlamentaria, se debe utilizar un prisma que permita encontrar los rasgos distintivos de la problemática en la región. Marcos Kaplan ha señalado que las causas y procesos de la crisis del parlamento en América Latina son <sup>(65)</sup>:

- a) Ruptura del equilibrio entre los poderes del Estado en favor del ejecutivo, su administración, su tecnoburocracia, sus medios de masas, las tendencias al poder personal y a la personalización del poder

---

<sup>(63)</sup> "...el legislador no debe desentenderse del camino por el que discurren sus normas una vez promulgadas, aun cuando, una vez promulgada la norma cobre vida independiente..." Montoro Chiner, Ma. J., *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*, Madrid, 1989, p. 19. Sobre la implementación y evaluación de las políticas públicas, en general, Meny, Yves y Thoenig, Jean-Claude, *Las políticas públicas*, trad. de Salvador del Carril, Barcelona, 1992, caps. VI y VII.

<sup>(64)</sup> En algunos casos los cambios en la legislación no son potestativos sino que - por virtud de mandatos constitucionales concretos- pueden ser obligatorios para el legislador; *vid.* Montoro Chiner, *op. cit.*, pp. 20-21, donde se relaciona la obligación mencionada con los derechos fundamentales y con el principio de legalidad.

<sup>(65)</sup> "La crisis del Estado latinoamericano", *cit.*, p. 126.

- b) Irrelevancia y trivialización de los partidos, menor relieve y poca trascendencia de su debate en la sede parlamentaria
- c) Prácticas del parlamentarismo mayoritario, o del parlamentarismo racionalizado, para la reducción de incertidumbres, incidentes y riesgos
- d) Competencia de otras instancias y circuitos: de representación (asociaciones, sindicatos, sondeos), o de deliberación (conferencias de medios de masas, de organizaciones corporativas)
- e) Trasferencia de la política a otros espacios: oposición extraparlamentaria; democracia supletoria de Parlamentos y partidos; asociaciones de ciudadanos, *lobbies*; metapolítica bajo formas de impugnaciones más sociales y culturales que políticas.

Todas las anteriores características pueden reconocerse en el escenario político mexicano, aunque quizá habría que matizar algunas cuestiones de los incisos c) y d). La competencia de los distintos circuitos de representación y de deliberación no se ha producido en México tan notablemente como en otros países debido a que el partido en el poder desde 1929 ha integrado dentro de su estructura a sindicatos y otros movimientos sociales y ha contado con el apoyo de gran parte de los medios de masas y organizaciones corporativas del país, de forma tal que los fenómenos representativos extraparlamentarios de todas maneras se han producido dentro del llamado "movimiento oficial".

Por otra parte, al encontrar pocas vías alternativas a las oficiales, es cierto que un sector de la población ha decidido convertir sus peticiones en más sociales y culturales que políticas, produciéndose un gran número de manifestaciones populares de la más diversa índole en las grandes urbes del país y destacadamente en la Ciudad de México.

Algunos ciudadanos han decidido tomar las calles ante la imposibilidad de hacerse oír sus intereses en el Congreso de la Unión, pero también por debido al férreo control estatal sobre las otras organizaciones corporativas a las que de forma natural corresponde la representación de intereses dentro de la sociedad pluralista actual (sin descartar por supuesto la debilidad del propio sistema de partidos).

La primera característica señalada por Kaplan -la ruptura del equilibrio de poderes en favor del Ejecutivo- sí que es patente en México en desfavor de la función representativa del Legislativo y de la canalización de demandas sociales, pues los ciudadanos mexicanos, conscientes de la situación de minusvalía del parlamento, prefieren dirigirse a la administración <sup>(66)</sup>.

#### IV.2. División de poderes y justicia constitucional

Esta segunda esfera de los poderes, integrada por los órganos tradicionales de poder, ha sufrido un cambio importante por la creación de los tribunales constitucionales que han ido apareciendo en Europa a partir de la segunda década de este siglo y que se han extendido a múltiples países en la actualidad <sup>(67)</sup>.

Estos tribunales, al menos en su modelo original diseñado por Hans Kelsen y adoptado por la Constitución austríaca de 1920, no están encuadrados dentro del poder judicial ordinario, sino que forman lo que se podría llamar un cuarto poder, o un poder "vigilante" de la constitucionalidad de los actos de los demás poderes. Aun así, algunos países no han seguido el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional sino el americano y han incluido el control de constitucionalidad dentro de las competencias del poder judicial ordinario <sup>(68)</sup>.

---

<sup>(66)</sup> Valadés, "Algunas características del sistema político mexicano", *cit.*, p. 12.

<sup>(67)</sup> *Vid.*, por ejemplo, las observaciones de Schneider, Hans-Peter, "Jurisdicción constitucional y separación de poderes", *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 5, Madrid, 1982, pp. 35-61.

<sup>(68)</sup> Sobre uno y otro modelo de jurisdicción constitucional *vid.*, entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, 1982, pp. 80 y ss. y 165 y ss. y Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, México, 1966, ahora recogido en el libro del autor, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, 1987. La obra de Kelsen en donde se expone su teoría de la jurisdicción constitucional es "La garantía jurisdiccional de la Constitución", trad. de Rolando Tamayo, *Anuario Jurídico I*, México, 1974; existe otra traducción al castellano, de Juan Ruiz Manero, recogida en H. Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988; del mismo Kelsen puede verse, en referencia con el tema, "El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana", trad. de Domingo García

Lo que sucede con los tribunales constitucionales es que controlan los actos de todos los demás poderes públicos, en tanto incidan dentro de la órbita de derechos o competencias constitucionales, mientras que la judiciabilidad normal de la administración sigue en manos del poder judicial ordinario.

Por lo que hace al sistema de fuentes -que de nuevo hay que recordar que no son más que el reflejo en el orden jurídico de la relación de poderes en el orden político-, la jurisdicción constitucional ha traído importantes consecuencias, entre las que se pueden señalar las siguientes:

- A) Ha provisto de fuerza directa a las normas constitucionales, convirtiéndolas no sólo en normas programáticas como se consideraban en el siglo XIX, sino en normas directa y prevalentemente aplicables a las situaciones que regulan<sup>(69)</sup>; de este modo, las Constituciones no solamente contienen las normas sobre las fuentes (*norme sulle fonti*, como les llama la doctrina italiana), sino que también son fuentes de derechos y obligaciones en sí mismas.
- B) Ha impuesto una interpretación uniforme y obligatoria de los preceptos del ordenamiento que ha revisado, pues normalmente se considera a la interpretación de los tribunales constitucionales como vinculante para los poderes públicos y para los particulares respecto de los casos futuros iguales o parecidos que se presenten<sup>(70)</sup>.

---

Belaunde, *Dereito*, vol. IV, número 1, Santiago de Compostela, 1995, pp. 215-231 y, en polémica con Carl Schmitt, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. y notas de Roberto J. Brie, estudio preliminar de Guillermo Gasió, Madrid, 1995.

<sup>(69)</sup> García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3a. edic., Madrid, 1988; Carreras, Francesc de, *El Estado de Derecho como sistema*, cit., p. 18; del mismo autor, "Norma y ordenamiento jurídico en la Constitución española", cit., p. 46.

<sup>(70)</sup> Carreras, *El Estado de derecho como sistema*, loc. cit.; en México este concepto se encuentra un poco más reducido, pues la Ley de Amparo, al regular las autoridades que se encuentran obligadas por la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte emanada de los procesos de amparo, se limita a señalar a las de tipo jurisdiccional, excluyendo al Ejecutivo y al Legislativo. La jurisprudencia creada en los procesos de acciones de inconstitucionalidad y de controversias constitucionales tiene efectos generales (artículo 105 constitucional).

- C) Ha realizado una labor que además de meramente interpretativa, puede considerarse altamente creativa, teniendo en cuenta el carácter abierto de los actuales textos constitucionales. Muchos conceptos que han quedado vagamente explicitados en el texto constitucional, o algunos derechos que no han sido más que introducidos en la Carta Magna pero sin ulterior precisión, han llevado a los tribunales constitucionales a jugar un papel determinante en la configuración del actual sistema de división de poderes.
- D) Ha llevado a cabo la llamada "judicialización de la política" <sup>(71)</sup>, a veces de tan difícil encaje en la lógica del Estado democrático, volviendo a los jueces en "árbitros definitivos del proceso político y guardianes de los postulados valorativos consagrados por la Constitución" <sup>(72)</sup>, llevando a la arena de la justicia muchos temas que antaño se debatían y solucionaban en el terreno estrictamente político.

La confianza mostrada en los siglos XVIII y XIX hacia el legislador se ha invertido para ser depositada en los jueces, y especialmente en los jueces constitucionales <sup>(73)</sup>. Paralelamente también se ha producido un fenómeno en sentido opuesto, es decir, una "politización de la justicia" que ha llevado a jueces y tribunales a "optar" por las mejores soluciones que ofrece el ordenamiento, haciendo las veces de gestores y administradores públicos.

---

<sup>(71)</sup> Cfr. Vallinder, Torbjörn, "The judicialization of politics. A world wide phenomenon: introduction", *International Political Science Review*, Vol. 15, núm. 2 (monográfico sobre el tema), Oxford, abril de 1994, pp. 91-99. Vid. también, aunque con enfoque distinto, Fernández Segado, Francisco, "La judicialización del Derecho Constitucional", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 3, Valencia, 1993, pp. 43-52.

<sup>(72)</sup> Combellas, Ricardo, *op. cit.*, p. 41.

<sup>(73)</sup> Modugno, Franco y Nocilla, Damiano, "Crisi della legge e sistema delle fonti", *Diritto e società*, 1989, p. 419. Obsérvense, sin embargo, las puntualizaciones que sobre la hipertrofia funcional de jueces y tribunales en el Estado social hacen De Cabo, Carlos, *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, tomo II, Barcelona, 1993, pp. 353-354 y Porras Nadales, Antonio J., "El derecho intervencionista del Estado. Aportaciones a un reciente debate", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 63, Madrid, enero-marzo de 1989, pp. 79-82.

Todos estos cambios han incidido en mayor o menor medida en el sistema de fuentes del Derecho y en el de división de poderes<sup>(74)</sup>. Las consecuencias que para tal sistema tiene el hecho de considerar a la Constitución como norma jurídica son enormes. Igualmente por lo que hace a la obligatoriedad de la interpretación del ordenamiento hecha por la jurisdicción constitucional, que tantas veces tiene que ver con las "formas" de creación del derecho o con la distribución de las facultades normativas entre los entes nacionales y regionales; un ejemplo significativo es el de España, donde el Tribunal Constitucional, en aplicación del Estado de las Autonomías previsto en la Constitución española de 1978, ha llevado a cabo una distribución del sistema normativo entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

La mayor concretización de los textos constitucionales abiertos ha implicado consecuencias, por así decirlo, "materiales" para el sistema de fuentes en tanto muchas veces se han definido el alcance de diversos derechos fundamentales, llevando aparejados sendos límites a la actividad normativa estatal. Por último, el papel de arbitro del proceso político, ya que representa la opción "constitucional" entre concepciones políticas contrapuestas o divergentes, también ha impuesto límites materiales a la creación normativa, aunque tal vez más indirectamente que en los tres casos anteriores.

#### **IV.3.El Poder Judicial Federal en México**

En México se han hecho sucesivas reformas constitucionales que han acercado a la Suprema Corte de Justicia al modelo kelseniano de tribunal constitucional. Aun así, no se ha conseguido la existencia de un verdadero tribunal constitucional ya que faltan dos requisitos importantes: 1. La declaración general de inconstitucionalidad que solamente puede emitir la Corte en algunos de los casos de las controversias constitucionales y en la relativamente limitada "acción

---

<sup>(74)</sup> Para el caso francés en relación con la actuación del Consejo Constitucional respecto al sistema de fuentes *vid.* Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, prólogo de Marc Carrillo, Barcelona, 1994, p. 110.

de inconstitucionalidad”<sup>(75)</sup>, pero no en las resoluciones de los juicios de amparo<sup>(76)</sup>, y 2. La separación orgánica entre poder judicial ordinario y jurisdicción constitucional<sup>(77)</sup>; a pesar de que en las reformas de 1988, 1994 y 1999 ya se ha hecho una importante separación funcional entre ambas jurisdicciones parece que todavía falta dar un pequeño salto y distinguir nítidamente entre una y otra, de forma que exista un verdadero órgano controlador de la legalidad y otro dedicado solamente a los asuntos de constitucionalidad<sup>(78)</sup>.

El papel que ha jugado la Suprema Corte y el resto del Poder Judicial Federal en el esquema de la división de poderes ha sido muy menor<sup>(79)</sup>.

Ya sea por causas estrictamente técnico-jurídicas que tienen que ver con la forma en que se ha concebido la protección de los derechos

---

<sup>(75)</sup> Fix Fierro, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994” en *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, 1996, p. 51; *id.*, “La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, *Ars Juris. Revista del Instituto de documentación e investigación jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 13 (monográfico sobre la reforma judicial de 1994), México, 1995, pp. 123-124; Carbonell Sánchez, Miguel, “La nueva acción de inconstitucionalidad en México: régimen actual y posibles perspectivas de cambio”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 14/15, Valencia, invierno/primavera de 1996, pp. 173-190.

<sup>(76)</sup> La declaración general de inconstitucionalidad en las sentencias de amparo se ha propuesto desde hace tiempo por un importante sector de la doctrina constitucional mexicana. Significativamente por Héctor Fix Zamudio en varios de sus trabajos, algunos de los cuales se han recogido en el volumen *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 1993.

<sup>(77)</sup> En el mismo sentido Cárdenas, Jaime F., *Transición política y reforma constitucional en México*, prólogo de Alonso Lujambio, México, 1994, p. 86 y Fix Fierro, “La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, *cit.*, pp. 125-126.

<sup>(78)</sup> Aunque para ello quizá se tenga que reformar la Constitución en su artículo 16 con el fin de que no toda violación de cualquier norma jurídica implique por sí misma un problema de constitucionalidad. En el mismo sentido de crear un tribunal constitucional separado del órgano supremo del Poder Judicial Federal, Fix Fierro, Héctor, “La defensa...”, *cit.*, p. 57.

<sup>(79)</sup> Como dice Héctor Fix Fierro, hasta épocas bien recientes, “la Corte desempeñaba dentro del sistema político-constitucional un papel relativamente importante, pero modesto al fin y al cabo”, “La defensa...”, *cit.*, pp. 46-47.

fundamentales en el constitucionalismo mexicano, por presiones o consignas políticas, por incompetencia de sus funcionarios o, simple y llanamente, por corrupción, el Poder Judicial se ha sometido una y otra vez a los deseos del Poder Ejecutivo <sup>(80)</sup>, llegando incluso a justificar con argumentos jurídicos (e irrecurribles en tanto dictados por la última instancia jurisdiccional del país) las conductas inconstitucionales de los otros dos poderes. El caso de la concesión de las facultades extraordinarias para legislar que inconstitucionalmente se practicó durante tantos años en México con el visto bueno de la Suprema Corte es un buen ejemplo de lo dicho.

Esto no quiere decir que no existan jueces dignos y capaces, que los hay, sino simplemente que han sido la excepción y que, en conjunto como poder del Estado, el Judicial no ha tenido el peso que le debe corresponder en un verdadero Estado de Derecho, aunque debe decirse que se ha ido fortaleciendo significativamente con las reformas constitucionales y legales de los últimos años.

Dejando a un lado estas deformaciones, toca ahora revisar brevemente el tratamiento que la división de poderes tiene en el texto constitucional, algunos de sus antecedentes y el criterio que en su interpretación ha sentado la Suprema Corte.

## V. LA DIVISION DE PODERES EN EL TEXTO DE LA CONSTITUCION

El principio de división de poderes ha estado presente en el constitucionalismo mexicano desde 1814, año en el que la Constitución

<sup>(80)</sup> "Las propias 'autolimitaciones' que los tribunales federales se han impuesto a partir de la forma en que han ido resolviendo los casos concretos, lamentablemente ha determinado que el Poder Ejecutivo, no tenga más control en cuanto a la constitucionalidad y legalidad de sus actos, que el que él mismo se imponga", VV.AA., *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, México, 1994, p. 73. "En México -escribe José Luis Soberanes- no existe (la) independencia judicial... la judicatura está sometida al Ejecutivo", "Algunos problemas de la administración de justicia en México", *Jueces para la democracia*, número 18, Madrid, 1993, p. 82; ver también, Carbonell, Miguel, "Poder judicial y reforma del Estado en México", *Diálogo y debate de cultura política*, número 7, México, marzo de 1999.

de Apatzingan, estableció en su artículo 11 lo siguiente: "Tres son las atribuciones de la soberanía: la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares". Por su parte el artículo 12 del mismo código complementaba lo anterior: "Estos tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial no deben ejercerse ni por una sola persona, ni por una sola corporación" <sup>(81)</sup>.

El principio de la división de poderes ha seguido presente en el constitucionalismo mexicano y la Constitución de 1917 lo recoge actualmente en su artículo 49 <sup>(82)</sup>:

El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

"No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

La Constitución establece un sistema flexible de división de poderes de forma que cualquiera de los tres poderes ejercen, por imperativo constitucional, funciones que tienen que ver con las de otro poder: "no hay dislocamiento -ha dicho Tena Ramírez- sino coordinación de poderes" <sup>(83)</sup>. La potestad de dictar normas con rango de ley por parte del presidente reconocida en parte por el mismo artículo 49, las facultades administrativas y jurisdiccionales del Congreso de la Unión y la creación jurisprudencial del derecho por

---

<sup>(81)</sup> Los demás antecedentes constitucionales mexicanos de la división de poderes pueden consultarse en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. edic., tomo VI, México, 1996, pp. 956-962.

<sup>(82)</sup> En el artículo 116 se impone la división de poderes para las entidades federativas; Madrid, Miguel de la, "La división de poderes en las entidades de la Federación mexicana", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XIII, número 52, octubre-diciembre de 1963.

<sup>(83)</sup> *Derecho constitucional mexicano*, 24a. edic., México, 1991, p. 219.

la Suprema Corte y los tribunales colegiados de circuito, dan suficiente muestra de ello<sup>(84)</sup>. La Suprema Corte de Justicia así lo ha entendido y se ha pronunciado sobre la división de poderes en el siguiente sentido:

DIVISIÓN DE PODERES. SISTEMA CONSTITUCIONAL. DE CARÁCTER FLEXIBLE. La división de poderes que consagra la Constitución Federal no constituye un sistema rígido e inflexible, sino que admite excepciones expresamente consignadas en la propia Carta Magna, mediante las cuales permite que el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial ejerzan funciones que, en términos generales, corresponden a la esfera de las atribuciones de otro poder... Aunque el sistema de división de poderes que consagra la Constitución General de la República es de carácter flexible, ello no significa que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial puedan, motu proprio, arrogarse facultades que corresponden a otro poder, ni que las leyes ordinarias puedan atribuir, en cualquier caso, a uno de los poderes en quienes se deposita el ejercicio del supremo poder de la Federación, facultades que incumben a otro poder. Para que sea válido, desde el punto de vista constitucional, que uno de los poderes de la unión ejerza funciones propias de otro poder, es necesario en primer lugar, que así lo consigne expresamente la Carta Magna o que la función respectiva sea estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que les son exclusivas y, en segundo lugar, que la función se ejerza únicamente en los casos expresamente autorizados o indispensables para hacer efectiva una facultad propia, puesto que es de explorado derecho que las reglas de excepción son de estricto derecho<sup>(85)</sup>.

En otro pronunciamiento la Suprema Corte ha sostenido que la Constitución

---

<sup>(84)</sup> Cfr. Orozco Henríquez, J.J., "Artículo 49" en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 6a. edic., México, 1994, pp. 215 y ss. y en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, tomo VI, cit., pp. 931 y ss.

<sup>(85)</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, Segunda Sala, vols. 115-120, p. 65.

...no estatuye un sistema rígido de división de poderes, de tal manera que el Judicial sólo pudiese realizar actos materialmente jurisdiccionales, el Ejecutivo sólo actos administrativos y el Legislativo exclusivamente actos de creación de normas jurídicas generales. En la misma Constitución Federal se advierte que cada uno de los poderes está facultado para desarrollar funciones distintas a las que les corresponderían en un sistema rígido de división de poderes... Prohíbe, pues, la Constitución la unificación de dos o más poderes en uno, más no que un poder, por ejemplo, el Legislativo, desempeñe alguna función ejecutiva o jurisdiccional. La idea básica en el artículo 49 constitucional, es evitar la posibilidad de una dictadura constitucional que se daría en aquel caso en que en un poder se reunieran dos o más, pero no cuando la misma Constitución previene una flexibilidad en la división de poderes y relaciones entre los mismos, lo que se traduce en la autorización de que un poder realice funciones que en una estricta división de poderes y funciones, no podría desempeñar<sup>(86)</sup>.

Junto a los tres poderes tradicionales la Constitución recoge un amplio abanico de órganos más o menos autónomos que se han ido incorporando al texto constitucional a través de diversas reformas operadas después de 1917. Fundamentalmente son los siguientes<sup>(87)</sup>:

- A) Los tribunales agrarios instituidos por la fracción XIX del artículo 27. Estos tribunales gozan de autonomía y plena jurisdicción y sus miembros son nombrados por la Cámara de Senadores, o por la Comisión Permanente del Congreso en los recesos de ésta, a propuesta del Ejecutivo.
- B) El banco central al que se refiere el párrafo sexto del artículo 28, el cual es autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración.

---

<sup>(86)</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 51, primera parte, pp. 18-20.

<sup>(87)</sup> Únicamente se mencionan aquellos que actúan en todo el territorio del Estado y no los de carácter local que se encuentran regulados, por ejemplo, en los artículos 115, 116 y 122 constitucionales.

- C) El organismo encargado de la realización de las elecciones previsto en el artículo 41 fracción III, llamado Instituto Federal Electoral. En la integración de los miembros del Instituto concurren el Poder Legislativo Federal, los partidos políticos y los ciudadanos.
- D) Los organismos de protección no jurisdiccional de los derechos humanos, conocidos como *ombudsmen* por sus antecedentes suecos, previstos en el inciso B del artículo 102 y que tan buena labor han desempeñado en los últimos años en el país.

Ciertamente que los órganos autónomos previstos en la Constitución -los que ya lo están y los que pueden estarlo en un futuro- son de la mayor importancia dentro del entramado constitucional mexicano, así como una fuente importante de innovaciones para incorporar al texto de la carta magna con miras a su perfeccionamiento. Su éxito y posibilidad operativa real depende del buen diseño institucional que se realice y del talante de sus integrantes (como bien se ha demostrado en el caso de la Comisión Nacional de Derechos Humanos dirigida hasta ahora por brillantes juristas). Junto a los órganos autónomos que ya existen se han propuesto otros, como por ejemplo un tribunal constitucional desvinculado del Poder Judicial Federal, un tribunal de cuentas, un órgano para la información, un órgano técnico para el federalismo y un órgano para los medios de comunicación<sup>(88)</sup>. El estudio pormenorizado de su necesidad y viabilidad es de una importancia capital para el constitucionalismo mexicano y seguramente será objeto de las preocupaciones de los especialistas nacionales.

---

<sup>(88)</sup> Cárdenas, *Una Constitución para la democracia...*, cit., pp. 255 y ss.



**SOBRE LAS COMPETENCIAS DEL  
JURADO NACIONAL DE ELECCIONES  
(A PROPOSITO DE LA  
RESOLUCION NUM. 2191-99-JNE)**

**Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (\*)**

**Sumario:** I. A modo de introducción. II. Breve explicación del contexto en el cual se ha producido la decisión fujimorista de presentarse a un tercer mandato consecutivo, decisión sobre la cual debió pronunciarse el Jurado Nacional de Elecciones peruano. III. La especial configuración del sistema electoral peruano como elemento de vital relevancia para analizar lo resuelto a través de la resolución. IV. El pronunciamiento del Jurado Nacional de Elecciones sobre la controvertida postulación fujimorista, sus alcances y repercusiones. A) Algunas consideraciones específicas sobre el voto en mayoría. B) Breves notas sobre el voto singular del Doctor Ramiro de Valdivia Cano. V. Breve comentario sobre las diferentes repercusiones de lo resuelto por el JNE tanto para el Perú como para el resto de nuestro subcontinente.

**I. A MODO DE INTRODUCCION**

El día lunes 27 de Diciembre de 1999, minutos después de las cinco de la tarde (y en el marco de un gran cobertura televisiva iniciada

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

en Canal 7, la Televisora estatal peruana<sup>(1)</sup>), el Presidente de la República del Perú, Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, anunció al país su intención de continuar en el ejercicio del importante cargo que viene ejerciendo ya desde 1990, y por ende, puso en conocimiento de la opinión pública peruana su voluntad de presentarse como candidato a la Presidencia de la República en el proceso electoral a efectuarse en Abril del año 2000.

Al aceptarse dicha postulación (contra la cual de inmediato se plantearon varias impugnaciones), y de recibir Fujimori el respaldo popular en las urnas, el ex Rector de la Universidad Nacional Agraria de La Molina y ex Presidente de la Asamblea Nacional de Rectores podría completar un período de hasta quince años consecutivos en el ejercicio de la primera magistratura de nuestro país, período que no registra precedente similar a lo largo de toda la etapa republicana peruana. Esto a pesar de que la historia de nuestro país habitualmente ha estado marcada por la existencia de gobiernos de facto o conducida por correlaciones de fuerzas en las cuales la actuación de los civiles con participación en la vida política nacional ha estado tradicionalmente subordinada a los intereses impulsados desde lo más altos mandos de las Fuerzas Armadas (y muy especialmente,

---

<sup>(1)</sup> Según las primeras versiones que circularon al respecto, el video mediante el cual se lanzaba la candidatura fujimorista a la reelección se habría filmado en Palacio de Gobierno y proyectado desde Canal 7 a todas las otras emisoras de televisión. Pronto salió el desmentido oficial, mediante el cual se aclaraba que la filmación en cuestión había sido hecha en la casa de Víctor Aritomi, cuñado del Presidente y Embajador del Perú en Japón, y que en su elaboración no se habían gastado fondos públicos.

Se dijo además que el video había sido simultáneamente recibido por todos los canales de televisión del medio, siendo prácticamente una casualidad la de que el Canal 7 fuese el primero en proyectarle. Sin embargo, lo que por evidente no se pudo desmentir es como el mismo día en el cual Fujimori lanzaba su candidatura, tanto el Presidente del Consejo de Ministros, Alberto Bustamante Belaúnde, como el Ministro de Relaciones Exteriores, Fernando De Trazegnies Granda, salieron a dar explicaciones sobre lo ocurrido a la prensa nacional y a los diplomáticos extranjeros acreditados en el Perú respectivamente. Una poco conveniente sensación de que se estaban confundiendo los asuntos de Estado con las vicisitudes electorales de un candidato a la Presidencia de la República pareció desde entonces hacerse sentir en el ambiente.

los del Ejército Peruano). Todo esto dentro del contexto de lo que algunos hemos optado por considerar como rasgos propios del Presidencialismo Latinoamericano <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> Este es un tema cuyo desarrollo ya hemos esbozado en el artículo «Apuntes para una caracterización del actual régimen político peruano». En: Páginas Constitucionales. N° 2. Lima, Taller de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994. p. 7 y ss., pero que trabajamos con mayor detalle en nuestro «Algunas notas sobre la evolución del presidencialismo latinoamericano a la luz de lo previsto por la Constitución Peruana de 1993», publicado en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol N°20/21. Valencia, 1997, p. 41-72. Allí, coincidiendo con un importante sector doctrinario que ya también ha abordado estos temas, anotamos que el sistema de gobierno existente en nuestro subcontinente, si bien tiene como punto de partida formal la clásica propuesta presidencial norteamericana, ha, como consecuencia de diversos factores sociopolíticos y jurídicos, alcanzado un nivel de desarrollo bajo parámetros que en el fondo nos llevan a resultados ostensiblemente diferentes.

Este presidencialismo latinoamericano tendrá entonces como su rasgo central el del sobredimensionamiento prácticamente sin mayor control de las tareas encomendadas al gobierno de cada país, y en especial a sus Presidentes de la República (Jefes de Estado y de Gobierno al igual que en el sistema presidencial clásico), quienes tienen jurídica y fácticamente más atribuciones y poder en sus Estados que el reconocido al Presidente de los Estados Unidos de Norte América. Así por ejemplo, cuentan con la posibilidad de ejercer veto parcial de las leyes; se les reconoce iniciativa legislativa directa; hacen un uso casi libérrimo de medidas de excepción; tienden a reconfigurar las asignaciones presupuestarias a través de mecanismos como el de los créditos suplementarios; y, por si todo lo expuesto fuese insuficiente, tienen capacidad legislativa propia, ya sea mediante Decretos Legislativos (previa habilitación del Congreso) o recurriendo a la aprobación de Decretos de Urgencia o de Necesidad y Urgencia.

Frente a este sobredimensionamiento de las facultades gubernamentales desafortunadamente se ha presentado también como una constante en nuestros países la de una debilidad en la configuración del rol y atribuciones propias de la institución parlamentaria, institución a la cual comúnmente se le conoce con el nombre de Congreso. Hacemos esta aseveración luego de constatar como en todos los textos constitucionales latinoamericanos se tiende a querer adjudicarse a los Congresos de manera prácticamente excluyente las responsabilidades de carácter legisferante que se requiere dentro del aparato estatal, cuando hoy en día las funciones centrales de toda institución parlamentaria son las de representación y control, y es más, cuando los Congresos no son los únicos constitucionalmente habilitados a dictar normas con rango y fuerza de ley.

A lo ya reseñado hay que añadir que existe una distorsión en las tareas de control adjudicadas a nuestros Congresos, (pues éstas suelen ser diseñadas bajo pautas tomadas de un contexto más bien propio del parlamentarismo, contexto que en los

Como fácilmente podrá suponerse, el anuncio presidencial al cual hemos hecho mención líneas arriba ha causado una seria controversia tanto a nivel jurídico como en el plano del debate político en el Perú, máxime cuando la legalidad de dicha decisión parece haber sido convalidada por un recientísimo pronunciamiento del Jurado Nacional de Elecciones (la resolución 2191-99-JNE), instancia máxima competente para absolver las controversias que en el plano electoral pudiesen surgir en nuestro país. Pero como si lo expuesto no tuviese suficiente entidad, rápidamente recordemos que este tipo de polémica ya ha tenido antecedentes en algún otro país latinoamericano, y además, posee el riesgo adicional de convertirse en precedente a aplicarse en algún otro estado de nuestro subcontinente, en donde, como ya hemos reseñado, mediante reformas constitucionales o legislativas se ha venido admitiendo (o por lo menos, se ha discutido) la posibilidad de la reelección presidencial inmediata de quien viene ejerciendo tan importantes responsabilidades <sup>(3)</sup>.

---

hechos muchas veces desafortunadamente ha servido para acentuar el descrédito de los parlamentos latinoamericanos y de quienes los integran) y una tendencia a una centralización en el ejercicio del poder (y por ende, una mediatización de cualquier alternativa de corte descentralista). Llegamos entonces a un escenario de excesiva y casi incontrolable concentración de poder en manos de quienes controlan el gobierno de cada país, lo cual ha tenido no pocas connotaciones desfavorables.

En este contexto indudablemente adquiere singular relevancia el rol otorgado a la judicatura ordinaria y las demás instancias de fisonomía jurisdiccional previstas para la tutela y promoción de lo previsto a nivel constitucional y legal en nuestros países. Lamentablemente, y muy a despecho de lo muchas veces prescrito formalmente, estas instancias -salvo honrosas excepciones- históricamente han rehusado desempeñar a cabalidad las funciones que les fueron adjudicadas (o que les pertenecían por derecho), consolidando así entre la ciudadanía una clara situación de indefensión frente a los caprichos de quienes detentan el poder económico o político en un país durante una coyuntura determinada. Factores como el del exceso de trabajo encargado a este tipo de instituciones, la formación exageradamente formalista que caracteriza a algunos de los integrantes de las mismas, o el temor generado por presiones de diverso tipo (sistema de nombramientos, riesgo de remoción del cargo o de recortes en el presupuesto otorgado a dichas instituciones, y un largo etcétera) son algunos de los aspectos en los cuales parecen sustentarse situaciones como éstas, situaciones sin duda poco convenientes para la real vigencia y consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho al cual todos deberíamos aspirar.

<sup>(3)</sup> Así, por ejemplo, Argentina y Brasil han admitido la posibilidad de reelección presidencial inmediata. Esta es también una de las propuestas centrales de la nueva Constitución Venezolana que viene impulsando el actual presidente de dicho

Es por ello que consideramos de significativa relevancia, luego de explicar muy rápidamente cual es el contexto en que se produjo esta decisión política, y esbozar siquiera brevemente la configuración del sistema electoral peruano, no solamente sustentar nuestra postura frente a la constitucionalidad de dicha medida, sino también opinar sobre las repercusiones que tendría la misma dentro de una perspectiva jurídico-constitucional tanto para el Perú como para el resto de América Latina, poniendo en este caso un especial énfasis en lo que lo ocurrido puede significar para la determinación del rol y atribuciones que deben desempeñar diferentes instancias judiciales o jurisdiccionales en la tutela y preservación de la plena vigencia de los diferentes preceptos constitucionales. Pasemos entonces de inmediato a abordar las tareas que nos hemos propuesto al respecto.

## **II. BREVE EXPLICACION DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE HA PRODUCIDO LA DECISION FUJIMORISTA DE PRESENTARSE A UN TERCER MANDATO CONSECUTIVO, DECISION SOBRE LA CUAL DEBIO PRONUNCIARSE EL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES PERUANO**

En 1990, y luego de lo que habitualmente se denomina una segunda vuelta electoral <sup>(4)</sup>, el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori es

---

país, y ha sido y sigue siendo tema de discusión en muchos Estados latinoamericanos. Y con respecto a la reelección presidencial inmediata, nos inclinamos a pensar que ésta, tomando las singulares características del presidencialismo latinoamericano, no se nos presenta como una alternativa que convenga poner en práctica en nuestro subcontinente. Cosa distinta pueda alegarse tal vez en el caso norteamericano, en donde el especial contexto que allí se vive (carácter auténticamente Federal del estado; fuerte control de la figura presidencial tanto por el Congreso como por una vigorosa opinión pública, clara expresión de una sociedad civil fuerte y autónoma, etc.), hace imposible que allí se presenten los riesgos que son a todas luces evidentes en nuestro subcontinente. Y es que, siguiendo en esto lo señalado por Valentín Paniagua, prohibir la reelección presidencial inmediata (sobre todo si ésta tiene vocación indefinida) en América Latina no es restringir el derecho del elector, sino más bien implica preservar la moralidad, objetividad y legalidad de la elección, impedir el mal uso de los recursos del Estado y asegurar la plena libertad de acción de los electores. La cita de PANIAGUA la extraemos de su artículo «La Constitución de 1993». En: *Dereito*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela N° IV/2 (1995), especialmente p. 34.

<sup>(4)</sup> Se hace necesario explicar que en el Perú la Constitución de 1979 (con la salvedad de las elecciones presidenciales de 1980, proceso electoral para el cual había

elegido Presidente de la República, a pesar de solamente haber obtenido la segunda más alta votación en la primera etapa de dicho proceso y únicamente contar con un magro respaldo propio entre los representantes al entonces recientemente renovado Congreso Nacional, institución en donde había hasta dos fuerzas políticas (FREDEMO y Partido Aprista Peruano) con mayor número de congresistas que la organización que en ese momento representaba los intereses fujimoristas, Cambio 90. La respuesta a esa aparente situación de debilidad no fue entonces la de promover el consenso entre las diversas fuerzas políticas, sino la de impulsar un ejercicio del poder político centralizado en el Presidente de la República y el entorno de sus colaboradores más cercanos.

Esta actitud muy rápidamente generó un clima conflictivo en la relación entre Gobierno y oposición, sector político al cual desde las trincheras gubernamentales se atacaba las más de las veces haciendo gala de términos agresivos y hasta claramente descalificadores. Sin embargo, esta pauta de comportamiento, al estar ante los ojos de la ciudadanía unida a importantes avances en materia de estabilidad económica y seguridad interna (avances frecuentemente obtenidos de forma que en principio podríamos calificar como constitucionalmente heterodoxa), recibió el respaldo del grueso de una población que, por razones históricas y sociológicas que ya en otros trabajos nos hemos preocupado en analizar <sup>(5)</sup>, desafortunadamente en ocasiones admite

---

previsto algunas pautas especiales) exigía que para ser elegido Presidente de la República debía contarse con el apoyo de más de la mitad de los votos válidamente emitidos en un sufragio universal, directo y secreto. Si ninguno de los candidatos obtenía la mayoría absoluta, debería procederse a una segunda elección dentro de los treinta días siguientes entre aquellos postulantes a la Presidencia que hubiesen obtenido las dos más altas mayorías relativas.

Esta introducción de la «segunda vuelta» presidencial en la Carta de 1979 (la cual no era aplicable a la elección de los congresistas, quienes no se sometían a una segunda votación, pudiendo darse el caso de que alguien llegue a ser Presidente de la República sin contar con el respaldo de la primera mayoría relativa del Congreso) permitió a Alberto Fujimori, segundo en el proceso electoral del 8 de Abril de 1990, convertirse el 10 de Junio de ese mismo año en Presidente del Perú al obtener en esta segunda votación el 56.5% de los votos, porcentaje muy superior al de su ocasional contendiente, Mario Vargas Llosa, quien solamente obtuvo el 33.9% de los sufragios.

<sup>(5)</sup> Y es que si bien la política económica aplicada pudo contrarrestar una de las hiperinflaciones más notorias de toda la historia contemporánea, ha sumido al Perú

como válidas ciertas actuaciones políticas cuyos fines y medios no responden a aquello normalmente inscrito dentro del escenario de la legitimidad constitucional propia de todo Estado Social y Democrático de Derecho <sup>(6)</sup>.

Y es que la coyuntura previa a las elecciones presidenciales de 1990 encuentra a una clase política peruana con una imagen completamente desgastada ante la ciudadanía debido a múltiples razones, razones entre las cuales se entremezclaban la tradicional debilidad institucional de nuestro país, la crisis mundial del sistema de partidos y una percepción -muy generalizada dentro de la opinión pública nacional- de que las diferentes organizaciones político-partidarias entonces existentes habían sido incapaces de resolver los gravísimos problemas que aquejaban al Perú. Este conjunto de factores es capitalizado por el Fujimorismo, y usado para legitimar ante la población la decisión -al parecer ya tomada de antemano<sup>(7)</sup>- de efectuar una intervención directa en el accionar de las principales

---

de fines del siglo veinte en una clara situación recesiva de la cual se le hace muy difícil de salir, aunada a una drástica caída del empleo adecuado para la población económicamente activa. Por otro lado, aun cuando resulta innegable que durante el decenio fujimorista prácticamente se ha logrado la desactivación de organizaciones subversivas como Sendero Luminoso (SL) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), ello se ha hecho muchas veces aplicando estrategias y medidas abiertamente violatorias de Derechos Fundamentales, lo cual le ha ocasionado al gobierno peruano una serie de cuestionamientos y críticas tanto a nivel nacional como internacional. Prueba esta nuestra afirmación, entre otros acontecimientos, el hecho de que en la década de los noventa el Perú ha sido el país con más procesos abiertos y condenas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), tribunal a cuya competencia contenciosa el gobierno peruano señala haberse sustraído mediante una justificación que nos resulta por demás discutible y discutida.

<sup>(6)</sup> Ver al respecto nuestro "Algunas notas..." op. cit. A modo de síntesis, diremos que el contexto en el cual el Perú llegó a su vida republicana (contexto marcado por una situación de debilidad institucional, falta de familiaridad con el ejercicio y disfrute de los derechos ciudadanos y una gran heterogeneidad de intereses) llevó a que se pueda recibir con relativa facilidad la puesta en práctica de algunas arremetidas autoritarias.

<sup>(7)</sup> A esta misma conclusión llegan, por ejemplo, ABAD, Samuel y GARCÉS, Carolina "El gobierno de Fujimori: antes y después del golpe". En: *Lecturas sobre temas Constitucionales* N° 9. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 100-101.

instituciones del aparato estatal, lo cual implicaba cerrar el Congreso y el Tribunal Constitucional -entonces denominado Tribunal de Garantías Constitucionales- y los Gobiernos Regionales ya existentes, así como proceder a una recomposición de la judicatura, el Ministerio Público <sup>(8)</sup> y otras entidades estatales. Esta tarea, en la que Fujimori y su entorno contaron con el decidido apoyo de buena parte de los altos mandos de las Fuerzas Armadas, el gran empresariado local (propietario en el Perú de la mayor parte de los más influyentes medios de comunicación social) y el Servicio de Inteligencia Nacional, tuvo entonces su plasmación definitiva el 5 de Abril de 1992, fecha en la que el hasta entonces Presidente Constitucional de la República decide unilateral e inconstitucionalmente asumir plenos poderes, disolver el Congreso e intervenir directamente en el quehacer de todas las demás instancias con cierta relevancia dentro del organigrama del Estado Peruano.

El texto Constitucional de 1993, documento mediante el cual , como ya se ha explicado en reiteradas ocasiones <sup>(9)</sup>, se buscó legitimar jurídicamente este estado de cosas, no solamente consagrará un aumento prácticamente incontrolado de las atribuciones reconocidas al Presidente de la República <sup>(10)</sup>, sino que además permitirá la permanencia del mismo en el poder por dos períodos electorales

---

<sup>(8)</sup> Denominación que en el caso peruano recibe lo que en otros países se denomina Ministerio Fiscal, y que en el Perú tiene además como especial característica constituir un organismo autónomo que -por lo menos formalmente- no está sometido a los dictados del Gobierno, el Congreso o la judicatura, sino que actúa en forma independiente.

<sup>(9)</sup> En este sentido recomendaremos revisar lo expuesto entre otros por FERNANDEZ SEGADO, Francisco- "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993". En: GARCIA BELAUNDE, Domingo y FERNANDEZ SEGADO, Francisco- "La Constitución Peruana de 1993". Lima, Editora Jurídica Grijley, 1994; GARCIA BELAUNDE, Domingo y PLANAS, Pedro- "La Constitución Traicionada". Lima, Seglusa Editores, 1993, p.14; así como en nuestro "Algunas notas sobre la evolución del presidencialismo latinoamericano a la luz de lo previsto por la Constitución Peruana de 1993". Op. Cit., p. 60.

<sup>(10)</sup> Así, además de aquellas atribuciones tradicionalmente consideradas como propias de un Presidente Peruano y Latinoamericano (ver al respecto lo prescrito en el segundo párrafo de la nota dos del presente trabajo), la Constitución de 1993 le otorga al Presidente del Perú las responsabilidades de celebrar el grueso de los

consecutivos, a tenor de lo prescrito en el artículo 112 del texto al cual venimos haciendo referencia, norma cuyo contenido detallamos a continuación:

Constitución Política del Perú

"[...] Artículo 112.- El mandato presidencial es de cinco años. El Presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones."

Independientemente de todas las reservas y suspicacias que puede generarnos la admisión de la reelección presidencial inmediata de alguien que ya cuenta con tanto poder como el Presidente del Perú, la redacción del aquí antes reproducido artículo 112 de la Constitución Peruana de 1993 se prestó desde un principio a controversia, pues se discutía si es que al amparo de esta prescripción constitucional Fujimori no solamente podría presentarse como candidato a la primera magistratura de nuestro país en 1995 (sentido evidente e inicial de la norma en comentario), sino también si la misma eventualmente le habilitaría a ser candidato presidencial en el año 2000, lo cual le permitiría quedarse hasta por quince años como Jefe de Estado y Jefe de Gobierno del Perú. Las suspicacias sobre el particular aumentaron significativamente cuando los miembros del Congreso Peruano, lejos de aprobar una norma similar a la vigente en Argentina para hacer frente a una situación parecida, dictaron un conjunto de disposiciones destinadas a favorecer la permanencia fujimorista en el poder <sup>(1)</sup>. Dentro de este conjunto de disposiciones

---

Tratados en nombre y representación del Estado Peruano, irrogándose de esta forma competencias antes pertenecientes al hoy inexistente Senado, y sin mayor exigencia que el comunicar -esto es, dar cuenta- de los resultados de su labor al Congreso (artículo 118, inciso 1, concordado con el artículo 56 de la Constitución de 1993); y por si lo expuesto no tuviese suficiente relevancia, se le permite -entre otras cosas- nombrar directamente a los embajadores y ministros plenipotenciarios (artículo 118, inciso 12); determinar quiénes ascienden a las más altas jerarquías de las Fuerzas Armadas y Policiales (artículo 172) y otorgar indultos a quienes todavía son procesados en litigios seguidos ante la judicatura (artículo 118, inciso 21).

<sup>(1)</sup> En primer lugar, y mediante la Ley 26654, se introdujeron algunas modificaciones al Título Preliminar del Texto Unico de las Normas Generales sobre

sin duda alguna destaca la Ley 26657, ley a la cual intencionalmente se denominó de Interpretación Auténtica de la Constitución<sup>(12)</sup>, y cuyo fin era el de aclarar de forma definitiva las posibles dudas de interpretación que pudiese generar la redacción del artículo 112 del texto de 1993 para en base a ello permitir la candidatura fujimorista a las elecciones presidenciales del 9 de Abril del año 2000.

Ahora bien, y de acuerdo con la forma en la cual fue abordado este tema, la intención de habilitar la candidatura de Fujimori para un tercer período presidencial consecutivo era pues ya desde aquel entonces algo a todas luces evidente. Sin querer pasar a desconocer la veracidad

---

Procedimientos Administrativos, buscando así consagrar la Teoría de los Hechos Cumplidos en la actuación de la Administración Pública y reforzar el planteamiento por el cual el primer período por el que Fujimori sería elegido durante la vigencia del texto de 1993 sería el 1995-2000, pudiendo por ello presentarse nuevamente a la reelección para continuar desempeñando la Presidencia del Perú a lo largo del período 2000-2005 (e intentando así ignorar que entre 1993 y 1995 Fujimori tuvo su primer período presidencial al amparo de la Constitución de 1993). Luego es que dará la Ley 26657 o Ley de Interpretación Auténtica, norma sobre la que sin duda posteriormente hablaremos con mayor detalle.

<sup>(12)</sup> Como es de conocimiento general, el concepto "Interpretación Auténtica", surgido históricamente en el conflictivo escenario de las luchas entre el Parlamento y las todavía poderosas monarquías europeas del siglo XIX, apela a que la interpretación auténtica o interpretación por excelencia de cualquier norma es aquella efectuada por la misma instancia que elaboró dicha disposición normativa. Si por sí misma esta perspectiva interpretativa se nos presenta en líneas generales hoy como bastante discutible, ella nos resulta insostenible si la norma a interpretar es precisamente la Constitución Política de un Estado determinado, pues como bien sabemos, una Constitución es el resultado de la labor del Poder Constituyente. El Congreso Peruano no es ese Poder Constituyente, sino un Poder Constituido dentro de las pautas previstas por la Carta de 1993, y por ende, no puede hacer una interpretación auténtica de la Constitución. Únicamente le corresponde efectuar una interpretación vinculante de ese texto normativo, dentro de los parámetros que nuestro mismo ordenamiento jurídico la encuadra.

El uso del término «interpretación auténtica» aquí sin duda es erróneo, quedando por determinar si el equívoco se generó en un desconocimiento del legislador o en la intención de quienes entonces eran mayoría parlamentaria de emplear dicha denominación como elemento disuasivo de cualquier interpretación alternativa del precepto constitucional en cuestión, destinada a regular a duración de los mandatos presidenciales. No contamos con elementos de juicio suficientes para determinar cual de estas dos posibilidades es la que más se ajusta a lo ocurrido en la realidad.

de lo hasta ahora expuesto, justo es reconocer como ni aquella resolución emitida por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) habilitando bajo ciertos supuestos la candidatura fujimorista en 1995<sup>(13)</sup>, ni la confusa situación producida en el Tribunal Constitucional Peruano frente al cuestionamiento de constitucionalidad de la ley 26657<sup>(14)</sup> dejaron en el ambiente académico y la clase política nacional la impresión de haberse llegado a una perspectiva definitiva al respecto. La discusión jurídica y política sobre el particular seguía sin resolverse, y recién

<sup>(13)</sup> Estamos aquí refiriéndonos a lo dispuesto por el Jurado Nacional de Elecciones en su resolución 172-94-JNE, pronunciamiento cuyos alcances explicamos en detalle en la nota 15 de este mismo trabajo.

<sup>(14)</sup> La Ley 26657, mal llamada ley de Interpretación Auténtica de la Constitución (ver al respecto la nota doce de este mismo trabajo) fue cuestionada mediante Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima. La decisión sobre el particular causó una enorme polémica, pues luego de una primera votación -votación no consignada por escrito- donde la mayor parte de los miembros del Tribunal Constitucional Peruano habían apuntalado una postura contraria a la constitucionalidad de la ley en comento se procedió a una reconsideración de lo inicialmente acordado (posibilidad vista en la Constitución o en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), reconsideración en la cual dos miembros del Tribunal cambiaron su voto original para pasar a abstenerse de fallar, posibilidad que tampoco les otorgaba la Carta de 1993 o su misma Ley Orgánica.

Luego se llegará a la francamente insostenible situación por la cual en un mismo día el diario Oficial «El Peruano» recogía dos pronunciamientos abiertamente contradictorios entre sí sobre el particular, con el agravante de que ambos pronunciamientos intentaban ser presentados como la sentencia emitida en este caso concreto. Ante este confuso estado de cosas el Colegio de Abogados de Lima pidió una aclaración sobre la situación existente, frente a lo cual tres de siete miembros del Tribunal, autorizados por el Presidente de tan alta institución estatal, reiteran su pronunciamiento de si bien no declarar la inconstitucionalidad en abstracto de la Ley 26657, si la consideran inaplicable para el caso concreto del Ingeniero Fujimori. Ello en mérito a las atribuciones de control difuso que como jueces de la Constitución alegaban tener, soslayando así que ellos en rigor son miembros de una instancia que ejerce un control concentrado del texto constitucional.

Independientemente de la polémica doctrinal generada por esta situación (acompañada aun cuando sea doloroso decirlo, por hechos tan bochornosos como el robo de un proyecto de sentencia y acaloradas acusaciones de tipo personal), lo resuelto por el Tribunal Constitucional (TC) -que en rigor impedía la re-reelección del Presidente Fujimori- fue abiertamente cuestionado por el entorno presidencial y su mayoría parlamentaria, quienes terminaron incluso destituyendo de sus cargos a los tres miembros del TC que apoyaron la inaplicabilidad de la Ley 26657 al Ingeniero Fujimori, decisión abiertamente cuestionada por importantes sectores ciudadanos.

sería zanjada por un fallo cuya coherencia y consistencia luego pasaremos a analizar.

Sin embargo, y fuera de todo apasionamiento coyuntural, nos atrevemos a decir que si bien la fórmula peruana no es tan concluyente como la argentina, el sentido del artículo 112 de la Constitución del Perú de 1993 es claro: se admite la reelección presidencial inmediata, pero ésta solamente es posible por un máximo de dos períodos consecutivos, los cuales, en el mejor de los casos, permitirán que una persona pueda mantenerse constitucionalmente como Jefe de Estado y Jefe de Gobierno del Perú durante diez años seguidos. Situación interesante, y de indudable trascendencia para este caso en específico, es la de quien es Presidente antes, durante y luego de la aprobación de la Constitución Peruana de 1993, pero que ha llegado a tan alto cargo elegido de acuerdo con los parámetros previstos en la Constitución anteriormente vigente, la de 1979 (la cual por cierto no admitía la reelección presidencial inmediata). De acuerdo con los sectores allegados al fujimorismo, al haber sido Fujimori elegido Presidente de la República en 1990 bajo los parámetros de la Constitución de 1979, la primera elección y el primer período de gobierno que el ex Rector de la Universidad Nacional Agraria habría tenido al amparo de la Constitución de 1993 se produjo en 1995. En base a este razonamiento, llegan finalmente a la conclusión de que Fujimori sí podría ser Presidente de la República durante el período 2000-2005, ya que esa sería la primera vez que resultase nuevamente elegido para tan alto cargo de acuerdo con el texto constitucional de 1993.

Sin duda el razonamiento aquí esbozado es bastante sugerente, pero a nuestro parecer resulta abiertamente insuficiente si lo

---

Entonces, y frente a este confuso y desagradable contexto, muchos señalaron que lo finalmente resuelto por el Tribunal Constitucional Peruano al respecto carecía de todo valor. Sin embargo, (y a pesar de nuestras reticencias a admitir que una instancia de control concentrado pueda, a defecto de no conseguir una mayoría calificada para declarar la inconstitucionalidad de una norma, declararla inaplicable a un caso específico), no podemos negar que formalmente todavía existe un pronunciamiento sobre la inaplicabilidad de dicha norma a una persona en particular, decisión que al no haber sido impugnada debería cumplir los efectos jurídicos para las cuales fue prevista, salvo mejor parecer.

analizamos con cierto detalle. Diversas consideraciones podemos esgrimir al respecto, pero tal vez la más relevante está vinculada a la determinación del momento a partir del cual comienza a tener relevancia a la determinación del momento a partir del cual comienza a tener vigencia el texto constitucional de 1993. Como es de conocimiento público, la Constitución que venimos comentando fue promulgada y empezó a surtir plenos efectos a partir del 29 de Diciembre de dicho año. Es más, al adquirir desde ese momento completa vigencia el texto en cuestión, Fujimori gobierna de acuerdo con los parámetros establecidos por la Constitución de 1993 hasta el 28 de Julio de 1995, y, como bien señaló el Jurado Nacional de Elecciones a través de su Resolución 172 94-JNE, es por ello que puede presentarse a la reelección en 1995 <sup>(15)</sup>. El hecho de que su primer período de gobierno al amparo del texto de 1993 solamente durase poco más de un año no nos permite ignorar su existencia y relevancia.

<sup>(15)</sup> Como es de conocimiento público, en 1994 el ciudadano Tito Ura Mendoza interpuso una tacha en contra del candidato a la Presidencia de la República por la Alianza Electoral Cambio 90-Nueva Mayoría (y además, ya entonces Jefe de Estado y de Gobierno), Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, aduciendo que Fujimori había sido elegido para tan alto cargo en 1990, época en la cual, al amparo de lo dispuesto en la Constitución de 1979, no era posible que el Presidente de la República pudiese presentarse a la reelección en el período inmediatamente posterior a aquel para el cual había sido elegido. Recordemos entonces como en aquella ocasión el Jurado Nacional de Elecciones señaló que estaba ya en vigencia la Constitución Política de 1993, y admitiéndose en el artículo 112 de dicha norma la posibilidad de la reelección presidencial inmediata, Fujimori no estaba impedido de candidatear para seguir desempeñando tan importante cargo durante el período 1993-1995.

Resultaba entonces claro que para la máxima instancia de solución de conflictos en lo electoral del Perú Fujimori disfrutaba entre 1993 y 1995 de su primer período presidencial bajo los parámetros de la Constitución de 1993, pudiendo por ello presentarse a aquel que sería su segundo período consecutivo, aquel a desarrollarse entre los años 1995 y 2000. Es más, en ese mismo sentido se pronunció la entonces Personera Legal y Abogada defensora de los intereses del fujimorismo en esa lid electoral, la hoy congresista Martha Chávez. Pero por si lo expuesto no pareciera tener suficiente entidad, diremos también que esa misma parecía ser la postura institucional asumida por los miembros del autodenominado Congreso Constituyente Democrático (CCD), cuando a inicios de 1995 aprueban la Ley 26430, ley que recoge las diversas normas aplicables al ciudadano que ejerza la Presidencia de la República y postule a la reelección, posibilidad imposible de materializarse si no se hubiese admitido que ya estaba vigente el texto constitucional de 1993.

### III. LA ESPECIAL CONFIGURACION DEL SISTEMA ELECTORAL PERUANO COMO ELEMENTO DE VITAL RELEVANCIA PARA ANALIZAR LO RESUELTO A TRAVES DE LA RESOLUCION 2191-99-JNE

Una vez esbozada la coyuntura dentro de la cual se va a plantear la intención re-reeleccionista del fujimorismo en el Perú, no podemos ahora dejar de efectuar siquiera un brevísimo comentario sobre la especial configuración y margen de atribuciones otorgado a la instancia encargada de resolver en última instancia controversias a nivel electoral que puedan surgir en nuestro país: el Jurado Nacional de Elecciones (JNE). Este acercamiento al peculiar diseño de nuestro sistema electoral en general, y al del JNE en particular, tendrá como veremos a continuación una significativa relevancia para analizar la pertinencia jurídica de lo resuelto mediante la resolución 2191-99-JNE. Es por ello que pasaremos a abordar este tema de inmediato.

Como fácilmente puede suponerse si tomamos en cuenta la constante inestabilidad política en la cual ha vivido el Perú a lo largo de su existencia como república independiente (más de ciento veinte de los casi ciento ochenta años de vida republicana peruana han estado gobernados por autocracias civiles o militares <sup>(16)</sup>), durante buena parte de nuestra historia hablar de la realización de procesos electorales en los cuales se respetase escrupulosamente la voluntad popular era prácticamente referirse a un imposible fáctico. Es más, si nos ceñimos a lo expuesto por Basadre sobre el particular, todas las elecciones presidenciales efectuadas en el Perú a lo largo del siglo XIX -con las excepciones de los procesos realizados en 1872 y 1895- adolecieron de vicios fundamentales destinados a desconocer (o por lo menos condicionar) la voluntad popular <sup>(17)</sup>. Luego de un corto período durante el cual se intentó crear condiciones para la

---

<sup>(16)</sup> Información extraída de PANIAGUA, Valentín - Sistema Electoral. En: La Constitución de 1993. Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 10. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 222.

<sup>(17)</sup> BASADRE, Jorge - Historia de la República del Perú. Citado por PANIAGUA, Valentín - «Sistema Electoral». Op. cit., p. 223.

configuración de procesos electorales transparentes, desafortunadamente con la dictadura de Leguía (1919-1930) muy pronto se pasó a lo que algunos han llamado «un régimen desembozado de fraude institucionalizado»<sup>(18)</sup>.

Es precisamente esta nefasta experiencia del llamado oncenio de Leguía la que genera una seria preocupación por abordar el tema electoral dentro de pautas permanentes y confiables. Así vemos como mediante el Estatuto Electoral de 1931 (D.L. 7177) se configuró un sistema en el cual se consagraba un sufragio secreto y obligatorio y se facilitaba la participación de las minorías al acogerse un criterio de lista incompleta. Asimismo, se conformaban distritos electorales en base a circunscripciones departamentales<sup>(19)</sup>; se legitimaba la intervención de todos los ciudadanos en los procesos electorales, ya sea como miembros de Mesa, integrantes de partidos políticos o personeros de los candidatos; y se circunscribía a las Fuerzas Armadas al rol de mero garante de la seguridad y transparencia del sufragio y el escrutinio. Sin embargo, el aspecto tal vez más relevante impulsado por este Estatuto es el de creación de organismos cuyas funciones específicas eran la del registro, administración e impartición de la denominada justicia electoral: el Jurado Nacional de Elecciones y los Jurados Departamentales de Elecciones<sup>(20)</sup>.

<sup>(18)</sup> PANIAGUA, Valentín - "Sistema Electoral". Op. cit., Loc. Cit.

<sup>(19)</sup> Hasta antes del inicio del proceso de regionalización del país, proceso hoy prácticamente paralizado, el territorio peruano se dividía en Departamentos (veinticuatro en total), y éstos a su vez en Provincias y Distritos. Esto no ha cambiado lo referente a la configuración de las instituciones que son parte del sistema electoral Peruano, pues incluso actualmente continúa denominándose Jurados Departamentales de Elecciones a aquellas instancias a través de las cuales se canaliza y facilita las labores que en último término asumirá el JNE.

<sup>(20)</sup> Justo es señalar como a lo largo de nuestra historia ya habían existido instancias dispuestas a asumir este tipo de responsabilidades: la labor de la Junta Electoral Nacional (apoyada por las juntas Electorales Departamentales y las Juntas Provinciales de Registro y Escrutinio) en funciones hasta 1912 teóricamente buscaba ese mismo objetivo. Sin embargo, la relevancia del proceso iniciado en 1931 es insoslayable si tomamos en cuenta la total falta de libertad y transparencia electorales vivida en el Perú durante los once años de gobierno dictatorial de Augusto B. Leguía.

La propuesta que estaba detrás de este planteamiento, planteamiento cuyos parámetros definitivos se establecerán al amparo de lo previsto por la Constitución de 1933, era la de configurar un sistema electoral racional y confiable, encabezado por un órgano u organismo autónomo cuyas decisiones fuesen en principio inimpugnables <sup>(21)</sup>. Esa era la labor confiada al Jurado Nacional de Elecciones a lo largo de todo el territorio patrio, quehacer en el cual contaba con el apoyo de Jurados Departamentales subordinados a sus directivas y ubicados en diferentes puntos del país. Ahora bien, es necesario señalar que si bien los Jurados Departamentales en primer término, y el Jurado Nacional en segunda y definitiva instancia eran las instituciones consideradas competentes para -entre otras tareas- resolver todos los posibles contenciosos que pudiesen surgir vinculados a la materia electoral (aquello que habitualmente se conoce con el nombre de justicia electoral), estos organismos no eran parte del «Poder Judicial», y por ende, la naturaleza jurídica de sus funciones no resultaba muy clara. Muchos con razón se preguntaban entonces si estábamos ante un Tribunal especializado en materias electorales (y por ello, una instancia con funciones de corte jurisdiccional como aquellas que puede tener por ejemplo un Tribunal Constitucional en materia de justicia o jurisdicción jurisdiccional) o únicamente ante una instancia de la Administración Pública con atribuciones específicas y cuya autonomía se buscaba garantizar a rajatabla.

Esta estructura funcional, reforzada durante la vigencia de la Constitución de 1979, sufre algunos importantes cambios con la entrada en vigor del texto constitucional de 1993, en donde en base a criterios muy cuestionados por los constitucionalistas más calificados de nuestro medio se han distribuido las responsabilidades otrora exclusivas del Jurado Nacional de Elecciones entre tres organismos, dos de ellos inexistente hasta la aprobación de la Constitución que venimos comentando: la Oficina Nacional de Procesos Electorales

---

<sup>(21)</sup> En esa línea de pensamiento se entiende la denominación «Poder Electoral», denominación de discutible pertinencia técnica constitucionalmente otorgada al tratamiento de este tema.

(ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RNIEC). A la ONPE le corresponderá asumir la labor de organización de todos los procesos electorales, así como de los procesos de referéndum y demás posibilidades de consulta popular, trabajo que incluye -entre otras- la realización de tareas como la de elaborar y diseñar la cédula de sufragio, entragar actas y demás material necesario para efectuar los escrutinios o difundir los resultados de los diferentes procesos a los cuales venimos haciendo mención <sup>(22)</sup>. Al RNIEC le compete, entre otras responsabilidades, la preparación y actualización del padrón electoral <sup>(23)</sup>. El Jurado Nacional de Elecciones subsiste, aun cuando sus competencias se han circunscrito a lo prescrito en el artículo 178 de la Carta de 1993, conservando eso si -lo cual es de vital importancia para efectos de nuestro análisis- la atribución de administrar justicia en materia electoral <sup>(24)</sup>.

Muy a despecho de las importantes modificaciones aquí enunciadas, sigue entonces pendiente de respuesta la determinación de si el Jurado Nacional de Elecciones es un Tribunal con atribuciones de corte jurisdiccional, o es únicamente una calificada instancia de la Administración. Esto, aun cuando de primera impresión pareciera no ser muy importante, es sin duda un tema de innegable relevancia, pues en principio al margen de acción que tiene quien analiza una controversia como ésta sería muy distinta en uno y otro caso.

Y es que si acudimos al JNE únicamente como una instancia de la Administración, su margen de acción deberá circunscribirse a lo previsto en la Ley de Normas Generales sobre Procedimientos Administrativos, o eventualmente a lo prescrito en una norma especial al respecto. De acuerdo entonces con la norma general a la cual acabamos de hacer referencia, los medios impugnatorios habilitados

---

<sup>(22)</sup> Ver al respecto lo dispuesto en el artículo 182 de la Constitución de 1993 y demás normatividad de desarrollo de este precepto constitucional.

<sup>(23)</sup> En este sentido recomendamos revisar lo previsto en el artículo 183 de la Carta de 1993 y las diversas normas en las cuales se desarrolla este precepto constitucional.

<sup>(24)</sup> Esto es lo señalado en el cuarto inciso del Artículo 178 del texto constitucional peruano de 1993.

para cuestionar alguna resolución emitida por la Administración son, en líneas generales, los de los recursos de Reconsideración, Apelación y Revisión <sup>(25)</sup>. Si existe algún defecto en la tramitación de un procedimiento administrativo (y sobre todo, si dicho defecto de tramitación implica la paralización o infracción de los plazos respectivamente señalados), eventualmente podrá interponerse una queja ante el superior jerárquico del funcionario encargado de diligenciar dicho procedimiento <sup>(26)</sup>. Finalmente, la nulidad de un acto administrativo -única sanción ante la invalidez de la actuación de la Administración actualmente prevista en el ordenamiento jurídico peruano- podrá en el Perú incluso ser declarada de oficio por el superior jerárquico de quien expidió el acto cuestionado si se considera que con dicho acto se agravia el interés público <sup>(27)</sup>. Reiteramos eso si que lo expuesto recientemente no es obstáculo para reconocer la existencia de pautas diferentes a las aquí esbozadas si así lo señalan las normas especiales de procedimiento administrativo que pudieran abordar un tema en particular <sup>(28)</sup>.

La nulidad de un acto administrativo es pues, considerada mayoritariamente como la sanción al más alto grado de invalidez en el

---

<sup>(25)</sup> Como es de conocimiento público, la reconsideración es un recurso que se interpone ante el mismo organismo que dictó la resolución a la cual queremos impugnar. La interposición de este recurso en el Perú siempre exigirá además la presentación de nueva prueba instrumental, requerimiento cuya exigencia siempre ha generado importante controversia.

Por otro lado, el recurso de Apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió la resolución cuya validez recusamos para que dicha autoridad lo eleve a su superior jerárquica. Finalmente, excepcionalmente hay la posibilidad de emplear el Recurso de Revisión ante una tercera instancia administrativa si en las dos instancias previas quienes resolvieron fueron autoridades que no son de competencia nacional.

<sup>(26)</sup> Ver al respecto lo previsto en los artículos 105 y 106 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

<sup>(27)</sup> Eso es precisamente lo recogido por los artículos 109 y 110 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

<sup>(28)</sup> Así por ejemplo, la Ley Orgánica de Elecciones acoge como medio impugnatorio adicional a la tacha, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 110, 106, 107 y 108 de ese texto normativo.

cual puede incurrir determinada actuación de la Administración <sup>(29)</sup>. Ahora bien, esta sanción, si no es declarada de oficio por la misma Administración, debe solicitarse solamente a través de los canales procedimentales explícitamente previstos para ello. Lógica distinta es la vigente en el escenario jurisdiccional, en donde yo puedo deducir la nulidad de todo lo actuado (o la de alguna actuación judicial en particular) bajo parámetros mucho más flexibles, buscando así analizar con una óptica bastante más garantista los requerimientos invocados por los justiciables.

Pasemos entonces al análisis de una situación específica que bien podría producirse en un escenario como el peruano. Supongamos por un momento que alguien constitucionalmente no habilitado a postular a la Presidencia de la República decide inscribir su candidatura para tan alta responsabilidad. El Jurado Nacional de Elecciones no objeta esta situación, y luego de constatar el cumplimiento de los otros requisitos normativamente exigidos para aceptar dicha postulación, procede a la inscripción provisional de dicho acto en cuestión. Si asumimos a esta resolución que admite la inscripción provisional como un acto administrativo, dicha resolución sería sin duda alguna un acto nulo, pues tal como lo prescribe el inciso b) del artículo 43 de nuestra Ley sobre Normas Generales de Procedimientos Administrativos, son nulas todas las actuaciones de la Administración contrarias a la Constitución y a las Leyes.

Sin embargo, no queda claro cuál sería el camino procedimental a seguir para posteriormente declarar esa situación de nulidad. No cabría aquí la interposición de un recurso de reconsideración, únicamente invocable en el caso peruano si se cuenta con una nueva prueba instrumental. Tampoco una apelación, ya que ello implicaría un pronunciamiento de un superior jerárquico inexistente en este caso concreto. Otro tanto se podría decir del recurso extraordinario de revisión, el cual habilita una tercera instancia administrativa si el

---

<sup>(29)</sup> Justo resulta también anotar como existe un importante sector doctrinario que apuntala la distinción entre actos administrativos nulos y actos administrativos inexistentes. Los actos administrativos inexistentes serían aquellos en los cuales se incumplen requisitos o exigencias realmente elementales, obvias o evidentes.

pronunciamiento emitido por las dos instancias anteriores fue efectuado por autoridades que no tienen un ámbito competencial de carácter nacional, supuesto claramente distinto a aquel que venimos analizando, finalmente el recurrir a la nulidad de oficio lamentablemente aparece como una posibilidad constreñida a ser una atribución ejercida por el superior jerárquico de quien elaboró el acto que ahora todos cuestionamos <sup>(30)</sup>.

Y si a lo expuesto le añadimos que si contra las decisiones tomadas por el Jurado Nacional de elecciones no cabe recurso alguno (artículo 181 de la Constitución de 1993), podríamos llegar al absurdo que, si nos ceñimos a una lógica ortodoxamente formalista, si no se está dentro de los supuestos de un medio impugnatorio excepcional y específicamente previsto en la Ley Orgánica de Elecciones (en el caso peruano en concreto, el recurso de Tacha), los ciudadanos no tendrían canal procedimental válido para pedir se declare la nulidad de un acto abiertamente contrario a la Constitución, situación que a su vez tampoco podría revisarse en sede jurisdiccional nacional. Habiendo sido en este momento además puesta en tela de juicio la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el gobierno peruano, la ciudadanía estaría en la práctica también privada de subsanar la infracción constitucional existente y buscar el reconocimiento de sus derechos en el escenario internacional <sup>(31)</sup>. Las

---

<sup>(30)</sup> En realidad, la literalidad de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos solamente parecería autorizar la declaración de la nulidad de oficio como atribución de quien es superior jerárquico del funcionario que emitió el acto al cual consideramos nulo, postulado que en nuestra opinión es francamente inconveniente y poco tuitivo de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional. Ahora bien, necesario es señalar que este principio general ha sido dejado de lado por algunas disposiciones especiales. Asimismo, que el Proyecto de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, proyecto dado a conocer a la opinión pública mediante la Resolución Ministerial N° 198-97-JUS (del 22 de Septiembre de 1997) y que se encuentra pendiente de aprobación por el Congreso, reconoce en su artículo 202 la posibilidad de que el funcionario no sometido a subordinación jerárquica alguna pueda de oficio declarar la nulidad de sus propios actos si ellos incurren en alguno de los vicios incluidos en el artículo 10 de ese mismo proyecto. Vemos pues como se va caminando hacia una modificación de criterios que a todas luces se nos presenta como sumamente razonable y conveniente.

<sup>(31)</sup> Como bien sabemos, el artículo 205 de la Carta de 1993 prescribe que, una vez agotada la vía interna prevista para la tutela de los diversos derechos ciudadanos,

posibilidades de consagrar comportamientos realmente impunes de todo control a posteriori son pues altamente preocupantes.

No dudamos de las buenas intenciones de nuestros constituyentes y legisladores cuando durante muchos años han buscado preservar la actuación autónoma del Jurado Nacional de Elecciones. Sin embargo, el diseño normativo previsto al respecto es ambiguo, y por ende, nos puede llevar a situaciones tan disfuncionales y peligrosas como las aquí descritas. Si lo que se quiere es tener un Tribunal Nacional especializado en materia electoral, lo conveniente es plantearlo con toda claridad y luego apuntalar al mejor funcionamiento de las atribuciones de fisonomía jurisdiccional que se le han otorgado a dicha institución. Si por otro lado, la intención es potenciar la existencia de Administraciones independientes y altamente conocedoras de determinadas materias, no deberíamos olvidar que en un Estado de Derecho dentro del cual se reconocen ciertas atribuciones y privilegios a la Administración, éstos siempre deben poder ser susceptibles de un control jurisdiccional posterior. Y es que el saludable propósito de tutelar la autonomía de esas reparticiones de la Administración no puede ni debe convertirse en la vía mediante la cual se consagre la irreversible impunidad de preceptos constitucionales y derechos fundamentales de los ciudadanos.

La pregunta clave a esta altura de nuestra exposición es entonces la destinada a dilucidar como es que el Jurado Nacional de Elecciones ha asumido su labor. Aquí debemos decir que si bien nunca el JNE se ha pronunciado explícitamente al respecto, y muy a despecho de lo prescrito en alguna normatividad específicamente prevista al

---

cualquier persona podría buscar la protección de dichos derechos en el escenario internacional. Ahora bien, oportuno es acotar que la única instancia con carácter jurisdiccional a la cual puede hoy acudir un ciudadano peruano para el ejercicio concreto de esta prescripción constitucional es a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si, como ha ocurrido a la luz de los acontecimientos relacionados con el desarrollo del caso «Castillo Petruzzi y otros», el actual gobierno peruano no admite la competencia contenciosa de la Corte de San José en cualquier asunto vinculado con nuestro país, en el plano de lo fáctico se está despojando a toda la ciudadanía del derecho a llevar a la práctica ese precepto constitucional.

respecto, existen múltiples elementos por los cuales queda bastante clara cual es su percepción sobre el particular. En síntesis, el Jurado Nacional de Elecciones no parece asumirse como una instancia con atribuciones de carácter jurisdiccional, sino como un organismo autónomo dentro de la Administración cuyas decisiones tienen la particularidad de no poder ser cuestionadas judicialmente. Esta posición, que en nuestra modesta opinión no corresponde para nada a las atribuciones de fisonomía jurisdiccional que la también misma Carta de 1993 le concede, lamentablemente será decisiva para comprender lo resuelto por el JNE en el caso que motiva el presente análisis, aspecto que pasaremos a revisar a continuación.

#### **IV. EL PRONUNCIAMIENTO DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES SOBRE LA CONTROVERTIDA POSTULACION FUJIMORISTA, SUS ALCANCES Y REPERCUSIONES**

Conocido ya el contexto dentro del cual se produjo la resolución 2144-99-JNE, resolución mediante la cual el Jurado Nacional de Elecciones peruano habilita la inscripción provisional de la candidatura de Alberto Fujimori Fujimori a la Presidencia de la República, fácilmente puede presumirse como dicho pronunciamiento generó grandes resistencias. Ello explica la presentación de más de quince cuestionamientos a la postulación re-reeleccionista del fujimorismo. El grueso de ellos (los iniciados por los señores Antero Flores-Aráoz Esparza y otros, César Rodríguez Rabanal y otros, Ana Elena Townsend Díez-Canseco, el Decano del Colegio de Abogados de Lima y -por separado- los representantes o personeros legales de las agrupaciones políticas Partido Aprista Peruano, Movimiento Independiente Somos Perú, Partido Solidaridad Nacional y Frente Obrero Campesino Estudiantil y Popular) fueron tachas a la candidatura en si del Ingeniero Fujimori, y por ende, de su plancha presidencial. Pero por otro lado, también se presentaron varios recursos de nulidad contra la Resolución 2144-99-JNE, la resolución que admitía la inscripción provisional de la candidatura fujimorista (los presentados por el Partido Acción Popular, los señores Javier Díez Canseco Cisneros y Gustavo Mohme Llona, Ramón Ramírez Erazo, Mario Julián Chilo Quiróz y Juan

Ubaldo Valdivia Gonzáles y Julio Quintanilla Loayza) y una serie de pedidos y solicitudes diversas <sup>(32)</sup>.

Esta diversidad de caminos impugnatorios se explica en que, si asumimos la labor del JNE dentro de las pautas «administrativas» que el mismo Jurado esboza, el único medio aparentemente idóneo para atacar la situación generada por un candidato cuya postulación parece estar afectada por algún o algunos vicios, la tacha (medio impugnatorio explícitamente recogido en la Ley Orgánica de Elecciones con tal objetivo), se plantea siempre dentro de ciertos parámetros que no son fácilmente invocables en este caso en concreto.

Nos explicamos: y es que de acuerdo con lo previsto en el artículo 110 de la Ley Orgánica de Elecciones, solamente corresponde conceder aquellas tachas sustentadas en violaciones a las causales previstas en los artículos 106, 107 y 108 de esa misma Ley. Ahora bien, si hacemos un análisis de lo previsto en dichas normas, rápidamente podemos apreciar que los cuestionamientos efectuados a la re-reelección de Fujimori poco tienen que ver con los supuestos recogidos en las disposiciones antes mencionadas: el candidato-presidente es (o por lo menos, nunca se ha logrado probar lo contrario<sup>(33)</sup>) peruano de nacimiento, mayor de treinticinco años de edad, sin impedimentos para ejercer el derecho de sufragio y estar inscrito en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, requerimientos recogidos en el artículo 106 de la Ley que venimos comentando.

Asimismo, no se encuentra dentro de los supuestos previstos en los artículos 107 (ser ministro, viceministro de Estado o autoridad

---

<sup>(32)</sup> Nos estamos aquí refiriendo a la solicitud presentada por Tito Ura Mendoza (el mismo ciudadano cuyos cuestionamientos a la postulación fujimorista en 1995 motivaron la dación de la resolución 172-94-JNE), solicitud mediante la cual se pide se declare improcedente la nueva candidatura presidencial de Fujimori en razón de existir un supuesto fraude electoral; pero también a los requerimientos efectuados por Manuel Aguirre Roca y Jesús Gutarra Carhuamaca, requerimientos dirigidos a buscar que no se convierta en definitiva la inscripción del candidato-presidente y su fórmula electoral.

<sup>(33)</sup> Señalamos esto debido a que en algún momento públicamente se cuestionó que Fujimori Fujimori hubiese nacido en nuestro país, cuestionamiento cuyo sustento finalmente nunca logró acreditarse de forma fehaciente.

del más alto nivel nacional o regional que no haya renunciado -y dejado- su cargo por lo menos seis meses antes de la elección<sup>(34)</sup> y 108 (integrar cualquier lista de candidatos al Congreso de la República) de la Ley Electoral. Sin embargo, ello no necesariamente convalida la constitucionalidad de la postulación fujimorista, pues no olvidemos que la decisión tomada por el Jurado Nacional de Elecciones al admitir la inscripción provisional de Fujimori se recoge en una resolución que, como acto administrativo que asume ser<sup>(35)</sup>, puede incurrir en algún supuesto de nulidad. Si tomamos en cuenta además que uno de los casos en que un acto administrativo puede ser en el Perú declarado nulo es cuando dicho acto viola lo previsto en la Constitución, y aquí se alega haberse dejado de lado lo regulado en el artículo 112 del Texto constitucional vigente, la resolución mediante la cual se admitía la inscripción provisional de Fujimori era un acto administrativo viciado de nulidad.

Frente a lo recientemente expuesto, justo es decir que la Ley Orgánica de Elecciones no recoge expresamente la posibilidad de deducir la nulidad de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) en este tipo de situaciones, elemento que, como luego veremos, va a ser utilizado por el JNE como un aspecto destinado a justificar su pronunciamiento del 31 de diciembre de 1999, la ya citada resolución 2191-99-JNE. Ahora bien, no debemos olvidar que, aun asumiendo la labor del Jurado dentro de parámetros

---

<sup>(34)</sup> Para quienes no estamos de acuerdo con la posibilidad de una reelección presidencial inmediata en América Latina no deja de sorprendernos la existencia de normas como éstas, las cuales prohíben (o por lo menos, limitan) la postulación de altos funcionarios como los aquí reseñados pero que no son aplicables al funcionario público que indudablemente tiene mayor poder en el Perú: el Presidente de la República. La opción asumida en este caso por el legislador y el constituyente peruano, sin ser inconstitucional (es la misma Constitución de 1993 que habilita la reelección presidencial inmediata) nos parece, por ésta y otras consideraciones, manifiestamente inconveniente.

<sup>(35)</sup> Ello es consecuencia de la naturaleza jurídica que el mismo Jurado le otorga a su labor. Recomendamos ver al respecto el desarrollo en el apartado III de este mismo trabajo, apartado intitulado «La especial configuración del sistema electoral peruano como elemento de vital relevancia para analizar lo resuelto a través de la Resolución 2191-99-JNE».

netamente administrativos, lo dispuesto en el mismo Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos señala como dicha norma rige la actuación de las diversas entidades de la Administración Pública, siempre que por leyes especiales no se establezca algo distinto. Incluso admitiendo el carácter especial de la normatividad electoral, lo cierto es que ninguna de las disposiciones de la Ley Orgánica de elecciones parece proscribir el que se pueda solicitar la declaración de la nulidad de las resoluciones emitidas por el JNE, y por ello, es en nuestra modesta opinión un concepto cuya aplicación resulta plenamente invocable al caso concreto que venimos analizando. El problema será indudablemente el de a través de que medio impugnatorio podría válidamente canalizarse un tan sin duda valioso requerimiento.

Es en este contexto, y luego de una maratónica sesión en la cual durante unas cinco horas se dieron los informes orales de las diversas partes involucradas, el Jurado Nacional de Elecciones, mediante resolución 2191-99-JNE del 31 de diciembre de 1999, dió a conocer su decisión definitiva sobre el particular. En esta resolución, dictada con inusitada rapidez <sup>(36)</sup>, el JNE declaraba por unanimidad improcedentes las tachas deducidas contra la postulación fujimorista. Asimismo, por mayoría declaró la improcedencia de las nulidades deducidas contra la resolución del mismo Jurado por la cual se admitía la inscripción provisional de Fujimori Fujimori a la Presidencia de la República, criterio que como luego veremos no fue compartido por el miembro del Jurado Ramiro De Valdivia Cano. Y en lo referente a los pedidos efectuados por Tito Ura Mendoza, Manuel Aguirre Roca y Jesús Gutarra Carhuamaca, el voto en mayoría del JNE -al igual que hizo en el caso de las diferentes nulidades deducidas- los entendió como tachas (alegando para ello que éste era el único medio impugnatorio invocable en este caso) para luego, en función de esos parámetros, declararlos improcedentes.

---

<sup>(36)</sup> La resolución 2191-99-JNE fue emitida a las pocas horas de acabar los informes hechos por todos quienes impugnaron la resolución 2144-99-JNE y publicada en el Diario Oficial «El Peruano» al día siguiente, el 1º de Enero del año 2000.

La argumentación empleada por la mayor parte de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones para sustentar sus pronunciamientos sobre el particular busca ser detallada para así aparecer como difícil de cuestionar. Sin embargo, y como de inmediato trataremos de demostrar, no creemos que esta aparente abundancia de justificaciones nos lleve a conclusiones suficientemente consistentes que permitan sustentar una decisión tan polémica y discutible como la asumida en este caso en concreto. Pasemos pues a analizar críticamente las diferentes consideraciones esgrimidas por el JNE al respecto a modo de puntual comentario sobre lo recogido en la resolución 2191-91-JNE para luego proceder a señalar cuales son a nuestro parecer las repercusiones que dicho pronunciamiento puede generar tanto dentro como fuera de nuestro país.

#### **A) ALGUNAS CONSIDERACIONES ESPECIFICAS SOBRE EL VOTO EN MAYORIA**

El voto en mayoría del Jurado Nacional de Elecciones comienza señalando que en aplicación del principio de legalidad, los recursos de tacha contra la inscripción de candidatos a la Presidencia de la República deben fundamentarse en el incumplimiento de lo previsto en la Constitución de 1993 y la Ley Orgánica de Elecciones (Ley 26859) al respecto. En la medida de que ninguno de los recursos presentados apunta la vulneración de los supuestos recogidos en la Ley 26859, supuestos a los cuales ya hemos hecho referencia en otro apartado de este mismo trabajo, todas dichas tachas deberán ser declaradas improcedentes.

Sobre este punto diremos entonces que si bien la referencia al principio de legalidad aquí efectuada no nos parece del todo feliz, cierto es que resulta difícil encontrar correspondencia entre las causales formalmente establecidas para habilitar una tacha a un candidato presidencial y las sustentaciones presentadas para avalar esas impugnaciones. Creemos que el haber adelantado opinión acerca de este tema en otra parte del presente texto nos exime de mayores comentarios al respecto. Sin embargo, con lo expuesto resultaba evidente que el Jurado Nacional de Elecciones está muy lejos de absolver las diferentes inquietudes existentes al respecto. Quedaban pues sin ser resueltos temas como el de cuales eran los alcances de la resolución 172-94-JNE, pronunciamiento mediante el cual ya nuestra

máxima instancia de composición de conflictos a nivel electoral efectuaba una comprensión sobre cómo debían computarse los períodos presidenciales ejercidos por el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori; asimismo, no había sido precisada cual era la postura del JNE frente a las nulidades y además pedidos efectuados frente a este caso en particular, temas en los que el pronunciamiento del Jurado contiene en nuestra modesta opinión más de un aspecto bastante controvertido.

En lo referente a las coincidencias y/o a lo señalado anteriormente a través de la Resolución 172-94-JNE, el Jurado dirá que su pronunciamiento del 26 de Octubre de 1994 no constituye jurisprudencia obligatoria, «por haberse expedido dentro de un marco legal distinto al que se ha configurado como consecuencia de la Ley N° 26657»<sup>(37)</sup>. Aquí sin duda hay que irse con cuidado, pues si bien en rigor el concepto jurisprudencia apela a aquellas resoluciones judiciales que los magistrados emiten en ejercicio de su función jurisdiccional<sup>(38)</sup>, otras instancias -»Tribunales» Administrativos, por citar un ejemplo- también pueden emitir pautas que otorgan carácter vinculante a determinadas resoluciones que emiten en procura de solucionar conflictos entre particulares y la Administración Pública<sup>(39)</sup>. El apartarse de esas pautas también

---

<sup>(37)</sup> Texto extraído del segundo considerando de la resolución 2191-91-JNE.

<sup>(38)</sup> Entendiéndose además que el concepto «jurisprudencia» tiene una comprensión en sentido lato (todas las resoluciones judiciales que emitan los magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional, sin importar a que instancia o nivel pertenecen) y otra en sentido estricto (en la cual solamente se considera jurisprudencia a las resoluciones judiciales emanadas del máximo tribunal en cada sistema jurídico). Dos interesantes acercamientos a este tema son los de RUBIO, Marcial «El Sistema Jurídico». Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, p. 153; y HERRERA, Ricardo «El carácter vinculante de la jurisprudencia en el Perú». En: ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA -PROGRAMA DE FORMACION DE ASPIRANTES- Materiales de Enseñanza del Curso «Contexto Socioeconómico de la Magistratura». Lima, Noviembre de 1999, p. 22 y ss. (y en especial, p. 26 a 27).

<sup>(39)</sup> Coincidimos en este sentido con lo expuesto por HERRERA, Ricardo. Op. cit., p. 35 y ss, aun cuando dicho autor procederá allí a desarrollar la viabilidad de sus afirmaciones en contextos muy diferentes al que aquí venimos realizando.

es posible cuando hay pronunciamiento debidamente motivado de la instancia administrativa correspondiente, o cuando se dicta una ley o norma reglamentaria que así lo obligue <sup>(40)</sup>.

A esta última posibilidad parece apelar el Jurado Nacional de Elecciones cuando señala la existencia de un nuevo marco legal como consecuencia de lo previsto por la Ley 26657, mal llamada Ley de Interpretación Auténtica. Esta afirmación es por demás polémica, pues aún admitiendo los cuestionamientos sobre si se configuró o no una sentencia del Tribunal Constitucional Peruano al respecto, y no siendo proclives a admitir que una instancia de control concentrado de la Constitución puede dentro de un proceso (o de acuerdo con la Carta de 1993, Acción) de inconstitucionalidad y por su propia iniciativa ejercer un control difuso de la norma impugnada y declararla inaplicable para un caso específico <sup>(41)</sup>, lo cierto es que hasta

---

<sup>(40)</sup> Cabe aclarar además que aquello admitido como jurisprudencia puede, incluso en el caso peruano, en algunos momentos constituirse no en mera doctrina jurisprudencial, sino en verdaderas sentencias normativas, las cuales si son vinculantes para los futuros pronunciamientos de tribunales superiores e inferiores (en este mismo sentido opinan, por ejemplo, DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; GACIA BECEDAS, Gabriel y GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio -Instituciones del Derecho del Trabajo. Madrid, Ceura, 1983, p. 192-196; y HERRERA, Ricardo- Op. cit, p. 27).

Este precedente vinculante es el que ha sido recogido -lamentablemente con el equivoco nombre de Doctrina Jurisprudencial- por nuestro Código Procesal Civil vigente, así como en el artículo 9 de la Ley 23506 y 8 de la 25398 (normas que deben leerse y entenderse de acuerdo con las pautas recogidas por la Primera Disposición General de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) para la concerniente a resoluciones emitidas en procesos de Hábeas Corpus y Amparo. Entonces, si bien es discutible que pueda hablarse de cosa juzgada y precedente vinculante en el caso que venimos analizando (tal vez aquí lo propio sería hablar más bien de «cosa decidida»), también es cierto que una afirmación planteada en términos tan generales como los usados en el tercer considerando de la resolución 2191-99-JNE puede generar algunos innecesarios equívocos.

<sup>(41)</sup> Es a raíz de este caso que se han efectuado muchos comentarios sobre el particular, habiéndose presentado opiniones diversas al respecto. Así, por ejemplo, son conocidas las apreciaciones de Domingo García Belaunde, Alfredo Quispe Correa o Aníbal Quiroga León poco proclives a acoger la postura finalmente avalada por los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano de Mur. Sin embargo, han asumido posiciones favorables a dicha interpretación autores como Samuel Abad o César Landa. Una buena síntesis sobre la discusión existente en este tema, así como

hoy existe un pronunciamiento firmado por algunos integrantes del Tribunal Constitucional cuya validez formalmente no ha sido descartada, y que por ende, el JNE no debería incumplir, pues ello nos llevaría a desconocer el papel del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución actualmente vigente en nuestro país. El argumento utilizado entonces por el Jurado para justificar su cambio de posición sobre el particular es pues bastante discutible.

Luego de efectuar una referencia sobre la inconsistencia de uno de los aspectos usados por el Frente Obrero Campesino Estudiantil y Popular (FOCEP) para sustentar su tacha a la candidatura fujimorista, referencia que en líneas generales nos parece correcta <sup>(42)</sup>, el Jurado pasa a analizar (o por lo menos, ello es lo que señala hacer) la pertinencia de las diversas nulidades y demás pedidos efectuados por quienes también han impugnado la resolución 2191-99-JNE. Aquí está en nuestra modesta opinión, tal vez la parte jurídicamente más endeble del pronunciamiento del JNE, en donde buscando eludir el entrar en detalles sobre la verdadera cuestión de fondo en esta

---

una interesante apreciación personal sobre el mismo, la encontramos en FERNANDEZ SEGADO, Francisco- En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Mayo- Agosto 1999.

<sup>(42)</sup> El Frente Obrero, Campesino, Estudiantil y Popular (FOCEP) incluye como uno de los fundamentos de hecho y de derecho de su tacha a la candidatura fujimorista el de la existencia de un proceso penal contra el Presidente Candidato por supuesto delito de Traición a la Patria en agravio del Estado, causa que se estaría siguiendo ante el Consejo Supremo de Justicia Militar. Al respecto, debemos señalar que la norma que regula este tema, la Ley 27163, es muy clara al establecer cuales son los supuestos donde es posible avalar este tipo de denuncias: en primer lugar, estar incurso en los impedimentos previstos en el artículo 33 de la actual Carta Magna; en segundo término, encontrarse comprendido en un proceso penal con acusación fiscal o mandato de detención. De la documentación que obra en autos (en nuestra opinión, el Jurado finalmente hace bien cuando, tomando en cuenta la relevancia y especial naturaleza de lo discutido, otorga mérito probatorio a las fotocopias simples alcanzadas sobre el particular por el FOCEP) no puede acreditarse la veracidad de lo señalado por los recurrentes, por lo cual estas alegaciones no resultan ser condición suficiente para avalar la pertinencia de la impugnación presentada. Ahora bien, preocupa apreciar como el JNE no parece tomar ninguna acción de oficio destinada a confirmar o denegar la veracidad de lo sostenido por los recurrentes, nueva muestra del excesivo formalismo con el cual actuó el Jurado a lo largo de esta controversia.

controversia -el sentido y alcances que se da al artículo 112 de la Constitución de 1993, y la eventual confirmación<sup>(43)</sup> de un acto administrativo violatorio de dicho precepto constitucional- esta importante institución se ampara en argumentos las más de las veces excesivamente formales, y en algunos casos, técnicamente bastante cuestionables.

Explicitemos entonces el sentido de ésta nuestra última aseveración. El razonamiento del JNE sobre el particular asume como pauta básica de su sustentación el carácter de normatividad especial que tiene la Ley Orgánica de Elecciones en el tratamiento de este tipo de situaciones. Esta especialidad haría que sus disposiciones prevalezcan sobre las de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, las cuales prácticamente deberían ser dejadas de lado en el desarrollo de estos temas en específico<sup>(44)</sup>. Planteadas las cosas de esta manera, si frente a lo ya expuesto el JNE anota que la Ley Orgánica de Elecciones únicamente habla de nulidad al abordar la posibilidad de declarar nulo un proceso electoral cuando no se han respetado las pautas prescritas en sus artículos 363 y siguientes (normas que deben entenderse en concordancia con lo previsto en el artículo 184 de la Constitución de 1993)<sup>(45)</sup>, fácilmente podemos apreciar que el Jurado llegará a la conclusión de que los recursos de nulidad interpuestos contra la resolución que admitía la

---

<sup>(43)</sup> Al erróneamente circunscribir su tarea a un ámbito meramente administrativo, soslayando así el carácter eminentemente jurisdiccional de estas responsabilidades a su cargo, el JNE -que además hace una lectura bastante formalista de los causales procedimentales puestos a su disposición en este caso en concreto- llega entonces a una situación en la cual la única opción a la que consideraría habilitada nos llevaría casi por inercia a la ratificación de lo dispuesto por la resolución 2144-99-JNE, no en mérito a que ésta no fuese nula, sino a que no existiría mecanismo alguno que le permita adjudicarle a esta resolución la sanción de invalidez radical que en justicia le corresponde. Sin duda alguna nada puede ser más dañino para la plena vigencia del Estado de Derecho que asumir posturas e interpretaciones como las aquí descritas, y por ello, corresponde recusarlas con la mayor energía posible.

<sup>(44)</sup> Ver al respecto en el considerando sexto del voto en mayoría recogido por la Resolución N° 2191-99-JNE.

<sup>(45)</sup> En este sentido, ver el noveno considerando de la Resolución N° 2191-99-JNE.

inscripción provisional de Fujimori no son “recursos impugnativos (SIC) previstos en el ordenamiento jurídico electoral” <sup>(46)</sup>, y para poder darles algún trámite, los asimilará a la condición de tachas, medio impugnatorio si explícitamente recogido por la Ley 26859 <sup>(47)</sup>.

Ahora bien, y aún admitiendo la pertinencia de esta harto discutible asimilación, la misma, lejos de ser empleada buscando la tutela de los derechos invocados por quienes impugnan la resolución 2144-99-JNE, fue de inmediato utilizada por el JNE como elemento para descalificar la procedibilidad de las impugnaciones planteadas al haber sido éstas interpuestas sin haberse pagado la tasa correspondiente, pago exigido expresamente por el artículo 110 de la Ley Orgánica de Elecciones como requisito para la tramitación y pronunciamiento de cualquier tacha ante el Jurado Nacional de Elecciones. Estamos pues ante una postura que -por decir lo menos- resulta muy poco tuitiva del derecho fundamental de petición ejercido en este caso, derecho cuyo ejercicio se impide en los hechos al efectuar una interpretación claramente restrictiva como la aquí reseñada, interpretación que no solamente no tiene sustento legal conocido, sino que además infringe abiertamente uno de los principios centrales de toda interpretación constitucional, el principio Favor Libertatis o de preferencia por los Derechos Fundamentales <sup>(48)</sup>.

---

<sup>(46)</sup> er al respecto el quinto considerando de la Resolución N° 2191-99-JNE. Sobre el particular, no podemos además dejar pasar la ocasión sin anotar nuestra preocupación al apreciar como una instancia de tanta relevancia como el Jurado Nacional de Elecciones reitera el tremendo error (ya consignado en la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, la cual pronto esperamos se modifique en este punto) de referirse a «recursos impugnativos».

Como bien sabemos, los medios impugnativos (o impugnatorios) son en líneas generales de dos tipos: recursos y remedios. Mal puede entonces hablarse de recursos impugnativos, sino que corresponde más bien referirse al nombre genérico de medios impugnativos o a la denominación específica de recursos.

<sup>(47)</sup> En este sentido, ver lo expuesto en el quinto considerando de la Resolución N° 2191-99-JNE.

<sup>(48)</sup> Sobre el principio «Favor Libertatis» como criterio de interpretación constitucional recomendamos revisar a GARCIA BELAÚNDE, Domingo - «La Interpretación Constitucional como problema». ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA- (Programa de Formación de Aspirantes). Materiales de Enseñanza del Curso de Derecho Constitucional para Aspirantes a Magistrados. Lima, 1999, p. 141.

En pocas palabras, diremos entonces que el Jurado no solamente se limita a efectuar una comprensión parcial (y por ende, distorsionada) del criterio de interpretación por el cual las normas especiales siempre priman sobre las normas generales, sino que luego realizará una asimilación de una disposición de la Ley 26859 para así crear una restricción inicialmente no prevista al ejercicio de un derecho invocado por un importante sector ciudadano. A nuestro parecer, son aquí por lo menos dos los graves errores que se cometen: en primer lugar, aparentemente se olvida la existencia de una relación de una supletoriedad entre la Ley Orgánica de Elecciones y la Ley de Normas Generales sobre Procedimientos Administrativos, supletoriedad gracias a la cual si el llamado a aplicar la normatividad electoral no encuentra regulado un tema específico dentro de la Ley 26859, buscará la solución a la controversia que viene haciendo frente (salvo que hubiese una limitación expresa al respecto, limitación inexistente en el caso en comento) remitiéndose a lo previsto en el Decreto Supremo 02-94-JUS, decreto que recoge el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales sobre Procedimientos Administrativos.

Y como si este olvido no tuviese de por sí suficiente entidad, el mismo sirve para luego variar los términos del petitorio efectuado por los recurrentes y, en base al nuevo petitorio "construido" de esta manera, descartar la validez del mismo por un aspecto meramente formal, el del pago de una tasa. Mentiríamos entonces si dijéramos que no nos preocupa un pronunciamiento como éste, mediante el cual una a nuestro parecer clara intención de eludir un pronunciamiento sobre el tema de fondo a discutir en este caso en concreto -el de como debían computarse los períodos presidenciales ejercidos por Fujimori al amparo de lo recogido en la Constitución Peruana de 1993- ha llevado a los miembros del Jurado Nacional de Elecciones a emplear argumentaciones que no solamente son de discutible aplicación a esta situación específica, sino que además pueden crear peligrosos precedentes para la solución de futuras controversias ante tan importante institución.

Resulta entonces innegable que nos encontramos frente a un acto administrativo nulo - la Resolución 2144-99-JNE - cuya declaración de nulidad no debiera ser soslayada. Sin embargo, si asumimos como válida la equívoca concepción que el Jurado le otorga a aquellas responsabilidades que constitucional y legalmente le han sido

otorgadas, aquí subsiste un grave problema, el cual en nuestra modesta opinión la mayoría no aborda con claridad, y que quizás le hubiese permitido alcanzar conclusiones similares a las cuales arribó finalmente, aun cuando en este caso sustentadas por una fundamentación que, a pesar de también parecernos recusable, en principio se nos presenta como más coherente con sus puntos de vista sobre el particular.

Y es que hasta donde nos lo permite nuestra memoria no recordamos que exista dentro de la normatividad electoral una disposición que habilite al JNE declarar de oficio la nulidad de una de sus resoluciones. Ello nos obliga sin duda a acudir a lo previsto en la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, la cual, en nuestra opinión erradamente, solamente autoriza el uso de esta posibilidad al superior jerárquico del funcionario quien emitió la resolución que se reputa nula <sup>(49)</sup>. Una lectura literal de lo dispuesto en el artículo 110 de dicha norma le impediría entonces al Jurado poder remediar el yerro cometido con la Resolución 2144-99-JNE. Un desarrollo de esa interpretación literal únicamente le permitiría al Jurado Nacional de Elecciones acoger el requerimiento de declarar la nulidad de la resolución 2144-99-JNE si dicho requerimiento fuese planteado por las partes en controversia a través de la vía procedimental correspondiente.

Además, siguiendo esa línea de razonamiento más bien literal, y no existiendo en la Ley Orgánica de Elecciones un mecanismo idóneo para canalizar dicha solicitud (la tacha sirve para otros fines), solamente un eventual recurso de reconsideración -tal como este se

---

<sup>(49)</sup> Ver al respecto lo previsto en el artículo 110 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, disposición cuya modificación en este punto a todas luces se nos presenta como indispensable .

Ahora bien, justo es decir que algunas instancias, al amparo de la referencia por la cual la nulidad de una Resolución Suprema deberá declararse también por Resolución Suprema (referencia efectuada dentro del mismo artículo 110 del texto antes mencionado), han declarado la nulidad de oficio de sus propias resoluciones. Estamos aquí sin duda ante una salida interesante y bastante más garantista al problema, pero que tiene la dificultad de aparecer como contrapuesta a las previsiones legales hoy vigentes sobre el particular, con todo lo que ello involucra.

encuentra previsto en la ley de Normas Generales sobre Procedimientos Administrativos y sus recientes modificaciones <sup>(50)</sup>-sería, si asumimos como válida la lógica dentro de la cual el Jurado entiende los alcances de las tareas que constitucionalmente le han sido confiadas, el único medio mediante el cual podría canalizarse el en nuestra opinión justo reclamo generado por la inconstitucionalidad de la Resolución 2144-99-JNE, máxime si hay un pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional -cuestionable para muchos, pero formalmente vigente- sobre la aplicación de la Ley de «Interpretación Auténtica» al ciudadano Alberto Fujimori Fujimori.

Para dar trámite y eventualmente acoger dicho recurso tendría que cumplirse con alcanzar una nueva prueba instrumental, requisito cuya exigibilidad siempre nos ha parecido inconveniente, y que además no aparece como uno de fácil obtención y plasmación en este caso en concreto. Así el Jurado Nacional de Elecciones quizás hubiese podido llegar a conclusiones muy similares a las que finalmente obtuvo, pero sin que ello signifique -entre otras cosas- el desconocimiento de un pronunciamiento expreso de quien es Supremo Intérprete de la Constitución en nuestro país o el pretender ignorar una relación de supletoriedad tan importante como la existente entre lo previsto en la Ley Orgánica de Elecciones y las normas generales vigentes, en el Perú sobre Procedimientos Administrativos, por solamente mencionar dos aspectos harto conflictivos del pronunciamiento que venimos analizando. Sin embargo, la mayoría del Jurado no solamente opta por una interpretación excesivamente formalista para afrontar un tema tan delicado como el abordado en este caso, sino que además dicho ritualismo formal no se nos presenta como suficientemente coherente en la configuración de sus propios considerandos.

---

<sup>(50)</sup> Ver sobre el particular lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley antes mencionada, así como las modificaciones introducidas a través de la Ley 26810. La gran dificultad para la interposición de este recurso en el presente caso sería sin duda, y como ya hemos dicho en otro apartado del presente trabajo, el de la existencia de nueva prueba instrumental.

**B) BREVES NOTAS SOBRE EL VOTO SINGULAR DEL DOCTOR RAMIRO DE VALDIVIA CANO**

Sin embargo, justo es decir que lo resuelto por la mayoría de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones no fue por lo menos en todos sus extremos respaldado por uno de los integrantes de tan importante institución, el Doctor Ramiro de Valdivia Cano. Éste, en un escueto pero no por ello menos relevante voto singular, señalará - luego de coincidir con la mayoría de sus colegas en descartar el uso de la tacha como un medio idóneo para cuestionar la postulación fujimorista dentro de los parámetros en que dicha postulación venía efectuándose - que: “[...] el artículo 112 de la Constitución Política establece que el Presidente de la República puede ser reelegido de inmediato para *un período adicional*”<sup>(51)</sup>, y en mérito a ello, así como al uso de las competencias de fiscalización de la legalidad del ejercicio del sufragio y realización de los procesos electorales propios del Jurado, y a la aplicación del principio de jerarquía normativa, declarar fundados todos los petitorios y recursos de nulidad interpuestos contra la Resolución 2144-99-JNE en cuanto dicha resolución violente el mandato contenido en el artículo 112 del texto constitucional Peruano de 1993<sup>(52)</sup>.

Aun cuando De Valdivia no entra en mayores detalles destinados a precisar como sustenta las conclusiones a las cuales llega, su voto tiene -independientemente de que estemos de acuerdo o no con la sustentación jurídica del mismo- el mérito de no eludir el problema de fondo, a pesar del limitado margen de acción de las atribuciones que este mismo magistrado parece considerar que le han sido formalmente otorgadas a su institución (de lo resuelto por De Valdivia tampoco queda claro cual es el carácter que dicho magistrado le reconoce al Jurado Nacional de Elecciones frente a este tipo de casos), la normatividad vigente sobre el particular y las especiales características de la situación específica que venimos analizando le

---

<sup>(51)</sup> Ver al respecto el tercer considerando de dicho voto singular.

<sup>(52)</sup> En este sentido recomendamos revisar el punto segundo de la parte resolutive de este voto singular.

permitían, lo cual indudablemente debe ser resaltado. Nunca olvidemos que, si bien existen ciertas pautas que una correcta interpretación constitucional nunca puede soslayar, también es cierto que esta clase de interpretaciones no pueden desconocer aquello que Domingo García Belaúnde con acierto denominaba “previsión de las circunstancias”<sup>(53)</sup> y, aun cuando a veces parezca demasiado romántico señalarlo, el respeto a consideraciones de justicia material sin las cuales las normas jurídicas pueden convertirse en formas huecas y hasta retardatorias de la consolidación del Estado de Derecho que, por lo menos en el plano del discurso, dicen buscar proteger.

Hasta aquí el comentario más bien en detalle sobre lo resuelto por el JNE en un caso tan delicado como éste. Sin duda son muchas las lecturas y especulaciones que pueden efectuarse sobre el particular, pero ahora especialmente haremos referencia a aquellos aspectos vinculados con el ejercicio de las labores jurisdiccionales (hayan sido éstas asumidas por el Poder Judicial o por algunos organismos con funciones de tipo jurisdiccional que no son parte de la judicatura ordinaria), tema de innegable importancia si lo que se quiere es asegurar es la real existencia de un Estado Social y Democrático de Derecho. Pasemos pues, a modo de conclusión del presente trabajo, a efectuar una breve reflexión sobre el particular, tarea que afrontaremos de inmediato.

#### **V. BREVE COMENTARIO SOBRE LAS DIFERENTES REPERCUSIONES DE LO RESUELTO POR EL JNE TANTO PARA EL PERU COMO PARA EL RESTO DE NUESTRO SUBCONTINENTE**

Si lamentablemente existe una constante en la actuación de las instancias con atribuciones jurisdiccionales en el Perú y en buena parte de América Latina es la de negarse a admitir que son titulares de dichas facultades, o -por lo menos- el rehusarse a ejercerlas a cabalidad. La excesiva carga de trabajo a la cual están sometidas estas

---

<sup>(53)</sup> Concepto desarrollado por GARCIA BELAUNDE en «La Interpretación como problema». Op. cit., p. 140-141.

instituciones, una formación demasiado formalista de quienes la componen o un significativo temor ante las presiones de diferente tipo ejercidas sobre los juzgadores suelen ser los elementos en los cuales parece sustentarse este aspecto realmente recurrente en los diferentes sistemas de gobierno <sup>(54)</sup> de nuestro subcontinente.

En este contexto, muy favorable para la promoción de regímenes tan cargados de componentes autoritarios como aquellos adscritos al presidencialismo latinoamericano (para nadie es un secreto el comprobar que no existe Estado Social y Democrático de Derecho si realmente no puede ejercerse un control de fisonomía jurisdiccional a las labores desempeñadas por diversos entes públicos o privados), la inexistencia de un diseño institucional adecuado suele constituirse en un elemento adicional para apuntalar esa mezcla de formalismo y autorestricción que lamentablemente ha estado frecuentemente presente en las labores efectuadas por las judicaturas de nuestro países.

Lo ocurrido entonces en relación a lo resuelto recientemente por el Jurado Nacional de Elecciones peruano mediante su resolución 2191-99-JNE es desafortunadamente un claro ejemplo de lo que acabamos de señalar. Por razones que aquí no nos compete analizar, el grueso de los integrantes de una institución con atribuciones de innegable fisonomía jurisdiccional en el ámbito de lo electoral opta por asumir una perspectiva sumamente restrictiva de su margen de acción, y dentro de ella, evita abordar un tema de vital importancia dentro de la lucha por construir un verdadero Estado de Derecho en nuestro país (como es el del respeto a las

---

<sup>(54)</sup> Cuando hablamos aquí de sistemas de gobierno nos referimos a lo que otros autores denominan "formas de gobierno en sentido amplio" es decir, en este caso nuestra preocupación se encuentra fundamentalmente dirigida a dilucidar cuál es el órgano estatal que tiene una especial preponderancia dentro de la estructura del Estado en un país determinado.

En este mismo sentido se pronuncian diversos autores, entre los cuales podemos mencionar a LUCAS VERDU, Pablo - "Principios de Ciencia Política", Tomo II. Madrid, Tecnos, 1973 o GARCIA BELAUNDE, Domingo- "Forma de Gobierno en la Constitución Peruana", publicación originalmente aparecida en Revista de Estudios Políticos N° 74, 1991, y luego -en versión revisada y corregida- en su libro "La Constitución en el Péndulo". Arequipa, Universidad Nacional de San Agustín, 1996. p. 71 y ss.

reglas de juego previamente establecidas para postular y desempeñar la primera magistratura de la República) acudiendo a argumentos esencialmente formalistas, cuando no jurídicamente discutibles, argumentos que incluso en nuestra modesta opinión no son lo suficientemente coherentes con la lógica que preconizan para luego en base a ellos apuntalar las conclusiones a las cuales finalmente arriban. Es más, establecen más bien, un preocupante precedente sobre cual es el nivel de relación existente entre lo resuelto por diversas instancias estatales, y en particular, genera un a todas luces inconveniente cuestionamiento sobre el rol y los efectos otorgados a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, instancia a la que indiscutiblemente corresponde reconocerle su rol de supremo intérprete de nuestra Constitución.

Nada de esto, como bien podemos suponer, favorece a la consolidación del Estado de Derecho en el Perú; y es más, puede constituirse en un poco recomendable ejemplo a seguir en otros países del subcontinente cuando ellos deban hacer frente a situaciones similares.

Conviene entonces en el caso peruano efectuar las reformas constitucionales que se reputen convenientes para perfilar mejor las tareas a considerarse como propias del Jurado Nacional de Elecciones: o lo convertimos en una instancia especializada parte del Poder Judicial, u optamos por configurarlo como una Administración independiente especializada en lo electoral, administración de la que algunas de sus decisiones podrían ser impugnadas mediante Amparo Electoral ante alguna instancia de la judicatura ordinaria o ante el mismo Tribunal Constitucional. Sin embargo, modificaciones como las aquí reseñadas son a nuestro parecer únicamente condición necesaria más no suficiente para proporcionarle una solución más bien definitiva a este tipo de controversias.

Explicitemos entonces el sentido de ésta nuestra última aseveración. Si, como ocurre desde hace muchos años consideramos a los escenarios de fisonomía jurisdiccional como los en principio más tuitivos de la plena vigencia de los Derechos Fundamentales y demás preceptos constitucionales, no debemos únicamente limitarnos a impulsar un proceso de eventual revisión judicial de las diferentes

actuaciones de la Administración <sup>(55)</sup>. No corresponderá además -y esto es quizás más importante- la responsabilidad de imbuir a quienes asumen estas tareas de carácter jurisdiccional de un espíritu de respeto a lo dispuesto en la Constitución, así como de defensa y promoción

<sup>(55)</sup> Este es sin duda un tema discutido y discutible, máxime cuando históricamente muchos han defendido la existencia de "actos políticos", "actos de direccionalidad política" o "cuestiones políticas" no justiciables. Sin embargo, justo es señalar que estos conceptos se baten hoy en retirada dentro del Derecho Comparado. Así, por ejemplo, en Alemania abiertamente se niega la existencia de actos gubernamentales no susceptibles de control judicial; y en Estados Unidos comienza a efectuarse una clara distinción entre "matters of substance" (aspectos de contenido) y "matters of processure" (aspectos de procedimiento). Frente a este último tipo de problemas ya comienza a admitirse el control judicial.

El ejemplo español es especialmente interesante sobre el particular, pues si bien formalmente se continúa admitiendo (al igual que en Italia o en Francia) que están exentos del control de legalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa aquellos actos de relación institucional entre los organismos superiores del Estado, ya mediante la Sentencia de su Tribunal Supremo del 28 de Junio de 1999 reconoce que "cabe el control jurisdiccional de actos de dirección política del Gobierno, aún cuando únicamente dirigido a apreciar si éste, en la conformación de su voluntad política, ha respetado unos límites o requisitos previos impuestos por el legislador mediante «conceptos jurídicamente asequibles» (Sentencia en el caso "Eligio Hernández" y la legalidad de su nombramiento como Fiscal General del Estado). Este mismo criterio fue desarrollado, aunque en nuestra opinión en forma errónea, por el mismo Tribunal Supremo Español en los casos «Oñederra», «Lasa y Zabala» y «Lucía Urigoitia», casos de 1997. Un análisis más detallado sobre nuestra opinión ante lo resuelto por el Alto Tribunal Español está recogida en nuestro "Algunos alcances sobre la posibilidad de revisión judicial de aquellos actos calificados como "políticos" o "de direccionalidad política". En: Revista Jurídica del Perú, Año XLVIII, N° 14, Lima, Enero-Marzo 1998, p. 63 y ss.

Ahora bien, este reconocimiento de las diferentes atribuciones judiciales no debe confundirse con el paso de una dictadura de los jueces. Coincidimos entonces plenamente con Eduardo García de Enterría cuando, intentando precisar cuales son las funciones propias de quienes desempeñan tareas de tipo jurisdiccional, señala que «[...] Al sistema jurídico no le interesan nada las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas luego llegar a su efectividad última, lo que les impone operar necesariamente con sus principios depurando y afirmando su balance « [cita extraída de su artículo: «La democracia y el lugar de la Ley» En: REDA N° 92, Madrid, Civitas, Octubre-Diciembre 1996, páginas 609 y ss.] Quienes desempeñan labores jurisdiccionales no se limitarán pues a ser «la boca de la Ley», pero no por ello pueden pasar a actuar al margen de lo dispuesto por la Constitución y la normatividad vigente, o dejar de respetar las competencias propias de los otros poderes públicos.

de los valores que están recogidos por dicho texto constitucional. Ello demanda el tener unos juzgadores caracterizados no solamente por su independencia de criterio o su conocimiento de la normatividad jurídica vigente, sino también -por no decir fundamentalmente- por su disposición a dar soluciones justas y definitivas a aquellos difíciles problemas a los cuales muchas veces deberán hacer frente.

Sin personas que asuman sus labores jurisdiccionales ciñiéndose a pautas como las que acabamos de reseñar, no solamente -por citar un ejemplo- daremos cabida a cuestionables estrategias destinadas a soslayar la existencia de una siempre conveniente alternancia en el poder, sino que definitivamente pondremos en entredicho la culminación del proceso de construcción de verdaderos Estados de Derecho en América Latina, aspiración con la cual supuestamente todos nosotros deberíamos estar decididamente comprometidos, salvo mejor parecer.

# EL DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACION SIN CENSURA PREVIA EN EL CONTEXTO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO INTERAMERICANO Y CHILENO

Humberto Nogueira Alcalá (\*)

**Sumario:** 1. Consideraciones previas de contexto jurídico. 1.1. Los derechos esenciales forman parte de un sistema de doble fuente. 1.2. Los derechos esenciales constituyen un límite de la soberanía estatal. 1.3. Resoluciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana y cosa juzgada interna. 2.2. La interpretación de la C.I.D.H. Informe N° 1196. Caso 11.230 (Chile) del 3 de mayo de 1996. (Caso Martorell): Conflicto libertad de expresión y derechos a la privacidad y honor. Anexo.

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS DE CONTEXTO JURIDICO

La protección de los derechos esenciales constituye un principio general del derecho internacional y base esencial de nuestros ordenamientos jurídicos, existiendo jurisdicción concurrente entre el derecho interno y la jurisdicción internacional o supranacional en la materia.

La afirmación de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales en el derecho internacional positivo contemporáneo

---

(\*) Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca (Chile).

constituye desde la perspectiva jurídica, una transformación profunda del derecho internacional ya que implica reconocer en el plano de los Estados que junto al principio de la soberanía se encuentra hoy el principio constitucional y estructurante del orden internacional contemporáneo de los derechos humanos <sup>(1)</sup>.

La concepción de la soberanía externa alcanza su máximo esplendor y su momento trágico en la primera mitad del siglo XX con la Segunda Guerra Mundial. En efecto, al término de ella quedó sancionado el fin de la soberanía externa ilimitada, quedando restringida y disminuida la legitimidad de la guerra por el derecho a la paz y la emergencia de los derechos humanos como restricción de la potestad estatal, todo ello en el ámbito del derecho internacional por la Carta de Naciones Unidas, aprobada en San Francisco el 26 de julio de 1945, y más tarde, por la declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada en diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Tales documentos constituyen el inicio de la transformación del orden jurídico mundial en su perspectiva normativa, trayéndolo del "estado de naturaleza" al estado de sociedad civil: la soberanía externa del Estado deja de ser una libertad absoluta y salvaje, quedando subordinada jurídicamente a dos normas fundamentales que son, por una parte, el imperativo de la paz, y por otra, la tutela de los derechos humanos. La Carta de Naciones Unidas suprime el "ius ad bellum" que había sido hasta entonces el principal atributo de la soberanía externa, lo que se constituye en uno de los aspectos fundamentales de la juricidad del nuevo ordenamiento internacional.

Esta perspectiva se va complementando y progresando con los pactos internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario internacional, comenzando a configurarse un ordenamiento supraestatal, que ya no consiste en un simple pacto de

---

<sup>(1)</sup> Ver Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el derecho internacional contemporáneo*. Ed. Tecnos. España, 1995. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías*. Editorial Trotta, Madrid, España, 1999. Travieso, Juan Antonio, *Derechos humanos y derechos internacional*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1995. Dupay, Pierre Marie, *Droit International Public*. Dalloz, 2ª ed. París, 1993. Zagrebelski, G. *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*. Ed. Trota, Madrid. 1999. Cassere, A. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Ed. Ariel, Barcelona. 1991.

asociación, sino en un pacto a través del cual los estados se subordinan al bien jurídico superior de la dignidad y de los derechos esenciales de las personas, constituyendo estos un derechos inmediatamente vinculante para los Estados.

Así, la soberanía estatal externa queda disminuida y limitada, ya que los derechos esenciales de las personas son objeto de tutela en el ámbito internacional frente a los Estados mismos.

La soberanía estatal queda fuertemente disminuida y reducida, ya que tales derechos esenciales de las personas constituyen un lugar en la cúspide del derecho internacional público de carácter imperativo por su significación civilizadora y su alcance universal. En materia de derechos humanos, los Estados tienen obligaciones frente a la comunidad internacional en su conjunto en orden a la consecución del bien común internacional. Tales derechos constituyen un patrimonio común de la humanidad y una obligación erga omnes respecto de todos los Estados.

En la segunda mitad del siglo XX se reduce crecientemente el ámbito de la potestad discrecional e ilimitada del Estado. Este por propia voluntad y libremente se somete a un derecho que lo supera y subordina (el derecho internacional de los derechos humanos y sus garantías jurisdiccionales), el cual no se estructura en un tratado de tipo contractual tradicional donde la norma es el interés de las partes; los estados partes en tratados que aseguran y garantizan derechos esenciales de la persona humana están obligados a cumplir siempre las disposiciones del tratado, aún cuando otro Estado los vulnere, ya que todos ellos se someten a un bien jurídico que los supera y tiene carácter prioritario: el respeto y garantía de los derechos de la persona humana, siendo la humanidad toda la que se resiente con dichas vulneraciones <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> Como los ha señalado la **Corte Internacional de Justicia**, en los tratados sobre derechos humanos «los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser la Convención». «En consecuencia, en una Convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones». (Opinión Consultiva CID Recueil 1955, página 23). Esta concepción de los tratados de materia de derechos

La persona humana se constituye como sujeto del derecho internacional, aunque limitado y disminuido aún, para activar los organismos internacionales en la protección de sus derechos, aún débilmente protegidos.

La ausencia de garantías adecuadas contra la violaciones de los derechos humanos por parte de los Estados, hoy debe ser considerada como una laguna que debe ser colmada, con la finalidad de dar eficacia a tales derechos y proteger efectivamente el bien jurídico fundamental de la dignidad de la persona humana.

El Estado contemporáneo de la segunda mitad del siglo XX queda sometido crecientemente a un derecho internacional de los derechos humanos y a un derecho internacional humanitario, en el cual la soberanía o potestad estatal cede ante la valorización fundamental y la primacía de la dignidad de la persona y los derechos humanos, marco dentro del cual se mueve actualmente la potestad estatal, surgiendo así, parodiando con el Estado de Derecho nacional, un Estado de Derecho internacional, tanto en la guerra como en la paz, el cual genera las bases de una Constitución mundial en el ámbito tradicionalmente dogmático de esta.

Esta perspectiva ha implicado una profunda transformación de la dogmática del derecho constitucional y del derecho internacional público en las últimas décadas.

Por otra parte, siendo derecho internacional el derecho internacional convencional de los derechos humanos prevalece sobre el derecho interno, no solo porque los Estados han ratificado la

---

humanos es sostenida también por la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, al establecer que estos instrumentos «no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, y en beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción» (Opinión Consultiva OC-82. Serie A N° 2, párrafo 29).

Convención de Viena sobre derecho de los tratados de acuerdo con el procedimiento constitucional previsto en cada caso, sino además porque expresamente las Cartas Fundamentales establecen imperativamente que los derechos esenciales o derechos humanos constituyen un límite de la soberanía, por tanto, del poder constituyente y de los poderes instituidos, como asimismo, porque determinan el deber del Estado de respetar y promover tales derechos, los que son directamente aplicables en nuestros ordenamientos jurídicos por los órganos jurisdiccionales. Ejemplo de ello es la Constitución Chilena de 1980, artículo 5° inciso 2°<sup>(3)</sup>, como asimismo en las constituciones de Argentina (Artículo 75 Párrafo 22), Ecuador (Artículos 17 y 18), Nicaragua (Artículo 46), entre otras.

Una vez incorporado el tratado válidamente al ordenamiento jurídico nacional por su ratificación, debe tenerse presente los principios de *ius cogens* “*pacta sunt servanda*” y “*bonna fide*”, codificados en la **Convención de Viena sobre Derecho de los tratados**, los cuales como normas imperativas de derecho internacional deben ser respetadas por los Estados Partes, además de establecer dicha Convención que el derecho convencional internacional válidamente ratificado tiene primacía sobre el derecho interno, no pudiendo un Estado invocar ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas según dispone el artículo 26; el artículo 27, a su vez, determina que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado<sup>(4)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Dicha disposición determina lo siguiente: “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

<sup>(4)</sup> La Convención de Viena sobre derechos de los tratados ratificados por Chile el 9 de abril de 1981, promulgado por Decreto supremo N° 381 de 1981 y publicado en el Diario Oficial del 22 de junio de 1981.

Chile apoyó decididamente el artículo 27 de la Convención de Viena. Ver Rosales, “La Convención de Viena de 1969 y sus relaciones con el derecho interno”. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N°165, enero-diciembre de 1977, págs. 257 y 263.

La Convención de Viena define en su artículo 53 lo que para dicha Convención es una norma imperativa de Derecho Internacional General (ius cogens): "Una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificado por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter". Las normas de ius cogens son asumidas y exigidas por la Convención de Viena antes señalada, el mismo artículo 53, a modo ejemplar determina que "es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General", a su vez, el artículo 64 dispone que "si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".

La Corte Permanente de Justicia Internacional ha sostenido uniforme y reiteradamente en sus sentencias que "Un Estado que ha contraído obligaciones internacionales, está obligado a hacer en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de estas obligaciones".

Todo ello es, además, una consecuencia lógica de que los tratados tienen su fundamento de validez en el derecho internacional y no en el derecho interno. Es un principio jurídico básico que no existe obligación si ella depende de la libre voluntad y actividad del obligado.

A su vez, de acuerdo a las normas de los artículos 54 y siguientes de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, estos sólo pueden derogarse conforme a sus propias disposiciones o por concurrir las causales reconocidas por el derecho internacional.

La Convención de Viena sobre derechos de los tratados en el artículo 46 establece una sola excepción en materia de aplicabilidad de un tratado, cuando se invoca por un Estado parte para anular su vinculación a la convención respectiva, el hecho de ser concluido por personeros del Estado u órgano de éste sin capacidad para comprometerlo, encontrándose viciado el consentimiento.

### **1.1. Los derechos esenciales forman parte de un sistema de doble fuente**

Los derechos esenciales constituyen cada vez más un sistema de doble fuente, el derecho interno y el derecho internacional de los

derechos humanos. Así, de acuerdo a las Cartas Fundamentales y por voluntad del constituyente se constituye un bloque constitucional de los derechos, compuesto por los derechos asegurados constitucionalmente y los asegurados por los tratados de derechos humanos ratificados por los Estados y vigentes, existiendo una retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional convencional de derechos humanos, conjugándose de acuerdo al principio "favor libertatis", "pro cives" o "pro homine", el que exige procurar la alternativa de solución más beneficiosa para las personas y sus derechos esenciales, o la que restringe en menor grado los derechos esenciales asegurados; así lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 5/1985.

Para establecer el contenido esencial de los derechos asegurados en nuestros ordenamientos jurídicos, delimitándolos, es necesario precisar el contenido y frontera de cada derecho con el objeto de resolver los conflictos aparentes o reales de derechos dentro del sistema jurídico, lo que exige aplicar correctamente el sistema de fuentes del derecho y de hermenéutica o interpretación constitucional. Puede sostenerse que el derecho de los derechos humanos (con su doble frente nacional e internacional), tiene prelación no solo sobre el derecho interno sino también sobre el derecho comunitario, como ha sido asumido en los estados componentes de la Unión Europea.

El principio fundamental en materia de derechos humanos o esenciales es la maximización y optimización del sistema de derechos y el reforzamiento de sus garantías <sup>(5)</sup>.

A su vez, cuando en el ámbito regional o internacional se establecen organismos y tribunales internacionales o supraestatales a los cuales se les reconocen competencias de supervigilancia y jurisdiccionales vinculantes para los Estados Partes que libre y

---

<sup>(5)</sup> Ver Bidart Campos, Germán. *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo III: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Reforma Constitucional de 1994. Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina. 1995, pág. 362-369.

voluntariamente se han sometido a dichas convenciones, el Estado está abdicando de la exclusividad estatal de la potestad jurisdiccional con plena conciencia de ello sin compulsión alguna. La potestad jurisdiccional de un tribunal internacional o supraestatal nace del consentimiento del Estado, al negociar, aprobar y ratificar libremente el tratado; por tanto, dicho Estado, de buena fe, no podrá alegar interferencia o vulneración de una soberanía o potestad estatal, la cual conscientemente y constitucionalmente se ha cedido parcialmente. Así sucede, entre otros casos, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su protocolo complementario que le entregan competencias a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para supervigilar y resolver los conflictos jurisdiccionales en la materia.

### **1.2. Los derechos esenciales constituyen un límite de la soberanía estatal**

La soberanía no existe en materia de derechos humanos porque ella tiene como límite tales derechos, lo que exige "aggiornarse" culturalmente y superar esquemas dogmáticos que no responden a la realidad de fines y valores del derecho constitucional actual. La soberanía en materia de derechos humanos en la civilización de nuestros días es un fantasma sentado sobre su propia tumba, que no resiste la realidad de aldea global o planetaria que será la realidad del siglo XXI y las nuevas formas de cooperación e integración de las sociedades en el plano político, jurídico, económico, social y cultural.

Existe así una incoherencia o "esquizofrenia" mental cuando conociendo los principios y reglas que rigen en materia de derecho internacional público, libre y voluntariamente se aprueban y ratifican convenciones en materia de derechos humanos, lo que implica reconocer la primacía de sus normas sobre el derecho interno, además de incorporar tales normas a nuestros sistemas jurídicos, para luego de forma incalificable desconocer sus consecuencias jurídicas, afectando gravemente el honor y la responsabilidad estatal, como asimismo, vulnerando el derecho válidamente incorporado al propio ordenamiento jurídico. La coherencia exige que una vez incorporados válidamente los principios y reglas del derecho internacional de los derechos humanos y las competencias de los tribunales

supranacionales respectivos, debe cumplirse de buen fe las obligaciones contraídas, de lo contrario hay incoherencia, se viola el derecho interno y se incurre en responsabilidad internacional.

El derecho internacional de los derechos humanos incorporado válidamente a nuestros ordenamientos jurídicos, sin perder ni transformar su naturaleza de derecho internacional, forma parte del derecho interno con primacía sobre el mismo derecho de fuente interna, no pudiendo el derecho interno disminuirlo en su preferente aplicabilidad, protección y garantía. Esta es la única perspectiva que fortalece el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales.

Esta perspectiva de responsabilidad y coherencia con los principios del Estado de Derecho Constitucional y los principios generales del derecho internacional exige que los tratados solo puedan tener control de constitucionalidad en el proceso de su incorporación al derecho interno, control que debiera ser obligatorio y quedando inhibido el control de constitucionalidad cuando las normas del derecho internacional se han incorporado válidamente al derecho interno, ya que de lo contrario se vulnera conscientemente y de mala fe el principio esencial de primacía del derecho internacional válidamente incorporado, además, quedaría facultado el Estado para determinar unilateralmente si cumple o no sus obligaciones internacionales. Coherentemente con el principio de buena fe y de seguridad jurídica no puede existir control de constitucionalidad represivo de tratados, ya que estos no son "preceptos legales", no son normas jurídicas internas aprobadas por los órganos constituyentes o legisladores del Estado sino que son normas internacionales que expresan la voluntad de dos o más Estados. La conciencia jurídica civilizada contemporánea así lo exige. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados no excusa las violaciones o incumplimiento de los tratados.

Al aprobar y ratificar un tratado o convención internacional, en especial en materia de derechos humanos, como es entre otras, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), los Estados saben que tiene el deber de dotar de eficacia directa a tales derechos de acuerdo al artículo 1º de dicha Convención, el cual establece: "1. Los estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y

pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..." asimismo, de acuerdo al artículo 2° de la CADH, existe el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarios para dar plena eficacia a los derechos. Dentro de las medidas de "otro carácter", se encuentran las resoluciones judiciales que deben implementar los jueces como órganos jurisdiccionales del Estado, los cuales tienen el deber no solo de respetar, sino también de promover los derechos esenciales.

Por otra parte, existe el principio implícito en los ordenamientos jurídicos que han aceptado incorporar el derecho internacional convencional de los derechos humanos, que el bloque de derechos esenciales asegurados debe interpretarse de conformidad con los órganos de interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, libre y voluntariamente aceptado por los Estados partes, principio que es del todo recomendable explicitar constitucionalmente como lo hacen la Constitución Española de 1978 y la Constitución Colombiana de 1991, entre otras Cartas Fundamentales contemporáneas.

### **1.3. Resoluciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana y cosa juzgada interna**

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus criterios interpretativos deben ser aceptados e implementados por los tribunales internos, quedando entregados los medios procesales a los que determine el Estado parte como convenientes para asegurar el resultado y cumplimiento de lo determinado por el tribunal supranacional. Así el Estado Parte y sus órganos, incluidos entre estos últimos los tribunales de justicia competentes, deben dar ejecución a las sentencias, debiendo realizarse una revisión nulificadora de las resoluciones judiciales internas consideradas contrarias a los derechos esenciales por el tribunal supranacional, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es indispensable, que los Estados arbitren las medidas necesarias para que se de cumplimiento de buena fe a las resoluciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana y de otros tribunales supranacionales o internacionales a los cuales los Estados les hayan reconocido competencia jurisdiccional, ya que ellos son tribunales que se han incorporado al ordenamiento jurídico interno con potestad de revisión

de las sentencias de los tribunales jurisdiccionales nacionales. Ello implica, con un mínimo de coherencia, que no existe cosa juzgada material hasta que el tribunal internacional o supranacional que el Estado ha dotado de potestad jurisdiccional se pronuncie o prescriba la acción para recurrir ante el mismo.

El principio de cosa juzgada es una materia que queda entregada generalmente a reserva legal en nuestros ordenamientos jurídicos, pudiendo también ser regulada por los órganos de soberanía a través de tratados internacionales.

En esta materia, debe señalarse que la cosa juzgada no constituye una garantía del debido proceso en la CADH ni en el texto de nuestras constituciones por regla general. Además, consideramos **que la cosa juzgada no existe en sentencias írritas**, las cuales no son propiamente sentencias y carecen de validez jurídica. La doctrina comparada ha asumido la revisión de la cosa juzgada nula. Ejemplos de ello es cuando se ha vulnerado el derecho a un tribunal objetivo e imparcial; cuando se ha vulnerado el derecho a defensa jurídica técnica eficaz; cuando se ha vulnerado la racional y justa investigación o proceso, cuando se ha vulnerado el debido proceso por dolo o fraude, por sentencia arbitraria, por pruebas o testimonios falsos; entre otras materias.

El cumplimiento de una sentencia de un tribunal internacional o supranacional que ha determinado que la sentencia de carácter nacional no cumple con el carácter de sentencia válida y respetuosa de los derechos antes señalados, es fundamento suficiente para revisar o rehacer el proceso.

La Corte Interamericana ha admitido la revisión de sus propias sentencias firmes, aún cuando el artículo 67 de la CADH determina que sus sentencias son definitivas e inapelables. En tal sentido cabe señalarse la revisión de la sentencia en el caso Genie Lacayo de fecha 29 de enero de 1997, resolución del 13 de septiembre de 1997, párrafo décimo. La revisión de sentencias írritas constituye una norma común en materia de tribunales tanto nacionales como internacionales. En el caso de los tribunales internacionales, podemos señalar la Corte Internacional de Justicia (Art. 61); la Convención de La Haya sobre solución Pacífica de controversias internacionales (art.83); el Estatuto del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas (art.12); y el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo.

El destacado jurista y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Profesor Cançado Trindade ha determinado que el recurso de revisión, aunque restrictivo, debe admitirse ante una aparente *vacatio legis* por imperativo de justicia natural.

A su vez, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** en su **Opinión Consultiva 8/86, párrafo 29**, ha determinado que no corresponde invocar razones de orden público para sostener la cosa juzgada cuando ella implica vulneración de derechos esenciales, ya que el objetivo esencial del orden público es precisamente, la protección de los derechos esenciales y las condiciones de progreso material y espiritual del conjunto de las personas que forman parte de una sociedad política.

Existen en el derecho comparado diversos casos de revisión de sentencias pasadas en cosa juzgada formal y material que han sido revisadas luego de decisiones en las cuales se ha constatado la vulneración de derechos esenciales, por parte de las judicaturas nacionales y estas han revocado producto de la revisión en sede jurisdiccional internacional sus propias decisiones jurisdiccionales. Un ejemplo en el ámbito del derecho europeo, está constituido por el caso "Bultó", en España, 1992, donde en un proceso penal el Sr. Bultó fue condenado a cumplir una pena de prisión, la cual fue confirmada por el Tribunal Supremo Español, frente a lo que se interpuso un recurso de amparo extraordinario ante el Tribunal Constitucional, el cual también confirmó la sentencia del Tribunal Supremo. La persona afectada recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos, la que determinó que se habían vulnerado las garantías del debido proceso. Dicha sentencia fue enviada al Tribunal Constitucional Español, el cual en base al fallo de la Corte Europea anuló su propia sentencia y la del Tribunal Supremo, estableciendo la necesidad de realizar un nuevo proceso. Además el Tribunal Constitucional Español solicitó a los órganos colegisladores que dictarán la normativa correspondiente para la ejecución de las sentencias internacionales emanadas de la Corte Europea de Derechos Humanos, lo cual los órganos colegisladores no lo han concretado.

Por otra parte, en Argentina, en el caso del periodista Horacio Verbitsky, en el cual, luego de las diversas instancias, la Corte Suprema determinó su condena por el delito de desacato por haber injuriado a un Ministro de la Corte. El afectado recurrió ante la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos, la cual utilizando el procedimiento de solución amistosa contemplado en el artículo 48, párrafo primero, literal f) de la CADH, determinó que frente a la vulneración por parte del Estado Argentino de los derechos del Sr. Verbitsky a un Tribunal independiente e imparcial, a la libertad de expresión y a la igualdad ante la ley, posibilitó que el Estado Argentino enmendara su conducta, a través de la presentación por parte del Señor Verbitsky, de un recurso de revisión ante la Corte Federal de Buenos Aires, sala primera, la cual, luego de recibir el informe del Fiscal hace lugar al recurso, luego la Corte Nacional de Casación Penal absuelve al señor Verbitsky en sentencia del 24 de febrero de 1994 (J.A. 1995-II-592), dejando sin efecto la pena. Además de ello, los órganos colegisladores Argentinos derogaron la figura de desacato de la Ley 24.198 considerada contraria al derecho de igualdad ante la ley.

De acuerdo a esta perspectiva, *tampoco hay violación del debido proceso en el principio NON BIS IN IDEM*, ya que el juzgamiento por el Tribunal Internacional respecto del caso juzgado nacionalmente, solo se produce cuando dicho juzgamiento es vicioso y, por tanto nulo, por no respeto de las garantías básicas de un juicio objetivo, desarrollado por un tribunal independiente e imparcial, con las garantías del debido proceso, afectándose los derechos esenciales en forma grave a través de una sentencia arbitraria.

En el contexto latinoamericano, diversas salas constitucionales de Corte Suprema y Tribunales Constitucionales dan ejecución a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y siguen los principios emanados de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta es la única perspectiva compatible con la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado en una concepción coherente y una interpretación sistemática y finalista. Si se deja sin ejecución las resoluciones del tribunal internacional o supranacional se vulnera el derecho a la protección jurisdiccional asegurados en nuestras constitucionales en armonía con el artículo 8° de la CADH, integrados en una interpretación sistemática y finalista.

No tiene sentido ni utilidad alguna otorgar competencia a un tribunal supranacional o internacional para pronunciarse sobre la protección de derechos esenciales si luego tal sentencia no se refleja de manera adecuada y no se lo reconoce imperio por los órganos

jurisdiccionales internos. El órgano jurisdiccional interno debe dejar de aplicar por sí mismo, cuando resulte necesario, cualquier norma estatal opuesta al derecho internacional convencional de los derechos esenciales sin necesidad de esperar que tal norma estatal sea derogada o reformada, guiándose por el principio de dotar de fuerza aplicativa preferente a la norma del derecho internacional que mejor protege el derecho esencial o que lo afecta menos y de efecto útil a las resoluciones judiciales supranacionales.

Así la dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales van conformando la cúspide de la pirámide normativa del derecho internacional y del derecho nacional, constituyéndose en el parámetro básico y fundamental del derecho interno, del derecho comunitario naciente y del derecho internacional, constituyéndose en el germen de la parte dogmática de un constitucionalismo regional.

#### **LA LIBERTAD DE OPINION E INFORMACION SIN CENSURA NI RESTRICCIONES PREVENTIVAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y CHILENO**

La Constitución asegura en el artículo 19 N°12 "la libertad de emitir opinión y la de informar, *sin censura previa*, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometen en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quorum calificado"

Esta perspectiva se refuerza con la integración de los derechos contenidos en la CADH al bloque constitucional de derechos esenciales asegurados por nuestro ordenamiento jurídico en virtud del art. 5° inciso 2° de la Carta Fundamental.

En efecto en el artículo 13, la CADH, establece lo siguiente:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

"2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades

ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesario para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicos.

“3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres o aparatos usados en la difusión de información, o por cualesquiera otro medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

“4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa, con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2°.

“5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Integrando la disposición constitucional armónicamente con el artículo 13 de la CADH, puede sostenerse que la libertad de expresión, que comprende los conceptos de libertad de opinión e información, consiste en el derecho de toda persona a emitir juicios valorativos, ideas y concepciones, como asimismo, buscar, recibir y difundir el conocimiento de hechos, datos o situaciones determinadas de relevancia pública, de cualquier forma (oral, escrita, artística, etc.) y por cualquier medio (prensa, radio, televisión, computación, fax, internet, satélite, etc), sin censura ni restricciones preventivas, aún cuando tal ejercicio está sujeto a responsabilidades ulteriores fijadas previamente por la ley y destinadas al respeto de los derechos a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicos. Tal derecho así delimitado tiene como únicas excepciones que posibilitan restricciones preventivas las contenidas en el párrafo 4° del artículo 13 de la CADH que autoriza la censura previa únicamente con el objeto de regular el

acceso a espectáculos públicos de menores con la finalidad de proteger la moral de la infancia y la adolescencia, como asimismo, las suspensiones o restricciones del ejercicio de la libertad de expresión durante la vigencia de un estado de excepción constitucional compatible con las exigencias del artículo 27 de la CADH y el artículo 4º del P.I.D.C. y P. de Naciones Unidas.

La libertad de opinión e información asegurada por la Constitución Chilena en su Artículo 19 N° 12 y la libertad de expresión asegurada por la Convención Americana de Derechos Humanos en su Artículo 13, armonizadas debidamente, permiten afirmar que toda persona tiene derecho no solo a expresar sus ideas y juicios, sino que también tiene la libertad para buscar, transmitir o comunicar, emitir, publicar o difundir, y recibir ideas e informaciones de todo tipo.

La información está determinada por la actividad que se concreta a través de diversas técnicas que comprende la difusión de comentarios, opiniones, hechos y acontecimientos.

Existe información o comunicación de masas cuando un mensaje significativo es dirigido de manera unilateral y, generalmente indirecta, a través de medios tecnológicos de difusión a un público indeterminado, generalmente heterogéneo y disperso.

La libertad de información asume y amplía la libertad de prensa en su concepción clásica.

Cuando se vulnera la libertad de opinión o de información mediante censura o restricciones preventivas se viola el derecho de la persona afectada de emitir sus juicios o ideas o de transmitir dichas ideas o determinados hechos a terceros, como asimismo se vulnera el derecho de todas las demás personas a recibir tales informaciones u opiniones. Tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>(6)</sup>, la libertad de expresión tiene dos dimensiones, una individual, el derecho de cada persona a manifestar sus juicios e ideas y a transmitir éstas, como así mismo, datos e informaciones a

---

<sup>(6)</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85 DEL 13 DE Noviembre de 1985. Serie A N° 5.

terceros; la otra dimensión es colectiva y social, el derecho a las personas a recibir cualquier información, como asimismo, el derecho de conocer las opiniones e informaciones que expresen los demás (OC-5/85. Serie A N° 5, Párrafo 30).

El derecho a emitir juicios e ideas, como asimismo, a transmitir dichas opiniones y datos o acontecimientos de relevancia pública a terceros, comprende el derecho a utilizar cualquier forma de expresión (oral, escrita, artística, etc.) y cualquier medio adecuado para difundir las opiniones o informaciones (libros, prensa, radio, cine, tv, internet, satélite, cable, e-mail, etc.) El derecho a expresarse y a difundir lo expresado están intrínsecamente unidos, de manera que toda limitación o restricción a las posibilidades de transmitir a terceros opiniones o informaciones, constituye una afectación del derecho a la libertad de expresión.

En síntesis, la libertad de expresión exige la libre emisión por parte del sujeto emisor como la libre recepción del destinatario individual o colectivo, determinado o indeterminado.

Las dimensiones individual o colectiva o social de la libertad de expresión debe ser garantizada simultáneamente. Ello hace inadmisibles invocar el derecho a la información veraz para fundamentar censura o restricciones preventivas destinadas a eliminar informaciones consideradas falsas a criterio del censor oficial, sea éste, cualquier organismo público, gubernamental, administrativo, judicial o legislativo. También es inadmisibles que se constituyan monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación social con la finalidad de moldear o manipular la opinión pública según un sólo enfoque o perspectiva, impidiendo la transmisión plural de las informaciones u opiniones (ver OC-5/85, Párrafo 33).

La libertad de opinión y de información constituye una piedra angular de los regímenes democráticos, sin la cual no existe opinión pública informada, posibilitando el control ciudadano de los agentes de ejercicio del poder estatal y la transparencia de la vida pública, permitiendo el conocimiento y circulación de todas las opiniones e informaciones de relevancia pública.

Esta libertad de información se concreta, principalmente, en nuestra sociedad contemporánea, a través de los medios de comunicación social

o de masas, que son aquellas instituciones en virtud de las cuales grupos especializados emplean recursos tecnológicos para difundir contenidos simbólicos significativos a un público heterogéneo y diseminado. Tales contenidos están constituidos por ideas, opiniones, relatos de acontecimientos y su interpretación, productos culturales y artísticos, de diversión, entre otros.

La pluralidad de medios de comunicación social, con diversos enfoques y orientaciones, la existencia de una prensa libre, es una garantía institucional de la democracia, ya que estos medios son el vehículo a través del cual se concreta y materializa la libertad de expresión. De manera tal que las condiciones de funcionamiento de los medios de comunicación social deben adecuarse a los requerimientos de la libertad de opinión y de información, ello excluye los monopolios públicos o privados sobre tales medios, como la protección efectiva de la libertad e independencia de los periodistas en el ejercicio de sus funciones. (Ver OC-5/85, Párrafo 34).

Tales principios y su concreción práctica exigen una libertad y pluralidad de empresas periodísticas, como asimismo la defensa del secreto profesional periodístico, lo que requiere una regulación jurídica de la empresa periodística y de la actividad periodística en ella, entre otros aspectos.

La libertad de opinión y de información está al margen de toda censura previa, lo que preserva a las opiniones e informaciones del previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir o a comunicar.

La censura está constituida por el control, el examen o permiso a que se somete cualquier texto con anterioridad a su comunicación al público, tiene un carácter preventivo y su objeto es acallar las críticas a las diversas manifestaciones del poder temporal o religioso, realizado por cualquier órgano del Estado<sup>(7)</sup>.

Barrancos y Vedia, citados por Ekmekdjian determinan que censura es toda amenaza, advertencia u otra forma, que "los órganos

---

<sup>(7)</sup> Ver Ekmekdjian, Miguel Angel. Ed. Depalma, Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina 1996, pág. 38

de cualquiera de los tres poderes del Estado dirijan a los medios de prensa, cuando tengan carácter intimidatorio" <sup>(8)</sup>.

A su vez, Néstor Pedro Sagüés determina como censura previa "cualquier acto u omisión que inhabilite la publicación de algo (no provisión de papel, intervención arbitraria de una empresa periodística) o que tienda a influir en esa publicación o que dificulte que el producto informativo llegue normalmente a la sociedad" <sup>(9)</sup>.

El Tribunal Constitucional español ha señalado que es censura "toda intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales" (S.T.C.E 176/1995, F.J.6), el mismo tribunal ya habría señalado anteriormente que "la verdadera censura previa" consisten en cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlos depender del previo examen oficial de su contenido". (S.T.C.E. 53/1983)<sup>(10)</sup>.

La ausencia de previo control de la autoridad implica no solo la ausencia de control gubernamental, sino también de control administrativo y jurisdiccional. La responsabilidad por las opiniones emitidas o la relación de los hechos o juicios emitidos a través de un medio de comunicación social no implica que no exista responsabilidad o acciones posteriores a la publicación o difusión de las opiniones o informaciones, las que pueden ser civiles o penales.

La actividad judicial en la materia solo puede ser ejercida una vez que la opinión, expresión, publicación, información se haya vertido, ya que solo después de su emisión puede producirse colisión y afectación de otros derechos garantizados constitucionalmente.

---

<sup>(8)</sup> Ver Ekmekdjian, Miguel Angel, op.cit, 1996, pag.45

<sup>(9)</sup> Sagüés, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1997. Tomo 2, pág. 356.

<sup>(10)</sup> Ver Herrero-Tejedor, Fernando. *Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión*. Ed. Colex. España, 1998, pág. 184.

## CONSIDERACIONES SOBRE LA CENSURA PREVIA Y LAS RESTRICCIONES PREVENTIVAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El tema de la censura y las restricciones preventivas han sido objeto de interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-5/85, sobre colegiación obligatoria de periodistas, y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H), informe N°11/96, "Caso Martorell" y el informe 69/98, caso La última tentación de Cristo, el que actualmente se encuentra pendiente de resolución por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Interpretación de la Corte Interamericana.

La Corte Interamericana en la OC-5/85 solicitada por el Gobierno de Costa Rica sobre la colegiación obligatoria de periodistas, realiza una interpretación de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H)

A) La censura previa queda prohibida en todo caso y a ella se equipara toda medida preventiva:

"... En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por Convención.

"39. El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quién lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas.
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley.
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlos, y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean "necesarias para asegurar" los mencionados fines.

Todos estos requisitos debe ser atendidos para que se de cumplimiento cabal al artículo 13.2.

- A) Las restricciones a la libertad de expresión son compatibles con la CADH solo si se dirigen a asegurar los fines legítimos establecidos en el art.13.2.
- B) La Corte Interamericana reconoce la inspiración del artículo 13 de la CADH en el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando las diferencias:

*“En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana, el que sirvió de modelo en parte al artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa”* (párrafo 43 de la Opinión Consultiva 5/85).

A su vez, agrega en el párrafo 50 de la misma Opinión Consultiva que *“la comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y el Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser más generosas y para reducir al minimum las restricciones a la libre circulación de las ideas”*.

Así la Corte Interamericana ha determinado que lo prohibido no es solo la censura previa, sino que, además, cualquier medida de carácter preventivo, de acuerdo con el artículo 13.2 de la CADH, siendo posible solo *“responsabilidades ulteriores”*, expresión que se ocupó intencionalmente para reemplazar las expresiones *“ciertas restricciones”* que empleaba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19.3 que uso de inspiración el artículo 13.2 de la CADH.

El régimen de libertad de expresión por el que opta deliberadamente la CADH es menos restrictivo que los establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C. Y P) y la Convención Europea de Derechos Humanos (C.E.D.H). Como señaló el juez de la Corte Interamericana Pedro Nikken *“... lo que es legítimo según el P.I.D.C. y P o según la C.E.D.H., puede ser ilegítimo en América, por apartarse de la Convención Americana (O.C.5/85, declaración N° 5).*

Así, la Corte acepta como concepción de la libertad de expresión asegurada en la CADH la “prior restraint doctrina o regla de Blackstone”, permitiendo solo la excepción de la censura previa de espectáculos en orden a calificarlos para la protección moral de la infancia y adolescencia, aún cuando la expresión inglesa utilizada por la Convención es “prior censorship” (censura previa), aún cuando el resultado es el mismo, ya que lo que se busca es admitir solamente y exclusivamente responsabilidades ulteriores, impidiendo toda acción preventiva que afecta el ejercicio de la libertad de expresión gubernativa, sea desarrollada por la administración o la judicatura.

**2.2. La interpretación de la C.I.D.H. Informe N°1196. Caso 11.230 (Chile) del 3 de mayo de 1996. (Caso Martorell): Conflicto libertad de expresión y derechos a la privacidad y honor.**

Uno de los temas relevantes que han debido ser considerados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es la relatividad de los derechos o su carácter de absolutos en el ámbito de sus propias fronteras (contenido esencial de los derechos). Asimismo, ha debido pronunciarse sobre el tema de la jerarquización de los derechos.

Uno de los casos más relevantes en que ha abordado esta materia es el caso Martorell. En dicho caso los órganos jurisdiccionales chilenos a través de una acción de protección (amparo, en el derecho comparado), en virtud a la honra y a la privacidad impide el ingreso y circulación del libro Impunidad Diplomática, ya que bajo el pretexto de describir las circunstancias que llevaron al alejamiento de sus funciones del embajador de Argentina en Chile se realizan ataques a la honra y privacidad de personas cuya gravedad exigía una solución pronta por ser el perjuicio a la honra de ellas irreparable. Entendiendo además, que la protección a la honra prevista en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Chilena (en términos similares al Artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos), entraba en colisión con el derecho a la libertad de expresión asegurado por el Artículo 19 N° 12 de la Constitución y el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos, considerando legítimo restringir la libertad de expresión en virtud del derecho a la honra de personas privadas. Expresando al Corte Suprema en su sentencia de 30 de Junio de 1973, que resolvía el conflicto o colisión de derechos, sosteniendo la

primacía del derecho a la honra respecto a la libertad de expresión, atendiendo a la ubicación lexicográfica de dichos derechos en el texto constitucional Chileno, donde el derecho a la privacidad y al honor se encuentra ubicado en el Artículo 19 N° 4, mientras que la libertad de información se encuentra ubicado en el Artículo 19 N° 12.

La C.I.D.H. complementa y ratifica la interpretación ya desarrollada por la Corte Interamericana.

En efecto, la C.I.D.H. a propósito del artículo 13.2 de la CADH señala respecto de este principio:

“es claro en el sentido de que la censura previa es incompatible con el pleno goce de los derechos protegidos por el mismo. La excepción es la norma contenida en el párrafo 4, que permite la censura de los espectáculos públicos para la protección de la moralidad de los menores. La única restricción autorizada por el artículo 13 es la imposición de responsabilidad ulterior”.

Así lo reafirma el párrafo 58 de la resolución de la C.I.D.H. considerada:

“El artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quién ha ejercido ese derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que la incumben.

A su vez, frente a la posición de la Corte de Apelaciones y Corte Suprema chilenos que habían sostenido un conflicto de derechos entre la libertad de información y el derecho a la privacidad y honra, resolviéndolo a favor de estos últimos derechos, determinando su prevalencia respecto de la libertad de información, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos invoca los artículos 29 y 32.2 de la CADH de contenido interpretativo, rechazando el planteamiento del Estado chileno de preferir el honor sobre la libertad de expresión:

“El artículo 29 establece que: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados partes, grupos personas, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

“Por su parte, el artículo 32, párrafo 2º, dispone:

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

“La Comisión considera que la interpretación de los derechos contenidos en estos artículos no presenta, como sostiene el Gobierno de Chile, un conflicto de diferentes principios entre los que haya que escoger”

Agrega la C.I.D.H. que “la forma de proteger la honra que ha utilizado el Estado de Chile en el presente caso es ilegítima. Aceptar el criterio utilizado por Chile en el caso del Señor Martorell implica dejar al libre arbitrio de los órganos del Estado la facultad de limitar, mediante censura previa, el derecho a la libertad de expresión que consagra el artículo 13 de la Convención Americana.

“Al reglamentar la protección de la honra y de la dignidad a que hace referencia el artículo 11 de la Convención Americana –y al aplicar las disposiciones pertinentes del derecho interno sobre esa materia– los Estados partes tienen la obligación de respetar el derecho de libertad de expresión. La censura previa, cualquiera sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el artículo 13 de la Convención.

“El posible conflicto que pudiese suscitarse de la aplicación de los artículos 11 y 13 de la Convención a juicio de la Comisión, puede solucionarse recurriendo a los términos empleados en el propio artículo 13”.

De esta forma, la C.I.D.H. reafirma la posición de la Corte Interamericana, en el sentido de que el ejercicio de la jurisdicción o tutela judicial preventiva de daños a derechos esenciales constituye una censura previa judicial, incompatible con el artículo 13 de la CADH, tanto por su tenor literal y su finalidad, como asimismo, por la interpretación que han desarrollado de la misma institución sus órganos competentes de aplicación, la C.I.D.H. y la Corte Interamericana.

De esta forma, solo cabe la consagración de responsabilidades ulteriores como vía legítima exclusiva de restricción de la libertad de expresión, para proteger los derechos de los demás, la seguridad y el bien común.

La perspectiva asumida por la C.I.D.H. y la Corte Interamericana se refuerza con algunos principios hermenéuticos básicos aplicables en materia de derechos humanos, entre ellos: 1) la libertad es la regla y las limitaciones son excepciones que deben interpretarse restrictivamente; 2) el principio "favor libertatis" o "pro cives" que obliga a interpretar los derechos en el sentido que permita el mayor desarrollo y ejercicio de ellos; 3) la fuerza expansiva de los derechos.

El Artículo 13 Párrafo 2º de la C.A.D.H., que permite o autoriza restricciones a la libertad de expresión, debe interpretarse en sentido restrictivo y solo con las finalidades que prevé el propio texto del artículo 13.

Por otra parte, la protección de la privacidad y del honor mediante responsabilidades ulteriores es una protección efectiva del honor, aunque no tiene una eficacia total como no la tiene ninguna norma del ordenamiento jurídico.

La tutela judicial preventiva puede generar niveles de inseguridad importantes, o constituir censura previa cuando no existe una magistratura plenamente independiente del gobierno, o cuando los magistrados no tienen una formación adecuada en materia de derechos esenciales.

Que las sociedades democráticas libres están expuestas a ciertos abusos de la libertad, riesgos que no existen en las sociedades autocráticas autoritarias o totalitarias es un hecho, ya que en estos últimos existe fuertes restricciones a la libertad y el ejercicio de los derechos. Este es el riesgo de asumir la opción de la libertad en una sociedad democrática.

La interpretación jurídica exige asumir el derecho positivo vigente y la correcta aplicación de las fuentes del derecho existentes en ese ordenamiento jurídico, aplicando el derecho de acuerdo con los valores y finalidades que el propio ordenamiento jurídico establece y no según, las particulares concepciones técnicas o axiológicas del interprete.

En tal sentido, es necesario asumir por parte de todos los órganos del Estado, el deber constitucional de garantizar los derechos esenciales asegurados y garantizados por la Constitución, como por los tratados internacionales ratificados y vigentes. Ello exige la aplicación de los derechos en las condiciones que establecen los tratados para su vigencia, vale decir, como rigen en el derecho internacional, incluyendo las interpretaciones vinculantes de ellos en virtud de su propio sistema jurisdiccional, lo que significa aplicar de buena fe los derechos, en este caso, el derecho a la libertad de expresión en los términos de la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana y la resolución del Informe 11/96 del Caso Martorell, de la C.I.D.H.

Podemos concluir así que la acción jurisdiccional o tutela preventiva por amenaza de derechos esenciales (honor o privacidad), derivadas del ejercicio del derecho a la libertad de expresión o información está prohibida considerando el bloque de constitucionalidad de la libertad de opinión e información, mientras forme parte de dicho bloque el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

## ANEXO

### DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LIBERTAD DE EXPRESION E INFORMACION EN ALGUNAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS Y EUROPEAS

#### ARGENTINA:

##### Constitución de 1853

Artículo 14: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

## **COLOMBIA**

### **Constitución de 1991**

Artículo 20: Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

## **COSTA RICA**

### **Constitución de 1949**

Artículo 29 : Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabras o por escrito, y publicarlos sin previa censura; pero serán responsables de los abusos que cometen en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca.

## **CHILE**

### **Constitución de 1980**

Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

12. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometen en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

## **ECUADOR**

### **Constitución de 1979**

Artículo 19: 4. El derecho a la libertad de opinión y a la expresión del pensamiento por cualquier medio de comunicación social, sin perjuicio de las responsabilidades previstas por la ley.

## **EL SALVADOR**

### **Constitución de 1983**

Artículo 6: Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público ni lesione la moral, el honor ni la vida privada de los demás, sin censura ni caución; pero los que haciendo uso de él infrinjan las leyes responderán por el delito que cometan.

## **GUATEMALA**

### **Constitución de 1985**

Artículo 35: Libertad de emisión del pensamiento. Es libre la emisión del pensamiento por cualesquiera medios de difusión, sin censura ni licencia previa. Este derecho constitucional no podrá ser restringido por ley o disposición gubernamental alguna. Quien en uso de esta libertad faltare al respeto a la vida privada o a la moral, será responsable conforme a la ley. Quienes se creyeren ofendidos tiene derecho a la publicación de sus defensas, aclaraciones y rectificaciones.

No constituyen delito o falta las publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos.

## **HONDURAS**

### **Constitución de 1982**

Artículo 72: Es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin previa censura. Son responsables ante la ley los que abusen de este derecho y aquellos que por medios directos o indirectos restrinjan o impidan la comunicación y circulación de ideas y opiniones.

## **PARAGUAY**

### **Constitución de 1992**

Artículo 26: De la libertad de expresión y de prensa. Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura previa, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa.

Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumentos lícito y apto para tales fines.

## **URUGUAY**

### **Constitución de 1967**

#### **Artículo 29:**

Es enteramente libre, en toda materia, la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor con arreglo a la ley por los abusos que cometieren.

## **BELGICA**

### **Constitución, texto refundido en 1994**

Artículo 25: La prensa es libre y no se podrá establecer la censura en ningún caso, sin que pueda exigirse fianza alguna a escritores, editores o impresores.

No podrá ser perseguido el editor, impresor o distribuidor cuando el autor sea conocido y estuviere domiciliado en Bélgica.

## **DINAMARCA**

### **Constitución de 1953**

Artículo 77: Todos tendrán derecho a publicar sus ideas en la prensa, por escrito o de palabra, sin perjuicio de responder ante los tribunales. No se podrán restablecer jamás la censura ni otras medidas preventivas.

## **AUSTRIA**

### **Constitución de 1929**

Todos tendrán derecho a expresar su pensamiento mediante la palabra, el escrito, la imprenta o la imagen, dentro de los límites legales.

La prensa no podrá ser sometida a censura ni ser limitada mediante el sistema de concesiones. No se aplicarán a los impresos producidos dentro del territorio las prohibiciones administrativas postales.

## **FINLANDIA**

### **Constitución de 1919**

Artículo 10: Todos gozarán de libertad de expresión, la cual incluye el derecho de transmitir, difundir y recibir información, opiniones y otras comunicaciones sin obstáculo ni impedimento alguno. Se establecerán por la ley las normas de desarrollo sobre libertad de expresión, pudiéndose establecer por la ley en materia de programas educativos las limitaciones que sean necesarias para la protección de la infancia.

## **ITALIA**

### **Constitución de 1947**

Artículo 21: Todos tendrán derecho a manifestar libremente su pensamiento de palabra, por escrito y por cualquier otro medio de difusión.

La prensa no podrá estar sujeta a autorizaciones o censura.

Sólo se podrá proceder a la recogida por auto motivado de la autoridad judicial en el caso de delitos por lo que lo autorice expresamente la ley de prensa o en el supuesto de violación de las normas que la ley misma establezca para la indicación de los responsables.

## **ALEMANIA**

### **Constitución de 1949**

Artículo 5: 1. Todos tienen derecho a expresar y difundir su opinión de palabra, por escrito y mediante la imagen y a informarse en las fuentes de acceso general. Se garantizan la libertad de prensa y la libertad de información radiofónica y cinematográfica. No se podrá establecer la censura.

2. Estos derechos no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales, las disposiciones legales para la protección de los menores y el derecho al honor personal.

3. Serán libres el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza. La libertad de enseñanza no dispensa, sin embargo, de la lealtad a la Constitución.

## **GRECIA**

### **Constitución de 1975**

Artículo 14: Cada uno podrá expresar y difundir sus pensamientos de palabra, por escrito y en la prensa, con observancia de las leyes del Estado.

La prensa es libre, quedando prohibidas la censura y cualquier otra medida preventiva.

## **PORTUGAL**

### **Constitución de 1976**

Artículo 37: 1. Todos tienen derecho de expresar y divulgar libremente su pensamiento por la palabra, por la imagen o por cualquier otro medio, así como el derecho de informarse y de ser informados, sin impedimentos ni discriminaciones.

2. El ejercicio de estos derechos no pueden ser impedidos ni limitado por cualquier tipo o censura

3. Las infracciones cometidas en el ejercicio de estos derechos se someterán a los principios generales del derecho penal, siendo su apreciación competencia de los tribunales judiciales

4. Se garantizará a todas las personas, individuales o colectivas, en condiciones de igualdad y eficacia, el derecho de respuesta y de rectificación, así como el derecho a indemnización por los daños sufridos.

## **PAISES BAJOS**

### **Constitución de 1983**

Artículo 7º: 1. Nadie necesitará autorización previa para divulgar por la imprenta sus opiniones y sentimientos, a reserva de la responsabilidad de cada uno ante la ley.

2. La ley establecerá las normas relativas a la radio y a la televisión. No podrá ejercerse censura previa sobre el contenido de las emisiones radiofónicas o televisadas.

3. Nadie necesitará autorización previa, en cuanto al contenido, para la manifestación de ideas o sentimientos por medios diferentes de los citados en los párrafos antecedentes, a reserva de la responsabilidad de cada uno en virtud de lo dispuesto en la ley. Podrá la ley, no obstante, regular las representaciones accesibles a personas de menos de dieciséis años de edad en defensa de las buenas costumbres.

4. No serán aplicables los apartados anteriores a los anuncios comerciales.

## NOTAS

---



## **LEY ORGANICA DE LA POLICIA "SIN ORDEN PUBLICO"**

**Francisco José del Solar Rojas (\*)**

La Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú (Ley N° 27238), promulgada el 12 de diciembre de 1999, pone punto final al debate sostenido entre constitucionalistas, politólogos y policías desde 1982, en el sentido de sustituir o, por el contrario, insistir en el concepto de orden público como una finalidad específica de la policía. En efecto, esta novísima ley que recoge el pensar de la mayoría de los especialistas sustituye el orden público por el orden interno, ratificando y precisando, de esta manera, lo establecido en el artículo 166° de la Constitución de 1993 y lo dispuesto en la Ley N° 24949, del 6 de diciembre de 1998, norma que creó la Policía Nacional del Perú y que modificó el artículo 277° de la Constitución de 1979, el mismo que originó la confusión hoy eliminada definitivamente. Tanto es así que la mencionada ley orgánica no considera al orden público como función concreta del quehacer policial en ninguno de sus 51 artículos y sus 4 disposiciones complementarias, transitorias y finales.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, es conveniente recordar algunos aspectos que originaron el debate en referencia y

---

(\*) Abogado. Profesor universitario. Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

su posterior desarrollo. En primer lugar, debe quedar claramente establecido que el concepto jurídico-político de orden público es un término muy amplio y difuso cuya responsabilidad recae en muchos órganos del Estado y su cumplimiento en todos los ciudadanos.

En segundo lugar, los constituyentes de 1979 dejando de lado estas apreciaciones teóricas y respondiendo más bien a las precisiones de la entonces Guardia Civil, dieron nacimiento legítima a esta confusión, por la cual la policía se arrogó el derecho “de preservar y conservar el orden público” como “finalidad fundamental” y, por encima de él, “el mantener el orden interno”. Dentro de este contexto, no debemos olvidar que correspondió al general GC Oscar Olivares Montano, constituyente representante del Partido Popular Cristiano, la sustentación del errático Artículo 277° antes mencionado.

En tercer lugar, esta situación no podía ser de otra manera, habida cuenta que la Guardia Civil desde 1922 –año de su fundación– siempre señaló como su misión fundamental mantener el orden público al igual que su similar española, de la cual se copió la estructura, organización y hasta reglamentos internos que fueron adecuándose a la realidad peruana de manera progresiva. No obstante ello, la conceptualización del orden público quedó congelado en Perú como el orden callejero o social y el organismo encargado de su control y mantenimiento como una fuerza auxiliar sin rango constitucional. Recién en 1979 las policías de entonces –Guardia Civil, Investigaciones y Guardia Republicana– adquirieron nivel constitucional con la Carta Magna de esa fecha y se les denominó Fuerzas Policiales, asignándoles de manera general la finalidad de “mantener el orden interno, preservar y conservar el orden público”. Esta redacción llevó a algunos a interpretar que el orden interno tenía más valor, mayor jerarquía e importancia que el orden público, desconociendo la verdadera naturaleza jurídica y política de este último concepto. Por el contrario, muchos defendimos, contra viento y marea, la correcta interpretación del orden público. Domingo García Belaunde afirmó “Con esto, se quiere significar, aparentemente, que el orden público es parte del orden interno, lo que a primera vista parece un sinsentido” (Expreso, 6 de junio de 1982).

En cuarto lugar, la duda y preocupación llegó hasta el comando policial por lo que en 1985 encargó al Instituto de Altos Estudios

Policiales (INAEP) que organizara un debate sobre el particular a cargo de connotados especialistas. Quedó claro, entonces, que el orden público era una categoría jurídico-política de mayor envargadura que el orden interno, que el primero correspondía a muchos órganos del Estado mientras que el segundo le era propio y exclusivo de la policía en circunstancias normales tal como lo establecía el artículo 231° de la Constitución de 1979, etc. Participamos de aquel fructífero debate defendiendo la verdadera interpretación jurídico-política del orden público, Luis Alberto Sánchez, Domingo García Belaunde, Enrique Chirinos Soto, Marcial Rubio Correa, Eduardo Rada Jordán y el autor de este artículo, entre otros. Sin embargo, las conclusiones no fueron aplicadas por las Fuerzas Policiales y menos aún por el propio INAEP que comenzó a desarrollar una doctrina policial concordante con la vetusta y equivocada concepción del orden público como orden callejero o policial dentro del inexplicable artículo 277°.

En quinto lugar, fue recién en 1988 que se aprobó la Ley N° 24949 que creó la Policía Nacional del Perú integrando a las tres fuerzas policiales y modificó el artículo 277° de la Constitución, señalando que su "finalidad fundamental es garantizar, mantener y restablecer el orden interno". De tal manera, el nuevo artículo constitucional retiró de su redacción y de su contenido al orden público, lo cual se ajustaba a la cabal interpretación sostenida por la mayoría de los especialistas. No obstante ello, la recientemente creada Policía Nacional siguió con su equivocada concepción del orden público y el INAEP continuó desarrollando su doctrina policial en el mismo cauce, hasta el extremo que algunos proyectos de Ley Orgánica de la Policía Nacional se vieron truncados por esta errática interpretación, la misma que fue denunciada por el congresista y constitucionalista Enrique Chirinos Soto.

Finalmente, ante esta confusa situación la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y el Instituto de Ciencia Política VOLTAIRE, organizaron en 1995 un seminario sobre "Orden Jurídico, Orden Público y Orden Interno" en el que expusimos constitucionalistas y politólogos como Domingo García Belaunde, Alberto Borea Odría, Enrique Chirinos Soto, Francisco Miró Quesada Rada, Raúl Chanamé Orbe, Pedro Planas y que el autor de estas líneas publicó un resumen del mismo como fascículo en "Temas Constitucionales" de la Facultad de Derecho de esta Universidad, con el sello del Fondo Editorial.

Sobre el particular, dicho sea de paso, debemos apuntar que el maestro constitucionalista García Belaunde suscribió la presentación de esta publicación.

Por último, vemos con sincera satisfacción la conclusión de este largo debate sobre un tema de Derecho Constitucional con la promulgación de la necesaria y tan esperada Ley Orgánica para la Policía Nacional del Perú que, sin duda alguna, contribuirá a su desarrollo y eficacia en beneficio de la sociedad. En este sentido, la Policía Nacional ha asumido un nuevo reto de eficiencia consistente en adecuar y modernizar sus reglamentos acorde a la nueva ley orgánica que le señala cinco especialistas (1 Orden y Seguridad, referido a la paz y tranquilidad sociales como a la seguridad pública que incluye incuestionablemente el control de la seguridad ciudadana. 2 Investigación Criminal. 3 Criminalística. 4 Administración y 5 Inteligencia), con la finalidad de servir mejor a cada uno de los ciudadanos dentro del territorio nacional.

## EL DERECHO ADMINISTRATIVO SEGUN HUMBERTO NUÑEZ BORJA

Ramiro de Valdivia Cano (\*)

Arequipa entera se precia de haber atestiguado entre 1909 y 1999 los avatares y hazañas de uno de sus hijos más ilustres como emblemáticos, el Dr. Humberto Núñez Borja. Él sería el espíritu arequipeño que don José L. Bustamante describe en su **ELOGIO DE AREQUIPA** lanzándose a la conquista de una nerviosa trayectoria de empresas directivas, de idealismos desorbitados y de nobles reivindicaciones.

Maestro, jurista, adalid. Quien desee hurgar en algunas de las egregias facetas de don Humberto Núñez Borja puede leer en **EL ÚLTIMO MONTONERO**, de Bouroncle, acerca de su participación en la revolución de 1950; o en **CONVERSACIÓN EN LA CATEDRAL**, como Vargas Llosa lo retrata en la línea de vanguardia del levantamiento libertario de 1955. Bouroncle y Vargas Llosa ayudan a comprender que no sólo es la belleza abrumadora de Arequipa lo que la hace singular. Lo es también la historia de sus revolucionarios, sus juristas y la de sus maestros. *En su actitud ruda i fantasiosa a la vez, a la par irreflexiva i grave, vislúmbrase la influencia de viejos rasgos heredados: individualismo, inquietud i ensueño españoles; sobriedad, misticismo i tesón indígenas.* El Dr. Núñez Borja es

---

(\*) Miembro Titular del Jurado Nacional de Elecciones. Profesor universitario.

consultor privado y también el rector de la UNSA y de la UCSM y quien ejerce, a veces simultáneamente, la presidencia de las más importantes entidades del Sur: la Junta de Rehabilitación y Desarrollo, la Junta de Obras Públicas, el Fondo de Desarrollo Económico, la Federación de Asociaciones Profesionales, la ANEA, la Alianza Francesa, la Asociación Pro Naciones Unidas del Perú, el Club Internacional, la Asociación de Ex alumnos del glorioso CNIA, el Colegio de Abogados. *Es el hombre bueno que protesta contra el fraude de las libertades públicas.* No todos saben de su prístino accionar al frente de la Liga Democrática que llevó a la presidencia de la República al Dr. Bustamante y Rivero; ni de sus gestas libertarias; ni de la plancha presidencial que integró con don Ernesto Montagne y que terminara abruptamente con su encierro y ulterior destierro; ni de su candidatura al Premio Nobel de la Paz. *Es el gallardo protagonista de esa leyenda brava. Bruna la tez, leal i franco el mirar, ágil el esguince, recio i templado el corazón.* Pero los abogados que se formaron entre 1937 y 1973 en las universidades San Agustín (UNSA) y Católica de Santa María (UCSM) gozaron, además, del privilegio de recibir su cátedra de vida, mientras recorrían con él un insólito, por lo admirable, syllabus de Derecho Administrativo. En su formación jurídica, don Humberto Núñez Borja, desde muy temprano dio a conocer su preferencia por el Derecho Público; en especial en las ramas del Derecho Tributario, del Derecho Municipal, en las que traza rutas señeras; y, por antonomasia, en el Derecho Administrativo.

Es, pues, preciso enfatizar por ahora, su perfil como estudioso e investigador del Derecho que induce a sus colegas y discípulos a cultivar el dogma de W. Goethe: "Contenido sin método, entusiasmo nada más; método sin contenido es sutilizar en el aire; materia sin forma es saber apelmazado; forma sin materia, figuraciones vacías" Combinando los estudios con su trabajo en el prestigioso Estudio Jurídico Gómez de la Torre, se dejó seducir por los conceptos sobre servicio público que propugna el Dr. Toribio Alayza Paz en su obra DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y DEL PERU, publicada en 1927 por Sanmartí, en Lima. Es así que, desde la primera edición comparte el concepto que acepta que "Un servicio público es el conjunto de medios personales y materiales, por los que una persona administrativa cumple su misión o parte de ella". Sus características

serían las de ser: públicos, de interés general, prestado por la administración, su continuidad y permanencia en el tiempo; y su carácter no lucrativo. Pero, el avance desbordante del Derecho Administrativo induce al Dr. Núñez Borja a sistematizar su contenido con mayor eficacia en la tercera edición. Para ello coincide con el tratadista Rafael Bielsa que en 1961 definía la metodología como “el procedimiento lógico del espíritu para conocer conceptos, valorarlos, analizarlos con un fin determinado”. Sostenía que aunque la metodología del Derecho como disciplina científica había existido desde siempre pero que lo nuevo consistía en haberle dado una significación propia: y agregaba que era preciso una eficiencia en el estudio, la investigación y la construcción de acuerdo a un método propio, método que es el camino y la dirección que hay que seguir para el logro del resultado final. El aporte metodológico en el BREVE TRATADO... consiste en analizar cada institución jurídica en su naturaleza, su formación, su contenido, alcances; y señalar las diferencias respecto de otra similar en la misma legislación o en una legislación distinta.

La preparación de la tercera edición tomó alrededor de 15 años. A manera de un diario personal, el Dr. Núñez Borja iba anotando a mano sus experiencias, reflexiones y pronósticos vinculados al Derecho Administrativo que sus pupilos Hilda La Madrid y Ramiro De Valdivia Cano iban digitando. En los últimos de aquellos años, a partir de 1968 y hasta su culminación, su trabajo académico y profesional tuvo que convivir con el gobierno de facto del General Velasco Alvarado. Esta experiencia lo vuelve a colocar en las primeras líneas de combate en pro de la justicia y de la libertad. Si en 1950 y en 1955 se irguió como adalid de la rebeldía arequipeña contra la dictadura de Odría, en 1972 lo hace con su BREVE TRATADO... en la mano, como jurista por vocación. Tal como lo profetizara en las anteriores ediciones, la noción de Estado asociada a la de ineficiencia, quedó poderosamente arraigada en la mentalidad colectiva. No era para menos: allí donde el Estado intervenía eran previsibles la ineficacia, el burocratismo y la falta de transparencia en el manejo de los recursos. Se desarrolla estas premisas en los diversos capítulos que proponen que invertir un conjunto de recursos, de tal forma que el rendimiento que se obtenga sea mayor al gasto realizado, es un criterio universal que, pese a su sencillez, no suele ser aplicado; en

especial cuando predominan o el capitalismo de Estado o el patrón de desarrollo sustentado en la acción y en la presencia estatal –de boga en aquellos días previos a la década perdida; y que denuncie que la eficiencia, concepto básico de la economía, no siempre es tomado en cuenta en los predios de la gestión del estado peruano; particularmente en la administrativa. Su empatía con el sector privado enriqueció notablemente su percepción del Derecho Administrativo. Por ello, no es casual que en su obra proponga a esa rama del Derecho las metas de recomponer el aparato estatal y restablecer los lazos de éste con todos los sectores de la población, principalmente con la de bajos recursos económicos. Otro concepto fundamental cosechado de su experiencia en la actividad profesional está señalado por el mismo autor en el prólogo de la primera edición: es imposible abstraer el Derecho Administrativo de la realidad social; del manejo indiscriminado de lo social, inclusive en aspectos estrictamente individuales.

Sin desmedro del tratamiento de los aspectos sustantivos del Derecho Administrativo, la elección del método es la primera preocupación docente del Dr. Núñez Borja y él la sujeta a dos condiciones: la naturaleza del objeto a que se aplica y el fin que se pretende alcanzar. La naturaleza de los objetos –tan diversos en esta rama como en ninguna otra– es de suma importancia. Éstos pueden ser ideales o naturales o culturales o metafísicos, distinguiéndose por sus caracteres. El Derecho con sus valoraciones típicas de justicia, solidaridad, cooperación, paz, poder, seguridad y orden, cabalga entre el mundo fáctico de la experiencia y el de lo cultural. En todo el trayecto, el Dr. Núñez Borja insiste en la importancia del sistema para el estudio y la investigación del Derecho Administrativo. Carece de sentido considerar que el estudio del método es materia privativa de juristas puros y que el jurista puro debe ser el ortodoxo, el técnico del derecho, el divorciado de disciplinas como la sociología, la historia o la filosofía o del arte. Por consiguiente, lo fundamental en el Derecho Administrativo es el análisis del todo, la formación humanística y filosófica y la síntesis de los demás conocimientos más los aportes reales de cada uno.

El recorrido silábico que sus colegas y alumnos de Derecho Administrativo realizan bajo la guía del BREVE TRATADO... del Dr. Núñez Borja empieza con el debate sobre la identificación entre

Estado y Derecho y su rechazo al dualismo tradicional entre el derecho público y el derecho privado y prosigue con el reconocimiento de la existencia de la diversidad metodológica para el cultivo de esa rama del Derecho. El itinerario curricular discurre por el principio de la ratio legis que comporta una doble vertiente: La clásica, que consiste en remitirse al principio superior de donde emana la norma; y, la moderna, que considera la realidad, el hecho, la relación humana exacta, e inclusive el fin de coordinación pacífica necesaria para el equilibrio de los asuntos sociales. Es allí donde comienza el gran debate: Una de las cargas más pesadas que arrastró el estudio del Derecho en general y, en particular del Derecho Administrativo, desde inicios del siglo XIX, es el lastre del método exegético. Pradier Fodéré avala a los juristas que desde esa época reducen el estudio del Derecho Administrativo al análisis de la legislación vigente. Es en la segunda mitad del siglo XIX que se inicia el método jurídico y la construcción científica del Derecho Administrativo, ya sea como regulación de la actividad del Estado o la del órgano ejecutivo, o de las relaciones del Estado con los particulares, o el predominio de la noción del servicio público. El periplo pasa también por el método sociológico que destaca la gravitación, en el ámbito del Derecho Administrativo, de las interacciones sociales y de los hechos del hombre en comunidad. Aunque, para el método realista, es la realidad la que predomina, según el criterio de Duguit.

En el BREVE TRATADO... los conceptos en el Derecho Administrativo son estructurados mediante un proceso de inducción en el cual concurren distintos elementos. Pero el autor reconoce que el método inductivo no agota el tema puesto que hay principios superiores, reglas, aforismos y la ratio legis, desde los cuales aparece también la aplicación del método deductivo. El Derecho Administrativo, en cuanto rama del Derecho, debe adoptar el método jurídico, que es inductivo y deductivo a la vez. En el método inductivo predomina lo subjetivo, al paso que en el deductivo es lo objetivo. De donde se sigue que, según sea el fenómeno o hecho jurídico referido a la institución que se examina, la valorización subjetiva podrá contribuir a definir conceptos, mediante inducciones, premisas o principios diversos. Debe pensarse que, en cuanto al método deductivo, no existe la exactitud matemática para las ciencias sociales; no opera la precisión de lo que es comprobable por la descomposición

en unidades; empero, esa descomposición en unidades, o división en partes, según el método cartesiano, no sólo es posible sino recomendable como método jurídico apropiado. El método experimental (de una manera general el experimento es la culminación del método científico) es posible por el estudio de antecedentes, sus resultados y consecuencias. Para eso el método histórico de la propia sociedad en que se vive, o el método comparativo de los demás países, es indudablemente útil. El Profesor Bielsa se refiere al método jurídico propio "el método integral y sintético", inductivo y deductivo que puede aplicarse al Derecho Administrativo, cuidando su índice de desarrollo.

Los mayores progresos en el Derecho Administrativo son el resultado de su aplicación, se ha dicho; y también que el progreso de esta ciencia no habría podido realizarse ni con el método exegético ni con el método sociológico. El BREVE TRATADO... propone finalmente a la prevalencia de la aplicación del "método jurídico", sin descontar los otros, ni desterrar en lo absoluto el empleo del "método histórico y comparativo", así como también "el método a priori" no sólo para la búsqueda de los principios generales sino también en lo pertinente a las soluciones de la doctrina, debiendo advertirse que este procedimiento, no fundado en la experiencia, ha de estar condicionado por los preceptos político-jurídicos del ordenamiento constitucional. El orden constitucional es el Alma Mater del Derecho Administrativo.

## EL PRIMER CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE LATINOAMERICA

**Sergio Díaz Ricci (\*)**

En la provincia de Tucumán, un Estado al noroeste de la República Argentina, acaba de entrar en vigencia un Código Procesal Constitucional.

Esto constituye toda una novedad jurídica ya que el desideratum del Derecho Procesal Constitucional es reunir en un Código, esto es, en una única Ley, de manera unificada y sistemática, todas las herramientas procesales de defensa de los derechos constitucionales. En este sentido Tucumán marcó la punta.

Tengamos presente que el sistema federal argentino permite que las Legislaturas provinciales dicten sus códigos de procedimientos locales (pues los Códigos de fondo –civil, comercial, penal, etc.– sólo los puede dictar el Congreso nacional) y leyes relativas a sus respectivas Constituciones provinciales (p. ej. sobre habeas corpus, amparo, habeas data, amparo colectivo, control de constitucionalidad provincial). Estas normas procesales son aplicadas por la Justicia provincial integrada por los tribunales de distintos fueros organizados y nombrados por la propia provincia.

---

(\*) Defensor del Pueblo de Tucumán (Argentina).

El Código Procesal Constitucional de Tucumán entró a regir el 7 de mayo de 1999, luego de un largo y enredado trámite. El proyecto de código, de mi autoría, fue presentado en 1992 en la Legislatura local siendo el suscrito legislador provincial. Luego de casi 3 años fue aprobado el 9 de octubre de 1995. Con evidente irregularidad se demoró casi 4 años en ser publicado por el Gobernador. Entró en vigencia 60 días después de su publicación en el Boletín Oficial provincial.

Sentido. La novedad más interesante de esta ley es su forma codificada. Un Código importa dos definiciones de técnica legislativa: 1º, reunir la totalidad de los asuntos que comprende una determinada materia jurídica en una ley única, es decir, hacer un tratamiento completo y unificado de todos sus temas de modo que no quede ningún asunto fuera, en consecuencia, cualquier cuestión relativa a esta materia debe ser contenida en ella; 2º dar un tratamiento sistemático a toda esa materia, o sea, realizar una sistematización racional de todo ese material jurídico.

Un Código Procesal Constitucional reúne todos los procedimientos que garantizan el respeto de los derechos consagrados por la Constitución, es decir, una única ley donde encontrar todos los medios procesales que dispone una persona para acudir a los tribunales de justicia en resguardo de sus derechos fundamentales.

Un Código impone la tarea de ordenar sistemáticamente todos estos instrumentos procesales. No basta la mera unificación sino además debe darse una sistematización interna, un ordenamiento temático y un conjunto principios generales propios aplicables a todo ese régimen legal. El mérito más importante de esta obra legislativa es definir los principios generales que rigen la materia procesal constitucional: fácil acceso a la tutela judicial, simplicidad y celeridad. El carácter constitucional de los derechos tutelados imponen una acción rápida ante la Justicia a través de herramientas sencillas y fáciles de conocer y aplicar ante su lesión o amenaza. Un Código que reúne todos los remedios procesales, simplifica su aplicación y facilita la protección.

Esta sistematicidad distigue a la ley tucumana de la Ley de Procedimientos constituciones de la provincia de Entre Ríos que carece de forma de Código.

**FINALIDAD.** La materia procesal constitucional tiene por objetivo hacer efectiva la Supremacía de la Constitución ante actos o hechos del Estado o de particulares que afecten principios o derechos consagrados por la Constitución como fundamento de la convivencia política.

La Voluntad Popular, que sostiene y fundamenta la Supremacía político-jurídica de la Constitución, exige el respeto incondicional de las normas constitucionales. Los casos de violación de disposiciones constitucionales demandan su inmediata reparación, de lo contrario la supremacía constitucional sería una mera manifestación de buenos deseos. Para ello la Constitución ha establecido un órgano: la Justicia Constitucional (especial u ordinaria) y unos medios: los procedimientos constitucionales de habeas corpus, amparo, control de constitucionalidad, etc., para restablecer rápidamente el orden constitucional afectado.

En un Estado Constitucional de Derecho, cuando el principio democrático se encuentra suficientemente consolidado, la vigencia de la Constitución pasa por la eficacia de los medios de reparación (mecanismos procesal-constitucionales) y el respeto de la decisión jurisdiccional en una cuestión de constitucionalidad.

En suma, un Código Procesal Constitucional representa el instrumento a través del cual, en un Estado Democrático y Constitucional de Derecho, se hace efectiva la vigencia de la Constitución.

**FUENTES.** La Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica de 1989 constituye la fuente más importante tenida en cuenta para la elaboración de este Código. Aunque éste ni la Ley de Procedimientos Constitucionales de Entre Ríos –que tampoco sirvió de fuente de la iniciativa tucumana– están sistematizados como código.

El Habeas Corpus sigue la ley tucumana (Ley 6230) que en líneas generales es una adaptación de la ley nacional (Ley 23.098). Para el régimen general del amparo, además de la ley nacional de amparo (Ley 16.985) se tomaron disposiciones de un proyecto de amparo de Vanossi, otro de Sagües para la provincia de Santa Fe y de la Ley sobre acción jurisdiccional de amparo de Santa Fe (Ley 10.456). Los amparos especiales (electoral, fiscal, por mora de la administración)

fueron incorporados de sus respectivos textos legales dispersos. El Habeas Data sigue los lineamientos de la Constitución de la provincia de Córdoba (art. 50) y de la Constitución brasileña (art. 5. LXXII), además de las pautas fijadas por el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional. El Amparo Colectivo ha adoptado el régimen propuesto por el anteproyecto de Morello Stiglitz.

Finalmente, el Control Jurisdiccional de Constitucionalidad proviene de sendos proyectos de Vanossi para la Declaración Judicial de inconstitucionalidad de oficio y para la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (TP n° 2, 1990). El Recurso de Apelación por Inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo provincial sigue *mutatis mutandi* el régimen nacional y un proyecto de Vanossi sobre el tema.

El Código tucumano es una adaptación a nivel provincial del proyecto de Código para la Seguridad Personal presentado por Jorge Gentile en la 1990 en la Cámara de Diputados de la Nación (TP n° 171). Este proyecto de Código Procesal Constitucional para la Nación fue elaborado por el suscrito con la valiosa dirección del Dr. Gentile, profesor de Derecho Constitucional de Córdoba.

CONTENIDO. Este Código, se inicia con una Parte General aplicable a todo el texto donde se establecen los principios generales que rigen la materia: 1. procedimientos sencillos, rápidos y efectivos en protección de sus derechos fundamentales amparados por la Constitución y los tratados; 2. acceso a tutela judicial efectiva, es decir, fácil acceso a los tribunales de justicia en demanda de amparo constitucional (art. 1 y 3 del Pacto de San José de Costa Rica).

El resto del Código se divide en dos partes: la primera, dedicada a los instrumentos de protección rápida de lesiones o amenazas ilegítimas a los derechos constitucionales, por hechos o actos del Estado o de particulares (habeas corpus y amparos) y, la segunda aborda los mecanismos de declaración de inconstitucionalidad por los tribunales de normas estatales contrapuestas a disposiciones constitucionales (acción de inconstitucionalidad, declaración de oficio, recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo provincial).

No vamos a entrar a describir pormenorizadamente cada una de las instituciones que reúne este Código, bástenos señalar algunas de las novedades y peculiaridades que presenta.

El Título dedicado a las "Garantías a los Derechos Fundamentales" (Habeas Corpus y Amparos) contiene la novedad más importante introducida por este código: Disposiciones Comunes aplicables a todos estos procedimientos expeditos de tutela (horario continuo, plazos improrrogables, impulso procesal de oficio, preferencia y celeridad, amplia legitimación activa, fácil saneamiento y convertibilidad de la acción, exención de cargas fiscales, obligación de informar, etc.) es decir, una serie de principios dirigidos a facilitar el acceso a la justicia y dar simplicidad, celeridad y eficacia a los mecanismos de protección jurisdiccional. Tratándose de procedimientos análogos se reúne en este Capítulo disposiciones comunes aplicables a todos ellos.

En esta primera parte se aborda los dos grandes procedimientos tuitivos del derechos constitucional: el Habeas Corpus y el Amparo. En el régimen del Habeas Corpus se introduce el Habeas Corpus de Oficio y el Habeas Corpus contra decisiones judiciales. La Audiencia es facultativa del Tribunal cuando el afectado se encuentra privado de libertad (art. 42).

El tratamiento del Amparo se inicia estableciendo un procedimiento común aplicable en todos los casos salvo las peculiaridades que se establezcan para cada especie. Dos notas distintivas presenta el procedimiento de amparo: plazos breves y expeditos, y la Audiencia –principal motivo de demoras– deja de ser obligatoria y pasa a ser facultativa del Tribunal cuando lo considere absolutamente necesaria por auto fundado (art. 60).

Seguidamente se abordan los amparos particulares: Habeas data, Amparo Electoral, Amparo Fiscal, Amparo por Mora de la Administración y los Amparos Colectivos de protección de los intereses difusos.

La Segunda parte se ocupa del Control Jurisdiccional de Constitucional donde se establece el procedimiento de la Declaración Judicial de inconstitucionalidad de oficio, la Acción Declarativa Judicial de Inconstitucional y el Recurso de Inconstitucional por ante el Tribunal Superior provincial. Los dos primeros no existían en la legislación tucumana, y el último estaba insuficientemente regulado en el proceso civil, aplicable en el proceso penal, laboral y contencioso-administrativo.

CONCLUSIONES. Un Código Procesal Constitucional constituye un objeto emblemático de una etapa superior en la evolución del Estado Democrático-Constitucional de Derecho. En efecto, cuando una sociedad democrática ha logrado asignar a un órgano independiente, confiable y aceptado, la decisión sobre los conflictos relativos a la aplicación de la Constitución se ha avanzado hacia un estadio superior de desarrollo político- Cuando la dramática pregunta de Schmitt sobre el Defensor de la Constitución real, el problema queda resuelto. El desarrollo de nuestra civilización política nos ha enseñado que el empleo de la técnica jurídica en el ámbito estatal constituye uno de los grandes logros del constitucionalismo. La aplicación responde a la cuestión del Custodio de la Constitución. Obviamente ello supone una Justicia consustanciada (*idem sentire republica*) con la Constitución.

En Tucumán, luego de casi 7 meses de aplicación del Código Procesal Constitucional hay una silenciosa reticencia de los tribunales en aceptarlo. ¿Será que los plazos perentorios e improrrogables los obliga a trabajar por la tarde y de los días inhábiles? Sería un asunto menor. ¿Será porque no se asume el rol de custodio de la constitución? Sería un problema grave.

## **NORMAS PARA LOS COLABORADORES DE LA «REVISTA PERUANA DE DERECHO PUBLICO»**

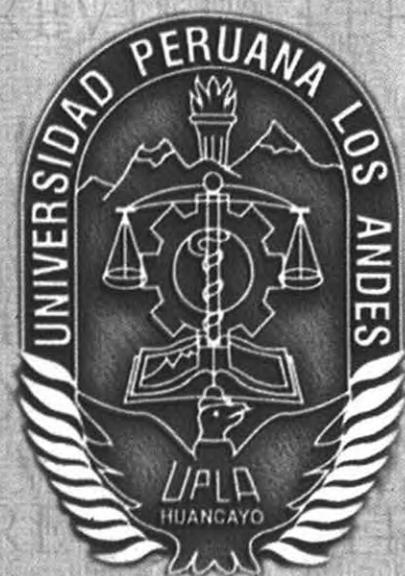
- 1) Sólo se publicarán trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerán artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
- 2) Se recibirán artículos doctrinarios (aspectos generales, comparados o nacionales) así como notas breves o comentarios jurisprudenciales o de libros.
- 3) La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible, los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
- 4) La Revista sólo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idiomas extranjeros, podrán ser traducidos por la redacción de la Revista.
- 5) Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio.
- 6) Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posible, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre de autor, nombre de la obra, editorial, ciudad, año, etc.)
- 7) Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un ejemplar, y de ser posible, un diskette word for windows, versiones 5, 6 ó 7.
- 8) La Dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
- 9) A cada autor se le entregará dos ejemplares de la Revista.
- 10) El autor cuya colaboración haya sido publicada, se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino tres meses después de aparecida en su versión original.



## *Notas*

## *Notas*

**Se terminó de imprimir en los  
Talleres gráficos de Editora Jurídica Grijley,  
en el mes de marzo de 2001.**



La Universidad Peruana Los Andes, fue creada por Ley Nº 23757 el 30 de diciembre de 1983, como institución académica dedicada a la formación de profesionales líderes e investigadores en la región central del Perú, donde se cultivan los valores éticos y morales. Su sede principal se ubica en la ciudad de Huancayo.