

Revista

AÑO 2, N° 3
Julio-diciembre 2001
DIRECTOR
DOMINGO GARCÍA BELAUDE
SECRETARIO
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

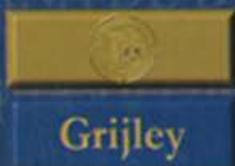
Peruana

DE



DERECHO PÚBLICO

Administrativo
y Constitucional



REVISTA PERUANA DE
DERECHO PÚBLICO

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 PÚBLICO

Año 2, Número 3 • Julio-diciembre de 2001

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 Asesor Internacional

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

Comité Consultivo Nacional
**Alberto Ruiz-Eldredge
Alfredo Quispe Correa
Gustavo Bacacorzo**



GRIJLEY

Agradecimientos

Lucchetti (Perú) S.A.

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

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
E-mail: jpalomino@terra.com.pe

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

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012001-0883

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
Jr. Lampa 1154 - Lima 1, Perú
Telfs: 426 1631 • 427 3147 • 426 5417
Telefax: 427 6038
E-mail: grijley@terra.com.pe

SUMARIO

EDITORIAL	7
-----------------	---

ACTUALIDAD

SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

- Presentación	11
- SAMUEL B. ABAD YUPANQUI Reforma Constitucional y Derechos Humanos. Primeros pasos, grandes desafíos	13
- ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS Una Constitución estable para institucionalizar el Perú	27
- EDGAR CARPIO MARCOS El derecho a un proceso que dure un plazo razonable en el Anteproyecto de Reforma Constitucional	37
- FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI El Congreso, el Gobierno y sus relaciones políticas, en la propuesta de reforma constitucional	43
- CÉSAR LANDA Reforma de la Constitución económica	53
- VÍCTOR JULIO ORTECHO V. En el camino de una reforma o de una nueva Constitución	65

SUMARIO

- HUMBERTO UCHUYA CARRASCO
La reforma constitucional y el órgano jurisdiccional... .. 73

ESTUDIOS

- LUCIO PEGORARO
El debate sobre el federalismo en Italia y la revisión
constitucional de 2001... .. 87
- FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
El federalismo en América Latina... .. 115
- ANDRY MATILLA CORREA
El sistema concesional cubano... .. 149

DOCUMENTOS

- Habeas Corpus (Caso Abimael Guzmán R.)... .. 185
- Amparo (Caso Telefónica con Osiptel)... .. 189

SEMBLANZA

- DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
In Memoriam. Pedro Planas Silva (1961 – 2001)... .. 203
- Normas para los colaboradores 205

EDITORIAL

El gran acontecimiento del presente año ha sido, sin lugar a dudas, el proceso electoral que dio nacimiento a un nuevo periodo de gobierno, limpiamente elegido tanto a nivel del Poder Ejecutivo, como del Legislativo, compuesto por una Cámara única.

Y como es de verse, este retorno al régimen democrático, ha despertado muchas demandas de diverso orden, algunas de ellas desde el ámbito legal, que tomarán todavía algún tiempo en ponerse en práctica.

En este orden de ideas, y después de negociaciones diversas entre los distintos grupos políticos del Congreso, en donde ninguno tiene mayoría absoluta, se llegó al acuerdo, formalizado en diciembre del presente año, de emprender una reforma integral de la vigente Constitución de 1993, que de lugar al nacimiento de una nueva Carta.

La opción adoptada, que al parecer lo ha sido por consenso y no porque satisficiera a todos los grupos, envuelve diversas interrogantes y además puede tomar algún tiempo. Pero sin lugar a dudas, el tema es de interés, y ocupará la atención pública los próximos meses. De ahí nuestro interés en ofrecer un espacio abierto para reflexiones de orden académico sobre la reforma constitucional, a la que dedicamos una sección especial, que ha estado a cargo del Dr. César Landa, y en donde si bien no exhaustivamente, se abordan algunos de los problemas que interesan, y que, por cierto, será continuado en el futuro, en la medida que el interés por el tema no decaiga.

EDITORIAL

Las partes restantes de la Revista se dedican, como es usual, a aspectos diversos, entre ellos, una sección dedicada a "Estudios", que esperamos sea de interés de nuestros lectores.

Lima, diciembre de 2001.

La Dirección.

ACTUALIDAD

SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Presentación

En el Perú no sólo nos hemos pasado haciendo y deshaciendo constituciones, como decía Manuel Vicente Villarán; si no también, que dichos cambios siempre se han justificado, falsamente, en la urgencia de salvar al país de una crisis o, legítimamente, en la necesidad de restaurar la democracia (Constitución de 1979).

Con la restauración democrática, el doctor Valentín Paniagua – entonces Presidente de la República provisional– convocó a una comisión de constitucionalistas y juristas para que elaboren los lineamientos de una reforma constitucional. Dicho equipo ha emitido el documento “Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú” (Ministerio de Justicia, Julio, 2001), donde se dan respuesta a tres preguntas centrales: ¿Es necesaria la reforma de la Constitución?, ¿Qué instituciones se deben reformar de la Constitución? y ¿Cómo hacer la reforma constitucional?

Como los medios y fines democráticos constituyen una sola unidad; el Presidente de la República Alejandro Toledo y los partidos democráticos han aprobado la Ley N° 27600 (diciembre); en virtud de la cual han pactado finalmente que el proceso de reforma constitucional debe realizarse utilizando los procedimientos de la reforma de la propia Constitución de 1993 (Art. 206□). De esta forma, se busca recuperar pacíficamente las instituciones democráticas propias de nuestro constitucionalismo histórico, particularmente de la Constitución de 1979. Elaborado que sea el proyecto de reforma constitucional, debe pasar a continuación a referéndum popular.

Como la supremacía constitucional no es sólo una exigencia jurídica, sino un presupuesto ideológico del Estado democrático constitucional, se ha logrado un consenso político, para asegurar la incorporación de las reformas democráticas pendientes a la estructura de Estado, sin afectar el principio de la continuidad o estabilidad jurídica. Porque no hay democracia sin respeto al derecho, ni derecho sin base en la democracia.

Por todo ello, la reforma constitucional no sólo es *necesaria*, sino también es *realista* al utilizar los propios procedimientos jurídicos establecidos para la reforma constitucional y, además, será *posible* si hay consenso político sobre los contenidos de la reforma. Pero, la reforma será válida si los partidos y demás políticas honran al país con un debate constitucional alturado, atendiendo la esperanza ciudadana con responsabilidad pública.

Por eso es que el presente número dedica un especial sobre la reforma constitucional que ha estado a mi cargo, y en donde nuestros colaboradores pasan revista a los temas relativos a los derechos humanos, el debido proceso, a la estabilidad política, al control y balance entre los poderes del Estado, al órgano jurisdiccional, al modelo de la economía social de mercado y al procedimiento de reforma constitucional.

Si bien por razones de espacio y de tiempo, no hemos podido incluir otras colaboraciones, queda abierto el debate para poder considerarlas en los próximos números.

Lima, diciembre de 2001.
César Landa.

REFORMA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS. PRIMEROS PASOS, GRANDES DESAFIOS

Samuel B. Abad Yupanqui ^(*)

Sumario: I. Introducción. II. El informe de la Comisión de Bases. III. Aportes del informe: Los derechos fundamentales. IV. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCION

La Carta de 1993 –innecesaria y cuestionada por su origen y acento autoritario– fue desfigurada por diversas leyes y decisiones del gobierno que garantizaron un régimen oscuro, corrupto, carente de controles y que concentró el poder.

Luego de la caída del régimen fujimorista, se abrió un escenario propicio para un cambio constitucional que nos permita contar con un modelo democrático que garantice la vigencia de los derechos humanos y los principios constitucionales. En este esfuerzo, se inscribe el trabajo desarrollado durante el Gobierno del Presidente Valentín Paniagua. Dicho proceso continúa con la Ley 27600, publicada el 16 de diciembre del 2001, que inicia el proceso de reforma constitucional y elimina simbólicamente la firma de Fujimori de la Carta de 1993.

^(*) Defensor Adjunto en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En efecto, mediante Decreto Supremo N° 018-2001-JUS, de 26 de mayo del 2001, el gobierno de transición dispuso la creación de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional que estuvo integrada por veintiocho especialistas designados por Resolución Suprema N° 232-2001-JUS, de 31 de mayo, y presidida por el entonces Ministro de Justicia, Diego García-Sayán. La referida Comisión tuvo por objetivo elaborar un informe en el cual se formulen las bases para una reforma constitucional, así como plantear los posibles procedimientos para llevarlas a cabo. Dicho informe se entregó al Presidente de la República el 16 de julio del 2001.

Uno de los temas centrales del informe "Paniagua" fue el de fortalecer los derechos fundamentales teniendo al ser humano y al respeto de su dignidad como el eje central del Estado y de la sociedad. Precisamente estos aspectos se abordarán en las líneas siguientes.

II. EL INFORME DE LA COMISION DE BASES

1. El tipo de Constitución que queremos

Cuando se empieza a debatir la posibilidad de un cambio constitucional, suele tenerse el temor de caer en el reglamentarismo y se empieza a ver el problema desde una perspectiva cuantitativa, es decir, en función del número de artículos que se pretende plasmar y de su pretendido carácter declarativo. Creemos, siguiendo a Biscaretti di Ruffia, que *"la solución mejor parece estar en el justo medio"*. Y es que no puede pensarse que un texto escueto, breve y muy técnico sea lo más adecuado para el país. De ser así, se corre el riesgo que no sea entendido y que el legislador pueda cambiar en la práctica el contenido del texto constitucional a través de leyes ordinarias.

Este debate no se presentó durante la elaboración del Informe de la Comisión de Bases, pues se optó por elaborar un texto que no cuente con artículos sino básicamente con propuestas de cambio. Sin embargo, somos conscientes que este debate se presentará cuando se discuta el contenido de las normas en la nueva Constitución. Al respecto, somos de la opinión que se deben superar estos aspectos y centrarse en definir el tipo de Constitución que la ciudadanía requiere. Es decir, determinar si deseamos una Constitución que sea un fiel y limitado reflejo de la realidad –una *"foto de nuestra*

realidad”– o una que formule un proyecto de vida en sociedad fruto del consenso.

Nosotros compartimos la idea de que una Constitución “contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política, de modo que prefigura, (...) un modelo de sociedad” (De Otto). Y es que una Constitución no sólo debe plasmar normas directa e inmediatamente aplicables, sino también las metas que orientan al Estado social de Derecho que se pretende construir. Precisamente para el diseño de este modelo de sociedad resulta necesario determinar los derechos fundamentales que deben ser reconocidos y que todos los poderes públicos –e incluso los particulares– deben respetar y promover.

2. El diseño constitucional propuesto

La propuesta de la Comisión presenta avances sustantivos en materia de derechos humanos como la prohibición absoluta de la pena de muerte. Reconoce la igualdad sustantiva o material admitiendo las acciones afirmativas para eliminar los obstáculos que impiden una efectiva igualdad, por ejemplo, para garantizar la cuota de participación política de la mujer. Reconoce jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos tal como lo hacía la Constitución de 1979. Asimismo, considera que el voto debe ser facultativo, y fortalecen a los partidos políticos –que contarían con financiamiento público y franja electoral gratuita–. Establece que sólo el Congreso puede legislar en materia penal y prohíbe la delegación de facultades al Poder Ejecutivo en tales supuestos. Asimismo, pretende dejar atrás la impunidad y evitar que futuras leyes de amnistía o de prescripción puedan encubrir delitos contra los derechos humanos (desapariciones, ejecuciones extrajudiciales, torturas, etc.), tal como sucedió en el pasado.

Reconoce las libertades de expresión e información como derechos esenciales para la vigencia de un régimen democrático, incluyendo como novedad al secreto profesional de los periodistas. Efectúa un mejor desarrollo del derecho de participación para permitir una mayor intervención de la ciudadanía en la adopción de políticas fundamentales. Mantiene así el referéndum, iniciativa legislativa popular, revocatoria, remoción de autoridades y rendición de cuen-

tas. Permite el ejercicio del derecho al voto de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y mantiene el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural.

Uno de los temas más debatidos ha sido el Régimen económico. En esta materia no se repite literalmente lo dispuesto por la Carta de 1993 y se notan avances, como la exigencia de contar con planes estratégicos a nivel nacional y regional. De otro lado, se reconoce el respeto de los derechos laborales y, en concreto, con la "*estabilidad de los trabajadores en sus empleos*". La propuesta acoge lo previsto por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador", suscrito por el Estado peruano y que, por tanto, no se puede desconocer. Toda Constitución moderna debe contener las pautas generales, más no petrificar un sistema económico determinado. Ella debe ser lo suficientemente flexible para que los distintos gobiernos elegidos democráticamente puedan optar por variar de rumbo en el marco del respeto al pluralismo político.

De otro lado, el Estado se configura como unitario, representativo, descentralizado y con un nivel intermedio de base departamental, organizado bajo el principio de separación y equilibrio de poderes. La forma de gobierno sigue siendo presidencial con incrustaciones parlamentarias. Se elimina la disolución del Congreso y se precisan las funciones del Presidente del Consejo de Ministros, quien sigue siendo nombrado por el Presidente de la República. Es importante destacar la eliminación de la reelección presidencial inmediata y la posibilidad de que el Presidente e la República pueda ser acusado durante su mandato por todo delito que cometa. Asimismo, se establecen límites a la facultad legislativa del Ejecutivo al señalar que los decretos de urgencia caducan a los treinta días de su entrada en vigencia, salvo ratificación expresa del Senado que los puede prorrogar hasta por sesenta días más. Por su parte, el Congreso cuenta con dos Cámaras (50 senadores y 150 diputados). Es importante resaltar que se separa en capítulos distintos a las Fuerzas Armadas de la Policía Nacional para marcar sus diferencias. La propuesta mantiene instituciones claves como el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo y el Consejo Nacional de la Magistratura.

En definitiva, el informe contiene avances sustantivos que constituyen el entorno indispensable para garantizar el respeto y la promoción de los derechos humanos.

3. El procedimiento para la reforma

Probablemente el tema más debatido durante el trabajo de la Comisión fue el relativo al procedimiento que se plantearía para llevar a cabo la reforma constitucional. A ello contribuyó el alto contenido político del tema. Por esta razón, se plantearon tres alternativas posibles que tenían en común su referencia a la Constitución de 1979.

Una primera planteaba el retorno a la Constitución de 1979, declarando previamente la nulidad de la Carta de 1993, estableciendo que mantienen su vigencia las instituciones no previstas por la Constitución de 1979 y puntuales normas transitorias, convocando a la vez a una Asamblea Constituyente. Una segunda alternativa, proponía una reforma total de la Constitución siguiendo el procedimiento previsto por la Carta de 1993, incorporando a través de dicha reforma el contenido de la Constitución de 1979 introduciendo las reformas y actualizaciones necesarias. Finalmente, se planteaba una ley de referéndum que consulte a la ciudadanía si desea retornar a la Carta de 1979 y de suceder ello convocar a una Asamblea Constituyente.

La Ley 27600 optó por un camino distinto. En efecto, propuso una reforma constitucional total siguiendo el procedimiento previsto en la Carta de 1993, que será sometida a referéndum y que, de ser aprobada, traerá como consecuencia la derogación del texto de 1993.

III. APORTES DEL INFORME: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En toda reforma constitucional resulta indispensable resaltar el papel central que corresponde a la persona humana –y sus derechos– en tanto fin supremo del Estado y de la sociedad, tal como lo establecía el primer artículo de la Constitución de 1979. Más aún, en un país como el nuestro que viene dejando atrás una experiencia que debemos evitar que se repita. El informe, ratifica el rol fundamental que corresponde a los derechos humanos en una Constitución, tal como lo veremos.

1. Tratados sobre derechos humanos

La Constitución de 1979 fue un texto de avanzada pues reconoció la mayoría de derechos contemplados por los tratados vigentes al momento de su elaboración. Asimismo, precisó en su artículo 105° que los *“preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional”*. Lamentablemente la Carta de 1993 desconoció dicha cláusula con la intención de disminuir la importancia de los derechos humanos en el plano interno.

Creemos que la reforma debe volver al modelo de 1979 reconociendo la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos precisando, además, que en caso de conflicto entre lo dispuesto por un tratado y una norma constitucional debe prevalecer la disposición más favorable a la persona. Asimismo, pensamos que debería reconocerse que el acceso a la jurisdicción supranacional ante la ineficacia de los mecanismos internos constituye un verdadero derecho fundamental.

2. El derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte

El artículo 235° de la Constitución de 1979 establecía que *“no hay pena de muerte, sino por traición a la patria en caso de guerra exterior”*. La Carta de 1993 trató de ampliar estos supuestos para el caso de terrorismo, aunque para evitar que se entienda que violaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) señaló que lo hacía de conformidad con los tratados suscritos por el Estado peruano (artículo 140°). Precisamente esos tratados –concretamente la CADH– le impedían incrementar los supuestos de aplicación de la pena de muerte.

En el actual contexto pensamos que es conveniente avanzar hacia una tesis abolicionista y eliminar la pena de muerte en toda circunstancia. Creemos que para enfrentar a la delincuencia actualmente existen penas muy severas –que llegan a la cadena perpetua– que resultan más que suficientes.

3. Igualdad y medidas de acción afirmativa

Es indispensable avanzar hacia el reconocimiento de una igualdad sustantiva o material. En efecto, no es posible asumir que en un

país de notorias desigualdades como el nuestro, el Estado no dirija el desarrollo de sus actividades a eliminar los obstáculos que impiden una efectiva igualdad de las personas. Más aún, éstas ya han sido reconocidas a nivel legal tratándose de la participación política de las mujeres.

En este sentido, el derecho comparado contempla dispositivos que apuntan hacia tal finalidad. Así sucede con el artículo 13° de la Constitución colombiana según el cual, *“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”*.

Y es que la libertad y la igualdad no son exigencias contrapuestas, sino que “se condicionan y coimplican como valores básicos”. La igualdad “debe traducirse en la garantía de iguales oportunidades para realizar la libertad en el Estado y en la sociedad”; mientras que la libertad “precisa para su realización, no sólo una tutela jurídico formal, sino una equiparación de oportunidades sociales que permita la satisfacción de las necesidades personales y la participación de los individuos en la organización del trabajo y de la entera vida social” (Pérez Luño).

4. Libertad y límites a la potestad punitiva del Estado

La Constitución de 1993 precisa que sólo pueden ordenar una detención la policía en caso de delito flagrante y las autoridades judiciales. En efecto, el artículo 2° inciso 24) literal “f” de la Constitución dispone que *“el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas”*. Tratándose de estos últimos delitos la policía podrá detener a las personas por un término no mayor de quince días naturales.

Consideramos indispensable disminuir el plazo de detención policial tratándose de delitos exceptuados pues no se justifica un término tan amplio (quince días) para una privación administrativa de la libertad de una persona. Creemos que un plazo de tres días en tales casos resulta más que suficiente.

De otro lado, es evidente la relación que existe entre el Derecho Penal y el Derecho Constitucional. Al respecto, la doctrina y la juris-

prudencia vienen desarrollando lo que algunos han denominado un *Derecho Penal Constitucional*. Como señala Ignacio Berdugo, los textos constitucionales diseñan un *programa penal de la Constitución*, es decir, un programa previsto por la Constitución que debe iluminar a todo el Derecho Penal (Berdugo Gómez de la Torre).

Esto se explica por una sencilla razón, y es que el poder punitivo del Estado no puede ser absoluto ni arbitrario, sino que se enmarca dentro del contexto de un Estado Democrático que debe ser respetuoso de los principios, valores y derechos que éste consagra. De lo contrario, el sistema penal se desnuda convirtiéndose o auspiciando un Derecho Penal autoritario.

En esta dirección, el Informe propone que sólo el Congreso de la República debe aprobar las leyes en materia penal. De esta manera, una postura garantista debe prohibir la delegación de facultades al Poder Ejecutivo para evitar que este termine estableciendo las penas. Asimismo, la reforma constitucional debería establecer que el Estado al ejercer su potestad punitiva debe respetar los principios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad, y culpabilidad tanto en el ámbito penal, procesal como penitenciario.

5. Libertades de expresión, información y secreto profesional de los periodistas

Es indispensable garantizar las libertades de expresión e información como derechos esenciales para la vigencia de un régimen democrático. En este sentido, salvo algunas precisiones de redacción, es importante mantener lo dispuesto por el artículo 2º inciso 4) de la Constitución de 1979. Además, nos parece relevante que la Constitución reconozca, como sucede en el texto español de 1978, el derecho al secreto profesional de los periodistas.

Y es que existen diferencias sustantivas entre el secreto profesional entendido en términos generales y el secreto que corresponde a los periodistas. Por un lado el secreto profesional general se fundamenta en el derecho a la intimidad del cliente a diferencia del que corresponde a los periodistas que se fundamenta en la libertad de información. Además, el contenido del secreto no es el mismo, pues *"el objeto del secreto profesional general es tanto la identidad del*

informante como el contenido de la información”, mientras que el secreto de los periodistas “recae, sin embargo, sobre la identidad de la fuente, pero nunca sobre el contenido de la información, que es precisamente lo que constituye la noticia” (Llamazares Calzadilla). Por ello, nos parece un avance reconocer en forma expresa este derecho.

6. Desarrollar el derecho de participación ciudadana

El texto constitucional requiere de un mejor desarrollo del derecho de participación para permitir una mayor intervención de la ciudadanía en la adopción de políticas fundamentales no sólo a través de instituciones de democracia directa sino también en otros espacios de decisión. La ciudadanía no debe seguir siendo una simple espectadora de las decisiones adoptadas por los representantes, sino que debe contar con la posibilidad de actuar directamente en la formulación, aprobación o desaprobación de ellas.

En este sentido, resulta indispensable mantener los derechos de participación directa como el referéndum, iniciativa legislativa popular, revocatoria, remoción de autoridades y rendición de cuentas, pero además permitir que la ciudadanía tenga derecho a ser consultada en aquellas decisiones que le afecten, por ejemplo tratándose de asuntos ambientales o en el caso de los pueblos indígenas.

Paralelamente, nos parece indispensable permitir el ejercicio del derecho al voto de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en tanto ciudadanos que también deben sentirse comprometidos con el régimen democrático. Es indispensable dejar atrás aquella idea que identifica al gobierno y en general a las autoridades electas como el gobierno de los “*civiles*” y no de quienes visten uniforme.

7. La identidad étnica y cultural

El Perú es un país pluricultural y multiétnico, por lo que resulta indispensable reconocer como un derecho fundamental a la identidad étnica y cultural. Asimismo, a partir de esta afirmación es preciso desarrollar las manifestaciones de este derecho en los distintos ámbitos de la vida social ampliando su contenido respecto de lo dispuesto por la Carta de 1993.

Para ello puede tomarse en cuenta lo dispuesto por las constituciones colombiana, paraguaya y ecuatoriana, así como el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes.

8. Evitar la impunidad

En América Latina la existencia de leyes que impiden la investigación y sanción de los funcionarios y servidores públicos responsables de la comisión de graves delitos contra los derechos humanos (desapariciones, ejecuciones extrajudiciales, torturas, etc.), conocidas como "*leyes de impunidad*" o "*autoamnistías*", ha sido un recurso frecuente utilizado por diversos gobiernos autoritarios. Este tema se ha presentado en el Perú, y por su envergadura, no podía estar ausente de una futura reforma constitucional

Más aún si el 14 de marzo del 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) abrió la puerta para investigar estas violaciones a través de su sentencia recaída en el caso "*Barrios Altos*". La CIDH concluyó que las leyes de amnistía desconocieron la Convención Americana sobre Derechos Humanos al impedir a los familiares de las víctimas y a los sobrevivientes ser oídos por un juez. Estimó que se violó su derecho a la protección judicial al prohibir la investigación y sanción de los responsables. Se desconoció, además, la obligación estatal de adecuar su legislación a la Convención Americana. Estos derechos, protegidos por la Corte, también han sido reconocidos por nuestra Constitución (artículos 1, 3, 44 y 139.3). La CIDH, concluyó, que las leyes de amnistía son "*incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos*". Ellas, sostuvo, "*no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú*".

La sentencia de la CIDH nos sirve para "*reencontrar*" la ruta de la justicia. Sin embargo, es preciso evitar que normas similares vuelvan a repetirse. Por ello, la Comisión para el Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional ha propuesto incorporar una norma constitucional según la cual:

“El Estado debe estar obligado a investigar y sancionar los delitos cometidos contra los derechos humanos. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad y las violaciones a los derechos humanos son imprescriptibles y deberán ser investigados y juzgados por los tribunales ordinarios o, en su caso, por los tribunales internacionales competentes de acuerdo a los tratados ratificados por el Estado peruano. Tales delitos quedarán excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluido el indulto y la amnistía”.

La propuesta presentada pretende dejar atrás la impunidad y evitar que futuras leyes de amnistía puedan surgir para encubrir situaciones como las que se presentaron en el pasado.

9. Regulación de los derechos fundamentales: el contenido esencial

Los textos constitucionales habilitan la intervención del legislador en la esfera de los derechos fundamentales para desarrollar sus alcances. Si bien ello suele aceptarse es preciso tratar de establecer garantías para evitar que se puedan cometer excesos tal como ha sucedido en el pasado donde normas de rango inferior a la Constitución vaciaron de contenido los derechos fundamentales.

En este sentido, debe evitarse que el Poder Ejecutivo o el Gobierno se ocupe de desarrollar los derechos fundamentales y eventualmente establecer limitaciones, precisando que sólo a través de leyes orgánicas se podrá regular el ejercicio de estos derechos. Asimismo, señalar como sucede en los textos constitucionales europeos que el legislador puede desarrollar los derechos pero debe hacerlo respetando su *“contenido esencial”*, que se convierte así en una valla insuperable para el Congreso.

El contenido esencial de un derecho fundamental es un concepto jurídico indeterminado que se concreta en relación a cada derecho fundamental, y –conforme lo entiende la jurisprudencia constitucional española–, comprende aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible como tal e impiden su transformación en otra cosa.

10. Tutela procesal de los derechos fundamentales

En la actualidad, recuerda Bobbio, el grave problema que enfrentan los derechos humanos es precisamente el de protegerlos;

“el problema real que se nos presenta es el de las medidas pensadas y pensables para su efectiva protección” (Bobbio). Y es que no basta con lograr su reconocimiento normativo, sino que se requiere fortalecer los instrumentos e instituciones que brinda cada ordenamiento jurídico para tratar de alcanzar su sincera vigencia.

Asumiendo esta postura, nos parece de especial relevancia regular adecuadamente el conjunto de procesos constitucionales destinados a protegerlos, así como fortalecer las órganos jurisdiccionales –Poder Judicial y Tribunal Constitucional– encargados de tutelar los derechos fundamentales.

En este sentido, el Informe de la Comisión sugiere cambiar la expresión “garantías constitucionales” por la de “procesos constitucionales”, por ser técnicamente más adecuada. Y es que en realidad las garantías son los instrumentos jurisdiccionales a través de los cuales se defiende la supremacía constitucional o los derechos fundamentales, en otras palabras, se trata de verdaderos procesos constitucionales.

Asimismo, se considera que una ley orgánica debe regular el ejercicio de los procesos constitucionales, los órganos jurisdiccionales ante los que se presentan, así como los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas. Dicha ley, se sugiere, podría ser un Código Procesal Constitucional.

El Informe propone mantener los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data destinados a la tutela de derechos fundamentales; así como los procesos de inconstitucionalidad y acción popular a fin de controlar las normas; y el conflicto de competencias al que se sugiere denominar proceso competencial.

Sin embargo, se propone excluir a la acción de cumplimiento prevista por la Constitución de 1993 pues en rigor no constituye un proceso constitucional en la medida que su finalidad específica no es la defensa de los derechos humanos o la supremacía constitucional, sino más bien el cumplimiento de actos administrativos y normas legales. Dicho proceso, en realidad, es una modalidad del contencioso administrativo razón por la cual a través de dicha vía procesal deberían tutelarse tales pretensiones.

IV. REFLEXIONES FINALES

La participación de la ciudadanía resulta fundamental para que una reforma constitucional prospere, que requiere para su aprobación el *máximo de consenso posible*. Para ello es indispensable propiciar un amplio debate nacional a efectos que la gente se sienta identificada con *“su”* texto constitucional. Ello, contribuiría a fortalecer un *“sentimiento constitucional”* tan distante en nuestra vida democrática.

En efecto, el desafío es que el trabajo constituyente se lleve a cabo con la población. La ciudadanía debe estar informada de lo que está sucediendo, así como de los alcances y efectos de las normas aprobadas. Se requiere un real debate nacional para poder contar con un texto que responda a las expectativas de la sociedad, y que en consecuencia no siga manteniendo la brecha permanente entre la labor de nuestros representantes y la población. Ello determinará la existencia de un verdadero *“clima constituyente”*, y la posibilidad de formarse opinión respecto al futuro ejercicio del referéndum para aprobar el texto constitucional. Una labor de esta naturaleza, no puede efectuarse de manera apresurada y en tan breve tiempo; en ella debe primar el análisis, evaluación y reflexión.

Una Constitución ha de elaborarse para satisfacer las expectativas de la ciudadanía y no para petrificar una opción política o a un gobierno determinado. De lo contrario, existirán grandes posibilidades que el documento aprobado se convierta en un texto semántico, de limitada subsistencia. Y es que no debe perderse de vista, como sostiene Pablo Lucas Verdú, que *“el objetivo de toda Constitución es obtener el mayor y más intenso consenso político social de los ciudadanos para asegurar su permanencia y, por ende la estabilidad y regularidad del Estado de Derecho”*. La experiencia de lo ocurrido con la Carta de 1993 es un ejemplo de ello. Ya se ha dado un paso importante con el Informe de la Comisión, quedan aún pendientes grandes desafíos.

UNA CONSTITUCION ESTABLE PARA INSTITUCIONALIZAR EL PERU

Enrique Bernales Ballesteros^(*)

Sumario: I. Introducción. II. Una Constitución perdurable antes que todo. III. Una Constitución pro institucional. IV. Líneas directrices para una Constitución que institucionalice el Perú.

I. INTRODUCCION

El Perú figura en el concierto mundial como uno de los países que mayor número de veces ha cambiado de Constitución. Pocas de ellas aportaron novedades importantes; muchas fueron innecesarias y ninguna de ellas logró afianzar al Estado e institucionalizar el país. Esto último es uno de los elementos que caracterizan a una Constitución y le da un valor histórico.

Institucionalizar al país significa lograr que las reglas prevalezcan a los actos. Es establecer un marco que impida la concentración del poder y las decisiones arbitrarias. En cierto modo ello puede facilitar la estabilidad y continuidad de la democracia pese la sucesión de coyunturas difíciles.

Por cierto, ninguna Constitución puede, por si sola, alcanzar que un país funcione como un todo sólido, coherente y perfectamente

^(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica (Lima). Con la colaboración de Raúl Mendoza Cánepa.

institucionalizado. Hacen falta, además, la concurrencia de otros factores que provienen de la política, de la economía y de un consistente proceso de formación de una voluntad nacional, dispuesta, como diría Basadre, a dar vida a esa posibilidad. Pero es obvio que la existencia de una Constitución inteligentemente elaborada, construida a partir de sabias dosis de realismo, audacia y prudencia, rodeada del respeto ciudadano que la hacen durable, es un pilar fundamental para la institucionalización de un país.

¿Eran necesarias tantas constituciones?

En realidad, debió operarse un proceso histórico "normal" basado en un aglutinamiento de la clase dirigente en la perspectiva de desarrollar el proyecto político de la independencia. En esa lógica, la historia republicana debió marchar sobre la base de la Constitución de 1823, sin perjuicio de una fusión con el contenido de la Constitución de 1828, que le hubiera dado las dosis de contacto creativo y ordenador de la realidad nacional.

Las constituciones que siguieron a las mencionadas (1834, 1839 y 1856) aunque de orientación diferente, tuvieron el signo y al mismo tiempo el sesgo de la lucha política; como no podía ser de otra manera, nacieron y fueron inviables.

Distinto es el caso de la Constitución de 1860. Ella fue más bien el producto de un país que comenzaba a madurar y donde liberales y conservadores se esmeraron en plasmar un texto sensato, bien equilibrado en sus proposiciones, de manera que en su aplicación pudiera el país iniciar la marcha hacia la institucionalización. A diferencia de las anteriores, la de 1860 no fue la imposición de un triunfador en los campos de batalla, fue ajena a los intereses de un General victorioso y desde luego no tuvo nada que ver con el azar. La sabiduría de sus proposiciones explica que haya sido la más longeva de todas las Constituciones que el Perú se ha dado. Bajo su vigencia se formó el primer partido político del Perú, y un civil, Manuel Pardo, llegó a la Presidencia de la República. Comenzó de algún modo el primer proceso de modernización del país, que fue lamentablemente interferido (como la propia Constitución) por la guerra con Chile.

Por último, la reconstrucción y la estabilidad de lo que Basadre llamó "La República Aristocrática" se lograron bajo su vigencia. Desafortunadamente y cuando a pesar del tiempo transcurrido no

había envejecido, esa Constitución sucumbió ante los nuevos conflictos e intereses políticos que se presentaron en las primeras décadas del siglo XX.

La Carta de 1920 tuvo nombre propio, fue la Constitución de Leguía, quien se dio maña para no cumplirla. La Constitución de 1933 tampoco tuvo mayor vigencia. Fue afectada por todo tipo de golpes de Estado y vulnerada por los sucesivos gobiernos. El Congreso Constituyente que la elaboró fue neutralizado y, a partir de la forma como fue intervenido, se convirtió en un órgano servil. En contra del propio texto de la Constitución, este Congreso prorrogó a Oscar Benavides. Fue, en síntesis una Carta que pasó sin mayor pena ni gloria.

La de 1979, fue una Constitución modélica, fruto del consenso. En su elaboración participaron todas las tendencias políticas. Pese a lo idóneo del proceso, la institucionalización se rompió. Las fuerzas políticas no fueron capaces de prolongar esa concertación para desarrollar el texto y rodearlo de respeto. Por eso, desde un punto de vista de partidos políticos, la década del 80 fue un fracaso. El país se vio arrastrado a un ciclo agudo de violencia interna. Las violencias anteriores eran parciales (no cuestionaba la existencia del Estado). La del 80 en adelante, quería destruir el Estado. En efecto, Sendero Luminoso y el MRTA, recurrieron a una violencia brutal y fueron combatidos por un Estado que en diversas ocasiones apeló a sus mismos métodos. Esta violencia armada fue tan grave como la que asoló al Perú durante la guerra con Chile. Un tercer factor fue que en las últimas décadas del siglo XX el mundo entero aceleró un proceso de globalización. Fue el fin de la guerra fría, el surgimiento de un mundo unipolar y la expansión de una economía de mercado que los países periféricos no estaban preparados para asumir.

Es en ese contexto que aparece un grupo de oportunistas dispuestos a hacerse del poder, capturar las instituciones y perpetuarse en el mando. Ellos dieron el golpe de Estado de 1992 y diseñaron según sus objetivos una Constitución mediatizada por intereses subalternos. No se puede de ella esperar credibilidad ni reglas de juego estables y es por ello que volvemos a comenzar la tarea de institucionalizar el país y a la necesidad de elaborar una nueva Constitución.

II. UNA CONSTITUCION PERDURABLE ANTES QUE TODO

Es común que frente a toda crisis política haya sectores que invoquen la destrucción del sistema o la acción al margen de él. Los peruanos hemos vivido situaciones de este tipo y las crisis abundantes en nuestro medio han contribuido a hacer visibles las dificultades para resolver con mínimos de racionalidad y tolerancia las divergencias. Muchos conflictos políticos han significado una posterior rotura del sistema político. Sucedió en 1948 y en 1968. En ambos momentos falló la institucionalidad. Esta era frágil para resistir cualquier crisis política. De allí la apelación a los golpes de Estado y a las dictaduras. Estas se nos presentan históricamente como la expresión de un círculo vicioso: las crisis generaban rupturas sistémicas debido a la debilidad de las instituciones y esta debilidad era propiciada por la falta de continuidad democrática.

Esta inestabilidad fue determinante para la fragilidad del sistema político y concomitante en la del régimen constitucional. Es así que en el Perú sólo hemos tenido constituciones semánticas o nominales. Dice Pedro Planas: " Los textos constitucionales son normativos cuando efectivamente conducen el proceso político posterior, orientando las conductas políticas y el desarrollo de las instituciones. De lo contrario son textos nominales (ficticios, sin eficacia jurídica)", sostiene enseguida: "Sorprenderá comprobar el enorme contraste entre la proliferación de textos constitucionales y su escasa eficacia normativa. De todas ellas, sólo una, la Constitución de 1979 rigió doce años consecutivos desde su promulgación".

Según la tradicional clasificación de Loewenstein, las constituciones pueden ser normativas, nominales y semánticas. Normativas serían aquellas que orientan con efectividad el proceso político, jurídico e institucional de una Nación (como fue el caso de la Constitución de 1860, en tramos; y la de 1979 durante los 12 años de su vigencia). Serían nominales aquellas constituciones donde la voluntad política de los actores prevalecen al texto. Por su parte, Constituciones semánticas serían aquellas cuya estructura no responde a la esencia de una Constitución. En estos casos el documento es tendencioso y parece no estar encaminado a garantizar el equilibrio de poderes y reafirmar los derechos ciudadanos, sino que está elaborada en función de los intereses del poder. Como en buena parte de las constituciones peruanas se formaliza o "constitucionaliza" una situación de

hecho. Se pretende por la vía constitucional legitimar a un régimen creado por la fuerza.

Sólo es posible concebir una Constitución perdurable a partir del consenso que alcance así como de la calidad y flexibilidad de su propio contenido. Es importante operar en el contexto político, para que el texto sea fruto de una auténtica transición y de un verdadero compromiso con el Derecho.

III. UNA CONSTITUCION PRO INSTITUCIONAL

Como tantas veces en el pasado estamos nuevamente en un proceso constituyente. En cualquier caso este proceso es necesario, aun si el camino de la apelación al poder constituyente se expresa mejor bajo la modalidad (que esta vez no ha considerado de inicio) de una convocatoria a una Asamblea Constituyente. No hay otra forma de superar las trampas del texto de 1993 e impulsar una transición sana. De acuerdo a la Ley 27600 se establece la necesidad de esta reforma, para lo cual el Congreso proyecta una serie de reuniones públicas y una consulta popular que legitime los cambios.

Es evidente que es necesario rodear de garantías el proceso a fin de que se evite el desgaste de tener una Constitución efímera. Si se logra tener una nueva Constitución el 2003, ésta debe llegar, al menos, al 2021 (año del bicentenario de la independencia). Un texto que muera prematuramente sólo será la señal de que la maduración política del país está aún demasiado lejos de alcanzarse.

Para los efectos del fortalecimiento institucional se hace necesario proyectar el texto constitucional bajo una racionalidad realista. Si la Carta se aleja de la realidad y no concilia posiciones modernas y tradicionales quedará como uno de aquellos textos que nunca tuvieron vigencia real.

IV. LINEAS DIRECTRICES PARA UNA CONSTITUCION QUE INSTITUCIONALICE EL PERU

Se pueden sugerir como líneas directrices para la reforma constitucional en el camino del fortalecimiento de la democracia y sus instituciones:

- Una de las líneas maestras de la reforma constitucional debe ser la distribución racional del poder y el perfeccionamiento de los mecanismos de coordinación entre el Poder Ejecutivo, el Parlamento y el sistema judicial. Este planteamiento debe significar el perfeccionamiento de los mecanismos de colaboración y control entre los poderes del Estado. Este sistema constitucional debe incluir a las instituciones democráticas (Tribunal Constitucional y Defensoría del Pueblo) como partícipes de la defensa de la democracia y del equilibrio de poderes.
- Nuestro sistema de gobierno es un híbrido del parlamentarismo europeo y del presidencialismo norteamericano. En teoría esto debe materializarse en una relación más coordinada que promueva la gobernabilidad. Esto no es así, a la luz de la experiencia histórica. El Perú ha tenido regímenes en los que los gobiernos terminaban "saboteados" por el Parlamento y, en contrapartida, Parlamentos dóciles que facilitaban la toma de todo el poder por el Ejecutivo. Se ha vivido en desequilibrio sin hallar fórmulas de gobernabilidad democrática.
- De una vez hay que dar un paso adelante y definir mejor el régimen político. El híbrido no ha funcionado y no hay que tener temor de replantear el concepto del *checks and balances*. Se debe asumir una posición clara y coherente que apunte a un régimen político más puro, creando mecanismos inmediatos de control al poder. Se debe evitar el exceso del poder presidencial, pero también las posibilidades de un Parlamento con un poder desmesurado.

Como es obvio la agenda política de cara al futuro de la democracia en el Perú debe contemplar el fortalecimiento del Parlamento, superando los viejos esquemas del caudillismo presidencial. Esto pasa por reformular todo el problema de la representación. El requisito es partidos políticos serios, con elecciones primarias, para un Parlamento bicameral.

- En el Perú ha habido resistencia a introducir el sistema de la renovación parcial. Esa institución no fue considerada en la Constitución de 1933, en la de 1979, ni en la de 1993. Los constituyentes pensaron que la renovación parcial podía crear problemas posteriores a la estabilidad. Se optó por la fórmula más fácil sin

razonar sobre la viabilidad del otro modelo. Se creyó falsamente que la estabilidad gubernamental estaba asegurada con la renovación total al final de cada período. La experiencia demostró otra cosa.

- En efecto, si la Constitución de 1933 hubiera optado por la renovación parcial a mitad del período, en 1948 se hubiera producido esa renovación electoral que hubiera impedido el ausentismo aprista en el Senado y dejado sin lugar el pretexto que invocó el General Manuel Odría para el golpe de Estado de octubre de 1948. El supuesto boicot político no hubiera precipitado una salida de fuerza sino una a través de procedimientos institucionales.
- Asimismo, si hubiera habido renovación parcial en el primer período de gobierno de Fernando Belaunde, ésta se hubiera llevado a cabo en 1966. Los ciudadanos hubieran ratificado o censurado la coalición APRA-UNO, acabando con el supuesto obstructivismo al gobierno. Belaunde hubiera encontrado una mayoría para gobernar o, en su defecto, hubiera tenido que ceder a la posición de sus adversarios apresurando acuerdos que debieron darse. En todo caso, el pueblo hubiera dado una renovada legitimidad al Parlamento y reconstituido la correlación de fuerzas privando de argumentos a los golpistas de 1968.
- Desde 1990, el ingeniero Alberto Fujimori montó una campaña contra los partidos históricos y preparó el camino para su golpe de Estado. Una de sus motivaciones fue la falta de mayoría en el Parlamento. Si la Carta de 1979 hubiera considerado la renovación por mitades como una forma de control ciudadano, hubiera correspondido elegir a la mitad de la representación en diciembre de 1992. En un contexto de este tipo, le hubiera sido más difícil a Fujimori armar y justificar el golpe de Estado. En todo caso, el escenario internacional no habría abogado como vergonzosamente lo hizo la OEA. En verdad, cuando se trata de introducir mecanismos inteligentes de preservación de la institucionalidad, la renovación parcial a mitad del período parlamentario cae por su propio peso.
- Un tema de la reestructuración del Parlamento es que se refiere a la recuperación del Congreso bicameral. La experiencia del fujimorismo nos aleccionó sobre los riesgos de una cámara úni-

ca sometida a un Ejecutivo fuerte. Esto lleva el peligro de la dictadura solapada bajo las formas democráticas. El Perú, antes de 1993 nunca se había apartado del régimen bicameral. Se alejó teóricamente con la Constitución de 1867 que no llegó a regir. En la legislación comparada pocos son los Estados que asumen la unicameralidad.

- Otro tema vinculado es el de la descentralización del poder. Durante las últimas décadas, el poder político se concentró en Lima y extendió desde allí su dominio sobre todo el territorio. Es necesario dar plena autonomía a los municipios y promover por la vía constitucional la autonomía política, económica, financiera y gerencial de los departamentos.
- En un país descentralizado y en el que lo político no ha sido un móvil inmediato de este proceso, puede ser difícil que un gobernante se superponga a los poderes regionales para concentrar el poder. Pero esto implica procesos democráticos de elección de autoridades. No puede repetirse la historia de autoridades regionales representantes del gobierno y sometidas a éste. Tampoco se puede alentar el burocratismo regional o el caciquismo. Una fórmula racional debe impedir los extremos.
- La experiencia peruana ha sido negativa porque prevalecieron criterios políticos y electorales (Gerrymandering) para la configuración de las regiones y de los poderes descentralizados. En el peor de los casos, el gobierno designó *manu militari* a sus autoridades para imponer su proyecto centralista y acumulador.
- La ciudadanía sólo se vive cuando el pueblo cuenta con mecanismos de control del poder. Por eso un siguiente paso es dotar de poder al ciudadano para vigilar los actos de sus representantes en todas las esferas de poder. Asimismo, urgen mecanismos de rendición de cuentas de los representantes (Accountability).
- Crear mecanismos de consolidación de las instituciones. Todo proceso constituyente debe aparejar una seria reforma del Estado. La finalidad esencial de estos cambios es el fortalecimiento de las instituciones de la democracia y la creación de garantías más eficaces frente al poder político.
- El Perú es un país sin Poder Judicial. Este no es en la práctica histórica un poder. Siempre se le ha intervenido sino de modo

abierto, subrepticamente. No hay independencia, los jueces son sometidos habitualmente a las presiones del poder. Cuando se detecta un juez independiente u honesto, se le persigue y acorrala como un factor desestabilizador. Para tener un Poder Judicial independiente es necesario extraer la política del sistema judicial, tanto en la selección de jueces y magistrados como en el campo operativo de estos. Objetivo que sólo será posible con una reforma en la que participen los diversos sectores de la sociedad y con un progresivo cambio de imagen que contribuya a una mayor credibilidad.

- Es esencial a los fines de la democracia lograr un Poder Judicial capaz de sostener su razón jurídica ante el Gobierno y el Parlamento. Esto dependerá de las atribuciones que le reconozca el texto constitucional. El mismo criterio debe regir para el Tribunal Constitucional y la Defensoría del Pueblo. Ello es posible con un texto constitucional que desconcentre el poder del gobernante. La gobernabilidad de una Nación, como puede constatarse de la experiencia norteamericana, es posible inclusive bajo el marco de un sistema de pesos y contrapesos. La vigilancia al poder en la democracia contribuye a preservarla y no a debilitarla. Sin Poder Judicial independiente y sin efectivos pesos y contrapesos, no hay Estado de Derecho.
- Debe definirse la democracia como una de partidos políticos. Estos deben ser un contrapeso al poder. Para ese efecto, es necesario rescatar el papel de las minorías políticas, establecer la democracia interna, transparencia y uso de los medios de comunicación por parte de los partidos. La Constitución debe propiciar la elaboración de una ley que desarrolle estos aspectos.
- La Constitución debe tener un espíritu o un pensamiento que le de coherencia y consistencia. A la luz de la experiencia reciente ese fundamento no puede ser otro que la adopción de mecanismos constitucionales eficientes que estimulen la creación de un marco institucional que solidifique la democracia e impida por cauces inteligentes la interrupción de los regímenes democráticos.

EL DERECHO A UN PROCESO QUE DURE UN PLAZO RAZONABLE EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Edgar Carpio Marcos^(*)

Uno de los contenidos más importantes del debido proceso es el derecho a un proceso que dure un plazo razonable o, lo que es lo mismo, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Este derecho, como se sabe, no fue expresamente consagrado en la Constitución de 1993. Se ha previsto, en cambio, en el ordinal *a)* del inciso 26 del artículo 1 del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución, según el cual, toda persona tiene el derecho al debido proceso y, en consecuencia, al libre acceso a la justicia, “en un proceso que se desarrolla dentro de un plazo razonable...”.

Por cierto, la omisión de las Constituciones de 1979 y 1993 en el reconocimiento de este contenido del debido proceso, no ha sido óbice para que no se le dispense de tutela jurisdiccional. Ya sea entendiéndolo como un contenido del derecho al debido proceso o, como el Tribunal Constitucional lo ha destacado, como un derecho no enumerado, en tanto que derivado de los principios constitucionales a los que se refiere el artículo 3 de la Constitución de 1993, lo cierto del caso es que este tema no ha pasado por desapercibido, especialmente en los últimos años, para la justicia constitucional en nuestro país.

^(*) Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima.

(Cf. Fernández-Viagas, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Editorial Civitas, Madrid, 1994, p.17 y ss.)

De acuerdo o no con la extracción de éste de la cláusula de los derechos no enumerados (a nuestro juicio, y contra lo que ha sostenido el Tribunal Constitucional, creemos que se trata más bien de un contenido implícito de un derecho expreso), lo importante es determinar cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho.

Sobre el particular, la doctrina reconoce que existen cuando menos dos alternativas (Nicolo Trocker, "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il 'giusto processo'", en *Rivista di Diritto Processuale*, Nº. 1, 2001, p. 405):

- a) Por un lado, establecer legalmente plazos máximos de duración del proceso, transcurrido el cual, se lesiona el derecho; y,
- b) Con o sin plazos máximos, juzgar la limitación temporal del proceso bajo criterios de razonabilidad.

El primer criterio no parece ser constitucionalmente adecuado para explicar el contenido protegido del derecho. Por un lado, en efecto, porque la Constitución no ha constitucionalizado los plazos de proceso alguno. Y, de otro, aunque la ley pueda establecerlos, la fijación de un término máximo no parece ser compatible con lo que busca asegurar el derecho, pues idéntica violación puede presentarse incluso antes de que el plazo legal sea rebasado. Verbigracia, un proceso que estando apto para ser resuelto antes que culmine el plazo legalmente establecido, sin embargo, no lo es arbitrariamente por el juez.

Y es que "un litigio de escasa dificultad en la precisión de sus hechos o fundamentos jurídicos requiere una respuesta rápida en su tramitación, directamente proporcional al grado de sencillez que denote, mientras que la solución de un proceso complejo requiere de una atención y un esfuerzo mayor de la autoridad judicial en su desarrollo, que se traduce en una mayor necesidad de tiempo" (José Bandres, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, Madrid, 1992, p. 526). Por ello, el contenido constitucionalmente protegido del derecho debe comprenderse de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías "dentro de un plazo razonable".

De esta manera, el derecho al debido proceso "no se presta a ser unilateralmente entendido en una proyección meramente garantista en lo formal, ya que se trata de una noción más compleja, que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, "justo" sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia" (Trocker, citado, p. 406).

Por cierto, la duración "razonable" de un proceso no es un concepto sencillo de definir, como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Genie Lacayo, párrafo 77). De allí que siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Cf. entre otros, el Caso Ruíz Mateos, en Víctor Fairén Guillén, *Proceso equitativo, plazo razonable y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Comares, Granada, 1996, p. 234 y ss.), la misma Corte haya sostenido que para evaluar si un comportamiento aletargado de los órganos judiciales constituye o no una violación del derecho, debe tomarse en consideración tres elementos: a) La complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y, c) la conducta de las autoridades judiciales.

Tratándose de un proceso civil, por ejemplo, será preciso tener en consideración el número y la entidad de las pretensiones sobre las que se tiene que decidir; mientras que tratándose de un proceso penal, el número de implicados y la naturaleza del delito que se juzga.

En segundo lugar, será preciso evaluar la conducta del interesado en su intervención en el proceso, bien en el sentido de dilatarlo mediante la interposición de recursos inútiles o superfluos, bien realizando trámites que entorpezcan el curso natural del proceso. Es claro que si la excesiva duración del proceso se debe a cualesquiera de aquellas conductas atribuibles al justiciable, no puede imputarse a la autoridad judicial la violación del derecho.

Finalmente, el tercer criterio del *test* debe incidir en el análisis del comportamiento del juzgador y la infraestructura con el que cuenta (recursos humanos, materiales o ubicación geográfica, etc.) Sólo se infringe el derecho si es que se observa una conducta no razonablemente diligente del juzgador.

No hay recetas mágicas que puedan formularse en abstracto. Depende de cada caso y de la naturaleza del proceso cuya duración indebida se alega. Por que no se trata de un *test* abstracto, válido *erga omnes*, es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Giusseppe Tarzia, "L'art. 111 cost. e le garanzie eruopee del processo civile", en *Rivista di Diritto Processuale*, N°. 1, 2001, p. 17) ha podido sostener que el carácter razonable o irrazonable de la duración de un proceso no resulta vulnerado cada vez que resulten infringidos los plazos procesales, sino que debe apreciarse "en cada caso y de acuerdo con sus circunstancias" (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Konig, párrafo 99).

Por cierto, nuestro Tribunal Constitucional no ha entendido así la determinación del "plazo razonable", tratándose de la duración de las detenciones judiciales provisionales. Según el Tribunal dicho plazo razonable resulta lesionado cada vez que no se expide sentencia de primer grado dentro del plazo señalado por la ley. Y aunque una cosa sea el derecho a que un proceso tenga un plazo razonable (que se extiende a todos los justiciables y su objeto es protegerles contra la excesiva lentitud del procedimiento), y otra, el plazo razonable de duración de la detención judicial preventiva (que se refiere solamente a los que están en prisión preventivamente), lo cierto es que los términos de la evaluación en ambos supuestos son semejantes. Este no se puede hacer sobre la base de lo que la ley disponga en relación al plazo, sino desde una perspectiva valorativa y casuística (Del Olmo, "La determinación del plazo razonable de duración de la prisión provisional según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción en España", en *La Ley*, N°. 4, 1996, p. 1339).

Por otro lado, aunque la duración excesiva de los procesos sea el supuesto más notorio de violación de este derecho, cabe también proyectar la garantía del derecho frente a procesos excesivamente breves, cuya configuración esté prevista con la finalidad de impedir una adecuada composición de la *litis* o de la acusación penal. Como expresa Nicolo Trocker: "Razonable es un término que expresa una exigencia de equilibrio en el cual estén moderados armoniosamente, por un lado, la instancia de una justicia administrada sin retardos y, por otro, la instancia de una justicia no apresurada y sumaria" (Trocker, citado, p. 407).

Tal extensión del derecho se enlaza con la búsqueda de la “verdad jurídica objetiva” que debe perseguir el proceso, esto es, el encaminamiento del “proceso o procedimiento (...) a encontrar la verdad del caso concreto, o mejor, a dilucidar la existencia o inexistencia de las circunstancias de hecho que resultan relevantes o decisivas para la justa solución de la causa” (Bustamante Alarcón, *Derechos fundamentales y justo proceso*, Ara editores, Lima, 2001, p. 283).

Un proceso concebido con una duración extremadamente sumaria o apresurada, cuyo propósito no sea el de alcanzar que la litis se satisfaga en términos justos, sino ofrecer un ritual formal de sustanciación “de cualquier acusación penal o para la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (César Landa, “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”, en *Pensamiento Constitucional*, N°. 8, PUCP, Lima, 2001, p. 454), vulnera el derecho a un proceso “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”. El factor razonabilidad aquí, no está destinado a garantizar contra la duración excesiva del proceso, sino frente la desproporcionada perentoriedad con que éste ha sido configurado por el legislador y que, eventualmente, aplicó el juzgador limitando indebidamente las demás garantías del proceso justo (Vittorio Grevi, “Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di giusto processo penale (tra ragionevole durata, diritti dell’imputato e garanzia del contraddittorio)”, en *Politica del Diritto*, N°. 3, 2000, p. 434 y ss.)

Tal ámbito garantizado del derecho, por lo demás, se deriva del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención”.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos un recurso “eficaz” es aquel “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido” (Caso Velásquez Rodríguez, párrafo 66).

La vinculación de los derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho a un proceso que cuente con un plazo razonable, evidentemente no sólo exige respeto de los jueces. También vincula al legisla-

dor, quien de esta forma está llamado a configurar un proceso capaz de asegurar un resultado efectivo en la determinación de los derechos e intereses de los individuos. (Palici di Suni, "Diritti fondamentali e garanzie procedurali in Germania: spunti per una nuova visione dei diritti fondamentali", en *Diritto e Società*, N°. 4, 1990, p. 629 y ss.)

EL CONGRESO, EL GOBIERNO Y SUS RELACIONES POLITICAS, EN LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Francisco José Eguiguren Praeli (*)

Sumario: I. Introducción. II. La opción por un Congreso Bicameral.
III. El Gobierno, su organización y las relaciones políticas con el
Congreso. IV. Reflexión final.

I. INTRODUCCION

Uno de los aspectos cruciales y, probablemente, más controvertidos en la próxima reforma constitucional, será la determinación de la organización y competencias del Congreso y del Gobierno, así como de las relaciones entre estos dos órganos políticos del Estado ⁽¹⁾.

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica, (Lima).

(1) A lo largo de este trabajo preferimos utilizar las denominaciones de Congreso y Gobierno, en reemplazo de los tradicionales términos Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, respectivamente, por considerar éstos anacrónicos y "engañosos", en la medida que ya no corresponden cabalmente a las funciones y atribuciones que ejercen ambos órganos. En realidad no es el "Poder Legislativo" el único que legisla ni es esta función la determinante de su labor; a su vez, el "Poder Ejecutivo" gobierna y dirige el país, lo que es mucho más que ejecutar o aplicar leyes. Consideramos que la nueva Constitución debería también adoptar estas denominaciones, mucho más contemporáneas y realistas, a pesar de las objeciones que seguramente plantearán quienes reclamen mantener la fidelidad a la "ortodoxia" de nuestra historia constitucional.

Buena parte de la última centuria en nuestro país, tuvo como una constante la oscilación pendular entre regímenes políticos inestables o autoritarios. Y es que, por lo general, cuando los gobiernos carecieron de mayoría parlamentaria, sobrevinieron crisis políticas que culminaron con golpes de Estado; en cambio, los gobiernos con parlamentos oficialistas pudieron "durar", pero tuvieron escaso contrapeso y control político, en notorio desmedro de la institucionalidad democrática.

Nuestras últimas constituciones respondieron a este problema normalmente "por reacción" ante cada experiencia política precedente. Así, la Carta de 1933 debilitó al Gobierno, buscando corregir y limitar el riesgo de excesos como los producidos durante el "oncenio" de Leguía; sin embargo, el nuevo problema fueron los gobiernos "débiles" por falta de respaldo parlamentario (casos de Bustamante, Prado y Belaunde) que no lograron culminar su mandato. Ello determinó que la Constitución de 1979 optara por fortalecer al Gobierno en desmedro del Congreso, tendencia que incluso se ha acentuado con la Carta de 1993, expresión de la vocación autoritaria del fujimorismo.

En el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución, puesto a debate público por la Comisión de Constitución del actual Congreso, se recogen estos temas y, como no podía ser de otro modo, también sus aspectos controversiales. En este breve trabajo queremos expresar nuestros planteamientos sobre la materia, a propósito de las propuestas que contiene el referido proyecto de reforma.

II. LA OPCION POR UN CONGRESO BICAMERAL

Nuestra tradición constitucional ha estado claramente orientada a la preferencia por un Congreso bicameral. No obstante, la Carta de 1993 instauró un Congreso unicameral, obviamente bajo la influencia de la experiencia del Congreso Constituyente Democrático que la aprobó. La opción unicameral se justificó, en lo esencial, bajo los argumentos de una mayor celeridad y eficiencia en el cumplimiento de las funciones parlamentarias, así como de un menor costo económico por la reducción del número de representantes. El hecho que el Anteproyecto de Reforma Constitucional recoja tanto una propuesta de Congreso bicameral como otra de un Parlamento

Unicameral, corrobora que no ha sido posible arribar aún a un acuerdo sobre este asunto y que su debate sigue concitando controversia.

Tengo la impresión que más allá de los tipos "ideales" esquemáticos de un Congreso bicameral o unicameral, ambos pueden lograr abstractamente, si se procura ello, diseños normativos que les aseguren, en buena medida, la adecuada satisfacción de aspectos como representación política nacional, organización funcional y control político⁽²⁾. Precisamente por reconocer esta posibilidad es que considero que la opción por un Congreso unicameral o bicameral no puede hacerse tan sólo con base a razones meramente "teóricas" sino, más bien, a la luz de la experiencia política de nuestro país. A pesar que me inclino por la conveniencia de retornar a un Congreso bicameral, cierto es que al no ser el nuestro un Estado Federal ello obliga a ofrecer una mayor justificación sobre la necesidad de dos cámaras; a su vez, la referencia a su sustento en nuestra tradición política es un aspecto importante a considerar, pero tampoco resulta por sí sola suficiente.

Creemos que para decidir acerca del carácter bicameral o unicameral del Congreso, debe darse atención a dos tipos de criterios: 1) el sistema de representación política a establecerse, es decir, la forma de elegir a los parlamentarios con miras a su mayor representatividad democrática y social en el país; y, 2) la mayor "eficiencia" a lograrse en la organización y el ejercicio de las funciones parlamentarias (legislativas, de control político, fiscalizadoras) especialmente para afianzar el rol de contrapeso y control frente al gobierno que debe cumplir el Congreso.

Respecto al tema de la representación política, optar por un Congreso bicameral permitiría contar con una Cámara de Diputados elegida por circunscripciones de base departamental⁽³⁾, mediante dis-

⁽²⁾ Se suele oponer, por ejemplo, la mayor celeridad y "eficiencia" funcional del Congreso unicameral, frente a la "lentitud" y burocratismo del bicameral, aunque - desde la otra orilla- se señala como virtud de éste la mayor reflexión y mejor control político, en desmedro del "apresuramiento" que puede caracterizar a aquél. En abstracto, y a veces también en la práctica, esta caracterización puede ser tal, pero existen diseños normativos y mecanismos de organización que pueden matizar o corregir estos "extremos" sindicados como propios de los congresos bicamerales o unicamerales.

⁽³⁾ En caso de departamentos de gran densidad electoral y poblacional como Lima, por ejemplo, podría dividirse (incluso su área metropolitana) en varias cir-

trito múltiple y sistema de representación proporcional por cifra repartidora. En cuanto a la Cámara de Senadores, el punto crucial a dilucidar es si su elección se debe hacer con base a circunscripciones regionales o por distrito nacional único. Mi opción es esta última, al menos por el momento, aun a riesgo de que se la califique de "centralista". Y es que la composición "departamental" de la Cámara de Diputados hace aconsejable "compensar" esta representación de corte "localista", con un Senado de dimensión y representación nacional. Las regiones aún no existen y tienen, por ahora, una representación política más potencial que real. Soy de opinión que la Cámara de Senadores debe agrupar a los líderes políticos y personalidades de proyección nacional, en busca de una visión política "integral" que de mayor estabilidad al régimen, de la mano con una Cámara de Diputados compuesta por líderes locales y regionales.

Forzoso es advertir que también un Congreso unicameral podría contar con un sistema de elección parlamentaria que combine simultáneamente formas de representación provenientes de departamentos, regiones y de nivel nacional, "fraccionando" la composición de la Cámara única en porcentajes de congresistas según el distinto origen de su elección y representación. Sin embargo, las razones que nos inclinan por el Congreso bicameral no se limitan al criterio de una distinta representación política en cada cámara, sino que se complementan con las ventajas que nos ofrece en cuanto a la división y especialización funcional del trabajo parlamentario. No en vano el actual Congreso unicameral ha convertido a la Comisión Permanente en una suerte de segunda cámara "camuflada", a quien se han conferido algunas funciones que antes ejercía el Senado, lo que distorsiona el rol tradicional de esta Comisión como instancia funcional de actuación temporal exclusivamente durante los períodos de receso parlamentario.

Es sabido que el Congreso, en su accionar cotidiano, ha dejado de ser un órgano esencial y exclusivamente legislativo, no sólo por la tendencia a compartir con el Gobierno y otros órganos estatales esta función de elaboración de normas sino porque tienen gran relevan-

cunscripciones para favorecer la democratización de la representatividad de los diputados. Esta posibilidad está contemplada en una propuesta del Anteproyecto.

cia parlamentaria tareas como el control político, la investigación, la fiscalización y la expresión y representación de las demandas sociales. Por ello creemos conveniente afianzar una cierta especialización en el trabajo parlamentario, tanto respecto de cada cámara como de los propios congresistas que las integran, a fin de lograr mayor eficiencia en esta labor como de garantizar niveles razonables de control político al interior del Congreso y también en su relación con el Gobierno.

Carecería de sentido retornar a un esquema donde ambas cámaras tengan idénticas competencias legislativas. Más bien, parece acertado que la Cámara de Diputados sea la instancia de iniciativa legislativa, quedando el Senado sólo como órgano de revisión en este campo. Las funciones de control político (interpelación y censura de ministros), de investigación de asuntos de interés público y de fiscalización, deberían ser ejercidas exclusivamente por la Cámara de Diputados. No obstante, podría ser conveniente mantener la figura de la invitación de los ministros al Senado, prevista en la Constitución de 1979, como una forma de permitir niveles de diálogo político entre el Gobierno y los senadores en temas de interés público y para concertar políticas de mediano y largo plazo.

Un punto importante de las funciones parlamentarias está referido a la designación, ratificación o remoción de ciertos altos funcionarios, como el Defensor del Pueblo, el Contralor General, los magistrados del Tribunal Constitucional, el Superintendente de Banca y Seguros, etc.: la ratificación de los ascensos de los oficiales generales de las Fuerzas Armadas y Policía y de los Embajadores, así como la aprobación de la acusación constitucional por delitos de función o infracción constitucional. El Anteproyecto encomienda al Congreso bicameral la designación del Defensor del Pueblo, el Contralor y los magistrados del TC, seguramente por la búsqueda de mayor consenso y representatividad política en estas decisiones, dejando las restantes tareas al Senado. Por nuestra parte, preferiríamos encomendar todas estas funciones al Senado, como contrapeso de las atribuciones de control político asignadas a la Cámara de Diputados, ya que en el esquema del Anteproyecto la Cámara de Senadores aparece algo limitada o disminuida en sus competencias.

Encontramos positivo que el Anteproyecto establezca que los congresistas ejercen su labor con dedicación exclusiva, salvo la realiza-

ción de docencia universitaria a tiempo parcial, prohibiéndoles el desempeño de cualquier cargo, profesión u oficio (art. 158°) dejando de lado la fórmula de dedicación "a tiempo completo" utilizada en la Carta de 1993. También compartimos la prohibición impuesta a diputados y senadores de tramitar asuntos particulares de terceros o de representarlos ante entidades estatales (art. 159°). Igualmente puede resultar conveniente la previsión de una renovación por mitades de la Cámara de Diputados cada dos años y medio (art. 152°) a fin de asegurar su mayor representatividad política.

Nos parece, asimismo, positiva la propuesta que permite que las comisiones investigadoras sean creadas con el voto del 30% de los diputados (art. 165°) dejando de lado la norma actual que exige una mayoría de votos, situación que condiciona la existencia de tales comisiones a la voluntad de la mayoría parlamentaria y limita las posibilidades de la oposición en materia de fiscalización y control de la gestión gubernamental. Discrepamos, eso sí, en la subsistencia de la irrenunciabilidad del mandato parlamentario (art. 160°) pues, actualmente, no encontramos razones convincentes para impedir que este cargo público, como cualquier otro, no pueda ser objeto de renuncia voluntaria por quien lo ejerce.

III. EL GOBIERNO, SU ORGANIZACION Y LAS RELACIONES POLITICAS CON EL CONGRESO

En nuestra experiencia constitucional, el Presidente de la República ejerce las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno; el "Poder Ejecutivo" comprende también un Consejo de Ministros, existiendo también un Presidente del Consejo de Ministros, como vocero y coordinador del órgano, a quien la Carta de 1993 permite (acertadamente) ser un ministro sin cartera. El Presidente de la República carece de responsabilidad política, la que reside sólo en los ministros como contraparte del refrendo de los actos presidenciales que realizan. Es poco o nada lo que el Consejo de Ministros puede aprobar o decidir sin la intervención del Presidente de la República.

Se ha caracterizado a esta forma de gobierno peruana como un sistema híbrido, al que Domingo García Belaunde denomina régimen presidencial "atenuado". Y es que bajo un esquema de tipo presidencial, donde el Presidente de la República es elegido directamente

por el pueblo y ejerce simultáneamente las funciones de Jefe de Estado y de Gobierno, desde los tempranos inicios de nuestra experiencia constitucional se incorporaron progresivamente instituciones típicamente parlamentarias, como la necesidad de refrendo ministerial de los actos presidenciales, la compatibilidad entre la función parlamentaria y el cargo de ministro, la existencia de un Consejo de Ministros, la responsabilidad política ministerial (interpelación y censura). Luego se sumaron la posibilidad de disolución del Congreso (Constitución de 1979) y una impropia especie de "voto de confianza" parlamentaria al inicio de la gestión política del Consejo de Ministros (Carta de 1993).

En repetidas ocasiones hemos señalado que este régimen híbrido resulta una suerte de árbol donde el "tronco" es fuertemente presidencial, enraizado no sólo en un sustento normativo sino en la legitimidad política y social real del poder del Presidente, al que se suman un conjunto (mayoritario) de "ramas" típicamente parlamentarias⁽⁴⁾. La racionalidad política de este régimen híbrido o mixto, generado más como un resultado político "histórico" o fáctico que como una creación modélica intelectual, se encontraría en la intención de establecer ciertos frenos que atenúen o limiten el poder gubernamental en una tradición política presidencial proclive al autoritarismo. Sin embargo, los resultados políticos, con el mismo marco normativo constitucional, han variado ostensiblemente según suceda que el Gobierno posea o carezca de mayoría parlamentaria. En el primer caso, los mecanismos de control y contrapeso parlamentario pasan casi inadvertidos, mientras que en el segundo

⁽⁴⁾ El régimen presidencial clásico supone una separación rígida y tajante entre Gobierno y Parlamento que puede servir, sobre todo cuando el gobierno carece de mayoría parlamentaria, como un mecanismo de freno y contrapeso al poder gubernamental. En el régimen parlamentario clásico, no existe una completa o real separación entre Parlamento y Gobierno, pues éste expresa políticamente a la mayoría parlamentaria o alianza dominante. La coexistencia "autónoma" de Gobierno y Parlamento del esquema presidencial, contrasta con la ineludible necesidad de identificación política del Gobierno respecto a la mayoría parlamentaria en el régimen parlamentario. El sistema híbrido peruano combina instituciones de ambos modelos, bajo una hegemonía presidencial, aunque dicha mixtura determina que carezca de algunos de los elementos de control político que dan coherencia o racionalidad a cada uno de ambos regímenes.

tienden a utilizarse intensamente, generando conflictos políticos que el sistema, muchas veces, no ha sido capaz (sea por razones formales o prácticas) de solucionar.

El incremento de las atribuciones y competencias constitucionales del "Poder Ejecutivo", así como los "excesos" del poder presidencial producidos en las últimas décadas, han propiciado que algunos sectores académicos y políticos propongan la introducción de nuevos mecanismos que permitan conferir ciertas funciones "autónomas" al Consejo de Ministros respecto del Presidente de la República, como una forma de controlar algunas de las decisiones gubernamentales. Por esta vía, se sugiere que algunas materias puedan pasar a ser manejadas directamente por el Consejo de Ministros, a la par de afianzar el papel del Presidente del Consejo, estando éstos sujetos al control y responsabilidad política ante el Congreso, a diferencia de lo que sucede con el Presidente de la República.

El Anteproyecto, finalmente, no ha recogido estos planteamientos. Se limita a ofrecer una regulación más detallada de las competencias del Presidente del Consejo de Ministros, lo que no supone mayormente el establecimiento de nuevas atribuciones respecto de la situación real actual. Sin embargo, seguramente durante el debate el tema volverá a cobrar vigencia.

Otro aspecto trascendental, aunque a menudo poco analizado, tiene que ver con las limitaciones de la responsabilidad política ministerial y la irresponsabilidad política del Presidente de la República en un régimen híbrido como el nuestro. En verdad, la continuidad de un ministro o de una determinada política ministerial no pueden darse sin el respaldo y "complicidad" presidencial. De allí que si bien el Congreso puede censurar y derribar a un ministro, lo que consiguiera es su reemplazo por otro pero ello no necesariamente garantiza un cambio de política gubernamental, pues el sucesor responderá a la decisión del Presidente y a la orientación que éste –y no el Parlamento– le imponga.

El Presidente de la República, en cambio, a pesar es quien ostenta la máxima autoridad real como Jefe de Estado y de Gobierno, carece de toda responsabilidad política. Incluso las causales para su acusación, mientras ejerce el cargo, sea por infracción de la Constitución o delitos de función, son muy restringidas; a lo que se suma la

imposibilidad de su procesamiento penal por delitos comunes (incluidos los dolosos) durante dicho lapso. Ciertamente ello favorece la existencia de excesos políticos y hasta la impunidad, no siendo razonable ni equilibrado que quien tiene el mayor poder carezca del contrapeso de una efectiva responsabilidad, en los planos político, constitucional o penal.

El Anteproyecto ha optado por eliminar el listado taxativo de causales por las que el Presidente puede ser acusado durante su mandato, señalando el artículo 192° de la propuesta, bajo el epígrafe "*estatuto penal del Presidente de la República*", que éste sólo podrá ser acusado durante su mandato por la comisión de delito de función, correspondiendo su procesamiento a la Corte Suprema. De este modo se amplía la exigibilidad de responsabilidad penal al Presidente, pero se le permite conservar un régimen especial más protectorio que el de los otros altos funcionarios públicos, pues prosigue exento de procesamiento, durante su período, por delitos comunes o de acusación por infracción de la Constitución. No obstante, la inclusión en el inciso 6 del artículo 189° del Proyecto de una causal de vacancia presidencial por "*conducta incompatible con la dignidad del cargo o incapacidad moral*", abriría la posibilidad de su eventual destitución ante graves casos de inconducta personal o de delitos comunes dolosos.

IV. REFLEXION FINAL

Nuestro país sigue viviendo una etapa de transición política y de marcada debilidad institucional. Precisamente por ello no parece ser el mejor momento para emprender ensayos demasiado "innovadores", de modo que la continuidad del régimen híbrido resultaría lo más aconsejable, introduciendo sólo algunos ajustes que den mayor contrapeso a la relación Gobierno-Parlamento, sin abandonar el predominio presidencial. Creo que el Congreso bicameral, una mejor delimitación de las atribuciones del Consejo de Ministros y de su Presidente, así como la revisión del tema de la responsabilidad política, aportan en esta dirección. Por lo demás, nuestro esquema constitucional recoge ya virtualmente la totalidad de las instituciones de los regímenes presidencial y parlamentario, por lo que antes que pensar en algo nuevo que agregar cabría sólo

modificar la articulación de algunas de tales instituciones o el “peso” de las mismas.

Nuestra experiencia política demuestra que el mismo marco normativo constitucional de este régimen híbrido, funciona muy distintamente según se trate de un gobierno con o sin mayoría parlamentaria. El problema central y su solución, entonces, no parecen depender tanto de la modificación del diseño constitucional sino de la actuación de los partidos y las fuerzas políticas concretas. De no superarse la actual crisis de representatividad de los partidos y la debilidad e inconsistencia de los vigentes movimientos políticos, es poco lo que se podrá avanzar en la consolidación institucional de nuestro régimen político.

El futuro inmediato dependerá mucho pues de estas agrupaciones y de la madurez de su accionar político. Deben entender que es al Gobierno y no la oposición a quien corresponde gobernar; que se impone dejar de lado tanto las posturas hegemónicas y soberbias de quienes gozan de la mayoría política, como las actitudes demagógicas o meramente obstruccionistas de quienes constituyen la minoría parlamentaria. Lamentablemente, muchas veces, tanto el Gobierno como la oposición, las mayorías parlamentarias o las minorías siguen siendo proclives a estas distorsiones, demostrando poca sensatez y capacidad para aprender de las lecciones políticas recientes.

REFORMA DE LA CONSTITUCION ECONOMICA

César Landa^(*)

Sumario: I. Presentación. II. Principios rectores del orden económico. III. Conclusiones.

I. PRESENTACION

Una democracia sin bienestar como también una economía eficiente sin democracia, está condenada al fracaso tarde o temprano; por eso, el bienestar general, el desarrollo nacional o la eficacia de la economía, requiere desarrollar las libertades personales, los derechos civiles y los derechos sociales, económicos y culturales; sentar las bases de una verdadera descentralización territorial del poder, fortalecer a los partidos políticos, garantizar una judicatura independiente y fomentar los mecanismos de control frente a los posibles excesos autocráticos de las autoridades civiles y militares del Estado, así como, promover la fiscalización de las minorías a las mayorías políticas, sociales y económicas transitorias.

La democracia no crea por si misma un milagro económico, por eso resulta preocupante y hasta peligroso que se cree en la ciudadanía una hiperinflación de expectativas en la democracia y en la Constitución. Pero, lo que sí se puede señalar es que en una democracia constitucional la persona humana tiene mejores posibilidades de gozar de sus derechos fundamentales, incluidos los de bienestar.

^(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica (Lima).

En efecto, la democracia constitucional es la mejor garantía de un desarrollo económico y social, donde la persona humana sea la finalidad de la política y de la economía, y no un instrumento de la política o de la economía. En el supuesto que las dictaduras puedan ser eficientes, lo son a costa de la libertad de la persona humana; lo que las hace inaceptables desde cualquier punto de vista ético.

En consecuencia, la propuesta de reforma constitucional se justifica en la necesidad de cerrar la desconfianza ciudadana que existe en el sistema político y económico, integrándolo al sistema constitucional y legal; para lo cual, se debe afirmar un ordenamiento jurídico que tutele los derechos fundamentales, asegure el control y el balance entre los poderes del Estado y establezca una economía social de mercado al servicio de la persona humana.

En ese sentido, debe tenerse en consideración la necesidad de adecuar la voluntad democrática del pueblo en materia económica con la norma jurídica suprema, sobretodo si se toma en consideración que ésta no se encuentra expresada en la Constitución de 1993.

Por ello, si bien la continuidad jurídica es una garantía de toda reforma constitucional, ésta será válida en tanto se respeten los principios y valores fundamentales de una sociedad democrática, basada en la tutela de los derechos fundamentales, el control y balance entre los poderes del Estado, así como la garantía de una economía al servicio de la persona humana. Es desde esta perspectiva que a continuación se realiza un análisis exegético de cuatro principios rectores del régimen económico, establecidos en la propuesta de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Ministerio de Justicia, *Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*, Julio, 2001, pp. 40-51. Dado los límites de espacio solicitados para este artículo, queda pendiente de comentario las propuestas de la Comisión relativas a: promoción de la libre competencia, derechos intelectuales, servicios públicos, protección de consumidores y usuarios, derecho de propiedad, organismos reguladores, planeación estratégica de las acciones estatales, modalidades empresariales, comercio e inversión extranjera, prohibición del monopolio o acaparamiento de la prensa y los medios de comunicación, jurisdicción y arbitraje en contratos del Estado, medio ambiente y recursos naturales; régimen financiero y presupuestario; deuda pública; presupuesto; régimen de la Contraloría General; banca central y régimen bancario, y; régimen agrario. Al respecto, se puede revisar mi comentario mayor: *"Reforma de la*

II. PRINCIPIOS RECTORES DEL ORDEN ECONOMICO

1. Riqueza. La riqueza debe estar siempre subordinada al interés social, y el ejercicio de cualquier actividad económica no debe ser lesivo a los derechos fundamentales.

En el proceso de creación de la riqueza, tanto la persona como su trabajo e iniciativa deben tener un rol preeminente.

Se puede señalar que la creación de la riqueza constituye una constante histórica en todas las latitudes y, marca un horizonte social y temporal de la vida de los hombres, dado los profundos alcances de servir de instrumento de realización en sociedad, que la economía definitivamente no logra comprender con sus categorías cuantitativas. En ese sentido, la creación de la riqueza debe partir de reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de todas las personas, como fuente de objetivos a realizar; pero no de manera abstracta e intemporal, sino como necesidades concretas y particulares de los hombres y las sociedades, en tanto constituyen la base de todo Estado constitucional y democrático.

Para lo cual, se debe partir de reconocer que para crear riqueza, la primera condición es la existencia de todos los seres humanos; es decir que para vivir primero se debe existir. Si toda persona necesita primero vivir para luego filosofar –*primun vivere deinde filosofare*–, esto no supone reducir la condición humana al estado de hombre económico –*homo economicus*–, aunque sí reconocer que el trabajo constituye el sistema material de satisfacción de las necesidades de toda persona.

Por ello, la persona humana, su trabajo e iniciativa ocupan un rol preeminente en la creación de la riqueza. En este sentido, la Constitución debería consagrar que el trabajo es la fuente principal de la creación de la riqueza; lo que no significa que sea la única, pero sí es aquella, sin la cual no existiría sociedad ni mercado de consumidores. Es así, que todos los factores que generan la riqueza –el trabajo,

Constitución Económica: desde una perspectiva del Estado Social de Derecho, en Apuntes sobre la Reforma Constitucional, Revista Institucional N° 6, Academia de la Magistratura, Lima, Junio, 2002, pp. 213-243.

el capital y la tecnología–, deberían quedar vinculados por el interés general, tanto en su versión solidaria del bien común o en su vertiente utilitarista del interés social. Lo que lleva a concebir al trabajo en una doble dimensión: una positiva que todos deben propender a su desarrollo y, otra, en un sentido negativo de no afectarla.

Más aún, los tres factores de la creación de la riqueza como el propio interés social no deben ser lesivos a la dignidad humana ni a los derechos fundamentales de la persona. En la medida que la economía está al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía.

En ese sentido, se deben reconocer las condiciones reales que dan la pauta para la realización de la persona humana, en el marco constitucional para la creación de la riqueza; pero, sin someter absolutamente la validez de la realización económica a la fuerza normativa de los poderes públicos o privados económicos, que muchas veces se presentan como portadores de las banderas del bienestar general, para finalmente sólo satisfacer determinados intereses de los grupos de presión económica.

Por ello, son las necesidades radicales relativas al trabajo –como derecho y libertad– basadas en el conocimiento, el pensamiento, el sentimiento y la acción, las que delimitan y otorgan sentido humano –racional y volitivo– a las necesidades materiales primarias, para evitar que se conviertan en instrumentos de alienación de los hombres.

2. Rol del Estado. La intervención del Estado en la economía debe estar debidamente delimitada como garantía esencial para todas las personas y los agentes económicos en especial. Sin embargo, ello no debe interpretarse como ausencia o renuncia a actuar, mas debe priorizar su actuación, promoviendo el desarrollo económico, regulando la actuación de los agentes, y buscando nivelar positivamente las desigualdades, haciendo posible el logro de un nivel aceptable de vida para los menos privilegiados, con el objeto que puedan gozar de los beneficios de una sociedad moderna.

En la perspectiva establecida, la intervención del Estado deber estar al servicio de los derechos fundamentales, entendida como una

finalidad normativa y de alcance material de los derechos para todos. Por ello, el rol del Estado tiene en la defensa y desarrollo de los derechos humanos, su principal barrera contra los excesos o prácticas económicas abusivas de los poderes económicos, tanto público como privados.

Ello es así, gracias a que la teoría de los derechos fundamentales se asienta en una determinada idea democrática de Estado y en una determinada teoría material de la Constitución; lo cual le permite superar la comprensión de los derechos fundamentales desde una fundamentación exclusivamente jurídica, incorporándola a una concepción de constitucionalismo económico, que integre al Estado, la economía y la sociedad.

En ese entendido, en la sociedad peruana donde la población es mayoritariamente pobre, el Estado debe tener un claro perfil constitucional de actuar en el marco de un Estado social de Derecho, cuya finalidad sea cautelar el interés general de todos los agentes productivos, sociales y, en particular, de aquellos que se encuentren en una situación de desventaja socio-económica, por razones ajenas a su voluntad.

En la medida que, no puede existir un mercado nacional sin consumidores que no tengan capacidad económica para consumir, tampoco es democrático que el Estado asuma una posición indiferente ante la creación de diversos mercados, en función de la estratificación social: un mercado de la escasez y mala calidad para los pobres y, otro mercado abundante y de buena calidad para los ricos.

Es dentro de este esquema que adquiere sentido la participación del Estado para asumir la protección del interés general, trazando las líneas matrices del desarrollo económico y social, por donde debe transitar el modelo económico y coadyuvar en su dirección con el sector privado. Esta tarea tiene en el planeamiento estratégico el instrumento de gobierno que permita una participativa asignación de los recursos públicos y orientar concertadamente con la inversión privada, el rol que les cabe en el desarrollo económico y social de la nación.

3. Cooperación Internacional. El Estado debe promover la cooperación entre los pueblos para alcanzar un orden económico internacional justo.

La ayuda económica internacional es un supuesto ineludible en el actual proceso de globalización económica del Estado y la sociedad contemporáneos; en virtud de la cual las economías nacionales pequeñas y altamente dependientes, como la peruana, se han convertido en marginales a nivel mundial. Así, por un lado, éstas constituyen una parte de la producción y servicios a escala mundial de las economías centrales, a través de las empresas transnacionales, como de las instituciones de crédito, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros; así como, por otro lado, se han transformado en sistemas de producción adictos a la tecnología y, a los bienes y servicios provenientes de los gobiernos y agencias de cooperación de los países desarrollados.

La mayoría de la ayuda internacional financiera y gubernamental en primer lugar es reembolsable ya que se concede vía crédito, lo cual ha generado una inmanejable deuda internacional que puede llegar eventualmente hasta el cincuenta por ciento del producto bruto interno, y, en segundo lugar, tiene condiciones tanto de naturaleza económica como política, que usualmente son definidas unilateralmente por los gobiernos y agencias cooperantes de los países desarrollados.

Son requerimientos entre los que cabe diferenciar; las condiciones políticas del crédito y de la inversión extranjera, que van desde la promoción de la democracia y los derechos humanos, hasta la búsqueda de la estabilidad económica, sin importar sacrificar los principios éticos de la democracia y la justicia social, en última instancia.

En cuanto a las condiciones económicas, estas son recetas estandarizadas a corto plazo, para evitar el déficit público, a través de privatizar las empresas públicas, incrementar la recaudación tributaria y a la vez, congelar los salarios, reducir el gasto público, incluso el social; todo lo cual significa suprimir y/o reprimir las demandas sociales de los sectores más necesitados y también de las pequeñas clases medias, lo que ha generado dramáticos conflictos sociales que, en ciertos casos, han llegado a desestabilizar políticamente y hasta derrocar a los gobiernos allanados absolutamente a la cooperación internacional, como en la Argentina del ex Presidente De la Rúa.

Por ello, la posición constitucional del crédito internacional no puede quedar enunciada abiertamente ni en el mero reconocimiento de la deuda pública que se construye sólo con los gobiernos constitucionalmente elegidos; sino también concretizarse en un mandato constitucional de una activa promoción de la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina y/o, en función a determinados productos que nos insertan en el mercado mundial. Esto, con el objetivo de formar una comunidad latinoamericana de naciones o de países productores; en la medida que, es la única forma de negociar y pactar en mejores condiciones económicas en el mercado internacional con los grandes países acreedores y consumidores.

Un proceso de integración global como el planteado, debe ser la base institucional donde se inserte la ayuda económica internacional, para gozar de mejores términos de negociación e intercambio en el mercado internacional con los países centrales y sus agencias financieras. Por algo, es el camino que viene desarrollándose en Europa, desde la aparición de la Comunidad Económica Europea hasta la Unión Europea, o, la experiencia de los países productores de materias primas, como la Asociación de Países Exportadores de Petróleo (OPEP).

4. Economía social de mercado. La iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado que es un sistema que funciona según las reglas del mercado, en el cual el Estado interviene para complementar su funcionamiento y ofrecer seguridades sociales mínimas.

La economía social de mercado surgió en Europa después de la segunda guerra mundial, buscando alejarse de los extremismos económicos de la planificación estatal obligatoria que subordinó la iniciativa privada y, de la economía libre de mercado que insolidariamente deshumanizó al trabajo en función del interés del capital y la empresa. En ese sentido, en una economía social de mercado si bien la iniciativa privada es libre, su ejercicio no podrá desarrollarse de modo opuesto al interés general o social o, con menoscabo de los principios constitucionales que protegen la libertad e igualdad.

En efecto, la economía social de mercado busca integrar razonable y proporcionalmente dos principios aparentemente contra-

dictorios entre sí: por un lado, el principio de libertad individual y subsidiariedad del Estado, y; por otro lado, el principio de igualdad y de solidaridad social. Esto quiere decir que, este modelo busca ofrecer un bienestar social mínimo para todos los ciudadanos, a través de las reglas del mercado, donde la iniciativa privada sigue siendo fundamental en el sistema, pero queda delimitada por la igualdad.

Esto se debe a que la iniciativa privada en una economía libre de mercado persigue legítimamente el lucro, mientras que en una economía social de mercado, la iniciativa privada debe cumplir también una función social, que coadyuva al Estado al logro del bienestar general, en función de la construcción de una sociedad solidaria.

Por ello, en una economía social de mercado, modelo económico propio del Estado Social Derecho, el Estado interviene en la vida productiva básica y en los servicios públicos, para desaparecer las desigualdades injustas, la explotación económica y la marginación social entre los ciudadanos; para lo cual, los poderes públicos dictarán las disposiciones necesarias, en la medida que es una garantía tanto de la libertad como de la igualdad.

Ello supone que, el Estado deba supervisar el manejo de los instrumentos propios de la actividad económica privada y/o pública, como son la empresa, el trabajo, el capital, la tecnología, el mercado, el ahorro, la inversión extranjera, los precios, los impuestos, el presupuesto, los servicios públicos, la masa monetaria, los intereses, etc., deben utilizarse de manera objetiva y razonable sin que afecten los valores y principios constitucionales, que tienen como el fin supremo de la sociedad y del Estado a la persona humana y el respeto a su dignidad.

El Estado social de Derecho no puede ser neutral cuando la mayoría de la población vive en condiciones indignas; en efecto, no es concebible dentro de una economía social de mercado, que mientras unos vivan entre el hambre, la miseria, la incultura, etc., otros vivan en la opulencia o el despilfarro insolidario socio-económico. Por ello, resulta inconstitucional que los ciudadanos vivan en una abismal desigualdad económica y social; de aquí que, para superar dichas condiciones tanto el Estado como los particulares tienen el deber de actuar, directa o indirectamente, a través de la economía social de mercado.

Pero, el Estado en particular en una economía social de mercado tiene que realizar una acción decidida, a fin de promover las condiciones para que la dignidad humana sea efectiva y, en este sentido, remover todos los obstáculos que dificulten su plena realización.

5. Libertad de empresa. Debe ser entendida como derecho de todas las personas a participar en la vida económica de la nación, es decir, como un derecho subjetivo que los poderes públicos tienen la obligación de respetar y también de promover, a fin que esta libertad sea efectiva y real. Empero, para que exista una efectiva libertad de empresa, se requiere que el Estado garantice el libre acceso al mercado.

La libertad de empresa es un derecho que deviene del derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar en la vida económica del país. Pero, la libertad de empresa no es un concepto autónomo de los demás derechos fundamentales; sino que sintetiza todas aquellas actividades económicas en las que, en combinación con el capital, la tecnología y el trabajo, una persona libremente decide producir bienes y servicios para el mercado

Cabe señalar que la libertad de empresa se extiende a la iniciativa privada y, alcanza a la pequeña empresa de una persona natural o jurídica, como a las empresas multinacionales extranjeras. Sin embargo, la libertad de empresa tutela a la empresa pública en el ámbito de su competencia, de acuerdo a ley.

Es decir que el Estado, a través de entes autónomos y con participación de los interesados y la sociedad civil, debe garantizar la libertad de empresa, a través de la libre competencia, a fin de evitar que existan abusos que los particulares o las empresas públicas puedan realizar, dadas las posiciones asimétricas en el mercado y las desigualdades económicas. El rol del Estado estará circunscrito a nivelar o restablecer las condiciones de igualdad jurídica en el mercado, para que todos gocen y ejerciten la libertad de empresa en el marco de la libre competencia.

Esta libertad de empresa requiere, en consecuencia, que el Estado asegure tanto el libre acceso al mercado; promoviendo la eficiencia, contribución al bien común; como, que su actividad no sea directa o

indirectamente contraria a los principios y derechos constitucionales de los demás. Pero, esta intervención estatal debe ser supervisada a través de entes autónomos, a fin de cautelar que la autoridad pública no realice prácticas arbitrarias o intervencionistas, que afecten el contenido esencial de la libertad de empresa.

El contenido esencial de la libertad de empresa radica en la autonomía de la voluntad para crear libremente una empresa, poder acceder a cualquier sector económico de producción o servicios y, elegir libremente el modelo empresarial con el cual actuar; asimismo, la libertad de empresa supone la capacidad de auto-organización empresarial y la finalización de la actividad y la liquidación de la empresa, de acuerdo todo ello con los procedimientos establecidos por ley.

En consecuencia, la libertad de empresa no sólo es una libertad positiva, es decir de gozar del derecho de ingresar al mercado, sino que, también, es una libertad negativa en tanto derecho de salir del mercado; pero, en ambos casos, su ejercicio debe ser legítimo y legal. Dicho en otras palabras, debe tener fines lícitos y no vulnerar a los terceros; porque, la libertad de empresa en ningún caso puede suponer lesionar o servir para evadir los demás derechos fundamentales garantizados en la propia Constitución.

III. CONCLUSIONES

La transición política democrática tiene una hipoteca económica a resolver con el pasado régimen de Fujimori, en la medida en que nos encontramos en medio de una severa crisis económica, que se manifiesta en la situación de pobreza de la mayoría del país, la impagable deuda externa e interna, el aumento del desempleo y subempleo, la disminución del consumo, la descapitalización empresarial, la escasa recaudación tributaria dados los regímenes de excepción, la crisis de la producción agrícola e industrial, los altos intereses bancarios, las desproporcionadas tarifas que no guardan relación con la calidad de los servicios públicos, la informalidad económica, la dilapidación de los fondos provenientes de las empresas estatales privatizadas, la corrupción empresarial y estatal, entre otros síntomas. De ahí que, las propuestas de principios económicos de reforma constitucional analizados, contienen alternativas necesarias para superar dichos males.

Pero, el normativismo constitucionalista no puede pretender suplir a las leyes económicas del mercado, bajo pena de caer en un positivismo estéril, que ni asegure la estabilidad jurídica que requiere el mercado, ni garantice la justicia distributiva que postula el Estado Social de Derecho. Ello no quiere decir, que sea insensato señalar en la Constitución las bases del régimen económico; porque, el rol de la Constitución es fundamentalmente establecer las reglas de juego, por donde deben transitar libremente los procesos económicos, de manera democrática y eficiente.

El texto constitucional en materia económica, es un instrumento, en consecuencia, para gobernantes y gobernados, pero teniendo claro que ninguna disposición constitucional por sí misma, puede garantizar un crecimiento estable y una distribución equitativa de la riqueza. Pero, sí puede y debe servir de marco que otorgue estabilidad jurídica y justicia social, al proceso económico.

En efecto, la implementación de la Constitución económica debe contar con una base social y económica, que se expresa en la necesidad de establecer un sistema de protección y desarrollo de los derechos fundamentales, en tanto que la persona es el fin supremo de la sociedad, el Estado y la empresa; así como, permitir el control y la descentralización económica, a fin de crear las condiciones mínimas para el bienestar socio-económico, que aseguren una justa y eficiente distribución de la riqueza.

De lo contrario, el constitucionalismo económico terminará una vez más de instrumento abierto para la corrupción de las empresas y el gobierno, así como, para la informalidad económica, experiencia propia del modelo económico neoliberal de la década de los noventa. Por ello, el constitucionalismo económico democrático debe refundar su legitimidad en una economía social de mercado, en la cual la soberanía del consumidor es el fundamento económico del Estado Social de Derecho.

EN EL CAMINO DE UNA REFORMA O DE UNA NUEVA CONSTITUCION

Víctor Julio Ortecho V. (*)

Sumario: I. Cuestionamiento de la Constitución de 1993. II. Necesidad de su reforma. III. Procedimiento que da validez y legitimidad a una Reforma Constitucional. IV. Vías para la Reforma peruana. V. Áreas básicas para la Reforma.

I. CUESTIONAMIENTO DE LA CONSTITUCION DE 1993

La Constitución vigente y que fue aprobada por el llamado Congreso Constituyente Democrático en el año 1993, y ratificado mediante un referéndum, al final del indicado año, fue cuestionada desde el comienzo, por su origen coyuntural y por que se empleó como la forma de darle legitimidad al gobierno de Fujimori, que siendo un gobierno elegido, el 5 de abril de 1992 tomó el camino de la quiebra de la constitucionalidad, al disolver el Congreso, el Tribunal de Garantías Constitucionales y descabezar otros órganos del Estado como el Poder Judicial.

El cuestionamiento también vino por la forma de ratificación, pues esa misma Constitución que recién estaba introduciendo la forma de democracia directa del referéndum, aquella fue ratificada con este tipo de consulta popular, con un ajustado resultado de aprobación.

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Particular "Antenor Orrego" (Trujillo.)

Pero el mayor cuestionamiento se produjo durante los dos años de crisis política y que terminó con la caída del autoritario gobierno de los diez años, particularmente por que el modelo constitucional, sirvió no sólo para establecer un gobierno autoritario, mediante la institución de la reelección, sino que tal autoritarismo permitió un proceso de corrupción e inmoralidad pública, que al descubrirse en términos indiscutibles, por el mismo peso de los hechos y el abandono del poder por parte del Presidente Fujimori, se llegó a la constatación, que quien había dirigido el gobierno, tenía nacionalidad japonesa y que por tanto no merecería que él, apareciera firmando la promulgación de tal Constitución.

II. NECESIDAD DE SU REFORMA

En principio, debe considerarse que una Constitución como base y fundamento del orden jurídico de una nación, debe ser duradera, como garantía de su estabilidad política y de su seguridad jurídica, sin embargo la Constitución vigente, de 1993, se promulgó a los trece años de la anterior y ahora a los doce años, se trata de llevar a cabo una reforma, con las pretensiones de elaborar una nueva.

Si la Constitución de 1993, tomó un porcentaje muy significativo de la Constitución de 1979, para agregarle las normas que requería el gobierno y su obsecuente Congreso Constituyente para encaminar sus objetivos autoritarios, pero también le agregó –hay que reconocerlo– innovaciones importantes, ahora se hace necesario suprimir aquellas normas que dieron al Poder Ejecutivo la posibilidad de perennizarse, excesivas atribuciones y concentración de poder; de restituirle al Estado un rol mas equilibrado en sus obligaciones, particularmente en el régimen económico, de restablecer los derechos sociales, que la Constitución de 1979 establecía y de deleitar adecuadamente las competencias de los órganos constitucionales, de tal manera que se pueda devolver la estabilidad institucional.

Consiguientemente si se justifica la Reforma Constitucional, además de haber sido calificada la Constitución de 1993, como una Constitución espuria por las razones señaladas anteriormente. Sin embargo, no deja de ser materia del debate especializado, si solamente se trata de una radical reforma de la Constitución vigente o de una nueva Constitución, y por lo tanto, si el Congreso ordinario como poder

constituído, está habilitado para actuar como poder constituyente, para aprobar una nueva Constitución.

III. PROCEDIMIENTO QUE DA VALIDEZ Y LEGITIMIDAD A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

Considerando que una Constitución, por más lograda y duradera que ella sea, puede ser objeto de reformas, debido a los cambios políticos y sociales que se generan en cada sociedad nacional y que por tanto su ordenamiento jurídico tiene también que renovarse, en su parte matriz o básica. Sin embargo como tales reformas resultan trascendentes y no se pueden dar con mucha frecuencia, la reforma particularmente de una constitución escrita y rígida, tiene que someterse a un procedimiento especial, que no es el común del que sigue cualquier otra norma de nivel inferior, como es una ley. Ello por tratarse de normas básicas que tienen como principio o característica la supremacía constitucional y por otra parte, porque corresponde realizarlas un organismo extraordinario, como es un Poder Constituyente, o de realizarlo el poder ordinario o poder constituido, debe ser habilitado para ello y someter la reforma a un procedimiento especial o agravado.

En el Derecho comparado y ahora también en nuestro país, el proceso de una reforma tiene tres etapas: iniciativa, proceso reformativo y ratificación, los cuales a su vez tienen un procedimiento, que varía de un Estado Federal como los Estados Unidos a un Estado Unitario. En el primero puede desarrollarse una reforma o enmienda de la Constitución Federal o de la Constitución de uno de sus estados componentes. En aquel Estado compuesto, la iniciativa tiene que surgir y ser propuesta por un determinado número de Estados o en algunos Estados componentes, para las reformas de sus constituciones, requieren además de una consulta popular, solamente para dar paso a la iniciativa. Luego el procedimiento reformativo, generalmente corre a cargo del Poder Legislativo, habilitándosele para que haga de poder constituyente derivado y apruebe la reforma. Y en tercer lugar, viene el procedimiento ratificatorio, que generalmente se hace mediante un referéndum.

Pero esos procesos de reforma generalmente se practican, para la modificación parcial de una constitución, no precisamente para

dar una nueva constitución. En los Estados unitarios y particularmente los que han tenido buen número de constituciones en su desarrollo histórico (Perú doce y Ecuador diecinueve, por señalar dos casos), se presentan dos situaciones: la de la reforma parcial o reforma propiamente dicha y la reforma total o cambio de Constitución. Para el primer caso, existe el procedimiento agravado, se aprobaría por el legislativo o poder constituido, en dos legislaturas ordinarias, o en una legislatura y ratificada mediante un referéndum. Y para el caso de el cambio de una Constitución anterior por una nueva, generalmente la iniciativa ha surgido del Poder Ejecutivo y en circunstancias coyunturales y no siempre en función de procedimiento preestablecido en la Constitución precedente. En la mayor parte de las veces con ocasión de cambios de gobierno que aparecían como renovadores o se proponían hacer cambios profundos en la vida política y social del país, aunque al final no lo hicieran, se tomaban la iniciativa sin mayores consultas. Pero para que tal cambio tenga toda la legitimidad y la necesaria validez, se convocaba o se convoca a una asamblea o congreso constituyente. La razón es muy sencilla: un Congreso ordinario, no ha sido designado para una tarea constituyente y por tanto no tiene legitimidad para ello.

Por cierto que hay Estados que conceden facultades extraordinarias a sus legislativos, mediante procedimiento agravado, a realizar una reforma total de sus constituciones, pero este no es el procedimiento más adecuado, ya que el Poder Constituyente es un poder extraordinario y superior a poder ordinario.

En el caso del Perú, la Constitución de 1979 en su art. 306, prescribía que toda reforma constitucional debía ser aprobada en una primera legislatura ordinaria y ratificada en otra primera legislatura ordinaria consecutiva. Que la aprobación y ratificación requerían la mayoría absoluta de los votos del número legal de miembros de cada una de las Cámaras.

Por la pretensión de permanencia y duradera que tenía, nunca fue interpretada los términos "toda reforma", como que también se refería a un cambio total de dicha Constitución, por más que se pretendiera interpretarla sistemáticamente con el texto del art. 303, que figura como disposición final.

Ahora, la todavía vigente Constitución de 1993, a la que se trata de negarle validez, está sirviendo como pauta para el proceso de

Reforma que está en camino y que se pretende hacerla de carácter total. En efecto, en la segunda parte del art. 206, señala quiénes pueden ser titulares de la iniciativa (el Presidente de la República, los congresistas y un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento de la población electoral). Y en su primera parte señala el procedimiento de aprobación por el Congreso y de su ratificación, mediante referéndum o la alternativa de ser aprobada, en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de los congresistas.

Los congresistas han dado la iniciativa y para los efectos del propósito de dar una nueva Constitución, han interpretado los términos: "Toda reforma", como que esta comprende también una reforma total, y ellos se han avocado a la elaboración de un proyecto total y están iniciando el debate para su aprobación, con miras a someterlo lo más pronto posible a un referéndum ratificatorio. De hecho el Congreso de la República se ha convertido en Poder Constituyente. Esperemos si en razón a esta interpretación, a lo que salga como nuevo texto se le dé la validez y legitimidad necesarias.

IV. VIAS PARA LA REFORMA PERUANA

Ya la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, que acertadamente convocó el Gobierno Transitorio del doctor Valentín Paniagua en el año 2001, y que estuvo integrado básicamente por constitucionalistas, en su Informe final, sugirió tres alternativas sobre el Procedimiento para una Reforma Constitucional. Estas alternativas o vías son las siguientes: la primera, declarar la nulidad de la Constitución de 1993 y declarar la vigencia de la Constitución de 1979. El argumento básico para ello era, que el Art. 307 de la Constitución de 1979, estipulaba que dicha Carta no perderá vigencia en ningún caso y que todos están obligados a restablecerla, tan pronto sea posible. Por cierto que también sugería que en el mismo acto debería declararse convalidadas todas las acciones, nombramientos, compromisos, etc., que hayan sido hechos bajo su imperio.

La segunda, utilizar los mecanismos que la actual Constitución de 1993 prevé para la reforma constitucional, teniendo en cuenta lo siguiente: Introducir una reforma total incorporando la Constitución de 1979, aprobando esta decisión en dos legislaturas ordinarias suce-

sivas o en un y ulterior ratificación en referéndum. Simultáneamente, introducir las reformas de actualización de la Carta de 1979, con las correspondientes disposiciones transitorias, estableciendo los plazos correspondientes.

La tercera, con las dos siguientes posibilidades: Aprobar una ley de referéndum, para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y, si es así, convocar a una Asamblea Constituyente para que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución. Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si quiere que se apruebe una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello.

Comoquiera que el documento elaborado por la referida Comisión, fue recibida por el Presidente Valentín Paniagua, y él al dejar el gobierno le hizo entrega al actual Congreso, éste ha tomado la segunda alternativa, adecuándolo por cierto a las particulares correlación de fuerzas que existe actualmente en su seno y seguramente, ha descartado la alternativa de una convocatoria a una Asamblea Constituyente, por elemental interés de mantener el poder, de no compartirlo con otro organismo incluso con facultades superiores y fundantes o redundantes y evitar alguna eventualidad de modificar su propia existencia, como sucedió en Colombia en el año 1991, cuando se elaboraba su Constitución de 1991, cuya Asamblea Constituyente disolvió al Congreso ordinario y convocó a elecciones para un nuevo Congreso.

V. AREAS BASICAS PARA LA REFORMA

Por la conveniencia política de hacer coincidir las elecciones municipales que se avecinan, con las regionales y avanzar el proceso de democratización de las instituciones, ya el Congreso ha aprobado la Reforma del Capítulo referente a la descentralización, mediante dos legislaturas ordinarias, reforma que ha sido debidamente promulgada.

Pero en lo que tiene por delante por reformar, es importante que en la parte dogmática de los derechos fundamentales que en el Proyecto que ha elaborado la Comisión de Constitución del Congreso que se nota un importante perfeccionamiento y precisión de tales derechos, o en el capítulo referente a los Tratados, debe privilegiarse

la forma de recepción de los derechos humanos en nuestro ordenamiento nacional, sino se alcanza a darle una recepción con nivel supra constitucional, cuando menos darle el nivel constitucional que le daba la Constitución de 1979. En la parte referente a los derechos sociales, económicos y culturales hace indispensable reivindicar los derechos que protejan particularmente a los trabajadores y superar la exclusión social que puso en práctica el gobierno del Presidente Fujimori, con el pretexto de privilegiar la actividad del empresariado y de la inversión extranjera.

En la parte orgánica referente a la estructura y órganos del poder, se hace necesario restablecer el sistema bicameral para el Legislativo, aprovechando las lecciones que ha tenido el Perú de lo negativo y deficiente que resulta el sistema unicameral, no solamente por la falta de solidez e improvisación en la elaboración y aprobación de las leyes sino por que no cumple con su otra gran función, como es la de fiscalización a los otros poderes, con mayor razón cuando en el prima una mayoría adicta al gobierno. Por cierto que a la existencia de dos Cámaras, tendrá que dárseles elementos diferenciales, tanto en su origen como en sus funciones. Los senadores elegidos mediante distrito electoral nacional y los diputados, mediante distrito electoral múltiple. Y en cuanto al número de los miembros de cada Cámara, tendría que ser más equilibrado que en las experiencias anteriores. Y en lo que concierne al Poder Ejecutivo, resulta indiscutible la necesidad de eliminar la reelección inmediata y ojalá fuera todo tipo de reelección, que para los ciudadanos resulta saludable aun que para los políticos profesionales no. Pues la reelección inmediata sirvió para implantar el autoritarismo con todos sus vicios. Junto a tal eliminación, debe eliminarse las excesivas atribuciones que se le ha venido concediendo al Presidente de la República.

En lo referente a los órganos jurisdiccionales, debe señalarse en la Constitución reformada o nueva Constitución, los mecanismos que le den verdadera independencia y autonomía. Que se señale en forma expresa, que el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución. Que el Poder Judicial tenga un órgano de gobierno separado de los órganos jurisdiccionales. Que las resoluciones del fuero privativo militar, puedan ser objeto de casación por la Corte Suprema.

Y en cuanto a las Fuerzas Armadas y Policiales, como la manera de que estén subordinadas al poder civil, sus órganos de dirección

no deben estar compuestos solamente por los jefes militares sino también por representantes de los órganos centrales del poder político.

Finalmente, entre otras reformas que se hacen necesarias para beneficio del país, es que en el capítulo del régimen económico, el Estado no resulte renunciante de sus facultades básicas de control e intervención, cuando menos en las áreas de control de los recursos naturales, y en la producción de servicios básicos, como son los de educación, salud y seguridad social, pues una economía social de mercado, no significa entreguismo al sector privado internacional, con el cuento de la inversión extranjera y que se la promueve y acepta indiscriminadamente y con mayores ventajas que la inversión privada nacional.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y EL ORGANO JURISDICCIONAL

Humberto Uchuya Carrasco^(*)

Sumario: I. A manera de introducción. II. Problemática del órgano Jurisdiccional. III. Propuesta para un perfeccionamiento constitucional. IV. Conclusiones.

I. A MANERA DE INTRODUCCION

Antes de empezar este brevísimo ensayo acerca de la situación política, jurídica y funcional del Órgano Jurisdiccional en momentos de la reforma constitucional propugnada por el poder constituido, es pertinente iniciarlo tomando como base la doctrina postulada por Loewenstein, de que "la clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político está distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder"⁽¹⁾; cuanto más, que la historia del constitucionalismo no es otra cosa que la búsqueda incesante por parte del ser humano respecto de

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad "San Luis Gonzaga" (Ica).

(1) Karl Loewenstein. "Teoría de la Constitución". Colección Demos. Editorial Ariel. Barcelona, pp. 149.

las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder. Consecuentemente, la Constitución opera o debe operar como un dispositivo de control del poder. Sin embargo, para que funcione este dispositivo de control se requiere que la Constitución nazca legítima, más no que se legitime en el *interregno* de su desarrollo.

Sentada esta premisa, y siguiendo el razonamiento silogístico, conviene al tema agregar como segunda premisa la doctrina suscrita por el maestro Bidart Campos, al decir que la Constitución hace un reparto supremo del poder, esto es, cómo adjudicar atribuciones al Gobierno, funciones al parlamento, competencias al Órgano Jurisdiccional, al Tribunal Constitucional, etc., por intermedio de un denominado repartidor constituyente, quien lo realiza por intermedio del mandato que le da el pueblo –aplicando la teoría de la representación de Sieyès–, precisamente, porque el pueblo es el único titular del poder constituyente, que no es otra cosa que la fuerza o energía que tiene un pueblo para crear o refundar un Estado mediante la dación de un texto casi siempre solemne que consagra derechos fundamentales y establece su organización.

En tal consideración, en nuestro caso, para arribar a una conclusión verdadera, es necesario analizar si la actuación del Parlamento peruano con el propósito de dar una nueva Constitución bajo lo establecido en la Carta Política vigente, se encuentra revestida o no del mandato del pueblo, para que esa futura Carta tenga la condición de legítima desde su inicio y no legitimarse en el ejercicio de su propia vida.

Sin embargo, la Carta vigente solamente consagra la facultad traspasada por parte del poder constituyente inicial al poder constituido para que éste realice reformas o enmiendas constitucionales, a efecto de perfeccionar el reparto constitucional, en búsqueda del bienestar general y el perfeccionamiento del orden democrático; pero de ninguna manera le ha delegado al Parlamento la potestad de dar una nueva Constitución.

En consecuencia, si la función del poder constituyente es dar una Constitución y la del poder constituido solo desarrollarla y perfeccionarla, el actual Parlamento peruano no tiene la facultad constituyente para dar una nueva Constitución, aún cuando se convoque a referéndum para su aprobación popular, con el agregado que es atri-

bución esencial del Congreso la de velar y hacer cumplir la Constitución vigente, conforme lo estatuye el inc. 2 del art. 102 de nuestra Carta Política.

Empero, no obstante estos presupuestos constitucionales y a pesar de las advertencias emitidas por diversos constitucionalistas, el Parlamento se apresta a aprobar la décimo tercera Constitución y con el propósito de coonestar su evidente falta de legitimidad ha dispuesto someterla a referéndum, creyendo que la forzada intervención del pueblo, no como titular del poder constituyente en el otorgamiento de facultades a sus representantes para el establecimiento de los repartos y el efectivo control a los detentadores del poder, sino como simple partícipe en la aceptación de una Carta ya pergeñada, tuviera dones omnipotentes de convalidación y santificación, lo cual es un craso error, pues contraviene la esencia de lo que la doctrina ha definido como poder constituyente.

II. PROBLEMATICA DEL DEVALUADO ORGANISMO JURISDICCIONAL

Toda Carta Magna en su parte orgánica establece diversas instituciones políticas, las mismas que el poder constituido las estructura mediante las denominadas leyes de desarrollo constitucional; pero, al respecto, es necesario tener en consideración lo dicho por Kelsen de que "una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta" ⁽²⁾, sino por haber sido producida de una manera predeterminada por la Constitución y en respeto de sus mandatos estipuladas en ella; caso contrario nos encontraríamos frente a una norma colisionante con la *Prima lex*.

Así pues, analizando la gestación de la informal nueva Carta Política propuesta, podemos concluir que es el Parlamento quien se atribuye la titularidad del poder constituyente para reemplazar la Constitución vigente, sin percatarse que ha incurrido en la consecuencia de aprobar ulteriormente una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, como desarrollo constitucional de la Carta de 1993,

⁽²⁾ Hans Kelsen. Teoría Pura del Derecho. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1979. Pp 205.

cuando nos encontramos *ad portas* de la dación de una nueva Constitución Política.

Estos errores legislativos, no hacen sino acrecentar la profunda inseguridad jurídica, además de la crisis estructural, ética y moral en la cual se debate el Organo Jurisdiccional ⁽³⁾; crisis que no tiene su origen en el devenir de nuestra historia republicana, sino del momento mismo de la fundación del Estado peruano, realizado mediante el ejercicio del Poder Constituyente Originario de 1822. Primeramente, porque no se supo estructurar constitucionalmente a esta institución política judicial de acuerdo a la teoría clásica de la división de poderes –vigente en aquel entonces–, según proclamaba el art. 28 del Capítulo Primero de la Sección Segunda de la Constitución de 1823, al decir que la forma de gobierno “consiste su ejercicio en la administración de los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, en que quedan divididas las principales funciones del poder nacional”, incurriendo en una clamorosa confusión de conceptos. En segundo lugar, por no haber existido un Proyecto Nacional que permitiera el perfeccionamiento del Estado y de sus instituciones políticas, por encima de los gobiernos, lo que ha generado que nuestro constitucionalismo tenga las características de superficialidad y volatilidad.

Y, por último, porque nunca se hizo el esfuerzo de ingresar al análisis de las entrañas de la crisis del Organo Jurisdiccional, ya que de lo contrario nos habríamos dado cuenta, que la crisis se profundiza en la forma y modo irregular en que se realiza el ejercicio de la función jurisdiccional. Esto es, la expedición de resoluciones judiciales dentro de un sistema romanista que sólo obliga a los magistrados a actuar con criterio de conciencia al momento de interpretar una norma; sistema que lo abrazamos constitucionalmente al establecerlo en los arts. 95 y ss. de la Carta de 1823 y, sobre todo, en el texto del art. 121, al disponer que: “Todas las leyes anteriores a esta Constitución que no opongan al sistema de independencia, y a los principios

⁽³⁾ Felix Ermacora de la Universidad de Viena, al desarrollar el tema de “La crisis del Estado como problema del pluralismo teórico y del conflicto social”, en la década del 70, sostuvo que la verdadera crisis del Estado radica en la falta de entendimiento sobre su legitimidad, que no es otra cosa, como afirma Néstor Pedro Sagüés en su estudio “En torno a la legitimación del Poder y sus órganos”, que la justificación, ya sea sociológica, normativa o axiológica.

que aquí se establecen, quedan en vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos Civiles, Criminal, Militar y de Comercio”.

Tal crisis del Organismo Jurisdiccional, gestada desde el inicio de la República, por la utilización del falaz dogma de la “trinidad de poderes” que comenzó a recorrer el mundo a partir del siglo XVIII como respuesta al absolutismo de la monarquía, sobre todo, debido al producto doctrinario de John Locke (*Two Treatises of Government*, 1690), y de Carlos Luis de Secondat, barón de Montesquieu (*L'Esprit des Lois*, 1748),—quienes enarbolaron como principio la existencia de tres poderes del Estado: Parlamento, Gobierno y Tribunales, el cual encontró la consagración constitucional de su formulación en el art. 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al expresar que: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*”, seguimos considerando equivocadamente al Organismo Jurisdiccional como uno de los “tres grandes poderes del Estado”, y que ha continuado hasta la actualidad; y prueba de ello, es que el Capítulo VIII del Título IV de la Constitución vigente, referido a la estructura del Estado, lleva por nombre “Poder Judicial”, sin tomar en consideración que esta postura clásica de la división de poderes, sólo respondía, primero, a una racionalidad axiológica unilateralmente orientada al respeto de la libertad como valor y, a la cual, se trataba de garantizar formalmente mediante la limitación del Estado por el freno mutuo de sus potestades; y, segundo, a una racionalidad organizativa, en la cual cada función debía estar a cargo de un órgano estructuralmente distinto⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ “Es necesario tener bien claro que el principio de la necesaria separación de funciones estatales según sus diversos elementos substanciales y su distribución entre diferentes detentadores, ni es esencial para el ejercicio del poder político, ni presenta una verdad evidente y válida para todo tiempo. El descubrimiento o invención de la teoría de la separación de funciones estuvo determinado por el tiempo y las circunstancias como una protesta ideológica del liberalismo político contra el absolutismo monolítico de la monarquía en el siglo XVII y XVIII. Al desmontar el Leviatán en sus diferentes elementos, el racionalismo liberal quería destruir el misticismo estatal del absolutismo divino de la monarquía. Este proceso recibió su cuño específico ante la necesidad ideológica de establecer y proteger la libertad individual. Sólo el liberalismo constitucional identificó la libertad individual con la separación de “poderes”. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*. Colección Demos, Editorial Ariel, Barcelona, p. 56.

Al respecto, desde el punto de vista funcional, incluyendo las aristas éticas y morales, también existe profunda crisis del Organo Jurisdiccional; pues, según aparece de todas las encuestas de opinión pública, sobre todo, las realizadas en los últimos períodos de gobierno, el Organo Jurisdiccional siempre ha salido con nota desaprobatoria, lo que evidencia que los mismos titulares del poder constituyente no aprueban el ejercicio funcional de una institución política del poder constituido destinada a impartir justicia. Entre otras causas, por la proliferación de magistrados provisionales impreparados y proclives a actos de corrupción, como se comprueba por estar implicados en delitos de cohecho y prevaricato magistrados integrantes del más alto Tribunal de Justicia, incluyendo quien desempeñaba el cargo de Presidente del mismo.

Otra de las causas, es la inexistencia de uniformidad jurisprudencial que da lugar muchas veces a la expedición de resoluciones contradictorias, debido a que en materia penal existe el principio constitucional del principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal, conforme aparece del inc. 9 del art. 139 de la Carta Política vigente y, en materia civil, no hay obligación de respetar una debida jurisprudencia, lo cual aumenta la inseguridad del resultado, habida cuenta que un justiciable que empieza un itinerario por los estratos judiciales, no tenga la seguridad jurídica en este Tercer Milenio por el avance científico entre otros campos del saber y actividades humanas, si su pretensión o derecho previsto por la norma material va a ser amparado jurisdiccionalmente. Cuanto más, que conforme lo hemos dicho anteriormente, el magistrado goza del denominado "criterio de conciencia" que le permite la libre interpretabilidad de la norma, lo que genera una gran incertidumbre en el pueblo, origen y fuente del poder, esto es, entre los mismos que intervinieron eligiendo a sus representantes para que aprueben la Carta Política estructurando al Estado y consagrando su derechos.

Asimismo, en otros casos, el mismo Organo Jurisdiccional, culpable o dolosamente, vulnera los principios que conforman el debido proceso, lo que obliga a los justiciables a recurrir a los amparos y habeas corpus, como ocurrió con el "caso Bedoya"⁽⁵⁾, Sentencia emi-

⁽⁵⁾ Al respecto Luis Sáenz Dávalos al comentar: "El caso Bedoya" en la Revista Peruana de Jurisprudencia, Año 4, Número 12, dice lo siguiente: "Sostener que los

tida en el Exp. 139-2002-HC/TC por el Tribunal Constitucional, pasada ya en jurisprudencia obligatoria, aunque los suscriptores no lo hayan querido reconocer, según aparece de su resolución aclaratoria de 7 de febrero del 2002, debido quizás a las amenazas vertidas por algunos parlamentarios.

De otro lado, ayuda a generar esa disconformidad ciudadana, el hecho que los jueces en el Perú no ejerciten el control difuso de la constitucionalidad, mediante la inaplicabilidad de las leyes que colisionen con la Carta Política en los procesos ordinarios, llámense civiles, penales, laborales, de familia, etc., a pesar de existir obligación constitucional de preferir la aplicación de la norma superior jerárquica.

En resumen, la crisis del Organismo Jurisdiccional se constata con mayor profundidad en el ámbito de su ejercicio funcional; sin embargo, ésta también es notoria en lo concerniente a su constitucionalización y su organización que permite tener todavía jueces y salas mixtas contraviniendo flagrantemente el principio de especialización⁽⁶⁾; asimismo, los defectos en la selección de magistrados que no permite tener a quienes deben estar dentro de la función jurisdiccional; y, por último, la no intervención directa o indirecta de la participación ciudadana en el control de los magistrados.

jueces penales (que son parte emplazada en el proceso constitucional) o los procuradores (que son parte interesada en proceso penal) alegan que el proceso resulta regular, esa sola situación, impide que el Tribunal Constitucional pueda invocar lo contrario, representa una ignorancia mayúscula de lo que constituyen las facultades propias de la magistratura constitucional. Pueden parecer irónico pero sorprende, que algunos profesionales en Derecho (la situación es explicable en quienes no lo son) pontifiquen insistentemente sobre la existencia de un proceso regular en el caso Bedoya como si fuesen ellos y nadie más que ellos los llamados a calificar *ex cathedra* la regularidad o no de dicho proceso. Una cosa es que cualquier persona pueda, en ejercicio de su opinión, aseverar que un proceso resulta regular y otra totalmente distinta, que se pretenda desconocer la titularidad de quien está llamado a ejercer en exclusiva dicha función”.

⁽⁶⁾ En junio del 2000, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial publicó un “Informe Ejecutivo”, mediante el cual el fujimorismo trataba de justificar su presencia en su intromisión en dicha institución política, con la presencia de Salas y Juzgados Mixtos y el aplauso del aspecto cuantitativo en la expedición de sentencias, a cualquier costo, sin considerar la calidad de las mismas.

III. PROPUESTA PARA UN PERFECCIONAMIENTO CONSTITUCIONAL

Es evidente que la crisis del cuestionable y devaluado Órgano Jurisdiccional no se puede determinar en un ensayo tan breve, ni tampoco se ha pretendido agotar las causas de la misma, y mucho menos, proponer una solución integral. Sin embargo, frente a la necesidad de dar un aporte en el debate constitucional acerca de esta institución política, a propósito del Proyecto de la nueva Constitución, presentado por la Comisión de Constitución del Parlamento, cuanto más, que el mal llamado "Poder Judicial" tiene en la actualidad un conjunto de funciones que van desde el control de la actuación administrativa hasta el control de la constitucionalidad de las leyes. Lo cual, agregado a la atribución inherencial de la solución de conflictos en búsqueda de la paz social, hace de esta institución una de múltiples y grandes abigarradas atribuciones, con el peligro de que en la eventualidad de ingerencias extrañas, se corre el peligro de la instauración de un autoritarismo jurisdiccional, como acertadamente ha advertido Fernández Segado en su obra "El Sistema Constitucional Español", al decir que "tan noble ha sido el cambio experimentado, que algunos sectores doctrinales han expresado su alarma ante el peligro del arbitrio judicial.

Tal sería el caso de Forsthoff, quien mostraría su preocupación al afirmar que "hoy es el propio juez quien decide, apoyándose en el Derecho, sobre cuando está él mismo sujeto a la ley y cuando deja de estarlo".

Ingresando ya al tema del perfeccionamiento constitucional, en relación a la abrogación o, por lo menos, la atenuación del autoritarismo, enfatizamos que, siendo el Órgano Jurisdiccional una institución política del Estado, éste tiene que ser estructurado de acuerdo a los avances de la doctrina jurídica constitucional en la Carta Política, comenzando por la denominación; es decir, eliminando el error de seguir denominado "poderes" al Parlamento, Gobierno y Judicatura.

En segundo lugar, se requiere el retorno a la Constitución histórica y, perfeccionada mediante estricta separación de funciones; que, en cuanto al Gobierno se identifique una tendencia presidencialista no fuerte, esto es, sin facultades para disolver el Congreso y controla-

da en base a facultades parlamentarias de interpelación y censura ⁽⁷⁾, además de la prohibición a la reelección inmediata del Presidente de la República y que los decretos de urgencia tengan plazo de vigencia no mayor de sesenta días.

En tercer lugar, la instauración de un parlamento bicameral – Cámara de Senadores y Diputados– frente al nefasto ejercicio de la unicameralidad que según la historia reciente sometida a la dictadura del Gobierno, sirvió para el ejercicio abusivo del poder por parte del fujimorismo ⁽⁸⁾, con renovación por tercios, otorgándole facultades al Senado de rafificar el ascenso de todos los oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, así como el nombramiento de embajadores.

En cuarto lugar, en lo concerniente al Organo Jurisdiccional, es preciso diferenciar su constitucionalización o consagración consti-

⁽⁷⁾ Al respecto es necesario considerar lo estipulado por Loewenstein con relación al Presidencialismo fuerte de que: "El factor decisivo para diferenciar el gobierno presidencial tanto del gobierno de asamblea como el gobierno parlamentario radica en la recíproca independencia del presidente y del Congreso. El presidente no está obligado en absoluto a presentar cuentas al Congreso, En el lenguaje del parlamentarismo esto quiere decir que no existe una responsabilidad política que se pudiera hacer efectiva a través del voto de censura o por negarse el Parlamento a apoyar un proyecto legislativo considerado de gran importancia". Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Colección Demos, Editorial Ariel, Barcelona, p. 133.

⁽⁸⁾ Una de las proclamas del autogolpe del 05 de abril de 1992 por parte de Alberto Fujimori fue el "ocio parlamentario" que se le imputó a la bicameralidad consagrada en la Carta Política de 1979. Sin embargo, la instauración de la unicameralidad en el texto de 1993, tuvo la peculiaridad de no haber tenido antecedentes constitucionales, toda vez, que incluso la Constitución de 1823, sumamente rígida, insertó no solo la necesidad de dos debates parlamentarios, sino que interpuso entre ambos debates, al Senado Conservador, el cual no funcionaba como Cámara legislativa, sino como Consejo de Estado; y, la Carta de 1867 consagró la doble discusión como mecanismo constitucional para impedir el atropello parlamentario, al estipular el art. 61 que: "Los proyectos o resoluciones de interés general, no serán puestos al voto, sino después de segunda discusión, que tendrá lugar a los tres días cuando menos de haberse cerrado la primera. El trámite de segunda discusión, podrá ser dispensado en los asuntos de carácter urgente, por dos tercios de los Diputados presentes". Es decir, el Perú jamás tuvo un unicameralismo de la forma y modo en que se consagró en la Carta de 1993, el cual permitía el ejercicio dictatorial del poder, que dio lugar muchas veces a que nos acostáramos con una legislación y nos levantáramos con otra expedida entre gallos y media noche por parlamentarios adictos al gobierno de turno.

tucional con relación a los siguientes ámbitos: de ubicación y atribuciones en el reparto constitucional, de la organización jurisdiccional, de selección de magistrados, y de ejercicio jurisdiccional y de control.

En lo concerniente al ámbito de su ubicación y atribuciones en el reparto constitucional, además de abolir la denominación "Poder Judicial", es necesario acentuar su autonomía e independencia, en momentos que nadie discute sobre dicha noción⁽⁹⁾, diseñando un órgano de gobierno autónomo de la Corte Suprema, dentro de los cuales deben participar representantes de las Facultades de Derecho, tanto de universidades públicas cuanto de las privadas, así como representantes del Colegio de Abogados de Lima y demás Colegios de Abogados del Perú, elegidos mediante votación. Asimismo, es necesario erradicar el establecimiento de la jurisdicción militar independiente a la del Órgano Jurisdiccional, en virtud del principio de exclusividad, dando por concluida una nefasta época de la historia peruana y, subsanar el gran error cometido en la Carta de 1993 de estipular en el art. 139 que la función jurisdiccional tiene "principios y derechos", por cuya razón, debe trasladarse el derecho a un debido proceso y todos sus principios integrantes a la parte dogmática, aclarando que la conciliación y el arbitraje son técnicas no jurisdiccionales de solución de conflictos.

Referente al ámbito de la Organización Jurisdiccional, es preciso que la futura Carta Política declare que el Órgano Jurisdiccional ejerce la potestad de impartir justicia especializada a través de la Corte Suprema, Cortes Superiores, Juzgados y demás órganos que establezca su Ley orgánica, precisando como funciones de éste las siguientes: tutela de los derechos fundamentales, tutela de los derechos subjetivos, control de las conductas antijurídicas punibles, con-

⁽⁹⁾ Actualmente nadie puede negar que el Órgano Jurisdiccional debe gozar de plena independencia, con relación al Parlamento y al Gobierno. Sin embargo, a cada momento notamos lo contrario, incluso hemos sido testigos de la dictatorial intromisión ocurrida a los pocos días del autogolpe de 5 de abril de 1992, en el cual, se cesó a gran cantidad de magistrados, efectuados mediante los Decretos Leyes 25423, 25425, 25442, 25443, 25446, 25471, 25492, 25529, 25563, 25580 y 26118, por lo que no basta con teorizarla ni consagrarla, sino que es necesario forjar una cultura socio-política desde los colegios y las aulas universitarias".

trol de las actuaciones administrativas, control difuso de la constitucionalidad y control de la potestad reglamentaria.

En lo concerniente al ámbito de la selección de magistrados, es necesario que siga siendo el Consejo Nacional de la Magistratura quien tenga tal función, con el objeto de que la selección y nombramiento de los jueces estén desvinculados del ejercicio político-partidario, sobre todo de quien detenta el poder, a efecto de la concretización de la independencia y autonomía. Sin embargo, es menester perfeccionar su composición, eliminando la intervención de dos personas elegidas por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país, como estipula el art. 155 de la Carta vigente, por la razón de que solo pueden seleccionar a magistrados especializados quienes tengan correlativo conocimiento jurídico de lo expresado por los que intervienen en el proceso de selección. Asimismo, es necesario precisar que la Academia de la Magistratura se encarga de la formación y capacitación de jueces y fiscales, no siendo requisito indispensable haber seguido cursos en la referida Academia para postular a la judicatura.

Con referencia al ámbito del ejercicio jurisdiccional, con el objeto de evitar el uso autoritario de la "interpretación" de las normas como ejercicio del criterio de conciencia, es indispensable establecer la jurisprudencia vinculatoria que expida y publique la Corte Suprema, según procedimiento que será regulado en la Ley Orgánica.

Finalmente, en lo concerniente al ámbito de control, resulta imprescindible que se añada como atribución del Consejo Nacional de la Magistratura la función disciplinaria respecto de todos los jueces y fiscales integrantes tanto del Organismo Jurisdiccional como del Ministerio Público, a la cual puede tener acceso cualquier persona, con el objeto de que hacer posible la participación ciudadana en el control jurisdiccional.

IV. CONCLUSIONES

Se requiere el retorno a la Constitución histórica; pero perfeccionada mediante una correcta separación de funciones, sin caer en el error de seguir denominado "poderes", al Parlamento, Gobierno y a la Judicatura.

Acentuar la autonomía e independencia del Organismo Jurisdiccional, diseñando un organismo de gobierno autónomo de la Corte Suprema, erradicando el establecimiento de la jurisdicción militar independiente.

Precisar las funciones del Organismo Jurisdiccional, quien ejerce la potestad de impartir justicia especializada a través de la Corte Suprema, Cortes Superiores, Juzgados y demás órganos que establezca su Ley orgánica.

Perfeccionar la composición del Consejo Nacional de la Magistratura, eliminando la intervención de dos personas elegidas por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país –sin considerar a los Colegios de Abogados–, como estipula el art. 155 de la Carta Política vigente.

El establecimiento de la jurisprudencia vinculatoria que expida y publique la Corte Suprema, según procedimiento que se será regulado en la Ley Orgánica.

Añadir, como atribución del Consejo Nacional de la Magistratura, la función disciplinaria respecto de todos los jueces y fiscales integrantes tanto del Organismo Jurisdiccional como del Ministerio Público.

ESTUDIOS

EL DEBATE SOBRE EL FEDERALISMO EN ITALIA Y LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE 2001 ^(*)

Lucio Pegoraro ^(**)

Sumario: I. Premisa introductoria. II. Federalismo y definiciones: un acercamiento semántico al debate sobre la forma de Estado. III. Hibridación de los modelos. IV. El proyecto de la Comisión Bicameral y otras propuestas de revisión constitucional en materia de descentralización. V. La propuesta del Gobierno Amato (Ley Constitucional n. 3/2001). VI. La propuesta de *devolution* del Gobierno Berlusconi. VII. Conclusiones.

I. PREMISA INTRODUCTORIA

Desde hace más de diez años, cuando en Italia explotó el fenómeno “Lega” –una formación política con fuertes connotaciones localistas y en algunos períodos, secesionista– todos los partidos políticos se habían dado a la tarea de elaborar propuestas de revisión constitucional en sentido “federal”. Las fases sobresalientes del debate están representadas por la creación de una Comisión Parlamentaria para las reformas constitucionales (comúnmente conocida como “Bicameral”, de resultado fallido), y por la presentación de parte del Gobierno Amato, la pasada legislatura, de una propuesta de revi-

^(*) Traducción del italiano por Domingo García Belaunde. Revisión de Johnny Zas Friz-Burga.

^(**) Profesor de Derecho Público Comparado (Universidad de Bologna).

sión de algunos artículos del Título V de la Constitución, dedicado a las Regiones, Provincias y Comunas, aprobada en marzo de 2001 por el Parlamento. La votación por mayoría absoluta en vez de los dos tercios, hizo posible la solicitud, por parte de 1/5 de los diputados y de 1/5 de los senadores, de un referéndum confirmativo, en el sentido del artículo 138 de la Constitución. El 7 de octubre de 2001 el cuerpo electoral aprobó la reforma de la Constitución, que ha cambiado profundamente las relaciones entre Estado, Regiones y entes locales.

El agitado camino recorrido no parece, sin embargo, que haya concluido. En efecto, en la primavera de 2001, el actual Ministro para la *devolution*, Bossi (Lega Nord), presentó un proyecto de reforma constitucional que intenta reforzar las competencias exclusivas y concurrentes de las Regiones. En el mes de diciembre, el proyecto fue examinado por el Gobierno, y se pre-anuncia –bien que en un periodo de tiempo aún no definido– una nueva reforma de la Constitución.

El inicio del nuevo milenio, no obstante el escaso interés del electorado por la materia, demostrado por sondeos serios, y la preferencia por otros temas considerados prioritarios (la seguridad, el empleo...), ha mantenido viva la atención por el tema de la descentralización y ha contribuido, ya sea a la revisión constitucional aprobada en 1999, que tiene la finalidad de otorgar más amplia potestad estatutaria a la Regiones (que ha pasado casi inobservada), o a la revisión, de la cuál apenas se ha hablado⁽¹⁾, sea en fin, algunas iniciativas venidas de las Regiones, y en particular las decisiones del Veneto y de la Lombardía, de realizar un referéndum consultivo para presentar al Parlamento una propuesta de Ley Constitucional, con la finalidad de otorgarles mayores competencias: una fue “rechazada” por la Corte Constitucional, la otra entre miles de polémicas, fue aceptada⁽²⁾. Por otra parte, la provocadora propuesta de nuevo Estatuto presentado a la opinión pública y al Consejo Regio-

(1) Ver § 5.

(2) Dos comentarios a la decisión de la Corte Constitucional sobre el “rechazo” del referéndum propuesto por la Región Veneto, se encuentran en *Quaderni costituzionali*, N°1/2001, firmado por A. Spadaro y L. Pegoraro, y en *Le Regioni*, 2001, pp. 216 a 224, firmados por E. Balboni y A. Ruggeri.

nal por el Presidente del Veneto: una propuesta evidentemente “confederal”, basada en un pacto entre el pueblo veneto y el Estado italiano ⁽³⁾ (además, naturalmente, del nuevo proyecto de reforma del Gobierno Berlusconi).

Es cierto que, en estos años, la discusión sobre el tema “federalismo”, no sólo ha sido contaminada ampliamente por las cotidianas vicisitudes políticas; sino además de meses de estudios, de profundizar en el tema, estas discusiones tampoco han servido para clarificar –entre los políticos y entre los ciudadanos, sino entre los estudiosos– los términos esenciales del tema, y palabras como “federalismo”, “regionalismo”, “devolution” (además de “presidencialismo”, “semipresidencialismo”, “Primer Ministro”, etc.) han visto atribuírseles múltiples significados. Para alimentar la confusión, se han utilizado palabras que no están reservadas para este uso, además de la introducción de palabras que por su desuso, no nos permiten confirmar significados precisos ⁽⁴⁾.

Por lo cual no debe asombrar si, salvo alguna excepción, las propuestas presentadas tengan muy poco del modelo de Estado federal, tal como se ha realizado en los Estados Unidos, Suiza, Canadá, Alemania y en otros países.

II. FEDERALISMO Y DEFINICIONES: UN ACERCAMIENTO SEMANTICO AL DEBATE SOBRE LA FORMA DE ESTADO

Para comprender si los presentados en Italia son leyes constitucionales o proyectos de ley dirigidos a introducir una forma de Estado “federal”, empecemos con esta idea: las palabras no significan

⁽³⁾ Está claro que, casi en una competencia por quien es más “dado a la autonomía”, también algunos consejeros del centro-izquierda, y como primer firmante el ex-Alcalde de Venecia Cacciari, oponiéndose a la propuesta de ley del Presidente veneto Galan, del centro-derecha, han depositado una propuesta de Estatuto que presupone un pacto entre el Veneto y el Estado.

⁽⁴⁾ Confrontar en particular sobre el tema: L. Pegoraro-S. Baldin, “Federalismo, regionalismo, localismo. Dalle definizioni costituzionali ai progetti di riforma”, en *Nuova Rassegna*, 1998, N° 20, pág. 1945 y siguientes; S. Baldin, “Stato federale, Stato regionale, confederazione di Stati”, en S. Baldin-L. Pegoraro-A. Rinella, *Tre lezioni sul federalismo*, E.U.T., Trieste, 1999, pág. 9 y siguientes.

(generalmente) lo que cada uno decide que quieran significar: su contenido está dado por el uso que de las palabras mismas comúnmente se haga. Y mientras existen palabras que tienen significado poco preciso y aceptado, otras aparecen indeterminadas, vagas o bien ambiguas, o sea, indeterminadas: en el caso de las palabras vagas, en la intensión (connotación, sentido: como "doctor") o en el de las palabras ambiguas, en la extensión (referencia, denotación: como "joven" o "calvo"). En la categoría de las palabras vagas, están las palabras "federalismo", "Estado federal", "Estado regional".

La doctrina constitucional –también la italiana– no olvida recordarlo ⁽⁵⁾. Para definir la naturaleza del Estado federal, la vasta literatura jurídica que se ha dedicado al tema, en un tiempo tomaba las ideas desde el concepto de soberanía, entendida esta última, como la "suma capacidad de imperio" sobre un determinado territorio ⁽⁶⁾. Hoy las tesis de que la soberanía está dividida, o que pertenece a los Estados miembros, son ampliamente cuestionadas en Italia como en otras partes, también a causa de la crisis del concepto mismo de "soberanía". Pocos estudiosos están convencidos de que en los Estados comúnmente considerados "federales" –como por ejemplo Estados Unidos, Alemania, Suiza– los Estados miembros (o los *Länder* o los Cantones) sean verdaderos y propios Estados soberanos. Todos, en cambio, concuerdan en el hecho de que Arizona o Baviera o el Cantón de Uri, están de todos modos privados de subjetividad internacional (perfil "externo"), y en suma, no son Estados "independientes", mientras que sí lo es la Federación (o Estado central).

También bajo el perfil interno (o sea, de las relaciones entre centro y periferia), las exigencias del mercado y de la defensa han conducido a una progresiva ampliación de los poderes del Estado federal, con perjuicio de los Estados miembros. Las características aclaradas con precisión por la dogmática clásica, donde distinguir las variadas formaciones estatales se revelan por tanto insuficientes, se enfrentan al surgimiento de nuevos modos de entender el federalismo.

⁽⁵⁾ Ver por último, A. Reposo, *Profili dello Stato autonomico*, Giappichelli, Torino, 2000, pág. 4 y siguientes.

⁽⁶⁾ G. Lucatello, *Lo Stato federale*, Cedam, Padova, 1939, reimpresso 1967.

No sólo no parece más remunerativo –si bien desde muchos ángulos resulta indispensable– aferrarse al criterio de “soberanía”, sino incluso agregar otros cánones, como la participación de los Estados miembros en el proceso de revisión, la intervención de las Cámaras altas representativas de los Estados, el ejercicio de la jurisdicción a nivel descentralizado, etc., sino que se corre el peligro de no analizar con plenitud las diversas modalidades evolutivas de los ordenamientos descentralizados ⁽⁷⁾.

Con esto entra en crisis la definición misma de “Estado federal”: con lo que ya no se le puede definir como un “Estado de Estados”, dotados de soberanía internacional e interna (como eran, y cada vez más raramente son, las confederaciones), sino sólo como un ordenamiento ampliamente descentralizado.

Cierto es que, el debate central actualmente ya no es la distinción entre Confederación de Estados y Estados descentralizados, sino –al interior de esta segunda categoría– la distinción entre Estados federales y Estados regionales.

La tesis más cercana a la verdad, parece aquella que encuentra un importante carácter distintivo entre Estado federal y Estado regional en la estructura del Parlamento: sólo en el primer tipo de ordenamientos, una Cámara representa la población en su conjunto, otra representa los Estados miembros en modo (más o menos) igual. Una subsiguiente diferencia cualitativa que distingue los Estados federales de los regionales, parece entonces representada, según alguno ⁽⁸⁾ por la garantía de que los entes periféricos tengan título para

⁽⁷⁾ Como ha sido señalado, en efecto (A. Reposo, *ob. cit.*, especialmente pág. 103 y siguientes), no solamente el *cooperative federalism* ha sido el primero en suplantarse el *dual federalism*, que caracterizaba con mayor nitidez, en el pasado, las relaciones entre centro y Estados miembros, sino que hoy además se argumenta acerca de *creative* o de *extensive federalism*, de *new federalism*, de *functional federalism*. Fórmulas –todas éstas– que esconden la dificultad de simplificar en fórmulas estandarizadas los esquemas, y al mismo tiempo, evidenciar los impulsos hacia modelos menos rígidos de yuxtaposición entre entes periféricos y Estado central, para la hibridación de los mismos conceptos a los que se hace referencia: los de Estado unitario (y/o centralista), de Estado federal, de Estado regional.

⁽⁸⁾ A. Reposo, *ob. cit.*, pág. 87 y siguientes.

Algunos, para distinguir los Estados federales de aquellos regionales, obran aún hoy sobre los procedimientos de formación: mientras los Estados federales se

participar en la revisión constitucional; en palabras simples, el centro no puede, por sí solo, enmendar la Constitución restringiendo las competencias de los Estados miembros, sin que estos tengan derecho a voto (lo que, en Italia como en otras partes, podría lograrse simplemente transformando el Senado en una verdadera Cámara de las Regiones).

III. HIBRIDACION DE LOS MODELOS

No sólo las diferencias de naturaleza jurídica entre Estado federal y Estado regional son percibidas con dificultad, sino la misma

formarían por la fusión de varios Estados independientes y soberanos, los Estados regionales derivarían en cambio, de la atribución de una amplia autonomía a entes territoriales de un Estado preferentemente centralizado. Eso podría parecer real si se observara, por ejemplo, la experiencia de la Confederación Helvética, Estados Unidos y Australia, por una parte, de Italia y España (típicos Estados considerados "regionales"), por la otra. Y sin embargo, Brasil y la República Federal Alemana son considerados Estados federales, si bien han nacido de la decisión de descentralizar un Estado unitario, mientras al mismo tiempo, la actual Bélgica después de las recientes revisiones constitucionales, se ha vuelto "federal", después de un progresivo proceso de descentralización, a través de la experiencia del regionalismo. Se dice también, que en los Estados federales, las llamadas competencias residuales pertenecen a los Estados, mientras la Federación tiene sólo las competencias enumeradas por la Constitución y viceversa; no es cierto que, siempre, en los Estados federales las materias de competencia de la Federación son enumeradas en la Constitución federal y las de los Estados miembros sean "residuales" (o sea, todo aquello que no compete al centro concierne a los Estados miembros). Hay Estados federales que adoptan el criterio de la competencia residual para los Estados miembros (como los EE.UU.), otros como Canadá, que siguen el criterio opuesto –el mismo adoptado en el ordenamiento regional italiano hasta la reforma – otros que desarrollan un triple elenco de competencias (República Federal Alemana, India). Ni falta quien se base en la autonomía constitucional de los Estados miembros, que faltaría a las Regiones. También en este caso, es verdad que los Estados miembros de los EE.UU. tienen su propia Constitución, al igual que los Cantones suizos y de otros entes periféricos de Estados considerados federales, a diferencia de las Regiones italianas o españolas. Pero es también muy cierto que, por una parte, la autonomía constitucional de los Estados federados está limitada por las "cláusulas de supremacía" de la Constitución Federal, por otra parte, las Regiones gozan de autonomía constitucional; sean las Regiones belgas antes de la revisión constitucional, sean las Comunidades Autónomas españolas, cual sea su procedimiento formativo y su "categoría de pertenencia", sean en fin, aquellas italianas (entre las cuales, las de autonomía diferenciada, tienen un Estatuto que es aprobado con leyes constitucionales).

evolución histórica de varios ordenamientos en estudio, lleva aún más a la hibridación de los modelos⁽⁹⁾.

Si en efecto, en los sistemas considerados federales, los entes periféricos gozan de un grado de autonomía constitucional, legislativa, administrativa, mayor del de los sistemas regionales, es igualmente difícil poner bajo crítica que en los primeros se asiste a una tendencia a reforzar el centro, por exigencias ligadas al gobierno de la economía y de la política externa (como sucede en los EE.UU.); mientras que en los segundos prevalecen las corrientes centrífugas (como en Bélgica, España y en Italia).

Como ya se ha señalado antes⁽¹⁰⁾, en ambos modelos organizativos, a la contraposición entre centro y periferia (*dual federalism*) se ha venido creando un sistema cooperativo de gestión de las competencias, porque las materias del respectivo *domaine* tienden a entrelazarse (por lo cual, por ejemplo, en el tema de la ecología, el centro y los entes periféricos se dividen las atribuciones legislativas y administrativas)⁽¹¹⁾.

Se registra de todos modos una estrecha relación entre la evolución de los modelos económicos y el orden unitario o más o menos descentralizado del Estado (por lo cual, cuanto más el Estado inter-

⁽⁹⁾ Para una mejor visión, puedes ver por ejemplo, N. Olivetti Rason-L. Pegoraro, *Esperienze federali contemporanee*, Cedam, Padova, 1966.

⁽¹⁰⁾ Ver nota 7.

⁽¹¹⁾ El ejemplo de Suiza es emblemático: todavía denominada con el nombre de "Confederación Helvética", aún estando privada de las características típicas de las confederaciones, la lenta evolución del federalismo que allá se ha registrado, induce hasta hacer dudar de la subsistencia del mismo. O, al menos conducir "el caso suizo" en aquella área gris de "aquellos que están suspendidos" entre federalismo y regionalismo. A los Cantones—aún cuando alguno asigne generosamente la calificación de soberanía (B. Knapp, *L'ordinamento federale svizzero*, en la colección *Diritto pubblico contemporaneo. Gli ordinamenti costituzionali*, por N. Olivetti Rason y L. Pegoraro, Giappichelli, Torino, 1994)—competen hoy, en preferencia tareas de ejecución de la voluntad federal, esté manifestada con ley o también con decisiones administrativas. Significativo es también el ejemplo de los EE.UU., donde no sólo el federalismo fiscal asume contornos mucho más indeterminados de aquellas tanto míticas como simplonas, evocadas en el debate italiano, pero además la jurisprudencia de la Corte Suprema y la legislación federal, han contribuido a una (si bien no muy pareja) erosión de las competencias de la periferia.

viene en la economía, más está obligado a centralizar; más es liberal, más puede permitirse valorizar la autonomía local)⁽¹²⁾. Por otra parte, no es adecuado comparar tampoco en un plano de observación histórica y fáctica un hiato entre varios modelos –confederal, federal, regional, centralizado– sino un proceso evolutivo y por lo general oscilatorio (que a veces, a causa de los diversos sistemas de reacción de la economía y de la política, no es inmediatamente receptivo a las indicaciones de los mercados).

IV. EL PROYECTO DE LA COMISION BICAMERAL Y OTRAS PROPUESTAS DE REVISION CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DESCENTRALIZACION

Excluidos el derecho de secesión y la elección confederativa –propugnada por una sola parte política (la Liga Norte), aparte de algún estudioso⁽¹³⁾, y más tarde por la ya citada propuesta de un nuevo Estatuto regional del Veneto, presentada por el Presidente de esta Región en el curso del año 2000– el debate en la Comisión Bicameral, encargada de preparar el proyecto de revisión constitucional y en el Parlamento, que al final concluyó en nada, ha demos-

⁽¹²⁾ En particular puede ser recordada la interpretación dada por la Corte Suprema estadounidense de la “commerce clause”, art. I sección VIII, de la Constitución: a tenor de la cuál, compete al Congreso “regular el comercio con las naciones extranjeras y entre los diversos Estados (se entiende miembros de la Unión) y con las tribus indias”. Como demuestra G. Bognetti (“Commerce Clause”, en *Dig. priv.*, IV, Torino, 1988), después de varias vicisitudes y oscilaciones jurisprudenciales, con las crisis económicas y el New Deal de Roosevelt fue evidente que, materias como las relaciones entre empleadores y los sindicatos, la seguridad social, la organización de la producción industrial, artesanal y agrícola no podían ser de otra forma que reguladas por el centro. De hecho, hoy el Congreso puede, sin temor de caer en la declaración de inconstitucionalidad, regular cualquier fenómeno económico que pueda tener alguna influencia, aunque indirecta, para la economía general del país, aunque esté aislado, local o privado de nexo con el comercio nacional, cuando el efecto de la posible repetición de ese fenómeno pueda presumiblemente, repercutir en la vida económica de los EE.UU., y puede también regular tales fenómenos, no sólo para fines económicos, sino que también de otro tipo y especialmente para fines sociales.

⁽¹³⁾ Confrontar las tesis de G. Miglio, por ejemplo, en G. Miglio-A. Barbera, *Federalismo e secessione. Un dialogo*, Rizzoli, Milano, 1997; y ver también S. Ortino, *Diritto costituzionale comparato*, Il Mulino, Bologna, 1994, y *Per un federalismo funzionale. Note introduttive e progetto di revisione della Costituzione Italiana*, Giappichelli, Torino, 1994.

trado la vitalidad de diversas "almas" en las propuestas producidas: una genuinamente "federalista", una "localista" y una centralista. Vitalidad que ha producido al final un resultado: el de eliminar del texto aprobado por el Parlamento a inicios de marzo de 2001, cualquier propuesta para introducir en Italia una verdadera Cámara de las Regiones, a causa de las resistencias, sea de quienes no tienen ningún interés en hacer desaparecer el Senado (*in primis*, los mismos Senadores), sea de cuantos temen un nuevo centralismo regional (*in primis*, los alcaldes hoy elegidos directamente, y en general, las formaciones políticas y sociales de inspiración católica).

No es el caso, en este lugar, de gastar más que pocas palabras para ilustrar las distintas propuestas (comprendidas las de las fundaciones culturales, de exponentes políticos individuales o de estudiosos, de movimientos extra-parlamentarios, etc.) y para someter a crítica los tres textos más importantes en los últimos tiempos: el de la Comisión Bicameral (seguido del aprobado por la Sala, pero nunca votado definitivamente, antes del vencimiento de los términos impuestos por la Ley Constitucional N. 1 de 1997; el gubernativo aprobado al vencimiento de la legislatura, y la propuesta de revisión constitucional del Gobierno Berlusconi.

Me limitaré, con relación al primero, a denunciar ya sea la veleidad de potenciar, al mismo tiempo, las Regiones, Comunas, y Provincias (aparte de las áreas metropolitanas), como la tenaz perseverancia en denominar cualquier proyecto de reforma –hasta el más sutil y de bajo perfil innovador– con el apelativo de "federal".

Como está ya dicho, existen varias formas de federalismo, pero al mismo tiempo, ninguno entre los ordenamientos unánimemente considerados "federales", presenta las características propias de los proyectos de revisión constitucional producidos en Italia.

En particular afirmamos, que mientras que todos los ordenamientos considerados federales han previsto una segunda Cámara en alguna medida representativa de los Estados miembros, la participación de representantes de las autonomías territoriales menores en la elaboración de las leyes, es peculiar de ordenamientos centralizados, como Francia⁽¹⁴⁾. Ahora bien, faltando la primera ca-

(14) Ver entre lo reciente, C. Chabrot, "L'organizzazione territoriale", en D. Rousseau, *L'ordinamento costituzionale della Quinta Repubblica francese*, en la co-

racterística, y siendo en cambio significativo del proyecto de la Bicameral la segunda, este se abría con el apelativo de "Ordenamiento Federal de la República". De federal más bien presentaba sólo (o sobre todo) la carga simbólica del adjetivo, más no la sustancia.

El resultado del compromiso adquirido en esa sede, por lo cuál todos tiraban hacia su lado (hacia el Estado por los centralistas, hacia las Regiones por los regionalistas y hacia las Comunas y Provincias por los localistas), fue justamente el texto de la Comisión, donde el ansia de compromiso se manifestaba al punto de prever un Senado de geometría variable, con representantes según los casos, sean del Estado, de las Regiones, de los entes locales, en una óptica de total uniformidad no sólo entre las diversas Regiones, sino también entre Regiones, Provincias y Comunas.

Por otro lado, también buena parte de las casi 200 propuestas presentadas antes y después de la síntesis hecha por la Comisión Bicameral (todas caducadas por la disolución de la legislatura) se caracterizaban –también con algunas excepciones– por una sustancial uniformidad en las soluciones en mérito a la estructura bicameral del Parlamento, a la devolución al Estado de las competencias enumeradas y a las Regiones de la competencia residual, en una ampliación de los poderes fiscales de la periferia, en un parcial aligeramiento de controles, en la valorización de las funciones administrativas de los entes locales, mientras que el así llamado federalismo que éstas proponían, tomaba varias facetas con infinitos matices con relación a aspectos (aparentemente) más marginales: la fuente jurídica habilitada, el número de los senadores, la duración de la legislatura, la potestad estatutaria, los límites a la actividad legislativa regional, etc.

Buscando poner orden en la materia, notamos de inmediato que, terminado el trabajo de la Bicameral y del *Plenum* de la Cámara de Diputados, siguió una fase de estancamiento. Por algunos meses, las fuerzas políticas han sacado de la agenda la palabra "federalismo", salvo para luego despertarse repentinamente con propuestas (en general) mínimalistas caracterizadas por dos aspectos. El primero, en

lección Diritto pubblico contemporaneo. Gli ordinamenti costituzionali, por N. Olivetti Rason y L. Pegoraro, Giappichelli, Torino 2000, p. 331 y siguientes.

donde prácticamente todas⁽¹⁵⁾ preferían utilizar el método de la “novela”, o sea, no manifestaban la pretensión de proponer una reforma completa de la Parte II de la Constitución, sino que intervenían sobre artículos específicos del texto vigente.

El segundo: casi todas hablaban a nombre de los proponentes, sin involucrar al partido y/o al grupo que hay detrás (si bien en algunos casos la propuesta era de *iure* o *de facto* del grupo)⁽¹⁶⁾.

Conviene entonces proceder al análisis no sólo de las diferencias entre los grupos, sino sobre la tasa de innovación de las propuestas, incluyendo en la comparación el texto base elaborado por la Bicameral y, las sugerencias “no parlamentarias” llevadas a nivel científico (aludimos en particular a la propuesta de la Fundación Noreste, un ente cultural ligado a los industriales del noreste del país). Aparte diremos lo que respecta a la revisión aprobada por las Cámaras en el 2001 y a la propuesta del Gobierno Berlusconi⁽¹⁷⁾.

La Comisión Bicameral, como se ha explicado, había establecido instituir un Senado sustancialmente “nacional”, integrado por representantes de las autonomías –Regiones y hasta entes locales– para la decisión sobre materias de interés de la periferia (una idea más bien bizarra, que no conoce precedentes en ninguna parte del mundo); de

⁽¹⁵⁾ Con excepción de Caveri, de la *Unión Valdotaine*, un partido autónomo (pero de gobierno) presente sólo en la Región Valle D’Aosta.

⁽¹⁶⁾ Eso dice bastante sobre las “modas” que caracterizan el debate político, que usa las palabras como slogan y después de haber consumado el “presidencialismo”, el “Neoparlamentarismo”, el “semi-presidencialismo” el “federalismo” (¿cuándo tocará la misma suerte a la “subsidiariedad”?), logran gatopardescamente dejar todo como está. Una lectura de los textos sometidos a examen en las Cámaras recién disueltas (si bien limitado a aquellos post-Bicameral), para comprender en qué se diferencian las ideas de los partidos y de los grupos, y después complicada por la transformación del panorama parlamentario, por el paso de un grupo a otro de diputados y senadores y hasta de la mayoría a la oposición. ¿Cómo debe ser interpretada, por ejemplo, una propuesta presentada hace un año a nombre de cinco diputados, de los cuales dos han cambiado de bandera, uniéndose a un grupo que a su vez ha presentado otra un poco distinta?

⁽¹⁷⁾ Recordamos también en esta breve explicación relegada en nota, la reciente y significativa revisión constitucional que ha introducido la elección directa del Presidente de la Junta Regional y la posibilidad que sea el Estatuto regional el que determine la “forma de gobierno” de cada una de las Regiones (Ley Constitucional n. 1/1999).

atribuir las competencias enumeradas al Estado, y las residuales a las Regiones, de alentar los controles y de igualar las garantías del Estado y de las Regiones ante la Corte Constitucional; de devolver todas las funciones administrativas a las Comunas, manteniendo las Provincias, de ampliar el poder de imposición y gastos de las Regiones y de los entes locales, instituyendo un fondo de equidad; y de establecer un poder exterior limitado de las Regiones.

De tal propuesta, todos han rechazado la idea del Senado integrado, salvo Bertinotti (*Refundación Comunista*), que confiaba a la ley orgánica disciplinar la participación de los representantes locales en la formación de las leyes estatales. Por el contrario, la propuesta presentada por el Consejo Regional de Emilia-Romagna⁽¹⁸⁾ preveía que la composición de los intereses y de las controversias a nivel local se desarrollará en una específica Cámara Regional de los entes locales. Ningún otro texto seguía este camino (pero la Fundación Noreste no la excluye, dejando una amplia autonomía a los estatutos), mientras algunos mantenían el Senado como una segunda cámara nacional⁽¹⁹⁾, o bien callaban a propósito.

Con la excepción de las propuestas de parlamentarios o grupos autónomos⁽²⁰⁾, que querían instituir un verdadero Senado de las Regiones, al igual que la Fundación Noreste, la tendencia ha estado y está en dirección de una tenaz conservación del Senado existente, aunque sí con alguna corrección relativa al número de los componentes y/o a las funciones ejercidas.

Todas las propuestas revertían el criterio de distribución de las competencias: enumeradas las competencias estatales, exclusivas o concurrentes, las otras materias competirían a las Regiones. En resumen: la palabra de orden es "uniformidad". Con la única excepción de la Fundación Noreste, que declara como modelo el español de desarrollo de las autonomías, por el cual cada Región elige de una

⁽¹⁸⁾ Se debe recordar que en Italia, también las Regiones tienen iniciativa de la Ley Estatal, comprendida las propuestas de revisión constitucional.

⁽¹⁹⁾ Por ejemplo, propuesta de ley Novelli (*Rifondazione comunista*), y p.d.l. Boato (Verdes).

⁽²⁰⁾ Caveri de la *Union Valdotaïne*, Fontan de la Lega Norte y Brugger del *Sudtiroler Volkspartei*, pero también Crema de los Socialistas Democráticos italianos.

lista de materias no reservadas al Estado, aquellas sobre las cuales puede ejercer la propia competencia legislativa.

Más aún: todas las propuestas dotadas de un mínimo de organización, tendían a alentar los controles sobre las Regiones, pero no faltaba la que aún insistía en la permanencia del control de mérito⁽²¹⁾. En compensación, el ansia de garantizar los entes locales en las confrontaciones de las Regiones (ansia que se manifestaba en la Bicameral), permanecía en cuantos⁽²²⁾ proponían una suerte de igualdad de Regiones, Provincias y Comunas en el juicio por invasión de las recíprocas competencias (con la sobrecarga de trabajo que derivaría para la Corte Constitucional). A propósito, sólo las propuestas del *Sudtiroler Volkspartei* y de la *Union Valdotaïne*, osaban proponer la abolición de las Provincias (mientras algunas en forma explícita –como hizo más tarde el Gobierno Amato– explicaban que entre los entes locales que componen la República, están las ciudades metropolitanas).

Las Comunas, más valorizadas en el texto de la Bicameral, como hemos dicho, han visto por lo más redimensionado el propio rol en cuanto a su participación en la voluntad política nacional. En compensación, las diversas propuestas presentadas desde hace un par de años hasta hoy, han seguido la falsa línea del texto de la Comisión Bicameral, confiando a ellas el ejercicio de todas las funciones administrativas no expresamente atribuidas a otros entes.

En cuanto se refiere al fisco, se recortaba naturalmente la propuesta de la "Lega" Norte⁽²³⁾ dirigida a asegurar al Estado una entrada no inferior al 15% de los recursos obtenidos localmente⁽²⁴⁾. Las otras propuestas, utilizando un lenguaje y una técnica de redacción menos engorrosa de aquellas de la Bicameral, valorizaban con varias fórmulas de retiros y gastos locales, instituyendo todos un fondo equitativo. La Fundación Noreste relaciona al fisco con las funciones efectivamente asumidas y ejercitadas ("Quien más hace, más tiene o puede decidir tener").

(21) P.d.I. Novelli.

(22) ... como los Verdes y Novelli.

(23) Fontan y otros.

(24) No olvidamos en este propósito, que también en los Estados genuinamente federales el "centro" goza al menos del 70% de los ingresos recaudados.

En cuanto al poder externo, recordamos que la propuesta de la Comisión D'Alema (llamada también con el nombre del presidente de la Bicameral) no hacía sino "codificar" la jurisprudencia constitucional existente, mientras algunos textos aparecían un poco más valientes ⁽²⁵⁾.

Después de esta tentativa de lectura transversal, y antes de sacar algunas conclusiones, hay algunas otras breves anotaciones que hacer.

Aparte de las Provincias –criatura artificial de índole napoleónica, cuyos límites no coinciden por lo general con ninguna área de uso económico– otro tabú que no se toca en las propuestas en materia de federalismo, son las Regiones especiales. La óptica– hemos visto– es siempre aquella de la uniformidad ⁽²⁶⁾, pero ninguno osa poner en duda la actualidad de las razones, que después de la Segunda Guerra Mundial han inducido a dar más autonomía a Trentino-Alto Adige, Valle D'Aosta, Sicilia, Sardegna, Friuli-Venezia Giulia ⁽²⁷⁾. En compensación, hay quien, como los diputados Fini (Alianza Nacional) o Follini, ha propuesto aligerar el proceso constitucional para dotar de autonomía especial a otras Regiones.

Se recortan, por su carácter veleidoso, decenas de propuestas de ley constitucional a favor de la autonomía especial para esta o aquella Provincia.

En fin, se recuerda que varios proyectos proponían objetivos limitados (abolir el control de mérito, modificar el proceso de fusión de las Regiones, etc.)

⁽²⁵⁾ No tanto aquellos de Boato, Follini, Giovanardi, etc., como los de Fontan, Brugger, Caveri, de la Fundación Noreste (que cambia la disciplina de la Ley Fundamental alemana).

⁽²⁶⁾ Excepto por la Fundación Noreste y Caveri.

⁽²⁷⁾ Para el Trentino-Alto Adige, cuyas competencias son prevalementemente ejercidas por los dos Provincias de Trento y Bolzano, se trataba de un problema ligado a la existencia de tres poblaciones y lenguas distintas: italiana, alemana y ladina, para el Friuli-Venezia Giulia, la autonomía especial estaba relacionada al problema internacional de la ocupación, primero yugoslava, luego de las tropas aliadas; para Sicilia, se trataba de atemperar las presiones secesionistas; para el Valle D'Aosta, era también un problema de bilingüismo y de minorías (hoy ampliamente integradas), para Cerdeña, de "particularidad" y "lejanía" de la metrópoli (mientras hoy, en avión, es más rápido llegar a Cerdeña que a la capital).

Las impresiones generales que se sacan son las siguientes:

El trabajo de la Bicameral no parece haber sido del todo inútil. Ha creado un grado de consenso uniforme sobre algunos temas que han representado el mínimo común denominador de sucesivas propuestas. Aparte de aquellas más extremas (pero no tan extremas, respecto a los textos de los que se hablaba algunos años atrás), la idea de fondo es aquella de invertir el sistema de las competencias, confiando a las Regiones la generalidad de las materias y al Estado sólo aquellas que están enumeradas. La que se presenta en todos los textos, desde los cuáles se diferencia sólo el de la Fundación Noreste, el que enuncia una lista de competencias exclusivamente estatales, una de competencias regionales, que no son automáticamente asumidas por las Regiones, al menos que cada una de ellas lo decida y sólo en ese caso.

Por otra parte, todas las propuestas, si bien en diversa medida, advierten el problema del federalismo fiscal, y valorizan la responsabilidad de la periferia.

Más aún, casi todos los textos concebidos en modo orgánico, atribuyen a las Regiones un limitado poder externo y competencias relativas a la actuación del Derecho Comunitario.

Así también, ningún proyecto renuncia a la liberación de los controles, sean del Estado sobre las Regiones, o (pero con alguna excepción) de las Regiones sobre los entes locales. Entes locales, a los cuáles en general se confiere la generalidad de las funciones administrativas.

La afinidad principal entre el proyecto de la Bicameral y aquellos que la han precedido o seguido, observan la estructura y el rol de la segunda cámara. A nivel parlamentario, salvo los parlamentarios valdostanos y sudtiroleses, y en parte la Liga Norte (además de muchos estudiosos), ninguno osa tocar el Senado en cuanto tal, excepto modificaciones circunscritas (lo que significa no poner en práctica alguna forma de "verdadero" federalismo). Y es quizás esto el principal obstáculo para el buen fin de las reformas. Un verdadero federalismo exige una verdadera Cámara de las Regiones. Sin ella, cada propuesta está destinada a quedar trunca, y eso todos lo saben. Las tentativas de mediación (el mantenimiento del Senado compuesto por representantes regionales y locales) son imposibles de contentar, como lo demuestra el abandono del proyecto inicial de la Bicameral.

Además, también otras estratificaciones históricas y de posición conocidas, son una ulterior e insuperable barrera. Ninguno (o casi ninguno) tiene el coraje de tocar las Regiones especiales, ninguno (o casi) tampoco tiene el coraje de tocar las Provincias. Todos están bien atentos a no enemistarse con los alcaldes electos directamente por el pueblo y por eso "bien visibles". Para hacer las reformas es necesario, en efecto, el consenso de las Provincias y de las Regiones especiales, y también de los alcaldes (hoy fuertemente legitimados). Pero si cada uno ve sólo por su interés, para conservar eso que ha adquirido, cada proyecto no puede más que ser desequilibrado. Quizás es también por esto que, hasta la aprobación de la propuesta gubernativa, la descentralización ha sido realizada casi sólo en modo sutil, a golpe de leyes, y leyes de poca extensión aprobadas por una Comisión Parlamentaria, pero sin tocar la Constitución.

IV. LA PROPUESTA DEL GOBIERNO AMATO (LEY CONSTITUCIONAL N. 3/2001)

En el *milieu* recién descrito, ha tomado cuerpo el proyecto gubernamental sometido en 2001 al veredicto popular, que hace poco se ha convertido en la Constitución vigente: un texto, el cuál púdicamente ha renunciado a la ambiciosa etiqueta que distingue a casi todas las otras propuestas: "Ordenamiento Federal de la República", en eso, siguiendo lo más "semánticamente" correcto a los Padres Constituyentes del '48, que al idear un nuevo modelo de descentralización, habían evitado calificarlo confiando a la doctrina esa tarea, mientras al mismo tiempo, habían remarcado en el texto los requisitos estimados esenciales: aquellos de una República "una e indivisible"⁽²⁸⁾.

Notamos ante todo que el texto aprobado por las Cámaras y por los electores, atribuye las competencias residuales a las Regiones, re-

⁽²⁸⁾ Sobre el punto de la autocalificación remito a: L. Pegoraro, "Autoqualificazioni ed eteroqualificazioni del federalismo: il linguaggio della Costituzione e delle proposte di riforma", en S. Baldin-L. Pegoraro-A. Rinella, *Tre lezioni su federalismo*, cit., páginas 19-30; también L. Pegoraro-S. Baldin, "Costituzioni e qualificazioni degli ordinamenti (profili comparativi)", en L. Mezzetti-V. Piergigli (directores), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparativi e riforme istituzionali in Italia*, Actas del Convenio de Udine, 5 marzo 1997, Giappichelli, Torino, 1997, páginas 1-36 y en *Diritto e società*, 1997, N° 1, páginas 117 y siguientes.

servando al Estado sólo las enumeradas. No sólo: con adaptaciones y modificaciones, y en modo de todas formas limitado, ha recogido la propuesta de la Fundación Noreste, que miraba al modelo español de "regionalismo a velocidad diferenciada", y ha previsto la posibilidad que cada Región acuerde con el Estado la adquisición de algunas competencias concurrentes y exclusivas, como la instrucción, el ambiente y la justicia (limitada a los jueces de paz).

En la realidad, eso introduce por lo tanto en el producto de la Bicameral, algunas soluciones sugeridas por la experiencia de otros países, que en otras partes han dado prueba de funcionar y con el conocimiento de que el trasplante puede no sólo ser indoloro, sino que también ventajoso.

En España, la idea de que cada Comunidad Autónoma decida, entre aquellas no reservadas en vía exclusiva al Estado, cuáles y cuántas competencias ejercer y cuando asumirlas, fue determinada preferentemente por la existencia de problemas de nacionalidad (Vasca, Catalana, pero también Gallega y Andaluza), problema que en Italia es muy acentuado sólo en el Südtirol.

Dejando de lado las motivaciones, el regionalismo diferenciado –al menos así se le percibe en Italia– ha permitido que en España algunas Regiones pudieran despegar y adecuar las estructuras político-institucionales a las económicas, sin discriminar a quien avanzaba más lentamente (devolviendo a las Comunidades una gran parte del poder fiscal y mediante adecuados fondos de compensación). Cada Comunidad ha elegido uno de los diversos caminos previsto por la Constitución para acceder a la autonomía, y poco a poco establece de qué materias ocuparse y, en definitiva, cuanta autonomía tomarse.

Por otra parte ¿no es éste el mismo camino elegido por las instituciones comunitarias? También la Unión Europea, en su proceso evolutivo desde embrionaria Confederación a futuro Estado federal (si ese será el resultado), exige para el ingreso de nuevos Estados, y para la permanencia de los actuales, estándares relativos a la economía, al respeto de los derechos, al grado de observancia de las decisiones comunitarias, etc. No sólo impide a quien no tiene requisitos específicos para acceder a niveles superiores de integración (como en el caso de Grecia, por la moneda única), pero acepta también a quien los

tiene (como el Reino Unido) de no disfrutar de la oportunidad. También en este caso, la palabra de orden es "libertad de elección".

No parecen haber pues, contradicciones particulares para la introducción en Italia de un modelo de este tipo: al contrario, el sistema acerca los centros que deciden a los ciudadanos, alimenta la responsabilidad de la clase política regional, consiente una más adecuada valoración de los resultados, porque si una Región pretende asumir una competencia y ejerce el correspondiente poder fiscal, no puede administrar mal el correspondiente servicio, sin pagar las consecuencias.

El modelo elegido (inversión de las competencias y adquisición diferenciada), para que las Regiones más débiles no sean penalizadas, tendría que comprender por lo menos dos corolarios.

El primero, no nos cansaremos de repetirlo, es la institución de una Cámara de las Regiones, con una composición tal de no penalizar demasiado a las menos pobladas. Ahora bien, la reforma constitucional, ni siquiera roza el problema de la representación, dejando como en las propuestas anteriores, el Senado con composición invariable. Todos los observadores constatan de verdad, que esto representa justamente el escollo principal, sobre el que se encallan los proyectos en sentido genuinamente federalista: no se puede en efecto, pedir al Senado –se dice– "suicidarse" aprobando una reforma que decreta su final.

El segundo, es la atribución a las Regiones de la competencia en materia de entes locales, como por otra parte ya ocurre en Italia en las Regiones de Estatuto especial. A los entes locales pueden ser atribuídos todas las funciones administrativas, no así una representación en el Parlamento (como quería la Bicameral), lo que es un "monstrum" en el panorama comparado. Por otra parte, la mediación política bien puede suceder, quizás con la institución de apropiados órganos representativos, a nivel regional. La propuesta sigue sólo en parte esta perspectiva: quedan en efecto confiados a la competencia exclusiva del Estado la legislación electoral, los órganos de gobierno y las funciones fundamentales de los entes locales. Además, también si el artículo 7 de la ley constitucional n. 3/2001 impone la institución en cada región de un Consejo de las Autonomías Locales, esto está configurado como un "mero órgano de consulta

entre la región y los entes locales". Con esto no se resuelve en modo nítido el problema de la representación: ni de las Regiones a nivel central, ni de los entes locales a nivel regional. O mejor, la representación continúa siendo disciplinada como lo es ahora.

Un problema aparte, si bien conectado al crecimiento de la autonomía, concierne al refuerzo paralelo del poder externo de las Regiones, que en una economía integrada no pueden estar cortados fuera de su ejercicio: un poder que, en Italia es aún efímero, mientras en otros lugares (Bélgica, Alemania) ha sido notablemente reforzado y, desarrollándose en el cuadro de la unidad del Estado, ha favorecido el nacimiento de regiones más allá de las fronteras, y ha involucrado a las Regiones, a las Comunas y a los *Länder* en la predisposición de los tratados y en la ejecución del Derecho comunitario.

La reforma da sólo tímidos pasos en esta dirección, sustancialmente asentándose sobre los niveles alcanzados por la jurisprudencia constitucional en la materia.

El texto de la revisión comprende 9 artículos, que modifican los actuales artículos 114, 116, 117, 118, 119, 120, 123, 127, 132 de la Constitución vigente, y además un artículo que extiende las partes "ventajosas" de la ley a las Regiones y Provincias especiales, más otro que, por un lado, faculta los reglamentos de las Cámaras a prever la participación de representantes de Regiones, Provincias autónomas, y entes locales en la Comisión Parlamentaria para las cuestiones regionales; por otro lado, prevé que si tal Comisión ha expresado un parecer contrario o condicionado a un proyecto de ley sobre una de las materias de competencia regional concurrente o referente a la fiscalización regional, y la Comisión parlamentaria no se haya conformado, la Asamblea debe deliberar por mayoría absoluta de sus componentes.

Se propone nuevamente con esto, dos temas apreciados por la Bicameral: el ingreso indiscriminado en un órgano representativo central de los representantes de las Regiones o de los entes locales (si bien esta vez, no en la segunda cámara, sino en una Comisión parlamentaria), y el agravamiento del procedimiento legislativo en las materias de competencia exclusiva o concurrentes del Estado.

La importancia de la reforma emerge del análisis de tales materias, respecto a las cuales "la potestad legislativa está ejercida por el

Estado y por las Regiones en el respeto de la Constitución, como también de los vínculos derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales”.

Entre las exclusivas del Estado comparecen numerosas materias, en las letras que van desde la a) hasta la s), que comprenden: a) política exterior y relaciones internacionales del Estado; relaciones del Estado con la Unión Europea; derecho de asilo y condición jurídica de los ciudadanos de Estados no pertenecientes a la Unión Europea; b) inmigración; c) relaciones entre la República y las distintas religiones; d) defensa y Fuerzas Armadas; seguridad del Estado; armas, municiones y explosivos; e) moneda, tutela de los ahorros y mercados financieros; tutela de la competencia; sistema monetario, sistema tributario y contable del Estado; equidad de los recursos financieros; f) órganos de los Estados y las respectivas leyes electorales; referéndum estatales, elección del Parlamento europeo; g) ordenamiento y organización administrativa del Estado y de los entes públicos nacionales; h) orden público y seguridad, excepto la policía administrativa local; i) ciudadanía, estado civil y registros; l) jurisdicción y normas procesales; ordenamiento civil y penal; justicia administrativa; m) determinación de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes, derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional; n) normas generales en la instrucción; o) previsión social; p) legislación electoral, órganos de gobierno y funciones fundamentales de Comunas, Provincias y Ciudades metropolitanas; q) aduanas, protección de los límites nacionales y profilaxis internacional; r) pesos, medidas y determinación del tiempo; coordinación informativa estadística e información de los datos de la administración estatal, regional y local; obras del ingenio; s) tutela del ambiente, ecosistema y de los bienes culturales.

Entre aquellas concurrentes, el artículo constitucional 117, como novedad comprende: relaciones internacionales y con la Unión Europea por parte de las Regiones; comercio exterior; tutela y seguridad del trabajo, instrucción, salvo la autonomía de las instituciones escolares y con exclusión de la instrucción y de la formación profesional; profesiones; investigación científica y tecnológica y apoyo a la innovación para sectores productivos; tutela de la salud; alimentación, ordenamiento deportivo; protección civil; gobierno del territorio; puertos y aeropuertos civiles; grandes redes de transporte y de

navegación, ordenamiento de la comunicación; producción, transporte y distribución nacional de la energía; previsión complementaria e integradora, armonización de los balances públicos y coordinación de las finanzas pública y del sistema tributario; valorización de los bienes culturales y ambientales, y promoción y organización de actividades culturales, cajas de ahorro; cajas rurales; empresas de crédito de carácter regional; entes de crédito inmobiliario y agrario de carácter regional.

En las materias de legislación concurrente –se especifica al final– “conciernen a las Regiones la potestad legislativa, salvo que por la determinación de los principios fundamentales, sea reservada a la legislación del Estado”.

Se notan al respecto algunas superposiciones: por ejemplo, las relaciones internacionales de las Regiones están comprendidas en esta segunda lista. Se obtiene de esto, que la política externa y comunitaria del Estado es de exclusiva competencia de la ley del Parlamento Nacional, al cual compete además disciplinar los principios que deben informar la política externa y comunitaria de las Regiones, habilitadas para dictar sólo la disciplina de detalle.

Se observa luego que, desde el punto de vista del contenido, una de las materias más “quemantes” –la inmigración– sobre la cual las Regiones del norte piden mayor competencia para regular, por un lado, la necesidad de mano de obra en zonas fuertemente industrializadas, y por el otro, el control de la desviación de una (exigua) cuota de inmigrantes, ha sido comprendida entre las materias de competencia exclusiva del Estado.

La técnica de redacción, ciertamente no muy refinada, hace surgir otras dudas: por ejemplo, entre las materias exclusivas aparece la siguiente: “normas generales sobre la instrucción”. En consecuencia, las normas “particulares” sobre la instrucción deberían ser de competencia exclusiva de las Regiones. Pero en el elenco de las materias concurrentes está la “instrucción, salvo la autonomía de las instituciones escolares y con exclusión de la instrucción y de la formación profesional”.

No sólo eso: a los fines del artículo 2 de la Ley constitucional, que modifica el artículo 116 de la Constitución, “Ulteriores formas y condiciones particulares de autonomía, comprendidas las materias

de las cuales el tercer párrafo del artículo 117 y las materias indicadas por el segundo párrafo del mismo artículo a las letras l) limitada a la organización de la justicia de paz, n) y s), pueden ser atribuidas a otras Regiones, mediante ley del Estado, por iniciativa de la Región interesada, escuchados los entes locales en observancia de los principios del artículo 119. La ley es aprobada por la Cámara por mayoría absoluta de sus componentes, sobre la base del acuerdo entre el Estado y la región interesada”.

La letra n) a la que se refiere este párrafo está precisamente dedicada a “normas generales sobre la instrucción”. La interrogante es si las Regiones podrán “contratar” con el Estado el poder de dictar “normas generales”, y si estas coinciden con los “principios fundamentales” de los que trata la última frase del artículo 117, párrafo 3.

Un problema distinto es el relativo a la disciplina de los entes locales: la letra p) del artículo 117, párrafo 2, reserva al Estado la competencia (solamente de) su “legislación electoral, órganos de gobierno y funciones fundamentales de Comunas, Provincias y Ciudades metropolitanas”. Porque en las materias concurrentes no aparece nada relativo a los entes locales, pareciera que las Regiones pueden promulgar leyes, sobre todo aquello que no se refieran a las elecciones, los órganos de gobierno y las funciones fundamentales de los mismos.

El mecanismo “español” de adquisición de competencias –como ya lo hemos visto– confiere a las Regiones que lo deseen la iniciativa para “contratar” con el Estado, la adquisición de competencias exclusivas en materia de instrucción, tutela del ambiente, del ecosistema y de los bienes culturales, de justicia, limitada a los jueces de paz –como también otras comprendidas en el elenco de las concurrentes. La pregunta es si el sentido de esta disposición es que, sobre la base del acuerdo entre la Región interesada y el Estado, aprobada por mayoría absoluta, la Región puede adquirir competencias legislativas “separadas” de la legislación de principio del Estado (o, en otras palabras, “contratar” la transformación de la competencia concurrente en competencia exclusiva) parecería conducir a una respuesta afirmativa, sobre la base de la letra del texto, que habla de “ulteriores formas y condiciones particulares de autonomía”.

El texto de la reforma presenta algunas otras novedades de relieve: por ejemplo, las relativas a la formación y a la ejecución de actos

comunitarios⁽²⁹⁾, al ejercicio de la potestad reglamentaria, que se desarrolla sobre todas las materias no reservadas a la competencia legislativa exclusiva del Estado⁽³⁰⁾, a la previsión de acciones positivas a favor de las mujeres, que las Regiones deben impulsar⁽³¹⁾.

A diferencia de España, el artículo 117, párrafo 8 prevé (y parece casi incitar) los acuerdos entre las Regiones para el mejor ejercicio de las propias funciones, casi desentierra la hipótesis de "macro-regiones" ventilada algunos años atrás.

Enunciado el principio de "subsidiaridad", sea vertical⁽³²⁾ u horizontal⁽³³⁾, el ejercicio de las funciones administrativas no está explicado de modo inequívoco: en efecto, no sólo el reclamo al principio en palabras es tanto más equívoco⁽³⁴⁾, sino además por un lado, ahí se asevera en general, que las "funciones administrativas son atribuidas a las Comunas, salvo que, para asegurarse el ejercicio unitario, sean conferidas a Provincias, Ciudades metropolitanas, Regiones y Estado, bajo la base de los principios de subsidiaridad, diferenciación y proporcionalidad"; por otra parte, se dice que "Las Comunas, las Provincias y las Ciudades metropolitanas son titulares de funciones administrativas propias y de aquellas conferidas con ley estatal o regional, según las respectivas competencias", ni se entiende quien y cómo debe atribuir la competencia.

Otras disposiciones disciplinan el fisco, sustancialmente reenviando a la ley cada reglamentación específica, el ejercicio de los controles (simplificados respecto al texto de 1948), la igualdad de las Regiones con el Estado en los conflictos ante la Corte Constitucional, la modificación de las circunscripciones regionales y también, como ya se ha dicho, el Consejo de las Autonomías Locales.

⁽²⁹⁾ Artículo 117, párrafo 4.

⁽³⁰⁾ Artículo 117, párrafo 5, con todas las interrogantes que resultan en torno a la legitimidad de reglamentos independientes regionales, y a las relaciones con la Ley N° 400/1988, que hoy disciplina la materia.

⁽³¹⁾ Párrafo 6.

⁽³²⁾ Artículo 118, párrafo 1.

⁽³³⁾ Artículo 118, código único.

⁽³⁴⁾ Ver A. Rinella-L. Coen-R. Scarciglia, *Sussisiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Cedam, Padova, 1999.

VI. LA PROPUESTA DE *DEVOLUTION* DEL GOBIERNO BERLUSCONI

El Gobierno Berlusconi, elegido en las elecciones de 2000, con la intención de “sabotear” la nueva Constitución, elaboró su propuesta de descentralización, en diciembre de 2001, sobre la base de la iniciativa personal del Ministro para la Reforma Institucional y la *devolution*, Umberto Bossi, el cual ha elaborado un texto de revisión constitucional que ha suscitado vivas reacciones, sea en la coalición de Gobierno, sea en parte de la oposición de centro-izquierda. Tal texto presenta las siguientes características:

Ante todo, no prevé nada con relación a la organización del Estado o la representación de las regiones en el Parlamento nacional. Así, sigue literalmente el *trend* precedente y acepta la imposibilidad política de reformar el Senado.

En segundo lugar, refuerza sensiblemente, respecto al proyecto del Gobierno Amato, el elenco de las competencias regionales, tanto las exclusivas como las concurrentes, incorporando algunos temas “sensibles”, como la educación y la policía regional (nótese que confiar la educación a las regiones significa consentir, de hecho, que muchas regiones puedan financiar las escuelas privadas con fondos públicos);

Paradójicamente, deja fuera de cualquier intervención regional el ordenamiento de los entes locales (que, no obstante, es ya materia regional en las actuales Regiones con estatuto especial y en la Constitución reformada), la industria y la política de inmigración, no obstante las serias divergencias sobre el tema entre las Regiones.

Consiente, siguiendo en ello al modelo español y –por lo que respecta a las propuestas italianas– el proyecto de la fundación Norte-Este, que las regiones puedan asumir competencias exclusivas en diferentes materias, como la asistencia social, sanidad o la educación escolar.

Mantiene el control del Estado sobre las Regiones.

El texto es coherente con la operación de cuidado lingüístico realizada en los últimos tiempos por el *leader* de la Lega Nord. Excluida de los programas la palabra “secesión”, ocultada también la palabra “federalismo”, éste propone, ni más ni menos, una forma de regionalismo fuerte, asimétrico, a velocidad diferenciada, denominada,

para uso del vulgo, “*devolution*”. Las asperas críticas que ha recibido se refieren a la extensión de las materias y, en particular, a la posibilidad que algunas Regiones decidan adquirir competencia exclusiva en materia de programas escolares, de sanidad, y seguridad pública regional.

Su aprobación, en la versión actual, parece cuando menos problemática; en cualquier caso, Gobierno y mayoría no pueden alegar que la Constitución no esté ya reformada. En el prolongado tiempo que se requiere para hacer una nueva reforma, querida por la centroderecha, en tanto que los órganos de control de las leyes y los actos administrativos regionales se encuentran abolidas, así como los órganos regionales que controlan los actos de los entes locales; las Regiones pueden comenzar a legislar en todas las materias de competencia residual o concurrente (por ejemplo, en materia de entes locales); Las funciones administrativas, en base al principio de subsidiaridad, por obligación constitucional deben ser transferidas a los ayuntamientos. Todo ello –no obstante el obstruccionismo del Gobierno de centro-izquierda y de su mayoría– consolidará una situación de hecho que difícilmente no se podrá tener en cuenta, si la actual mayoría quisiera llevar a puerto sus reformas.

VII. CONCLUSIONES

La revisión constitucional aprobada por el Parlamento italiano el 8 de marzo de 2001, y confirmada por el pueblo el 7 de octubre, como también el proyecto del Gobierno Berlusconi, parece apoyarse sobre el substrato de dos “formadores culturales”.

Por una parte, diacrónicamente, ésta acoge en parte los resultados del largo y tormentoso debate que hace años ha movido (y después cansado) al país en cuanto a las modalidades para llegar a una reforma –las así llamadas meta-reformas⁽³⁵⁾– y a los contenidos de la

⁽³⁵⁾ V. L. Pegoraro-E. Ferioli, “Il paradosso di Ross: dibattiti e meta-dibattiti sulle riforme costituzionali in Italia”, en *La tradizione repubblicana. Studi in onore di G. Cuomo*, Cedam, Padova, 2000, páginas 259 y siguientes; y G. Lucatello, “Nuovi procedimenti per riformare le istituzioni”, en *Nuovi studi politici*, 1993, ahora en *Idem*, “Nuove prospettive sulla revisione costituzionale e sulla Presidenza della Repubblica”, N° 1 de los Quaderni del Dipartimento di Diritto Comparato Università

misma. El convencimiento de no poder obtener la unanimidad en los temas de las reformas, ha inducido al Gobierno Amato y al Gobierno Berlusconi a dejar su posición de equidistancia (o de lejanía) y a “bajar al campo”, utilizando –antes que específicas Comisiones introducidas con leyes constitucionales en derogación de los procedimientos ordinarios, o con la convocatoria de (no previstas) “asambleas constituyentes”– uno de los dos caminos concedidos por el artículo 138: el de aprobación por mayoría absoluta, en vez de 2/3 (el Gobierno ha demostrado tenerla, aunque sea arriesgada; y también el Gobierno actual, que tiene una amplia mayoría), con eventual (luego realizada) intervención del pueblo a través de referéndum. Por otro lado, el Gobierno ha tomado nota de la imposibilidad de reformar demasiadas cosas: no podía proponer la revisión de la forma de Gobierno, sobre la cual eran demasiado amplios los desacuerdos y aun permanecen al interior de la mayoría⁽³⁶⁾; ni limitándose a la forma de Estado y al aspecto de la descentralización territorial, podía esperarse obtener el consenso del Senado si hubiese propuesto su transformación. Por lo tanto, han elegido una solución de perfil bajo, susceptible sin embargo de provocar profundas innovaciones en las relaciones entre el centro y la periferia, ya en parte remecidas por una serie de reformas actuadas por vía legislativa. El mismo camino ha recorrido el Gobierno de centro-derecha presidido por Berlusconi, el cual además se ha mostrado más centralista que su predecesor, no obstante las promesas electorales.

Por otra parte, sincrónicamente, la reforma recoge los modelos extranjeros –en particular el español y, limitadamente en la utilización de un triple elenco de competencias, el alemán– testimoniando la utilidad de los estudios comparativos a los fines de la revisión

di Padova, Cleup, Padova, 1999; A. Pace, “Processi costituenti italiani 1996-1997”, en *Diritto Pubblico*, 1997, página 600, y ivi G.U. Rescigno, “Revisione della Costituzione o nuova Costituzione?”, pág. 611; G. Azzariti (director), *Quale riforma della Costituzione?*, Torino, 1999, pág. 331 y siguientes.

⁽³⁶⁾Sobre la actividad global de la Comisión Bicameral, ver al menos P. Costanzo-G.F. Ferrari- G.G. Floridia-R. Romboli-S. Sicardi, *La Commissione bicamerale per le riforme istituzionali*, Cedam, Padova, 1988, pág. 37; sobre la forma de gobierno, confrontar L. Mezzetti-V. Piergigli (directores), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, cit., y por L. Pegoraro-A. Rinella (directores), *Semipresidenzialismi*, Cedam, Padova, 1997.

constitucional, estudios que, si no faltan por evidenciar cuanto hay de funcional y útil en las experiencias extranjeras, sin embargo no pueden renunciar a señalar que cada recepción puede arraigarse sólo si el contexto es análogo y existen los presupuestos sociales, económicos y políticos para que de frutos válidos.

EL FEDERALISMO EN AMERICA LATINA

Francisco Fernández Segado (*)

Sumario: I. Introducción: la pluralidad de los Estados federales. II. El contexto peculiar del federalismo en América Latina. III. Los rasgos peculiares del sistema federal y su conformación en América Latina: *A)* La existencia de una Constitución federal rígida y la participación de los Estados miembros en su reforma. *B)* El reconocimiento a los Estados miembros del principio de autonomía. *C)* La existencia de un órgano encargado de dirimir los conflictos entre la Federación y los Estados miembros y salvaguardar la primacía de la Constitución federal. *D)* El diseño de un cauce de participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal: el bicameralismo y la Cámara de los Estados. *E)* La distribución constitucional de competencias entre la Federación y los Estados miembros. *F)* La compensación financiera. *G)* La intervención federal. IV. La realidad federal en América Latina y sus perspectivas de futuro.

I. INTRODUCCION: LA PLURALIDAD DE LOS ESTADOS FEDERALES

I. El Estado federal, como acertadamente escribiera Scheuner⁽¹⁾, es, gracias a su complicada construcción y a su estrecha vinculación

(*) Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid (España).

(1) Ulrich Scheuner: "Struktur und Aufgabe des Bundesstates in der Gegenwart. Zur Lehre vom Bundesstaat", en "Die öffentliche Verwaltung" 1962, pág. 641. Cit.

con las cambiantes situaciones históricas, una formación estatal cuya esencia y peculiaridad debe siempre captarse en el caso concreto. Su imagen debe ser construida más bien desde una consideración histórico-pragmática, antes que desde una teoría abstracta.

Precisamente porque el federalismo debe ser contemplado como un proceso dinámico y no como un proyecto estático, cualquier designio o modelo de competencias o jurisdicciones será meramente, como advierte Friedrich ⁽²⁾, una fase, un ensayo de cierta realidad política en constante evolución.

Quizá por este permanente dinamismo de la realidad federal, resulta harto dificultoso, si no imposible, formular una definición universal y abstracta del federalismo, cuando se pretende utilizarla para sustentar las bases de una cierta tipología. Y es que no hay un modelo acabado de Estado federal que pueda ser universalmente utilizado. Como al efecto dice Rosenn ⁽³⁾, no hay fórmula mágica para el federalismo.

Ello no significa que no puedan vertebrarse determinadas tipologías en base a ciertos elementos configuradores del Estado federal. Así, por poner un ejemplo relativo al Continente americano, en América Latina es clásica la tipología formulada por Sánchez Viamonte, que agrupa los Estados federales en un tríptico, según la intervención que los Estados miembros tengan en la reforma de la Constitución federal ⁽⁴⁾. Sin embargo, este tipo de clasificaciones, que

por Herbert Schanbeck: "Posibilidades y límites del federalismo", en Documentación Administrativa, núm. 193, enero-marzo 1982, págs. 77 y sigs.; en particular, pág. 80.

⁽²⁾ Cfr. al efecto, Carl J. Friedrich: "Trends of federalism in theory and practice", The Mall Pall Press, Londres, 1968. "Federalism -dirá Friedrich (pág. 7)- is also and perhaps primarily the process of federalizing a political community, that is so say, the process by which a number of separate political communities enter into arrangements for working out solutions, adopting joint policies, and making joint decisions on joint problems, and, conversely, also the process by which a unitary political community becomes differentiated into a federally organized whole".

⁽³⁾ Keith S. Rosenn: "El federalismo en las Américas, una comparación perspectiva", en el colectivo, "V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional", UNAM, México, 1988, págs. 791 y sigs.; en concreto, pág. 809.

⁽⁴⁾ Carlos Sánchez Viamonte: "Manual de Derecho Constitucional", Kapelusz, Buenos Aires, 1967, pág. 79.

en el fondo son tributarias de la continua propensión formal de los análisis del federalismo sobre la que previniera Wheare⁽⁵⁾, no son, "per se", reveladoras de una caracterización común de los Estados agrupados en cada tipo, más allá del rasgo puramente formal que sirve de criterio clasificador.

La realidad de cada Estado federal es muy dispar y se halla en permanente evolución. Ello propicia una multiplicidad de fórmulas federales. Wright⁽⁶⁾ ha llegado a diferenciar cuarenta y cuatro tipos distintos. Esta pluralidad llega al extremo de que algunos Estados federales se hallen muy próximos al Estado unitario, como puede sostenerse respecto de algún Estado federal latinoamericano. Por otro lado, el ideal simétrico del sistema federal no siempre se corresponde con la realidad de muchas Federaciones, caracterizadas por la existencia de rasgos asimétricos, como ya señalara en la década de los sesenta del pasado siglo Tarlton⁽⁷⁾.

II. La muy notable diferencia que en la realidad presentan los Estados federales no impide tratar de individualizar aquellos elementos que podrían ser considerados como característicos del modelo. Su análisis particularizado es necesario, en un estudio comparado como el que pretendemos realizar, para tratar de discernir si los Estados federales de América Latina, esto es, Argentina, Brasil, México y Venezuela, responden a un modelo no digamos, en sintonía con lo antes expuesto, común, pero sí mínimamente homogéneo, que pueda propiciar hablar de un "federalismo latinoamericano" con algu-

⁽⁵⁾ Cfr. al efecto, Kenneth C. Wheare: "Federal Government", Oxford University Press, 4^o ed., Londres, 1963.

⁽⁶⁾ Deil S. Wright: "Del Federalismo a las relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos de América: Una nueva perspectiva de la actuación recíproca entre el gobierno nacional, estatal y local", en Revista de Estudios Políticos, núm. 6 (nueva época), noviembre-diciembre 1978, págs. 5 y sigs. Cfr. asimismo, Deil S. Wright: "Understanding intergovernmental relations", Brooks/Cole Publishing Co., 2^o ed., Monterrey, 1982.

⁽⁷⁾ Charles D. Tarlton: "Symmetry and Asymmetry, as elements of Federalism: a theoretical speculation", en The Journal of Politics, vol. 27, núm. 4, 1965, págs. 861 y sigs. Entre la doctrina española, cfr. Esther Seijas Villadangos: "Un nuevo estadio en el discurso federal: el federalismo asimétrico", en Pensamiento Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 7, Lima, 2000, págs. 343 y sigs.

nos rasgos peculiares, o si, por el contrario, se nos presentan como federalismos en los que priman las divergencias sobre las posibles similitudes o analogías.

Los rasgos que, de forma general, identifican al Estado federal, y a los que vamos a atender, son los siguientes:

- La existencia de una Constitución rígida, por lo general, en cuya reforma han de participar, como regla común, los entes territoriales constitutivos de la Federación.
- El reconocimiento a los Estados miembros de la Federación del principio de autonomía política, cuya manifestación primigenia es la elaboración o reforma de su propia Constitución, siempre dentro del marco delimitado por la Constitución federal.
- La atribución a un órgano normalmente jurisdiccional de la facultad de dirimir los conflictos entre la Federación y los Estados miembros, así como de salvaguardar la primacía de la Constitución federal.
- El diseño de un cauce de participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal, cauce que suele encontrar su manifestación peculiar en la estructura bicameral del poder legislativo federal con la subsiguiente existencia de una Cámara de los Estados.
- El reparto constitucional de competencias entre la Federación y los Estados miembros.
- La compensación financiera, que se manifiesta en un conjunto de reglas ordenadoras de la división de competencias tributarias entre la Federación y los Estados miembros.
- La intervención federal, que es una técnica específica encaminada, como dice Machado Horta⁽⁸⁾, a mantener, caso de violación, la integridad territorial, política y constitucional del Estado federal, mecanismo que ha revestido una excepcional importancia

⁽⁸⁾ Raúl Machado Horta: "Problema de Federalismo", en "Perspectivas de Federalismo Brasileiro" (Estudos sociais e políticos), Edições da Revista Brasileira de Estudos Políticos, Universidades Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1958, págs. 14-15.

en el funcionamiento del federalismo de algunos países del área, por lo menos en determinados momentos históricos.

III. El federalismo no puede ser interpretado en clave de relaciones jerárquicas o estratificadas. Y quizá en la falta de comprensión de esta regla fundamental se pueda encontrar una de las más graves fallas del federalismo latinoamericano. El espíritu originario del Estado federal, esto es, dar cabida tanto a las tendencias particularistas como a las unionistas, asegurar su coexistencia, temperar las unas mediante las otras y provocar transacciones entre ellas ⁽⁹⁾, sigue hallándose plenamente vigente.

Esta dualidad de aspectos de difícil ensamblaje a la que ya aludiera en los años treinta del pasado siglo Mouskheli ⁽¹⁰⁾, quizá sea una de las razones que explique que el federalismo siga siendo una vía institucional perfectamente válida o, como afirma Ribeiro ⁽¹¹⁾, que se nos presente todavía en nuestros días como un principio rector que encuentra gran receptividad y resonancia en la vida de muchos países, posiblemente porque el principio federal, lejos de desactualizarse, ha sabido encontrar nuevos fundamentos más allá de aquellos en los que halló su origen.

II. EL CONTEXTO PECULIAR DEL FEDERALISMO EN LATINOAMERICA

Latinoamérica nos ofrece algunos rasgos peculiares que han de ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo un análisis de los cuatro sistemas federales existentes en el área.

Ante todo, parece obligado destacar el fuerte influjo que en América Latina ha ejercido el constitucionalismo norteamericano en

⁽⁹⁾ Charles Durand: "El Estado federal en el Derecho positivo", en G- Berger, J. J. Chevallier y otros, "Federalismo y Federalismo Europeo", Tecnos, Madrid, 1965, págs. 171 y sigs.; en concreto, pág. 209.

⁽¹⁰⁾ M. Mouskheli: "La théorie juridique de l'État Fédéral", A. Pedone Editeur, París, 1931, pág. 125. Traducción española de A. Lázaro y Ros, publicada por Editorial Aguilar, Madrid, 1931.

⁽¹¹⁾ Celso Ribeiro Bastos: "Curso de Direito constitucional", 14^o ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1992, pág. 246.

general y, en lo que ahora interesa, el sistema federal estadounidense. De la Cueva ⁽¹²⁾ se haría eco de la atracción ejercida por el modelo norteamericano sobre México y los demás pueblos de la América española que, escarmentados del centralismo ejercido durante siglos desde Madrid ⁽¹³⁾, contemplaban con aprensión el nuevo centralismo que se pretendía ejercer sobre los hombres y los pueblos desde las ciudades de México o Buenos Aires. Tan fuerte ha sido esa influencia que, con bastante frecuencia, el federalismo iberoamericano se ha medido por su aproximación o alejamiento del modelo federal norteamericano.

La incuestionable realidad precedente no puede, sin embargo, hacer olvidar ni minusvalorar la fuerte influencia de la estructura territorial implantada por España en América, a través de los Municipios, Cabildos, Intendencias y Diputaciones Provinciales, en la implantación del sistema federal por algunos países tras la Independencia, Argentina y México muy particularmente. Quiere ello decir que la adopción del modelo federal no responde a una mera mimesis del sistema norteamericano. Todo ello, al margen ya de que entre los sistemas federales latinoamericanos existen diferencias notables, como vamos a ver de inmediato.

Una serie de circunstancias de dispar naturaleza, social, cultural, política e incluso jurídica, han incidido de modo muy notable en ocasiones sobre el asentamiento del federalismo en Latinoamérica, impidiendo, como subraya Wheare ⁽¹⁴⁾, o por lo menos dificultando seriamente, su firma estableciendo, su consolidación. Nos referiremos a algunas de tales circunstancias:

- La endémica inestabilidad constitucional de algunos países, como es el caso de Venezuela, ha lastrado el arraigo de la forma de organización federal del Estado.

⁽¹²⁾ Mario de la Cueva: "La Constitución de 5 de febrero de 1857", en el colectivo, "El constitucionalismo a mediados del siglo XIX", UNAM, Publicaciones de la Facultad de Derecho, México, 1957, pág. 1224.

⁽¹³⁾ Cfr. a este respecto, Claudio Véliz: "La tradición centralista de América Latina", Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

⁽¹⁴⁾ Kenneth C. Wheare: "Federal Government", op. cit., pág. 22.

- Otro factor peculiar ha sido el hiperpresidencialismo latinoamericano. La tradicional concentración de poder en el Ejecutivo federal y, dentro de éste, en el Presidente, de lo que constituye un ejemplo paradigmático el presidencialismo México, ha contribuido fuertemente a la "desfederalización", en tanto que el federalismo, como lúcidos estudiosos del mismo (Georges Scelle y Michel Mouskhely entre ellos) han puesto de relieve, se asienta en una ley no escrita: la ley de la colaboración y del equilibrio.
- Las frecuentes quiebras del sistema constitucional no han dejado de impactar sobre el sistema federal. Así, como recuerda Rosenn⁽¹⁵⁾, la militarización del régimen político brasileño entre 1964 y 1985 se tradujo en una fuerte centralización del poder en detrimento de los Estados miembros de la Unión, lo que en gran medida fue la resultante de la concentración de las facultades tributarias en el Gobierno federal. El retorno a la democracia no alteraría esta situación; bien al contrario, como ha puesto de relieve Pinto Ferreira⁽¹⁶⁾, el poder creciente de la Unión sobre los Estados miembros en el ámbito financiero cada día se ha acentuado más.
- El funcionamiento del sistema federal se ha visto asimismo afectado por condicionamientos de carácter cultural, tal y como ha subrayado Valadés⁽¹⁷⁾ en relación a México, si bien este rasgo puede perfectamente extrapolarse a otros federalismos latinoamericanos.
- Un dato sociológico de relevancia es el de la inhibición de amplios sectores de la población ante unos sistemas que en la realidad práctica ignoran los postulados a los que teóricamente deben responder, lo que, por ejemplo, ha desencadenado que en Venezuela el federalismo carezca de los necesarios cimientos

⁽¹⁵⁾ Keith S. Rosenn: "El federalismo en las Américas...", op. cit., pág. 808.

⁽¹⁶⁾ Luíz Pinto Ferreira: "Curso de Direito Constitucional", 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1991, pág. 553.

⁽¹⁷⁾ Diego Valadés: "Presupuestos históricos del federalismo mexicano", en Diego Valadés y Jorge Carpizo, "Problemas del federalismo mexicano", en Gumersindo Trujillo (coord.), "Federalismo y Regionalismo", CEC, Madrid, 1979, págs. 197 y sigs.; en concreto, pág. 206.

sociopolíticos que su vigencia real, que no puramente formal, requiere⁽¹⁸⁾.

- El sistema de partidos también ha incidido sobre el federalismo iberoamericano. La ausencia de partidos de ámbito estatal (o regional o provincial), si así se les prefiere llamar), de un lado, y por encima de todo, el arraigado centralismo y falta de sensibilidad hacia la idea federal de los partidos de ámbito nacional, de otro, han contribuido a desvirtuar el sistema federal. Se ha dicho⁽¹⁹⁾ que la verdadera garantía del federalismo residiría en la existencia de partidos estrictamente regionales o estatales. No compartimos esta opinión, que la realidad política de bastantes Estados federales se encarga por lo demás de desmentir. Pero lo que sí nos parece irrefutable es que las fuerzas políticas de los cuatro países cuyo régimen federal analizamos han carecido históricamente de la necesaria sensibilidad requerida por el principio federal.
- La estructura federal, como es opinión doctrinal común⁽²⁰⁾, se encuentra en íntima conexión con la democracia, que en el Estado federal no se proyecta sobre una única organización, sino sobre una pluralidad de centros de decisión. Por lo mismo, el déficit democrático de algunos de estos países, especialmente visible en determinadas etapas históricas, ha ido estrechamente unido a la desnaturalización del sistema federal, no pudiendo, a la inversa, operar el sistema federal como instrumento democratizador del poder, contribuyendo de este modo a la vivificación de la democracia, una de las más caracterizadas funciones del federalismo, como bien advierte Schambeck⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ Así lo entiende Alfonso Rivas Quintero: "análisis crítico del proceso federativo venezolano y diferencias con el sistema federal argentino", en Ricardo Combellas (coord.), "El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano", vol. I, Konrad Adenauer Stiftung (y otras Editoriales), Caracas, 1996, págs. 367 y sigs.; en concreto, pág. 372.

⁽¹⁹⁾ Jean Sigmann: "Las aplicaciones del federalismo en Alemania, especialmente desde 1945", en G. Berger, J. J. Chevallier y otros, "Federalismo y Federalismo Europeo", op. cit., págs. 281 y sigs.; en concreto, pág. 297.

⁽²⁰⁾ Así, por ejemplo, Juan Joaquín Vogel: "El régimen federal de la Ley Fundamental", en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Hiede, "Manual de Derecho Constitucional", IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 622.

⁽²¹⁾ Herbert Schambeck: "posibilidades y límites del federalismo", op. cit., pág. 87.

- Finalmente, hemos de referirnos a una circunstancia que aunque no forma parte del contexto, pues se trata sin más del empleo desviado de un instrumento característico por su utilización frecuente y abusiva. Nos referimos al recurso a la técnica de la intervención federal. Loewenstein ⁽²²⁾ ha considerado que el recurso a la práctica de la intervención federal de forma constante y frecuentemente por razones mínimas, ha hecho del federalismo iberoamericano una ficción y ha eliminado ampliamente la verticalidad recíproca de la estructura federal.

III. LOS RASGOS PECULIARES DEL SISTEMA FEDERAL Y SU CONFORMACION EN AMERICA LATINA

En sintonía con los rasgos que más atrás consideramos como característicos del Estado federal, vamos a pasar a analizar el perfil que cada uno de ellos presenta en los cuatro sistemas federales latinoamericanos.

A) La existencia de una Constitución federal rígida y la participación de los Estados miembros en su reforma

El pacto federal, “*pactum foederis*”, tiene implicaciones que no pueden ser ignoradas por el poder constituyente. Es preciso que la reforma de la Constitución sea difícil, y de ahí la rigidez de las Constituciones federales. Y ello, frente a la opinión de algún sector doctrinal minoritario que constata que no existe ninguna razón que impida que un Estado federal disponga de una Constitución flexible ⁽²³⁾, obedece, al menos, a dos exigencias concretas:

En primer término, la rigidez constitucional se traduce, por lo general, en la intervención de los Estados miembros en la reforma ⁽²⁴⁾,

⁽²²⁾ Karl Loewenstein: “Teoría de la Constitución”, 2ª ed., Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, pág. 380.

⁽²³⁾ William S. Livingston: “Federalism and constitutional change”, Clarendon Press, Oxford, 1956, pág. 296.

⁽²⁴⁾ Friedrich ha subrayado que en todos los sistemas federales de gobierno por él estudiados se halla prevista la participación de las “unidades locales” en el poder de enmienda. Carl J. Friedrich: “Gobierno constitucional y Democracia” (Teoría y práctica en Europa y América), IEP, Madrid, 1975, tomo I, pág. 408.

lo que son significar en modo alguno que se requiera el acuerdo de todos para que pueda prosperar una reforma constitucional, ni menos aún amparar el derecho de secesión de los Estados disidentes, o el derecho a anular por su sola voluntad las decisiones tomadas por los órganos federales, como defendiera Calhoun en su conocida teoría de la "nullification" ⁽²⁵⁾, presupone una cierta garantía de los derechos de los Estados en la federación, pues de esta forma se garantiza desde su existencia hasta la más pequeña de sus competencias constitucionales.

En segundo término, y en estrechísima sintonía con lo anterior, pese a sus inconvenientes, la rigidez constitucional, como sostuviera Lojendio ⁽²⁶⁾, proporciona a la autonomía de los Estados miembros su principal protección jurídica.

En América Latina, la intervención de los entes territoriales integrantes de la Federación en la reforma constitucional es muy dispar según el país de que se trate, pudiendo apreciarse además una cierta tendencia a disminuir esa participación de los Estados miembros, de lo que constituye ejemplo paradigmático la reciente Constitución de Venezuela de 1999.

Sólo Brasil y México incluyen en el proceso de reforma constitucional a los entes territoriales federados. En Brasil, la participación de las entidades federativas se produce en la fase de iniciativa de la reforma. En México, por el contrario, en la de ratificación de las reformas constitucionales ya aprobadas por el Congreso de la Unión.

En Argentina, las Provincias, aun no interviniendo directamente, podría entenderse que disponen de una facultad de intervención indirecta por intermedio del Senado, que se materializa en el momento en que el Congreso procede a declarar la necesidad de la reforma con el voto de las dos terceras partes, al menos, de sus miembros (art. 30 de la Constitución tras su reforma de 1994), pues la reforma, tras esa declaración por el Congreso acerca de su convenien-

⁽²⁵⁾ Cfr. al efecto, C. Herman Pritchett: "La Constitución Americana", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, pág. 89.

⁽²⁶⁾ Ignacio Ma. De Lojendio e Irure: "Autonomía y consenso", en Gumersindo Trujillo (coord.), "Federalismo y Regionalismo", op. cit., págs. 51 y sigs.; en particular, pág. 77.

cia, se ha de efectuar no por el propio Congreso, sino por una Convención convocada al efecto.

En Venezuela, la Constitución de 1999 ha acabado con lo que, paradójicamente, a la vista de la realidad federal venezolana, era el sistema más receptivo de todos los sistemas federales latinoamericanos en lo que hace a la participación de los Estados miembros en el procedimiento de reforma de la Constitución federal.

B) El reconocimiento a los Estados miembros del principio de autonomía

I. La esencia del federalismo quizá resida, como sostiene Elazar⁽²⁷⁾, en un particular conjunto de relaciones entre los participantes en un sistema político, unas relaciones que han de combinar el autogobierno y el gobierno compartido. Aparece así el principio o capacidad de autonomía que se nos presenta, según Lojendio⁽²⁸⁾, como el concierto entre los actos de aquellas voluntades, la particular o local y la común, balance interno de dos fuerzas, de lo que Scheuner denomina "dualismo de centros de decisión".

La autonomía del Estado integrante de la Federación se traduce en una capacidad de autoorganización que se manifiesta en la facultad de elaborar su propia Constitución y fijar en ella el régimen de sus órganos superiores y el de las colectividades públicas internas, pero que también se traduce en su vertiente más propia, esto es, en la que Massimo Severo Giannini calificara de autonomía normativa.

La capacidad autoorganizativa no se agota en el puro ejercicio formal de la potestad constituyente por el Estado miembro de una Federación, a cuyo través dicho Estado se da su propia Constitución. Siendo esto inexcusable, la autonomía organizativa requiere de una capacidad de decisión real sobre la propia organización de los poderes del Estado. Esta capacidad decisoria puede sujetarse a algún límite general, pero no a unas restricciones tan amplias que el constituyente estatal se vea no a unas restricciones tan amplias que el cons-

⁽²⁷⁾ D. Elazar: "Federal Systems of the World", 2ª ed., Longman, Londres, 1994, pág. XV.

⁽²⁸⁾ Ignacio Ma. De Lojendio e Irure: "Autonomía y consenso", op. cit., pág. 66.

tituyente estatal se vea convertido en un mero ejecutor de los dictados que establece la Constitución federal. La doctrina constitucional alemana ha sido muy elocuente y clara en este punto.

En la República Federal Alemana, para expresar plásticamente lo que en la práctica supone la condición estatal de los Länder, el Tribunal Constitucional Federal ha acudido al concepto de "Hausgut" (literalmente "ajuar"). Conforme a esta doctrina, la condición estatal de los Länder implica, esencialmente, la existencia de un determinado núcleo de funciones privativas, que les corresponden a título de "Hausgut" y de las que no pueden ser despojados. Cualesquiera que sean en particular tales funciones privativas, lo cierto es que, como señala Vogel ⁽²⁹⁾, el Land debe retener en todo caso la libre decisión acerca de su organización, incluidas las decisiones organizativas fundamentales contenidas en la Constitución del Land.

II. La autonomía de los Estados miembros es formalmente recepcionada por las Constituciones de los Estados federales latinoamericanos (entre otros, arts. 123 de la Carta argentina y 25 de la Constitución brasileña de 1988). Sin embargo, esta capacidad de libre decisión acerca de la propia organización estatal se halla en bastantes casos, parcialmente sustraída, o por lo menos muy condicionada.

Los Estados, ciertamente, disponen de su propia potestad constituyente (aunque incluso en ello no han faltado excepciones, como fue el caso de la Constitución venezolana de 1961, que suprimió toda referencia a la potestad constituyente estatal), pero su organización, en determinados aspectos, aparece predeterminada por la propia Constitución federal. Argentina se nos presenta como la única excepción frente a la regla general. Aquí, los Estados o Provincias tienen una capacidad autoorganizativa digna de tal nombre, pero ello quiebra o se relativiza, en una escala gradual de menor a mayor condicionamiento de la autonomía organizativa, en Brasil, México y Venezuela, pudiéndose afirmar en el caso de este último país, a la vista de las previsiones de la Carta de 1999, que la autonomía estatal es un concepto vacío de contenido.

⁽²⁹⁾ Juan Joaquín Vogel: "El régimen federal de la Ley Fundamental", op. cit., pág. 626

Desde luego, no puede obviarse el hecho de que en todos los Estados federales la autonomía estatal encuentra una serie de limitaciones que hallan su razón de ser en la necesidad de garantizar que las estructuras políticas existentes en la Federación y los Estados sean mínimamente homogéneas, y que también lo sean tales Estados entre sí. En esta dirección, el art. 28.1 de la "Bonner Grundgesetz" vincula a los Länder a los principios constitucionales allí mencionados, lo que, como acaba de decirse, responde a la conveniencia de generar una cierta homogeneidad; sin embargo, no se exige la adecuación plena ni menos aún la uniformidad.

En Latinoamérica, de nuevo con la sola excepción de Argentina, las Constituciones federales incorporan normas que van mucho más allá de lo que el principio de homogeneidad debe suponer y exigir en un Estado federal, incidiendo sobre aspectos muy puntuales de la organización de los poderes públicos estatales que, por mor de la vertiente autoorganizativa que, entre otros contenidos, entraña el principio de autonomía, debieran de quedar sujetos a la propia capacidad decisoria del constituyente estatal, como lo que ello entraña de muy seria devaluación del principio de autonomía.

C) La existencia de un órgano encargado de dirimir los conflictos entre la Federación y los Estados miembros y salvaguardar la primacía de la Constitución federal

I. Un rasgo común de los Estados federales es la existencia de un órgano, normalmente jurisdiccional, encargado de dirimir los conflictos que puedan surgir entre la Federación y los Estados miembros, e igualmente de salvaguardar la primacía de la Constitución federal. Un federalismo verdadero, dice Durand⁽³⁰⁾, exige que la Constitución se imponga no sólo a los Estados miembros, sino también a los órganos federales. Por lo mismo, es necesario que se ejerza un control imparcial, que ofrezca la interpretación definitiva de la Constitución federal. No puede admitirse que deforme su rol con un control de oportunidad.

⁽³⁰⁾ Charles Durand: "El Estado federal en el Derecho positivo", op. cit., pág. 207.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos es posiblemente el máximo exponente de esta labor de arbitraje en la distribución constitucional de poderes y competencias entre la Unión y los Estados; por lo mismo, se le considera el árbitro del sistema federal norteamericano. Más aún, se ha llegado a afirmar ⁽³¹⁾ que sin su interpretación de la Constitución en el famoso "Mc Culloch v. Maryland" (1819) se habría producido un retorno a la Confederación.

II. En América Latina, aunque no ha faltado quien ha considerado ⁽³²⁾ que la histórica debilidad de los jueces y tribunales ha conducido a que éstos no hayan sido el último árbitro del equilibrio entre los Estados y la Federación, función generalmente asumida por el poder ejecutivo o por el legislativo, lo cierto es que, a nuestro juicio, tal afirmación no puede sustentarse si no es como meramente expresiva de algunas situaciones "de facto" acontecidas en algunos momentos históricos concretos.

En Brasil, México y Venezuela existen instrumentos procesales encaminados a salvaguardar la primacía de la Constitución federal, cuyo conocimiento compete al órgano jurisdiccional supremo. En Argentina, la primacía de la Constitución está asegurada por intermedio de un sistema de control de constitucionalidad difuso, análogo al norteamericano de la "judicial review", pudiendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación intervenir por apelación de acuerdo con lo previsto en las normas procesales.

Las Constituciones federales iberoamericanas, como regla general, no han ignorado la posibilidad de que se susciten conflictos entre los órganos federales y los estatales, como tampoco la inexcusabilidad de que en tales supuestos se atribuya el conocimiento de dichos conflictos a un determinado órgano normalmente jurisdiccional. Especial relevancia ha tenido en esta materia la reforma constitucional mexicana de 31 de diciembre de 1994, que modificó de modo sustancial el

⁽³¹⁾ André Mathiot: "El federalismo en Estados Unidos", en G. Berger, J.J. Chevallier y otros, "Federalismo y Federalismo Europeo", op. cit., págs. 216 y sigs.; en concreto, pág. 236.

⁽³²⁾ Keith S. Rosenn: "El federalismo en las Américas...", op. cit., pág. 798.

texto del art. 105.I, ampliando de manera considerable el ámbito de las llamadas "controversias constitucionales" ⁽³³⁾.

En definitiva, la ciertamente histórica debilidad del poder judicial en buena parte de Latinoamérica, que parece tiende a superarse en nuestros días, no ha impedido que hayan sido los órganos jurisdiccionales federales y, particularmente, la Suprema Corte de Justicia, los encargados de dirimir los conflictos constitucionales entre órganos de distintos entes territoriales, convirtiéndose así, formalmente al menos, en los árbitros del equilibrio entre la Federación y los Estados miembros. Cómo se ejerza esa función arbitral en la realidad dependerá ya de una normativa procesal que garantice realmente la independencia de aquellos órganos, además ya de que esa independencia de criterio rijan la actuación de cada juez. Con todo, no puede soslayarse el hecho de que esa independencia judicial resulta harto difícil de alcanzar en regímenes neoesaristas como el que representa hoy el "chavismo" venezolano, sistema mucho más próximo a la autocracia que a la democracia.

D) El diseño de un cauce de participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal: el bicameralismo y la Cámara de los Estados

I. Un rasgo característico de los Estados federales es la participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal, lo que, como regla general, se realiza por intermedio de la segunda Cámara de los Parlamentos federales, la llamada Cámara de los Estados, que puede revestir dos modalidades en función, como se ha señalado ⁽³⁴⁾, de que los miembros de esa Cámara sean delegados de los gobiernos de los Estados miembros, que siguen, pues, las instrucciones que esos ejecutivos estatales, actuando directamente sobre los asuntos federales, les transmiten (Cámara tipo "Consejo", como el

⁽³³⁾ Cfr. al efecto, Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona: "Derecho Constitucional Mexicano y Comparado", Editorial Porrúa-UNAM, México, 1999, págs. 833 y sigs.

⁽³⁴⁾ R. Bowie y Carl J. Friedrich: "Etudes sur le fédéralisme", LGDJ, París, 1960, págs. 20-23.

Bundesrät alemán), o de que los miembros de la Cámara tengan carácter electivo, con independencia ya del sistema de elección: por sufragio popular directo o por la Asamblea Legislativa del Estado (Cámara tipo Senado, como el Senado estadounidense).

Una Cámara de esta naturaleza, como advierte Burdeau⁽³⁵⁾, viene requerida no como Cámara de segunda lectura, no como Cámara de reflexión o ponderación, ni menos aún como órgano de solución de posibles crisis gubernamentales, sino, por las propias necesidades dimanantes del federalismo, como Cámara canalizadora de una cierta participación de los Estados miembros en las decisiones federales y, particularmente, en la formación de las leyes de la Federación.

II. En América Latina, como recuerda Carpizo⁽³⁶⁾, tradicionalmente, también se ha considerado que las entidades federativas en cuanto tales intervienen en la integración de la voluntad central a través del Senado donde están representadas. Y en términos similares se manifiesta Quiroga Lavié⁽³⁷⁾.

En síntesis, Argentina, Brasil y México siguen la pauta general de todos los sistemas federales de canalizar la participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal a través de una segunda Cámara parlamentaria tipo "Senado" que se acomoda a los siguientes rasgos generales:

- a) El principio de igualdad en la representación de cada Estado miembro, con independencia del tamaño de su territorio, de su importancia económica o política o de su población, inspira la composición del Senado en los tres Estados federales que cuentan con una Cámara de esta naturaleza.
- b) La elección senatorial se acomoda hoy en los tres países al sistema de sufragio universal directo. La elección popular de los senadores no siempre ha sido la regla general en estos Estados fede-

⁽³⁵⁾ Georges Burdeau: "Traité de Science Politique", tomo II, LGDJ, París, 1949, págs. 426-427.

⁽³⁶⁾ Jorge Carpizo: "Federalismo en Latinoamérica", UNAM, México, 1973, pág. 60.

⁽³⁷⁾ Humberto Quiroga Lavié: "Derecho Constitucional Latinoamericano", UNAM, México, 1991, pág. 406.

rales. Por el contrario, en una primera etapa, se impuso como preponderante el sistema de elección indirecta, por las Legislaturas de los Estados, adoptado por la Constitución estadounidense de 1787 en un primer momento. A este respecto, conviene recordar la importante modificación operada por la reforma constitucional argentina de 1994, que elevó de dos a tres el número de senadores por Provincia y por la Capital federal, decantándose por la elección popular de los mismos, esto es, por sufragio universal directo, otorgando dos senadores a la mayoría y uno a la primera minoría, reforma que ha propiciado una ardua discusión doctrinal acerca de su acomodo a un modelo de Estado federal⁽³⁸⁾.

Nos resta efectuar una última referencia a la desaparición del Senado en la Constitución venezolana de 1999. Pocas reflexiones se requieren para poner de relieve la inmensa contradicción institucional que tal innovación entraña en un régimen que se autodefine (art. 4º de la Carta de 1999) como un Estado federal descentralizado. Ignorancia constitucional, nominalismo en las formulaciones constitucionales y autocracia revestida de populismo, son algunas de las explicaciones que puede coadyuvar a la comprensión de tal sinsentido.

Como dice Brewer⁽³⁹⁾, con la desaparición del Senado quiebra la garantía que al principio de igualdad de los Estados daba la representación igualitaria en el Senado y se establece una contradicción con la forma federal del Estado, todo ello al margen ya de quebrar sin razón alguna una tradición constitucional que en Venezuela se remontaba a 1811.

En resumen, omisión hecha de Venezuela, los Senados federales de Argentina, Brasil y México han seguido un caminar muy seme-

⁽³⁸⁾ Cfr. al efecto las posiciones discrepantes de María Celia Castorina de Tarquini: "El régimen federal y la reforma constitucional", en Dardo Pérez Guilhou y otros: "Derecho Constitucional de la Reforma de 1994". Vol. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Mendoza, 1995, págs. 337 y sigs., en particular, pág. 367, y de Antonio Ma. Hernández: "Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994", Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 36-42.

⁽³⁹⁾ Allan R. Brewer-Carías: "La Constitución de 1999 comentada", Editorial Arte, Caracas, 2000, págs. 148 y 155-156.

jante al que ha caracterizado la vida del Senado estadounidense, por lo menos desde una perspectiva orgánica. No parece, sin embargo, que desde la óptica funcional pueda apreciarse en estas segundas Cámaras una evolución política análoga a la que capta Burdeau ⁽⁴⁰⁾ en relación al Senado norteamericano, evolución que le ha conducido a atenuar su carácter de órgano protector de los derechos de los Estados miembros de la Unión para acentuar, esto es, de la Cámara baja del Congreso de la Unión, que es la que con más propiedad parece reflejar la soberanía popular.

E) La distribución constitucional de competencias entre la Federación y los Estados miembros

I. El Estado federal entraña, como elemento inexcusable, un reparto de poder político y administrativo entre la Federación y los Estados miembros, lo que a su vez se traduce en la articulación de un sistema de distribución de competencias entre la primera y los segundos, con el que trata de rellenarse de contenido la autonomía de estos últimos.

Muy diversas son las técnicas con las que los Estados federales han tratado de responder a la siempre compleja problemática de la distribución de competencias entre las distintas entidades territoriales. La técnica del llamado "sistema de lista" es la más característica. Como dice Pizzorusso ⁽⁴¹⁾, cuando existe un reparto de competencias administrativas o legislativas entre el centro y los entes autónomos, generalmente se produce sobre la base de una enumeración de materias que pueden atribuirse al uno o al otro con asignación de las competencias no enumeradas al titular de los poderes residuales. Bien es cierto que el recurso a los listados de materias ha experimentado a lo largo del tiempo una gran evolución.

En el primer federalismo, lo común es la existencia de una única lista en la que se recogen las competencias que asume la Federación.

⁽⁴⁰⁾ Georges Burdeau: "Traité de Science Politique", tomo VI, 2^o ed., LGDJ, París, 1971, pág. 314.

⁽⁴¹⁾ Alessandro Pizzorusso: "Curso de Derecho Comparado", Ariel, Barcelona, 1987, pág. 109

Este es el caso de la Constitución norteamericana de 1787, cuyo art. 1º, en su sección octava, enumera las facultades del Congreso de los Estados Unidos que, lógicamente, se consideran competencias de la Unión. Será asimismo la pauta seguida por la Constitución suiza de 1874.

Las atribuciones que se encomiendan a los poderes federales son más bien pocas, lo que se explica porque, originariamente, la competencia federal era la excepción, pero bien pronto se modularía esta regla por intermedio de los llamados "implied powers", doctrina que corroboraría el Tribunal Supremo estadounidense a raíz de los litigios de que tuvo que conocer por virtud de la creación de un Banco nacional, auspiciada por Hamilton, pero con la oposición de Jefferson. En los casos "U.S. v. Fisher" (1809) y, sobre todo, "Mc Culloch v. Maryland" (1819), el Tribunal Supremo fijó la doctrina de que las competencias específicamente otorgadas a los órganos federales también incluyen los poderes que están razonablemente implícitos en ellas, por lo que el Congreso dispone de la facultad de elaborar todas las leyes necesarias para poner en ejecución los poderes que le son conferidos.

En cuanto a las competencias de los Estados miembros, al no hallarse expresamente contempladas por la Constitución de 1787, había que inferir que, como titulares del poder residual, les habían de corresponder todas aquellas no expresamente encomendadas a la Federación, lo que intentaría reafirmar la Décima Enmienda.

La notabilísima evolución que han sufrido las normas constitucionales ordenadoras de la distribución competencial en Norteamérica ejemplifica paradigmáticamente una regla o pauta que ha de ser tenida muy presente: que la distribución de competencias no ha de verse sólo estáticamente, esto es, petrificada en la forma que le diera la Constitución en un momento histórico concreto, sino adaptada dinámicamente a las respectivas exigencias de tiempo y lugar.

II. En América Latina, el modelo distributivo competencial seguido ha sido el norteamericano de "federalismo residual o remanente" a favor de los Estados, dejándose de lado el "taxativo", como bien podría denominarse el modelo acuñado en Canadá con la "British Nort American Act" de 1867. Los mayores matices frente a esa regla general, hoy, los encontramos en la Constitución brasileña de 1988.

Normas que corroboran este diseño propio del "federalismo residual" a favor de los Estados o Provincias las encontramos en las Constituciones de los cuatro países. Así, por ejemplo, en Argentina, el art. 121 de la Constitución Nacional reformada en 1994 dispone: "Las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal". Similares previsiones hallamos en el art. 25.1° de la Carta brasileña de 1988, en el art. 124 de la Constitución de Querétaro de 1917 o en el art. 164.11 de la Constitución venezolana de 1999.

Las citadas cláusulas constitucionales son tributarias de la Décima Enmienda, no obstante lo cual en algunas de ellas pueden apreciarse matices de interés. El caso más significativo es el del art. 25.1° de la Constitución del Brasil, cuya dicción (reserva a los Estados de las competencias que no les prohíbe la propia Norma Suprema, no de aquellas que no asuman los poderes federales) parece coherente con el hecho de que, al menos formalmente, la Carta brasileña parece inclinarse por un reparto no estrictamente ajustado al "federalismo residual" a favor de los Estados, pues en ese reparto competencial la Unión, los Estados y el Distrito Federal (y los Municipios en algunos supuestos) convergen en la ordenación normativa de determinadas materias, bien mediante el ejercicio de competencias concurrentes (art. 24), que por nuestra parte denominaremos compatriotas, bien mediante el ejercicio de competencias indistintas, que son aquellas que se dan cuando sobre una misma materia disponen de idénticas facultades, indistintamente, dos instancias diferentes (art. 23 de la Carta de 1988). Este sistema constitucional de reparto competencial recuerda, en alguna medida, algún rasgo del sistema distributivo de competencias acuñado por la Ley Fundamental de Bonn.

III. En los sistemas federales de Iberoamérica el seguimiento inicial del modelo estadounidense se manifestó no sólo en el ya mencionado principio del "federalismo residual" a favor de los Estados, sino asimismo en la opción a favor de una distribución horizontal de competencias, de acuerdo con la cual la competencia sobre una determinada materia abarca la totalidad de funciones sobre la misma, no produciéndose como regla general un reparto vertical que posibilite la diferenciación de materias y funciones en el reparto competencial.

Entre los distintos sistemas de prestación de servicios y, más ampliamente, de ejercicio de la función ejecutiva por las entidades inte-

grantes de un Estado federal, en los sistemas federales latinoamericanos, al igual que en el estadounidense, rige un sistema de acuerdo con el cual la Unión y los Estados mantienen sus propias administraciones con los correspondientes funcionarios, independientes unos de otros y subordinados a sus respectivos ejecutivos, correspondiendo a cada administración la ejecución inmediata de la legislación sobre aquellos ámbitos materiales respecto de lo que es competente.

Lejos, pues, de la necesaria intervención de los Estados miembros en la ejecución de la legislación federal, a través de una Administración básicamente descentralizada y, por lo mismo, preponderantemente estatal, se asiste en algunos de estos países, como es el caso de México, al crecimiento descontrolado de una Administración pública federal que, como señalan Fix-Zamudio y Valencia Carmona ⁽⁴²⁾, viene interviniendo de manera principalísima en los problemas que atañen a los Estados de la República, suponiendo un verdadero lastre para el federalismo.

Iberoamérica camina de esta forma en una dirección muy alejada del llamado "federalismo en ejecución" ("Vollzungsföderalismus") que ha tenido un enorme arraigo en Alemania y que ejemplifica paradigmáticamente el art. 83 de la Grundgesetz que, con carácter general, dispone: "Los Länder ejecutarán las leyes federales como asunto propio de cada uno, en cuanto la presente Ley Fundamental no disponga otra cosa". De este modo, la función ejecutiva se atribuye en su conjunto a los Länder, llevándose el modelo hasta sus últimas consecuencias, ya que la Ley de Bonn se encarga de precisar unas materias específicas a las que ha de limitarse la gestión en régimen de administración federal directa, con una organización administrativa propia (entre ellas, el servicio diplomático, la hacienda federal, los ferrocarriles federales...etc.)

La mayor eficacia y funcionalidad del federalismo de ejecución se halla, a nuestro juicio, fuera de toda duda. En el ámbito de la ejecución del Derecho federal se impone el abandono de añejos postulados propios del "dual federalism", del que trae su causa esta opción a favor de la distribución horizontal de competencias.

⁽⁴²⁾ Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona: "Derecho Constitucional Mexicano y Comparado", op. cit., págs. 936-937.

F) La compensación financiera

I. La Federación y los Estados miembros necesitan cobrar impuestos a fin de poder hacer frente a la prestación de los servicios públicos a que cada ente viene obligado. Consecuentemente, en todo Estado federal, como resultante ineludible de la división de competencias, se ha de llevar a cabo su vez una división de las rentas o ingresos públicos, particularmente de los ingresos tributarios. El conjunto de reglas jurídicas que establecen la distribución de tributos o impuestos entre el poder federal y los poderes estatales es lo que ha recibido en la doctrina alemana la denominación de "compensación financiera" ("Finanzausgleich").

En la "compensación financiera", como dice Schambeck ⁽⁴³⁾, es donde se pone de manifiesto con la máxima claridad la relación entre el Bund y los Länder, pues la Federación sólo puede disponer de los ingresos por impuestos que se han generado en sus Länder y, a la inversa, los Länder necesitan de la Federación sólo para poder realizar financieramente sus funciones. De aquí derivan posiciones contrapuestas en la realidad política: cuánto puede ir desde un Land al Bund y cuánto puede regresar de nuevo en el marco de la compensación financiera. Quizá por lo mismo, Pule ha podido afirmar ⁽⁴⁴⁾ que la forma concreta del ajuste financiero interno es la que determina en detalle el carácter de un Estado federal y la que, a la larga, le da su propio acento.

Un repaso de la correlación financiera entre Estados y Federación en los sistemas federales más caracterizados nos pone de relieve la tendencia al crecimiento de la dependencia financiera de los Estados respecto de la Unión o Federación, pauta tendencial ininterrumpida a lo largo del pasado siglo XX.

II. En los sistemas federales latinoamericanos también encontramos, notablemente acentuada, esta misma evolución

⁽⁴³⁾ Herbert Schambeck: "Posibilidades y límites del federalismo", op. cit., pág. 84.

⁽⁴⁴⁾ Hans-Jürgen Pule: "Problemas del federalismo alemán", en Gumersindo Trujillo (coord.), "Federalismo y Regionalismo", op. cit., págs. 87 y sigs.; en concreto, pág. 95.

En Argentina, la Constitución de 1853-1860, en forma paralela a la garantía federal de la autonomía política, instituyó la garantía federal de la autonomía económica, en coherencia con la cual, la Constitución estableció una separación de fuentes tributarias entre la Federación y las Provincias. Básicamente, los impuestos directos correspondían a las Provincias y sólo excepcionalmente, bajo las estrictas condiciones estipuladas por el apartado segundo del art. 67 (que el Congreso declare su imposición por tiempo determinado en razón de que así lo exija la defensa, la seguridad común y el bien general del Estado), podía imponerlos la Nación. En cuanto a los impuestos indirectos nada señalaba la Constitución, por lo que, de conformidad con el principio del federalismo residual, había de entenderse que también correspondían a la competencia provincial.

En 1897, la creación por el Gobierno federal de impuestos al consumo comenzó a alterar el diseño del sistema tributario. Con todo, el verdadero hito de la violación flagrante de las normas constitucionales se encuentran en la Ley núm. 12.139, de 1935, por la que se unificaron los impuestos internos, surgiendo el sistema de coparticipación impositiva entre la Nación y las Provincias. A partir de ese momento, el abandono de las previsiones constitucionales fue constante, tergiversándose su interpretación hasta el punto de que los impuestos indirectos fueron considerados concurrentes (y hoy, constitucionalmente, así lo son a tenor del texto del art. 75.2 de la Constitución reformada en 1994) y la excepcionalidad de la creación de impuestos directos por la Nación se convirtió en normalidad, con inequívoca trasgresión de la letra y del espíritu del texto originario del art. 67.2 del Código constitucional⁽⁴⁵⁾.

El régimen de coparticipación impositiva entraña que la Nación legisle, recaude y reparta en virtud de un convenio con las Provincias y éstas, a su vez, redistribuyan con sus propios Municipios. Si bien este sistema parece acomodarse a las exigencias de la siempre

⁽⁴⁵⁾ Frías ha destacado el histórico abuso que la Nación ha hecho de su facultad excepcional de establecer contribuciones directas en forma inconstitucional. Pedro José Frías: "Constitucionalidad de la coparticipación impositiva federal", en Cuadernos de Federalismo, núm. II, Instituto de Federalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1988, pág.16.

conveniente simplificación de los ordenamientos impositivos, como señala Frías⁽⁴⁶⁾, su constitucionalidad no ha dejado de ser cuestionada hasta la reforma constitucional de 1994.

Los efectos prácticos del sistema de coparticipación impositiva han sido la total dependencia económico-financiera de las Provincias respecto de la Nación, factor que ha sido comúnmente considerado como determinante en la desvirtuación del federalismo argentino.

La reforma constitucional de 1994 ha intentado racionalizar la cuestión, introduciendo, entre otras varias, estas dos modificaciones:

1ª) Clarifica el sistema de distribución impositiva entre la Nación y las Provincias (art. 75.2). A la primera, como facultad concurrente con las Provincias, compete la imposición de contribuciones indirectas y la de contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, la seguridad común o el bienestar general del Estado lo exijan.

2ª) Eleva al máximo rango normativo la figura de la ley-convenio. Este instrumento normativo, ya preexistente aunque no reconocido constitucionalmente, era una ley federal que tenía condicionada su validez a la aprobación de las Provincias. En rigor, y según Quiroga Lavié⁽⁴⁷⁾, se trataba de acuerdos de concertación que implicaban un cierto ejercicio de poder constituyente derivado por cuanto que, a través de ellos, se modificaba el cuadro de competencias constitucionales de la estructura federal. Tras la reforma de 1994, la ley-convenio ha sido estrictamente regulada por la Constitución, que la sujeta a un conjunto de condiciones que, en síntesis, son las que siguen: a) el Senado es la Cámara de origen; b) la "sanción" requiere de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras del Congreso; c) se veda su modificación unilateral; d) se exige la aprobación por las Provincias; e) se precisan los factores a los que habrá que atender a los efectos de la distribución entre la Nación, las

⁽⁴⁶⁾ Pedro José Frías (y otros): "Derecho Público Provincial", ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 351.

⁽⁴⁷⁾ Humberto Quiroga Lavié: "Derecho Constitucional", 3ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 651.

Provincias y la Ciudad de Buenos Aires: las competencias, servicios y funciones de cada uno de estos entes; f) finalmente, se concretan los criterios objetivos en función de los cuales se llevará a cabo el reparto: la equidad, la solidaridad y el logro prioritario de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

Los juicios suscitados por la reforma constitucional llevada a cabo en este punto han sido muy divergentes. Mientras hay quien cree que la reforma eleva a rango constitucional la inversión del sistema impositivo consagrado en la Constitución de 1853-1860 con la subsiguiente incapacidad financiera provincial que sobrevino a las leyes de coparticipación, con los graves perjuicios que de ello derivaron para el federalismo argentino⁽⁴⁸⁾, hay quien, por el contrario, considera⁽⁴⁹⁾ que la incorporación del instituto normativo de la ley-convenio a la Constitución es una reforma trascendental destinada a afianzar el federalismo de concertación, en uno de los capítulos más conflictivos de la historia argentina: la relación financiera entre la Nación y la Provincias. En cualquier caso, desde una visión realista, como es la de Pérez Hualde⁽⁵⁰⁾, resulta evidente que en 1994 era difícil pensar en otros métodos diferentes al de la coparticipación impositiva, que se venía aplicando desde 1935 y que, en términos del propio autor, ha sido "blanqueado" por la reforma constitucional.

III. En Brasil. Ya desde la misma Constitución de 1891, primero en optar por la fórmula federal, los Estados dispusieron de un amplio margen de autonomía en materia financiera. El régimen autoritario de Getulio Vargas (1930-1945) y, en particular, la dictadura militar que gobernó Brasil desde 1964 a 1985, centralizaron fuertemente el poder, lo que, entre otros instrumentos, se logró por intermedio de la concentración de las facultades tributarias en el Gobierno fede-

⁽⁴⁸⁾ María Cecilia Castorina de Tarquini: "El régimen federal y la reforma constitucional", op. cit., pág. 357.

⁽⁴⁹⁾ Antonio Ma. Hernández: "Federalismo, autonomía municipal...", op. cit., pág. 57.

⁽⁵⁰⁾ Alejandro Pérez Hualde: "Coparticipación de impuestos: hacia un federalismo concertado", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1998, pág. 17.

ral. Aunque la Constitución de 1988, que formalizó el retorno al régimen democrático, llevó a cabo una reasignación de los ingresos provenientes de los impuestos establecidos por los poderes federales a los estatales y municipales, lo cierto es que la misma no propició la autonomía financiera de que los entes estatales dispusieron en el primer federalismo.

En suma, aunque la Carta de 1988 ha fortalecido la posición financiera de los Estados y de los Municipios, ello no ha impedido, como constata Pinto Ferreira ⁽⁵¹⁾, que la supremacía financiera de la Unión sobre los Estados se acentúa cada día más.

IV. La delimitación de competencias tributarias en México ha venido condicionada por la doctrina que en el siglo XIX fijó la Suprema Corte de Justicia, que hizo suya la llamada "tesis Hamilton" que, en lo que ahora interesa, suponía que en materia impositiva la Federación disponía de facultades expresas, y sólo ella podía fijar tributos sobre determinadas materias, pudiendo en todo lo demás ejercer la facultad tributaria tanto la Federación como las entidades federativas. Como puso de relieve Carpizo ⁽⁵²⁾, esta doctrina creó en México una anarquía fiscal de graves consecuencias al suscitar el problema de la doble tributación.

La Constitución de 1917 mantuvo formalmente el sistema que tan graves perjuicios había causado en el siglo anterior. En su art. 73, apartado XXIX-A, a modo de facultad del Congreso de la Unión, establece la competencia impositiva exclusiva de la Federación para el establecimiento de una serie de contribuciones. En aplicación del principio del federalismo residual a favor de los Estados, acogido por el art. 124, había que entender que los restantes impuestos y contribuciones eran de competencia de las entidades federativas.

No lo entendería así la Suprema Corte que en una conocida Sentencia del año 1965 ⁽⁵³⁾ fijaría una doctrina que ha perdurado con el

⁽⁵¹⁾ Luíz Pinto Ferreira: "Curso...", op. cit., pág. 553.

⁽⁵²⁾ Jorge Carpizo: "El federalismo mexicano en la actualidad", op. cit., págs. 210-211.

⁽⁵³⁾ Una parte de la Sentencia de la Suprema Corte puede verse en la obra de Salvador Valencia Carmona, "Derecho Constitucional Mexicano a fin de siglo", Editorial Porrúa-UNAM, México, 1995, pág. 296.

paso del tiempo. A juicio de la Suprema Corte, la Constitución no opta por una delimitación de la competencia federal y estatal para el establecimiento de impuestos, sino que sigue un sistema complejo cuyas premisas fundamentales son: 1º) Concurrencia contributiva de la Federación y los Estados en la mayoría de las fuentes de ingresos. 2º) Limitaciones a la facultad impositiva de los Estados mediante la reserva expresa y concreta de determinadas materias al Congreso de la Unión (art. 73, XXIX-A). 3º) Restricciones "impresas" (esto es, expresamente previstas en el articulado constitucional: así, arts. 117.V, VI y VII y 118) a la potestad tributaria de los Estados.

Los efectos de esta jurisprudencia iban a incidir aún más en el ya notable desequilibrio financiero entre la Federación y los Estados.

A hacer frente a tal situación respondió el llamado "sistema nacional de coordinación fiscal", aprobado por una Ley de diciembre de 1978, que a juicio de Valencia Carmona⁽⁵⁴⁾ representa un plausible esfuerzo de orden al robustecimiento de las finanzas locales (esto es, estatales) y municipales. Este sistema pretendió establecer una cierta congruencia entre los ordenamientos tributarios de la Federación y los de los entes locales (Estados, Distrito Federal y Municipios), concretando la participación que corresponde a tales entidades territoriales respecto de los ingresos federales. La coordinación se instrumenta por medio de un convenio de adhesión de la entidad de que se trate, abonándose las cantidades que procedan a través de un fondo general.

El Programa para un nuevo federalismo, aprobado por Decreto de 6 de agosto de 1997, incluyó como uno de sus subprogramas el que se denominó "federalismo hacendario", algo bien revelador de la extendida conciencia de la necesidad de modificar las reglas que regían la compensación financiera en el federalismo mexicano.

V. La Constitución venezolana de 1864 dejó a los Estados la libre administración de sus productos naturales. Sin embargo, la Carta de 1881 inició un proceso de centralización tributaria que se acentuó con la Constitución de 1925. A partir de este momento, los Estados

⁽⁵⁴⁾ Salvador Valencia Carmona: "Derecho Constitucional Mexicano...", op. cit., pág. 296.

perdieron la casi totalidad de sus competencias en materia tributaria, pasando sus ingresos a nutrirse casi en exclusiva de una partida que había de incluirse anualmente en el presupuesto nacional y que se había de conocer con la denominación de "situado constitucional".

La Constitución de 1961, inmediata anterior a la hoy vigente, conservaría las normas centralizadoras antes referidas, acentuando incluso el carácter intervencionista de los poderes centrales en este ámbito. En desarrollo de la misma, la Ley Orgánica de Coordinación del "Situado" de 1974 dispuso que las entidades federales podían disponer libremente tan sólo del 50 por 100 del "Situado", quedando la otra mitad sujeta a programas de inversión previstos en convenios obligatorios de los Estados con los organismos nacionales correspondientes.

Un pequeño cambio en la situación se iba a producir tras la aprobación de la Ley Orgánica de Descentralización de 1989. En 1993, la creación federal del impuesto del valor agregado permitiría la financiación de un recién creado "Fondo Intergubernamental para la Descentralización".

En este marco contextual se ha llegado a la Constitución de 1999, que en materia de competencias tributarias de los Estados sigue muy de cerca las líneas trazadas en 1961, pese a que en cierto momento del debate constituyente, como recuerda Brewer⁽⁵⁵⁾, pareció avanzar a favor de una mayor autonomía económica de los Estados, avance que fue finalmente bloqueado, siguiendo los Estados absolutamente dependientes del "situado constitucional" que puede incluso disminuirse, y al que se fijó un límite máximo del 20 por 100 de los ingresos ordinarios estimados presupuestariamente que en la Carta de 1961 no tenía, pues el único límite que en ella se fijaba era de mínimos.

VI. Una consideración final de conjunto de las reglas que rigen la compensación financiera en los federalismos latinoamericanos nos revela, con la única salvedad quizá de Brasil, la existencia de un proceso histórico análogo, que ha conducido a la progresiva pérdida de potestades tributarias por parte de los Estados en beneficio de la

(55) Allan R. Brewer-Carías: "La Constitución de 1999", op. cit., pág. 156.

Federación, proceso que se manifiesta de modo bien perceptible en Argentina y Venezuela. En México, más que de despojo de potestades tributarias estatales puede hablarse de una anarquía fiscal causada por la no delimitación rigurosa de las respectivas competencias en este ámbito de la Unión y de las entidades federativas, que ha terminado desembocando además en un análogo desequilibrio financiero entre la Federación y los Estados miembros, rasgo también presente en Brasil, si bien la Constitución de 1988 ha diseñado las reglas de compensación financiera con una mayor sensibilidad hacia las competencias tributarias de los Estados miembros de la Federación.

Para hacer frente al grave desequilibrio financiero entre la Federación y los entes territoriales que la integran, rasgo que aun siendo común a casi todos los sistemas federales de nuestro tiempo, se nos presenta con perfiles más acentuados en los federalismos de América Latina, y que, innecesario es decirlo, incide muy negativamente sobre la autonomía de los Estados miembros, parece caminarsse en una dirección semejante: el establecimiento de cauces y órganos de coparticipación que posibiliten la participación de las entidades federativas en el proceso que ha de conducir a una mayor financiación de las mismas, primero mediante un más amplio trasvase de fondos impositivos recaudados por la Federación, y segundo, mediante la búsqueda de soluciones más eficaces con vistas a un más efectivo, equilibrado y solidario desarrollo social y regional.

Siendo importantes estos avances no creemos que sean suficientes. Habrá que ir a reformas constitucionales o legales que posibiliten una mayor capacidad financiera de los Estados para, por intermedio de la misma, poder acceder a una más amplia autonomía política.

G) La intervención federal

I. La intervención federal es el procedimiento a través del cual el Ejecutivo federal trata de restablecer el orden jurídico vulnerado, hay que presuponer que gravemente, en un Estado miembro en los supuestos específicamente predeterminados por la Constitución federal.

La institución remonta su origen a la Constitución norteamericana (art. 1º, sección octava, apartado decimoquinto), siendo desarrollada por una Ley de 1792, reformada tres años más tarde, norma

que sería aplicada por primera vez por el Presidente Washington en 1794 para sofocar la llamada "Whinsky Insurrection". El Tribunal Supremo respaldaría la institución en una Sentencia de 1895 en la que avaló la intervención ordenada por el Presidente Cleveland en 1884, al decidir el envío de tropas federales a Chicago para reprimir un alzamiento interno.

II. El común denominador de esta institución en Argentina y Brasil ha sido, por lo menos en una primera etapa político-constitucional, la imprecisa concreción constitucional del instituto y el desahogado e imparale recurso al mismo.

En Argentina, los datos ofrecidos sobre el recurso a la intervención federal oscilan entre las 150 y 200 intervenciones desde 1853 hasta nuestros días, es decir, un promedio de una intervención al año. En Brasil, se ha constatado que el abuso en el recurso a la intervención federal fue uno de los baldones de la Primera República, teniendo como efecto principal, según Pinto Ferreira⁽⁵⁶⁾, el favorecimiento del caudillismo.

La reforma constitucional argentina de 1994 ha precisado el órgano facultado para decidir la intervención: el Congreso, salvo el supuesto de receso del mismo en que el Presidente podrá decretarla, debiendo convocarlo de modo simultáneo a fin de que el poder legislativo se pronuncie (aprobándola o revocándola) sobre la misma.

En Brasil, tras el abusivo recurso a este instituto en las décadas anteriores, la Constitución de 1946 procederá a regularlo con gran casuismo, y la Carta de 1967 ampliará los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, incrementados aún más en la reforma de 1969 y recondicionados a un ámbito más razonable en la Carta de 1988.

En México, "stricto sensu", no existe el instituto de la intervención federal, sustituido, sin embargo, con ventaja en su operatividad intervencionista por la denominada "desaparición de poderes". La "declaración de que han desaparecido los poderes de una entidad federativa" fue prevista por el art. 76.V de la Constitución de 1917, como facultad exclusiva del Senado que, sin embargo, ha propiciado una abusiva intervención del Presidente de la República sobre los

⁽⁵⁶⁾ Luíz Pinto Ferreira: "Curso...", op. cit., pág. 325

Gobernadores de los Estados. La falta de desarrollo constitucional de aquella norma, y particularmente de las causas jurídicas conducentes a la apreciación por el Senado de la "desaparición de poderes" de un Estado, encontró su culminación el 5 de noviembre de 1970, cuando tras treinta años de tener "aparcado" un proyecto de ley reglamentaria de los apartados V y VI del art. 76 de la Constitución, proyecto que había sido aprobado por el Senado en 1939, la Cámara de Diputados dictaminó el archivo del proyecto, en un lapso de diez minutos, al entender que este asunto "contiene más un fondo político que un problema esencialmente jurídico" ⁽⁵⁷⁾.

En Venezuela no existe esta situación, lo que se explica por el hecho de que desde 1925, por decisión del general Gómez, y hasta 1989, ha sido el poder nacional quien ha designado a los gobernadores estatales. En tal contexto normativo, para nada se requería la intervención federal, pues el gobernador podía ser libremente removido y nombrado por el Presidente de la República. Aunque la Constitución de 1999 ha mantenido el sistema electivo de los gobernadores que ya se establecieron por una Ley de 1988, reformada un año después y aplicada por vez primera en 1990, ello no obstante, la Carta constitucional hoy vigente en Venezuela no ha contemplado la intervención federal, lo que quizás pueda explicarse por no haberla considerado necesaria los constituyente ante la escasísima autonomía constitucionalmente reconocida a los Estados.

IV. LA REALIDAD FEDERAL EN AMERICA LATINA Y SUS PERSPECTIVAS DE FUTURO

Desfederalización, desnaturalización, conculcación, deformación, desvirtuamiento, quebrantamiento, nominalismo, ...etc., son algunas de las expresiones utilizadas por amplios sectores doctrinales de los cuatro países (y de otros lugares) para tratar de reflejar con realismo la situación del federalismo en esta área geográfica.

Desde luego, pocos principios de organización del Estado se han visto sometidos a un proceso tan fuerte de degradación como el que

⁽⁵⁷⁾Cfr. al efecto, Jorge Carpizo: "Federalismo en Latinoamérica", op. cit., pág. 75.

en Latinoamérica ha sufrido el principio federal. Es lugar común hablar de la crisis del federalismo desde hace, al menos, medio siglo⁽⁵⁸⁾. Sin embargo, al hablar tiempo atrás y en relación a otras áreas geográficas de crisis del federalismo, se pretendía más que constatar la quiebra del modelo, identificar el notable proceso evolutivo del mismo, de lo que ilustra claramente el paso del "federalismo dual" al "federalismo cooperativo". Ello, en último término, no es sino la consecuencia del equilibrio dinámico entre unidad y diversidad, entre las tendencias centrípetas y centrífugas, que caracteriza al federalismo, y que se traduce en sus continuos ajustes con vistas a su acomodo progresivo a las nuevas realidades y exigencias sociales, culturales, económicas y políticas.

En América Latina, ciertamente, la tensión a que ha estado sometida la relación entre los distintos poderes territoriales ha sido mayor, más acusada que en otros sistemas federales, desequilibrándose a favor del poder notablemente más fuerte, el poder federal o nacional. El contexto histórico en que se genera el federalismo acerca del porqué de esta mayor tensión y subsiguiente mayor desequilibrio.

El proceso de expansión de la órbita federal ha sido común a los cuatro sistemas federales de la zona, impulsando galopantemente, como dijera Frías⁽⁵⁹⁾, por el incesante incremento del predominio de los ejecutivos centrales. Desde otra óptica, los problemas económicos han agravado la situación de las entidades federativas, debilitándolas financieramente hasta el extremo de dejarlas en una situación de precariedad y de extrema dependencia financiera del poder central, convirtiendo la autonomía política en una frase vacía de toda significación. A esa degradación del federalismo ha contribuido también el abusivo recurso a la intervención federal, especialmente en Argentina y Brasil.

Esta tendencia centrípeta del federalismo latinoamericano, siendo, como ya se ha dicho, una constante histórica, con escasas salvedades, se ha acentuado en el siglo XX⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁸⁾ Recuérdese al respecto la clásica obra de Roger Pinto: "La crise de l'Etat aux Etats-Unis", LGDJ, París, 1951.

⁽⁵⁹⁾ Pedro José Frías: "Introducción al Derecho Público Provincial", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 62.

⁽⁶⁰⁾ Así lo subrayan, entre otros, Allan R. Brewer-Carías (en "Instituciones políticas y constitucionales", tomo II, 3º ed., Editorial Jurídica Venezolana-Universidad

Las reformas constitucionales y las nuevas Constituciones finiseculares no han contribuido, por lo menos en la medida necesaria, a paliar o aminorar significativamente el problema. Ello no obsta para reconocer que se han dado pasos, tímidos en unos casos, más decididos en otros, hacia un federalismo de corte cooperativo en el que los entes territoriales integrantes de la Federación tengan un muy superior protagonismo en la vida de la Federación, en sintonía con la corriente dominante en el federalismo de nuestro tiempo.

El futuro del federalismo sigue, desde luego, siendo incierto, si bien en América Latina parece asistirse, con distintos niveles de intensidad y fiabilidad, a un proceso de reversión de esa tendencia centralizadora prácticamente bisecular. Al éxito de este proceso, apenas recién iniciado, puede contribuir de modo notable el hecho de que el federalismo, como ha significado Valencia Carmona ⁽⁶¹⁾ en referencia a México, que creemos puede proyectarse también a Argentina y Brasil, aunque quizás no tanto a Venezuela, sigue conservando, pese a sus penosos avatares, el rango de dogma político-constitucional, en cuanto se le considera, con toda razón, garantía de libertad, de desarrollo democrático y de eficacia en la gestión administrativa de territorios tan enormemente extensos como los de los Estados federales del área.

Católica del Táchira, Caracas/San Cristóbal, 1996, pág. 341) en relación a Venezuela y Celso Ribeiro Bastos (en "Curso de Direito Constitucional", 14º ed., Editora Saraiva, Sao Paulo, 1992, pág. 274) en referencia a Brasil.

⁽⁶¹⁾ Salvador Valencia Carmona: "Derecho Constitucional mexicano...", op. cit., pág. 293.

EL SISTEMA CONCESIONAL CUBANO

Andry Matilla Correa (*)

Sumario: I. Ideas preliminares. II. Régimen legal. III. Tipos de concesiones existentes. IV. Naturaleza jurídica de las concesiones cubanas. V. Organó otorgante y concesionario. *A)* Organó otorgante. *B)* Concesionario.

I. IDEAS PRELIMINARES

La concesión es una de esas instituciones que puede mostrar en su currículum vitae cubano toda una serie de vicisitudes que aumentan, aún más, el atractivo que de por sí tiene su estudio. En efecto, las concesiones administrativas en nuestro país han tenido etapas de utilización destacable y de apreciable valor. Luego se les fustigó su existencia y empleo por no ser compatibles con los fines y funciones que debía cumplimentar un Estado de nuevo tipo. Después de ser marginadas, se impuso la necesidad de acudir nuevamente a ellas ante los retos de una crisis económica. Además, la institución de marras sirvió, de una u otra forma, como vía para lograr ciertos intereses políticos de dominación e influencia sobre la Nación, al poner en manos foráneas importantes objetivos económicos indispensables para la vida nacional (electricidad, telefonía, telegrafía, gas, bienes nacionales, transporte, etc.) Su eliminación, por otro lado, permitió destruir la influencia extranjera y encaminar al país por la

(*) Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de La Habana (Cuba).

plena autodeterminación. Retomándose, posteriormente, con miras a hacerle frente a nuevas circunstancias, pero desde una perspectiva diferente.

De estas pequeñas nociones puede concluirse que la vida y desenvolvimiento de las concesiones en Cuba no ha sido lineal ni ascendente, sino que ha presentado altas y bajas –en grado superlativo– que no tienen, prácticamente, antecedentes en otros países. Su historia es digna de tratar a fondo y sería muy bueno dedicarle un estudio completo, más allá de las pocas líneas que nosotros podemos escribir, por la naturaleza y objetivos específicos de este Trabajo y por la envergadura del propósito.

En el siglo XIX fue muy frecuente el otorgamiento de concesiones a particulares y compañías, las cuales se centraban en las obras públicas (recuérdese que en la teoría decimonónica obra pública y servicio público no tenían entre sí un deslinde propiamente dicho) y en los bienes de dominio público, y dentro de éstos en las concesiones mineras, aunque había otras.

Para ilustrar el planteamiento anterior, podemos decir que el artículo 7 de la Ley General de Obras Públicas española de 13 de abril de 1877, hecha extensiva a Cuba a través del Real Decreto de 19 de abril de 1883, regulaba:

“Pueden correr a cargo de particulares o Compañías, con arreglo a las prescripciones generales de esta ley y a las especiales de cada clase de obras:

- 1.- Las carreteras y los ferrocarriles en general.*
- 2.- Los puertos.*
- 3.- Los canales de riego y navegación.*
- 4.- La desecación de lagunas y pantanos.*
- 5.- El saneamiento de terrenos insalubres.*
- 6.- El abastecimiento de aguas de las poblaciones”.*

Y el artículo 52 de ese mismo cuerpo legal refrendaba: “Los particulares y Compañías podrán también construir y explotar obras

públicas destinadas al uso general y demás que se enumeran en el artículo 7º de esta ley, mediante concesiones que al efecto se les otorga.”⁽¹⁾

En atención a las concesiones de minas, el Real Decreto de 4 de julio de 1825 puede contarse como uno de los antecedentes, en esa centuria, sobre su tratamiento.

Durante la etapa de la primera intervención norteamericana, el gobierno interventor sentó las bases para la penetración definitiva del capital estadounidense en Cuba y el desplazamiento de la presencia española y británica, principalmente, en la economía nacional. Desde ese momento, las concesiones administrativas se convirtieron en un mecanismo ideal para lograr ese fin. Así, la telegrafía, la telefonía, la electricidad, la minería, la realización de importantes obras públicas y otros bienes públicos, sintieron la mano extranjera sobre sí. Esa situación se mantuvo vigente hasta el 1ro de enero de 1959. Un dato a tener en cuenta aquí, es la primera referencia constitucional directa a las concesiones en nuestro país, que ocurre a través del artículo 88 de la Constitución promulgada el 4 de julio de 1940:

“El subsuelo pertenece al Estado, que podrá hacer concesiones para su explotación, conforme a lo que establezca la Ley. La propiedad minera concedida y no explotada dentro del término que fije la Ley será declarada nula y reintegrada al Estado.

La tierra, los bosques y las concesiones para explotación del subsuelo, utilización de aguas, medios de transporte y toda otra empresa de servicio público, habrán de ser explotados de manera que propendan al bienestar social.”

Con el triunfo revolucionario de enero de 1959 comienza un nuevo período histórico. Una de las medidas que se tomaron fue la de someter a revisión algunas concesiones otorgadas con anterioridad a él, ante la existencia de irregularidades en ellas. Luego vino el en-

⁽¹⁾ Ver el apéndice del Tomo II, pág. 451, de la obra *Elementos teórico-prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba*. La Habana 1883-1954 del autor Antonio Govín y Torres.

frentamiento abierto con los Estados Unidos, las nacionalizaciones y expropiaciones forzosas y, finalmente, se inició la etapa socialista de la Revolución en 1961.

Desde los primeros años de la década del sesenta y hasta 1992 desaparecieron completamente del espectro jurídico cubano las concesiones administrativas. Fue una figura inexistente y repudiada porque no se avenía con las nuevas circunstancias que vivía el país. Para los administrativistas cubanos de ese período, como Héctor Garcini, la concesión es característica de la sociedad capitalista e inadmisibles en el socialismo⁽²⁾.

Por su parte, Juan Vega Vega concluía: "(...) El Estado socialista cubano, que es propietario del subsuelo y de las minas, no otorga concesiones a ninguna empresa privada para su explotación, sino que explota el subsuelo y las minas mediante empresas estatales en beneficio del pueblo.

Los recursos naturales y vivos dentro de la zona de su soberanía, y los bosques, las aguas y las vías de comunicación son también de propiedad estatal socialista y no son objeto de concesión"⁽³⁾.

Ninguno de esos planteamientos, muy categóricos por cierto, estaba hecho a ciegas y tampoco carecían de una fundamentación lógica.

El año 1961 se señala como el comienzo de la construcción del modelo socialista cubano; por lo tanto, y basada en las concepciones filosóficas y postulados de este tipo de sociedad, se inicia la transformación de la realidad de aquellos instantes. El sistema socialista que se construye supone la existencia de un Estado donde los medios fundamentales de producción son de propiedad colectiva y están en sus manos, con primacía indiscutida de la actividad estatal en el proceso de producción de bienes y servicios. Para lograr esa primacía

⁽²⁾ Garcini Guerra, Héctor, *Derecho Administrativo*, 2^{da} edición corregida y ampliada. Editorial Pueblo y Educación. Ciudad de La Habana. 1986. pág. 191.

Ver también Garcini, Héctor y Reyes, Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I. Parte General. Universidad de La Habana. 1963. págs. 36 y 37.

⁽³⁾ Vega Vega, Juan, *Derecho Constitucional Revolucionario en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales. La Habana. 1988. pág. 152.

fue necesario desplazar a las compañías –nacionales y foráneas– de las principales esferas productivas y silenciar su influencia; máxime cuando se constituyeron en un freno para el accionar revolucionario y adoptaron una posición de abierto enfrentamiento. También se debe añadir que el Estado socialista es una formación abocada de lleno en procurar la satisfacción de las necesidades colectivas de manera directa; suficiente de por sí para hacer frente a sus fines sin necesidad de recurrir a particulares para que lo soporten en el desarrollo de sus funciones. El socialismo presupone la existencia de los recursos económicos necesarios para ello.

La concesión administrativa no juega, en su estructura clásica, con lo expuesto en el párrafo anterior: la concepción socialista de la sociedad y particulares ejercitando acciones de competencia administrativa con ánimo de lucro, son dos realidades pertenecientes a “mundos” diferentes. La institución administrativa es un producto capitalista liberal y su campo de acción por excelencia es aquel al que se opone el socialismo como sistema.

Cuba, al iniciar su andar por la senda socialista, tuvo que eliminar todo aquello que contradecía a las nuevas relaciones sociales que se originaban para poder cimentar el nuevo modelo socio-político. En consecuencia, las concesiones tenían que ser eliminadas porque no respondían a las nacientes expectativas y porque constituían un precedente negativo⁽⁴⁾, al ser una vía por la que se pusieron en manos individuales objetivos económicos de capital trascendencia, anteponiéndose las aspiraciones singulares de quienes los desarrollaban al interés general.

Un momento definitivo en las transformaciones que se venían realizando, determinante en la institucionalización de las estructuras de

⁽⁴⁾ Quizás pueda entenderse como un producto directo de ese precedente negativo (aclarando siempre que ellas no fueron la única figura jurídica que lo sentaron), que repercutió en menoscabo de la soberanía del Estado cubano (en especial sobre parte de su espacio territorial), el párrafo segundo del artículo 11 de la Constitución criolla, el cual refrenda, en clara alusión a la base naval de Guantánamo que mantiene el gobierno de los Estados Unidos en territorio cubano, que: “La República de Cuba repudia y considera ilegales y nulos los tratados, pactos o concesiones concertados en condiciones de desigualdad o que desconocen o disminuyen su soberanía y su integridad territorial.” Antes de la reforma constitucional de 1992, ese párrafo correspondía al artículo 10, con esa misma ubicación y redacción.

poder y de nuestro sistema jurídico, fue la promulgación el 24 de febrero de 1976 de la Constitución de la República de Cuba; la cual solidificaba el régimen socialista.

El artículo 15 de la norma constitucional de 1976 establecía la irreversibilidad de la propiedad sobre los bienes que enumera, y aunque no se observaba ninguna prohibición expresa para la creación de otros tipos de derechos con respecto a dichos bienes (supuesto en el que incluimos a la concesión por no llevar implícita la transmisión del derecho de propiedad al concesionario), los estudiosos consideraban que la concesión desvirtuaba, en la práctica, la declaración de la propiedad estatal sobre el subsuelo⁽⁵⁾. Además, el vocablo irreversible daba un tono de rigidez al artículo y hacia de él una afirmación categórica.

De la relación de los artículos 15 y 17 se podía colegir que la acción respecto a los bienes enumerados por el primero, era obra exclusiva del Estado, organizado en empresas y otras entidades; dejando fuera toda actividad de entes privados que involucrara a dichos bienes. La realización de obras y servicios públicos se concentraba únicamente en las empresas estatales; y su regulación se hizo a partir de la figura del contrato económico, que según el artículo 13, en relación con el artículo 2, ambos del Decreto-Ley No. 15 de 3 de julio de 1976 "Normas básicas para los contratos económicos", es el que tiene por causa y expresa jurídicamente las relaciones económicas, monetario-mercantiles, entre los organismos, las unidades presupuestadas y las empresas y uniones de empresas estatales; las cooperativas agropecuarias; las organizaciones sociales, sindicales y de masas, así como las empresas dependientes de éstas y de las organizaciones políticas y los agricultores privados.

Es decir, en Cuba la realización de obras públicas, servicios públicos y explotación de bienes de dominio público, entre otros objetos, las hacía directamente el Estado a través de diversas entidades administrativas y estatales bajo la figura del contrato económico (el cual se somete al Derecho Económico y no al Derecho Civil, Mercantil o Administrativo) y no por la vía de una figura administrativa como el

⁽⁵⁾ Vega Vega, Juan, ob. cit., pág. 152.

contrato de esa naturaleza u otra afín. El contrato económico se impone porque el administrativo no tiene vida en el ordenamiento jurídico cubano actual, pues las opiniones autorizadas más influyentes no le reconocen sustantividad propia; sin embargo, nosotros sí consideramos que esa especie contractual existe y que en algún momento se le debe reconocer su existencia en el orden positivo interno, sobre todo ahora que los vínculos económicos nacionales se están diversificando.

Todo lo que hasta este momento hemos señalado acerca de que no se aceptaba que se otorgaran concesiones sobre determinados objetivos, y otras acciones de índole similar, antes de la década de los noventa del siglo XX, respondía a una realidad: el Estado cubano se encontraba en condiciones objetivas para hacer frente de manera directa a las funciones que debía asumir (y de hecho lo hizo). Estaba en aptitud económica para ello; si bien más que por una fortaleza económica y financiera interna derivada del desarrollo de mecanismos y vías endémicas, por la ayuda y asistencia en recursos que recibía de los países pertenecientes a la llamada "comunidad socialista".

En resumidas cuentas, por las condiciones materiales y políticas de nuestro país, antes de 1992 no se concebía la puesta en práctica de concesiones administrativas, porque éstas llevaban intrínseca una intervención de actividad y capital privados en la esfera de acción de la Administración y eso es incompatible con el modelo socialista puro, por presuponer, en la citada esfera, la intervención casi única de las fuerzas estatales.

A la altura de la novena década de la vigésima centuria de nuestra era, la sociedad cubana marchaba a un ritmo ascendente y enseñaba, en poco más de treinta años, significativos logros en materia de bienestar social. Sin embargo, se produce una circunstancia que repercutió sobremanera en la vida de la Nación y marcó un punto de partida para futuras transformaciones en todos los órdenes, que en ciertos aspectos significaron una ruptura con lo que hasta entonces se venía sosteniendo en la legislación vigente y en los criterios teóricos internos.

Los años noventa se inician para Cuba con una crisis económica; y al resentirse los soportes económicos en los que se apoyaba el país,

se resintieron las prestaciones de servicios por parte del Estado –quien los asumía directamente– y la explotación de bienes de dominio público, entre otras actividades. Ante la difícil situación por la que se atravesaba, fue necesario buscar alternativas cuyo fin básico era suplir las pérdidas sufridas y obtener recursos frescos para que se pudiera continuar el desarrollo nacional, expresión que incluye también la realización de las actividades, funciones y fines estatales característicos sin afectación. Dentro de esas alternativas se consideró que entidades privadas (siempre que cumplieran los requisitos legales que lógicamente se establecieron) participaran en ciertas esferas que con anterioridad habían sido de acción exclusiva del Estado; pero ahora éste no se encontraba en las condiciones objetivas para hacerle frente por sí sólo y era necesario e imprescindible continuar desarrollándolas, porque de ellas dependía que no se afectara la colectividad y su interés; máxima preocupación de las autoridades públicas cubanas.

Planteada así la situación, al recurrirse por una vía u otra al capital y al accionar privados, se hizo imperioso regular jurídicamente las relaciones sociales que resurgían tras varias décadas prescindiendo de ellas. Se debieron retomar algunas figuras jurídicas que habían caído en desuso y reordenarlas según las nuevas circunstancias. Entre las mismas se contaba a la concesión administrativa, la cual reaparece en nuestro panorama jurídico luego de varios años sin asomar en él.

El renacimiento de las concesiones se debe a que la Administración se encontró con serios problemas para brindar determinados servicios público y para ejecutar un grupo de actividades relacionadas con bienes de dominio estatal, que requerían grandes desembolsos de recursos, con los cuales no se contaba.

La primera concesión administrativa que se otorgó fue a través del Decreto N° 167 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 22 de enero de 1992 a la empresa mixta Teléfonos Celulares de Cuba S.A., CUBACEL, para construir, instalar, mantener, operar y explotar una red pública de radiotelefonía celular. Siendo pionera de todo un proceso posterior que ha tenido en las concesiones de bienes de dominio público a la especie cuantitativamente más destacable dentro de las otorgadas.

Un aspecto que debe puntualizarse, es el hecho de que esa concesión tuvo lugar sin que se iniciara la recepción en el sistema jurídico cubano de las transformaciones que se venían operando. Por ende, existió una contradicción, tal vez no muy evidente, entre la manera en que había sido redactado el articulado mencionado de la Constitución, su espíritu y las figuras jurídicas a las que se estaba recurriendo y que debían tener como lógico punto de apoyo los preceptos constitucionales.

Para aclimatar y atemperar los cambios que se operaban con el orden positivo, y para dejar la vía expedita a otros que sobrevendrían, fue necesario también modificar ese orden y matizar algunas cuestiones que podían entorpecer, quizás no directa pero sí indirectamente, la aplicación de instituciones del Derecho que se retomaban y que se relacionaban estrechamente con la base económica del sistema cubano. Las transformaciones jurídicas tuvieron como evidente punto de partida la reforma de la Constitución acaecida en 1992. Dicha reforma, a tono con el momento, varió algunas redacciones en su articulado, lo que dio pie a que un mismo fenómeno fuera visto desde otro ángulo, ya no tan rígido, y sin desvirtuar lo que internamente entrañaba.

El artículo 15 quedó elaborado de la siguiente manera:

“Son de propiedad estatal socialista de todo el pueblo:

a) las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o a cooperativas integradas por éstos, el subsuelo, las minas, los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica marítima de la República, los bosques, las aguas y las vías de comunicación;

b) los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos e instalaciones han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como las fábricas, empresas e instalaciones económicas y centros científicos, sociales, culturales y deportivos construidos, fomentados o adquiridos por el Estado y los que en el futuro construya, fomenta o adquiera.”

Agregándosele a continuación dos párrafos que no tenía:

“Estos bienes no pueden transmitirse en propiedad a personas naturales o jurídicas, salvo los casos excepcionales en que la transmisión parcial de algún objetivo económico se destine a los fines del desarrollo del país y no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado, previa aprobación del Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo.

En cuanto a la transmisión de otros derechos sobre estos bienes a empresas estatales y otras entidades autorizadas, para el cumplimiento de sus fines, se actuará conforme a lo previsto en la Ley”.

Con esta nueva redacción del artículo 15, la propiedad estatal ya no es irreversible y se le introdujo, con carácter excepcional, la transmisión total o parcial en interés público de alguno de los objetivos económicos que enumera a otras entidades que no fueran propiamente estatales. Aparece, además, una acertada referencia expresa a la transmisión de otros derecho sobre esos bienes, distintos del de propiedad, que no existía en el texto sometido a reforma (aunque hay que decir que esa referencia se limita a establecer que en esos casos se actuará conforme a lo previsto en la Ley; mas no debe olvidarse que la Constitución cubana es norma principio, complementada por la legislación especial en cada materia). Pensamos que es un gran acierto ese último párrafo del artículo 15, porque le otorga rango constitucional a instituciones jurídicas que no presentaban anteriormente ese status; y si bien no se refiere a ellas por su denominación, en él pueden subsumirse todas las que impliquen “transmisión de otros derechos” sobre esos bienes para el cumplimiento de los fines estatales. A partir de esa idea, puede entenderse hoy que la concesión administrativa está constitucionalizada de manera indirecta por el artículo 15, pues ella puede conllevar transmisión a favor del concesionario de derechos sobre bienes bajo titularidad del Estado, y tal situación se aviene a la letra de ese artículo.

Los cambios en las líneas de política económica y su reflejo en las modificaciones de la legislación vigente, trajeron como esperada reacción una variación sustancial en los criterios respecto a las concesiones por parte de los estudiosos cubanos. De esa manera, ya se podían observar pinceladas como: “(...) El Estado, que es el

propietario del subsuelo y de las minas, otorga concesiones para su explotación" ⁽⁶⁾.

Debemos aclarar que la utilización de las concesiones administrativas no se ha realizado de forma indiscriminada ni por la libre empresa. El Estado cubano es muy celoso de la soberanía que ha alcanzado, por lo que es correcto suponer que, en virtud de ese celo soberano, ha sido cauteloso en las concesiones otorgadas o en las que otorgará. La institución jurídica se ha moldeado a la realidad nacional y actualmente en ella participan, principalmente, entidades estatales, empresas mixtas y, en menor medida, entes privados extranjeros.

La reaparición de las concesiones ha demostrado irrefutablemente que en nada desvirtúan el modelo social cubano y que bien pueden existir en una sociedad que construye el socialismo (obsérvese que decimos sociedad que construye el socialismo y no sociedad que ya logró alcanzar el socialismo pleno, pues Cuba aún no ha alcanzado ese estadio superior de desarrollo), siempre y cuando su uso no sea desmedido e incorrecto. Es una fórmula para redimensionar y poner a prueba la valía de la empresa estatal; y en especial, una fuente alternativa de solución a los problemas que surgen cuando la satisfacción de los intereses generales se pone en peligro, al tener dificultades la Administración Pública para lograr esa misión con su accionar directo.

II. REGIMEN LEGAL

Decíamos en el acápite precedente que la primera concesión que se otorgó en el nuevo período, abierto con las transformaciones de la década de los noventa, fue la del servicio público de radiotelefonía celular mediante el Decreto No. 167 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. Esa concesión inició todo un proceso otorgativo de concesiones posteriores que ha tomado fuerza en nuestro país, involucrando diferentes objetivos. Sin embargo, la aplicación de esta institución se empezó, y se continúa haciendo, sin un soporte legislativo.

⁽⁶⁾ Vega Vega, Juan, *Cuba. Su historia constitucional. Comentarios a la Constitución cubana reformada en 1992*. Ediciones Endymion. Madrid. 1998. pág. 175.

vo adecuado que la tratara con condiciones más o menos suficientes. Se puede afirmar que las concesiones administrativas, en su resurgir, no tuvieron una legislación propia que las amparara adecuadamente y les sirviera de punto de partida para su posterior implementación, recogiendo los principios generales sobre los que deban asentarse. Esta situación se mantiene en los momentos actuales, clamando ya el orden positivo cubano por sí sólo para que nazca una norma general que aúne criterios y establezca esos principios generales por los que debe regirse el sistema concesional nacional, sin perjuicio de las especies de concesión; máxime cuando Cuba se encuentra en una situación fáctica real donde esta figura ha ido ganando en importancia.

Actualmente, el régimen legal interno de la institución que nos ocupa descansa sobre los “hombros” de:

- el Decreto No. 167 de 22 de enero de 1992 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros otorgando la concesión administrativa del servicio público de radiotelefonía celular a CUBACEL;
- el Decreto No. 190 de 17 de agosto de 1994 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros otorgando la concesión administrativa del servicio público de telecomunicaciones a ETECSA;
- el Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 16 de noviembre del 2000 otorgando una concesión administrativa, no exclusiva, a la empresa Telefónica Data Cuba S.A., TDATA CUBA, para prestar servicios públicos de sistemas de información interactiva en Entorno INTERNET, así como de servicios de telecomunicaciones de valor agregado, requeridos para estos fines, en el territorio de la República de;
- el Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 15 de diciembre del 2000 otorgando una concesión administrativa a la Empresa de Telecomunicaciones Celulares del Caribe, S.A., C-COM, para la prestación de un servicio público digital celular de telecomunicaciones móviles terrestres, en la banda de 900 MHz en todo el territorio nacional;
- el Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 22 de mayo del 2001 otorgando una concesión administrativa a la Empresa MOVITEL, S.A., para la prestación de servicios públicos de radiocomunicación móvil terrestre utilizando sistemas

troncales de concentración de enlaces (sistema Trunking) y sistemas de radiobúsqueda y radiomensajes (sistema Paging) en todo el territorio nacional;

- la Ley No. 76, Ley de Minas de 21 de diciembre de 1994. Ésta se refiere, dentro de su contenido, a las concesiones administrativas; a las que dedica su Capítulo VI (de las concesiones mineras); el Capítulo VII (de las obligaciones del concesionario); el Capítulo VIII (de las pequeñas producciones mineras); el Capítulo XI (de las atribuciones de los concesionarios); el Capítulo X (de la nulidad, anulabilidad y extinciones); y otras disposiciones sobre tributos, contravenciones, etc.;
- el Decreto No. 222 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 1997 contentivo del Reglamento de la Ley de Minas;
- la Ley No. 77, Ley de la Inversión Extranjera de 5 de septiembre de 1995. Esta Ley, sólo dentro del Capítulo II (del glosario), en el artículo 2 inicio f, establece qué se entiende por concesión administrativa a sus efectos; y posteriormente, en el artículo 24 apartado 2, hace otra pequeña referencia sobre quién puede otorgar concesiones;
- el Decreto-Ley No. 164, Reglamento de Pesca de 28 de mayo de 1996. Las referencias a las concesiones pesqueras se establecen básicamente en el Capítulo III (autorizaciones de pesca), en especial en los artículos 13 (establece el organismo facultado para el otorgamiento) y 15 (en éste se prefija lo que el Decreto-Ley considera como concesiones y quiénes pueden ser concesionarios);
- la Resolución No. 339 del Ministro de la Industria Pesquera de 27 de diciembre de 1999, que establece el sistema de concesiones para el desarrollo de la acuicultura en jaulas flotantes en aguas marinas y salobres de la República de Cuba;
- el Decreto-Ley No. 165 de las Zonas Francas y Parques Industriales de 3 de junio de 1996. Se refiere dentro de su articulado a las concesiones de zonas francas en el artículo 2 (definiciones a los efectos del Decreto-Ley); en el Capítulo V (de los concesionarios de zonas francas); en el Capítulo VII (otras disposiciones concernientes a concesionarios y operadores); en el Capítulo IX

(de las infracciones cometidas por concesionarios y operadores de zonas francas); en el Capítulo X (de la solución de conflictos); y en artículos dispersos de otros capítulos;

- el Decreto No. 219 de 24 mayo de 1997 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros otorgando concesión administrativa para fomentar y explotar una zona franca en el Valle de Berroa, como una zona industrial, comercial y de servicios;
- el Decreto No. 220 de 24 de mayo de 1997 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros otorgando concesión administrativa para fomentar y explotar una zona franca en el área de Wajay, como una zona industrial, comercial y de servicios;
- el Decreto No. 224 de 10 de octubre de 1997 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros otorgando concesión administrativa para fomentar y explotar la zona franca de Mariel, como una zona industrial, comercial y de servicios;
- los Reglamentos de las zonas francas;
- otras disposiciones legales referentes a las zonas francas;
- el Acuerdo de 20 de octubre de 1998 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros otorgando concesiones administrativas para administrar muelles, espigones y operaciones, necesarias para el atraque de buques de crucero y ferries a CUBANCO S.A.;
- otros Decretos y Resoluciones otorgando cada una de las concesiones mineras (ver el Anexo 1 de este Trabajo) y demás disposiciones legales complementarias a las leyes o decretos-leyes señalados y que se refieren a temas muy específicos.

Con este somero esbozo de la legislación relacionada con las concesiones administrativas, nos viene, a golpe de vista, una conclusión inicial: no existe una norma suprema en esa materia. Se ha estado regulando la figura según el objeto de las concesiones, pero sobre la base de uno muy particular (pesca, zonas francas, minas o instalaciones de establecimientos destinados al cultivo de organismos en jaulas flotantes); y eso para el caso en que haya una regulación propiamente dicha, porque en supuestos como los servicios públicos ni siquiera encontramos una disposición normativa que rija el objeto de forma general, contándose exclusivamente con los actos de concesión, que no son, en

verdad, normas de tal naturaleza. El tratamiento legal que se le da en Cuba a las mismas es casuístico, no por objetos globales (servicios públicos, obras públicas, bienes de dominio público u otra división global que pueda adoptarse), sino específicos; con la presencia de cuatro cuerpos legales solamente que pueden utilizarse como normas básicas para sus concesiones particulares. Se adolece de una legislación que cumpla esa tarea; creándose una dispersión inapropiada y una desregulación parcial perjudicial para la "salud" de la institución. Los Decretos No. 167, 190, y los Acuerdos de 20 de octubre de 1998, de 16 de noviembre del 2000, de 15 de diciembre del 2000 y de 22 de mayo del 2001 –todos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros– no tienen principios generales a los cuales responder. Se puede afirmar, en estos momentos, que la regulación de las concesiones es parcial; no todas aparecen reguladas, teniéndose que recurrir a la práctica que se ha venido siguiendo en el otorgamiento de los actos de concesión para realizar aquellas que no están refrendadas positivamente.

La articulación legal que se le da actualmente a esa figura en nuestro país, en nada favorece su perfeccionamiento y desarrollo jurídico. Dicha articulación trae como dificultad que cada vez que surja el interés de otorgar un nuevo objeto en concesión, habrá que crear una disposición al efecto, si hay la voluntad de darle un tratamiento adecuado (como parcialmente se ha hecho con las minas, la pesca, la instalación de establecimientos destinados al cultivo de organismos en jaulas flotantes y las zonas francas); o, simplemente, puede concederse aquél sin sujetarse a ninguna normativa general (algo que también se ha venido haciendo y resulta muy lamentable). Visto el fenómeno desde esa perspectiva, notamos que se está regulando la concesión de forma fraccionada y atomizada; viéndola, no como una única figura jurídica –que por ser tal tiene puntos comunes a toda clasificación o división que se establezca– sino como que existen tantas instituciones concesionales como objetivos distintos y particulares hallan, no teniendo nada que ver, por tanto, un tipo de concesión con el otro. Sin dudas, la manera empleada desvirtúa el desarrollo unitario que en cualquier sistema positivo debe llevar la concesión. Más que un trato legal, se le está dando un "maltrato" jurídico. Una situación así no es aconsejable que subsista por más tiempo, por lo que sería recomendable sancionar una norma que revista caracteres generales para las concesiones.

Nosotros somos fervientes defensores de la necesidad teórica y práctica de la existencia de un cuerpo legal aunador de los principios generales de la concesión, con el lógico desenvolvimiento de cada tipo en una legislación especial. Al parecer, la necesidad de una norma general ha de ser satisfecha pronto. En estos momentos se encuentra en estudio un Proyecto de Decreto-Ley sobre las concesiones administrativas; el cual ha tenido, hasta ahora, varias versiones y, como es razonable pensar, estará sujeto a nuevos cambios en su contenido antes de que se presente para ser sancionado.

III. TIPOS DE CONCESIONES EXISTENTES

Los tipos de concesiones que existen actualmente en el país, según el objeto, son:

- A) Concesión administrativa para construir, instalar, mantener, operar y explotar una red pública de radiotelefonía celular a la empresa mixta Teléfonos Celulares de Cuba S.A., CUBACEL (Decreto N° 167).
- B) Concesión administrativa a la empresa mixta Empresa de Telecomunicaciones de Cuba, S.A. (ETECSA) para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones (Decreto N° 190).
- C) Concesión administrativa para prestar servicios públicos de sistemas de información interactiva en Entorno INTERNET, así como de servicios de telecomunicaciones de valor agregado a la empresa Telefónica Data Cuba S.A., TDATA CUBA (Acuerdo de 16 de noviembre del 2000 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros).
- D) Concesión administrativa para la prestación de un servicio público digital celular de telecomunicaciones móviles terrestres en la banda de 900 MHz en todo el territorio nacional a la Empresa de Telecomunicaciones Celulares del Caribe, S.A., C-COM (Acuerdo de 15 de diciembre del 2000 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros).
- E) Concesión administrativa para la prestación de servicios públicos de radiocomunicación móvil terrestre utilizando sistemas troncales de concentración de enlaces (sistemas Trunking) y sis-

temas de radiobúsqueda y radiomensajes (sistema Paging) a la Empresa MOVITEL, S.A. (Acuerdo de 22 de mayo del 2001 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros).

- F) Concesión minera, que es “la regulación jurídica nacida de un acto gubernativo unilateral por el que se otorga temporalmente a una persona natural o jurídica el derecho de realizar actividades mineras (...)” (artículo 17 de la Ley N° 76, Ley de Minas). Los recursos minerales que serán concesibles, sin perjuicio de la declaración de reservas exclusivas de determinados minerales por parte de Estado –establece el mismo artículo 17– son los que se relacionan en el artículo 13 de la propia Ley, agrupados de la siguiente manera:

Grupo I. Minerales no metálicos, utilizados fundamentalmente como materiales de construcción o materia prima para la industria y otras ramas de la economía. En este grupo se incluyen las piedras preciosas y semipreciosas.

Grupo II. Minerales metálicos. Este grupo incluye los metales preciosos, los metales ferrosos y no ferrosos, así como los minerales acompañantes metálicos o no metálicos.

Grupo III. Minerales portadores de energía.

Grupo IV. Aguas y fangos minero-medicinales. Comprende las aguas minero- medicinales, minerales naturales, las termales y los fangos minero-medicinales.

Grupo V. Otras acumulaciones minerales. Este grupo incluye:

- a) las acumulaciones constituidas por residuos de actividades mineras que resulten útiles para el aprovechamiento de algunos de sus componentes tales como coque, escombreras y escoriales, y:
- b) todas las acumulaciones minerales y demás recursos geológicos que no están especificados en los anteriores grupos y pueden ser objeto de explotación.

La concesión minera se divide a su vez en:

concesión de investigación geológica: da derecho al concesionario para la ejecución de los trabajos relativos a las subfases de pros-

pección (conjunto de trabajos con empleo de técnicas y métodos que tienen como objetivo la búsqueda de indicios de concentraciones minerales que pudieran constituir yacimiento) y explotación (conjunto de operaciones, trabajos y labores mineras que tienen como objetivo la determinación de la estructura del yacimiento, la morfología, dimensiones y condiciones de yacencia del cuerpo mineral, la tectónica de la zona que lo contiene, el contenido y calidad del o de los minerales existentes en el mismo, así como el cálculo de las reservas, incluyendo la evaluación económica del yacimiento y otros estudios que ayuden a su mejor explotación); según lo establecido en el artículo 22, párrafo tercero, en relación con el artículo 3, párrafos octavo y vigésimo quinto, ambos de la Ley N° 76.

- Para nosotros, esta concesión de investigación geológica no es en puridad una concesión, sino más bien un permiso de investigación geológica. En ella el concesionario no desarrolla una actividad que le reporta ganancias económicas de manera inmediata, no explota el bien. La investigación geológica se realiza con el fin de determinar las condiciones para una posterior explotación, pero no constituye en sí una actividad lucrativa; por ello no la consideramos como una concesión administrativa propiamente, pues esta última conlleva una actividad por la que se obtienen ganancias directas. Dicha investigación se inserta en el accionar previo al desarrollo de la explotación de los yacimientos.
- concesión de explotación: da derecho al concesionario para la ejecución del conjunto de operaciones, obras, trabajos y labores mineras destinados a la preparación y desarrollo de yacimiento y a la extracción y transportación de los minerales, a la apropiación de los minerales autorizados y, en caso de incluirse expresamente en la concesión, a su procesamiento y comercialización; de acuerdo con el artículo 22, párrafo cuarto, en relación con el artículo 3, párrafo noveno, de la Ley de Minas.
- concesión de procesamiento: da derecho al concesionario para realizar el tratamiento de los minerales explotados para elevar su calidad o contenido útil, separarlos, purificarlos, adecuarlos para el consumo o envasarlos, con vistas a su uso o comercialización; según lo dispuesto en el artículo 22, párrafo quinto, en relación con el artículo 3, párrafo vigésimo tercero, de la Ley No. 76.

- Concesiones de pesca, que son aquellas autorizaciones que con tales fines se emiten por un período mínimo de cinco años (artículo 15 del Decreto-Ley 164, Reglamento de Pesca de 28 de mayo de 1996). Para luego precisar en su última parte, desde nuestro enfoque, que las concesiones pueden ser tanto para la explotación pesquera como para la acuicultura.
- Concesión de zonas francas o parques industriales, que es el acto unilateral del Gobierno de la República de Cuba, por el que se otorga a una persona natural o jurídica la facultad de fomentar y explotar una zona franca (un espacio dentro del territorio nacional, debidamente delimitado, sin población residente, de libre importación y exportación de bienes, desvinculado de la demarcación aduanera, en el que se realizan actividades industriales, comerciales, agropecuarias, tecnológicas y de servicios, con aplicación de un régimen especial) o un parque industrial (un espacio dentro del territorio nacional, con características análogas a las de las zonas francas, pero en el que las actividades a desarrollar son predominantemente industriales y de prestación de servicios que sirven de soporte a éstas), con sujeción al cumplimiento de determinadas condiciones (siguiendo lo dispuesto en el artículo 2, apartados 1 y 2, del Decreto-Ley No. 165 de las Zonas francas y Parques Industriales).
- Concesiones administrativas para administrar muelles, espigones y operaciones, necesarias para atraque el de buques de cruceros y ferries a la Sociedad Mercantil CUBANCO, S.A. (Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 20 de octubre de 1998).
- Concesión para el desarrollo de la acuicultura en jaulas flotantes en aguas marinas y salobres, que es el otorgamiento del derecho de uso y disfrute exclusivo y con carácter temporal para la instalación de establecimientos destinados al cultivo de organismos acuáticos en jaulas flotantes (apartado tercero de la Resolución 339 de 27 de diciembre de 1999 del Ministro de la Industria Pesquera).

Luego de esta enumeración, puede verse que el régimen concesional existente actualmente en Cuba recae sobre dos objetos globales básicos: servicios públicos (radiotelefonía, telecomunicaciones y

radiocomunicaciones) y bienes de dominio público (minas, recursos pesqueros, zonas francas, parques industriales, muelles, espigones y playas e instalación de establecimientos destinados al cultivo de organismos en jaulas flotantes); quedando fuera las obras públicas, sobre las cuales, hasta ahora, no se ha otorgado concesión. Es decir, que las concesiones administrativas han estado restringidas en su objeto; existiendo, dentro de los objetos generales, ocho objetos particulares potenciales de concesión; aunque hasta donde hemos podido llegar en nuestras investigaciones, aún no se ha otorgado concesión pesquera ni de instalación de establecimientos destinados al cultivo de organismos en jaulas flotantes, por lo que en la práctica se reducen a seis esos objetos. No hay una amplia apertura a las concesiones; lo que demuestra la cautela con que se ha estado realizando el proceso otorgativo y el cuidado que se ha puesto en seleccionar los posibles objetos de concesión.

IV. NATURALEZA JURIDICA DE LAS CONCESIONES CUBANAS

Para determinar la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas cubanas hay que señalar lo que según las disposiciones normativas vigentes se considera concesión, y de ahí sacaremos, indubitadamente, la conclusión que buscamos.

En el artículo 17 de la Ley No. 76, Ley de Minas, se establece que a los efectos de la misma se entiende por concesión minera: "(...) La relación jurídica nacida de un acto gubernativo unilateral por el que se otorga temporalmente a una persona natural o jurídica el derecho de realizar actividades mineras (...)."

El artículo 2, inciso f, de la Ley No. 77, Ley de la Inversión Extranjera, refrenda como concesión administrativa: "Acto unilateral del Gobierno de la República, por el cual se otorga a una entidad el derecho a explotar un servicio público, un recurso natural, o a ejecutar y a explotar una obra pública bajo los términos y condiciones que se establezcan."

En el artículo 15 del Reglamento de Pesca se destaca que las concesiones de pesca son aquellas autorizaciones que con tales fines se emiten por un período mínimo de cinco años.

En el artículo 2, apartado 2, párrafo quinto, del Decreto-Ley No. 165, de las Zonas Francas y Parques Industriales, se define la conce-

sión como: "acto unilateral del Gobierno de la República de Cuba, por el que se otorga a una persona natural o jurídica la facultad de fomentar y explotar una zona franca, con sujeción al cumplimiento de determinadas condiciones."

En el apartado tercero de la Resolución No. 339 de 1999 del Ministro de la Industria Pesquera se observa que a los efectos de ese instrumento jurídico se entiende por concesión, el otorgamiento del derecho de uso y disfrute exclusivo y con carácter temporal por personas naturales o jurídicas para la instalación de establecimientos destinados al cultivo de organismos acuáticos en jaulas flotantes.

Como se verá sin mucho esfuerzo, queda totalmente claro que en Cuba la concesión se regula como un acto unilateral. El por qué se cataloga a la concesión como tal es, en general, el mismo que se esgrime por los seguidores de la teoría unilateral. En nuestro país, con independencia de los cambios que por problemas económicos se tuvo que afrontar, el Estado establece una estricta acción sobre los recursos y actividades que están a su abrigo, como forma de defensa de la soberanía nacional; y la mejor manera de salvaguardar lo anterior, según el criterio oficial, es que las decisiones relacionadas con esos recursos o actividades partan exclusivamente de la Administración Pública. En virtud de la soberanía del Estado, a éste es al único que le compete lo relativo a las concesiones, el particular o concesionario no negocia, simplemente se limita a aceptar o no las condiciones que se le imponen.

Otro elemento que a nuestro juicio ha inclinado la balanza hacia la unilateralidad del acto, estriba en que en el ordenamiento positivo cubano no se acoge la figura del contrato administrativo, ni las opiniones más influyentes la aceptan; por lo que la única vía propicia para implementar las concesiones es la que se está utilizando.

Ahora bien, la legislación cubana se pronuncia porque la concesión administrativa es un acto unilateral; sin embargo, la mayor parte de las disposiciones vigentes (excepto las normas en materia de pesca), y que representa el bloque de regulación de las concesiones cuantitativa y cualitativamente más importante desde el punto de vista jurídico y económico, rompe con el planteamiento tradicional de la teoría al señalar que el acto unilateral es gubernativo o acto del

Gobierno y no un acto administrativo⁽⁷⁾. Decimos que rompe con la misma, porque el acto gubernativo y el acto administrativo no son de igual significación en el Derecho Administrativo, pues ambos responden a dos actividades de la Administración con contenidos diferentes: la actividad gubernativa o de gobierno y la actividad administrativa. Realmente no sabemos si el denominar a la concesión como acto gubernativo unilateral se hizo ex-profeso por el legislador o si se pretende que sea equivalente a la de acto administrativo. Para nosotros, ambas situaciones darían igual, pues a todos los efectos de la legislación vigente, la concesión es un acto gubernativo y la naturaleza de tales actos no se aviene con la aquélla. Entendemos que calificarla como tal es una imprecisión técnica en la que se ha incurrido en el afán de acentuar la posición del Estado (o mejor dicho, de la Administración) en la relación concesional.

La doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia se han encargado de delimitar las diferencias que existen entre el acto administrativo y el acto gubernativo o político, como también se le llama.

La idea del acto de gobierno es una construcción (como muchas en el Derecho Administrativo) del Consejo de Estado francés, perteneciente al período conocido como de la Restauración Borbónica, y fue un medio de defensa de su existencia y atribuciones (por su ori-

⁽⁷⁾ En la literatura jurídica analizada a los efectos de la realización de esta obra no encontramos un supuesto (como es lógico) que catalogue de lleno a la concesión como un acto de Gobierno. Sólo en el caso del español Carlos Puyuelo (*Derecho Mínero*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1926. pág. 61), en una evidente confusión en el uso de la expresión acto de gobierno, hemos podido constatar que un autor la utiliza para referirse a la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas. Dicho autor plantea en la referida página: "(...) Por ello nos inclinamos a ver en la concesión un acto del Poder público, un acto de gobierno para el cumplimiento de los fines del Estado que implica el nacimiento de ciertos derechos a favor del particular en cuanto éste ha de realizar determinadas prestaciones y que suele revestir forma contractual más o menos acusada según la clase de concesión como medio de expresar la aceptación de las obligaciones y condiciones impuestas." Resaltamos la expresión de marras para que se observe mejor su uso, que es reiterado en otras páginas posteriores de la misma obra. Planteamos que es una confusión de dicho escritor porque, siguiendo el hilo conductor de sus ideas, constatamos que sus conclusiones nos acercan al prototipo del acto administrativo requerido de colaboración del particular.

gen napoleónico). El Consejo de Estado excluyó del recurso por exceso de poder los actos emanados de la Administración que tuvieran motivación política, evitando conocer de reclamaciones vinculadas a esas razones. A partir de ahí, surge lo que se conoce como "teoría del móvil político", por la cual siempre que un acto fuera dictado por una autoridad con un fin político sería un acto de gobierno y no administrativo, no pudiendo ser recurrible por la vía contencioso-administrativa; se convierte así en un acto inatacable judicialmente. En la década de los setenta del siglo XIX el Consejo de Estado varió un tanto su postura y redujo los actos de gobierno a determinados actos concretos, dando origen a la "teoría de la naturaleza del acto", circunscribiendo aquéllos a un grupo de actos que ha variado con el decursar del tiempo, y que hoy comprende los que están vinculados a las relaciones del Ejecutivo con otros poderes públicos, a las relaciones internacionales, las medidas tomadas en situaciones excepcionales, las amnistías, y algunos otros declarados por la jurisprudencia o la legislación. José Bermejo Vera apunta que "(...) lo que subyace en la doctrina del acto político es la doble naturaleza del Gobierno, y de sus miembros, como órgano que ejercita funciones administrativas, pero también como órgano constitucional dotado de la correspondiente autonomía y que toma decisiones políticas. Puesto que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo enjuicia exclusivamente la legalidad de la actuación administrativa, no debe entrar a controlar las decisiones que estén por encima o al margen del Derecho, es decir, decisiones producto de la voluntad política del Gobierno y no sometida a las exigencias formales establecidas para los actos administrativos" ⁽⁸⁾.

Luego de esta breve ubicación respecto a lo que se considera acto gubernativo, se puede señalar como principal diferencia con el acto administrativo que el primero está, en principio, sustraído de todo recurso jurisdiccional ordinario; no es recurrible en principio, aunque puede originar recurso de inconstitucionalidad. Además, a la actividad administrativa se le reconoce una finalidad colectiva directa, va dirigida a satisfacer directamente las necesidades genera-

⁽⁸⁾ Bermejo Vera, José, *Derecho Administrativo Básico*. 1^{era} edición. Editorial Kronos. Zaragoza. 1995. págs. 269 y 270.

les; no así la actividad gubernativa, la que, según la doctrina, se encamina a la orientación de las líneas por las que ha de encausarse la Nación, no satisface inmediatamente una necesidad común; es una actividad orientadora. A pesar de ello, la distinción entre esas actividades no es nada nítida, pues el órgano de Gobierno es también órgano administrativo.

Quizás el hecho que llevó a considerar las concesiones administrativas en Cuba como acto gubernativo, estriba en que, por prescripción legal, el otorgamiento le corresponde al Consejo de Ministros o a su Comité Ejecutivo; y dicho Consejo, por el artículo 95, párrafo 1, de la actual Constitución, es el máximo órgano ejecutivo y administrativo y constituye el Gobierno de la República de Cuba. Mas, si bien esto es cierto, el Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo realizan esos otorgamientos en virtud de su función administrativa (como máximo órgano administrativo) y no por su función gubernativa; lo que sucede es que ambas funciones confluyen en un mismo órgano, pero eso no debe llevar a confusiones sobre la naturaleza de las actividades que realizan.

La concesión administrativa no es un acto de gobierno porque satisface directamente necesidades de la colectividad y porque no traza directrices para la orientación y el mejor desenvolvimiento del grupo social. Por demás, es un acto recurrible por las vías establecidas en caso de que origine controversias; no es un acto inatacable judicialmente. Súmesele que si adoptáramos un criterio como el que sustenta la "teoría de los actos intrínsecos", veremos que las concesiones no se incluyen dentro de los actos que se recogen como políticos; pues aquélla no es ni un acto por el que se relacionan los órganos de poder, ni un acto referente a relaciones internacionales, ni pertenece a una situación de emergencia, ni es un acto de amnistía o indulto. La concesión no es una decisión política, es una decisión administrativa; y aunque la política económica que siga un país sea el motivo por el que se acuda a ella como figura jurídica, no es la política lo que lleva al concedente a otorgarla a un concesionario en particular.

En intercambios (ya de manera privada o en espacios de discusión abiertos por la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo) con algunos de los defensores a ultranza de que en nuestro país las concesiones sean reputadas como actos gubernativos unilaterales, hemos podido constatar que sostienen esa postura

a partir de la idea de que antes del triunfo de la Revolución la institución sirvió de vehículo para poner en manos foráneas (especialmente norteamericanas) los principales bienes y servicios públicos nacionales, acentuando nuestra dependencia económico-política y poniéndonos el sello de la dominación. Para ellos, por ese motivo y como actualmente hemos tenido que recurrir al sistema concesional por razones de necesidad y no porque realmente quisiéramos, deben catalogarse como un acto de naturaleza política. Para fundamentar sus planteamientos esgrimen el argumento de que no pueden ponerse en manos de cualquier ente extranjero un bien o servicio de importancia para los cubanos, ante la amarga experiencia que tuvimos en los años anteriores a 1959.

Sinceramente entendemos que son muy loables los motivos que sustentan la posición asumida, sobre todo por los recuerdos de intenciones mezquinas y deshonestas que llevaron a nuestro pueblo a la pobreza y al sufrimiento; pero la finalidad que se pretende lograr con el uso de una institución jurídica en un momento histórico determinado, no hace de dicha institución un ejemplo de "herejía" que debe ser condenado al "fuego infernal". Lo condenable es la malsana intención que se esconde detrás de su mal uso y ese mismo mal uso que sirve para hacer valer esas intenciones. No debe olvidarse nunca que las espadas en manos de los verdugos se traducen en destrucción y muerte, pero en manos de los bienhechores significan esperanza.

Además, hay que tomar en consideración una cuestión objetiva que no debe perderse de vista y es el hecho de que quizás, desde una perspectiva que conlleve dejar a un lado la buena técnica jurídica, sea "sustentable" (aunque no decimos que lo sea pues estamos totalmente seguro de lo contrario) entender como acto gubernativo el otorgamiento de un objeto de concesión de importancia económica para el país a una entidad extranjera (que son las menos por cierto), por las implicaciones que encierra para la vida nacional y por la evocación de momentos amargos pasados que puede traer. Sin embargo, y como se les califica de tal manera a unas, qué "justificación" lógica de cualquier índole habría para extenderle ese calificativo (porque lo llevaría entonces) al otorgamiento de otro objeto de concesión similar o de diverso tipo a una empresa estatal cubana o a una entidad donde el accionista mayoritario es el Estado cubano (ambos casos

representan los más en el plano interno), si el “peligro político” que se quiere evitar, y que pudiera presentarse en la primera referencia, es aquí completamente inexistente y políticamente injustificado. Al final esos supuestos pertenecen a una misma figura jurídica – tan concesión es todo supuesto que pertenezca al primer caso como al segundo – de igual naturaleza en cualquier supuesto, con diferentes implicaciones, pero a las que, en consecuencia, hay que brindarles un tratamiento unitario.

Para nosotros, la justificación que brindan prestigiosas personalidades en nuestro país respecto a que la concesión a personas extranjeras tiene que hacerse con sumo cuidado por lo que puede representar, y por ende hay que calificarla de acto gubernativo, sólo atañe a una parte ínfima de las concesiones que se otorgan; la inmensa mayoría no tiene nada que ver con ese argumento. Por lo tanto, al pretender basar la defensa de la actual naturaleza jurídica que el orden positivo interno le asigna a la institución de marras, a partir de un fenómeno que sólo aparece en un pequeño subgrupo de concesiones concretas, y no en todo el espectro existente, hace que dicha defensa sea inconsistente y tan endeble que se torna jurídicamente insostenible, porque se estaría haciendo un uso irracional de la categoría “actos de gobierno” que denota un desconocimiento de lo que tal categoría significa en el ámbito del Derecho Administrativo.

Basándonos en todas las reflexiones precedentes, consideramos que al catalogarse en un sector mayoritario e importante de nuestra legislación a la concesión como acto gubernativo o del gobierno unilateral se ha incurrido en una imprecisión técnica, pues, jurídicamente hablando, éstas se enmarcan dentro de los actos administrativos o de los contratos administrativos y no dentro de los actos de gobierno. Por eso creemos aconsejable que se sustituyan las expresiones acto unilateral gubernativo o del Gobierno por acto administrativo (nótese que eliminamos el adjetivo unilateral porque está más que demostrado que la concesión administrativa nunca será unilateral en sus efectos ni en la determinación de su contenido, por muy poco que sea el rol que se le asigne en ella a la aceptación del concesionario; la categoría que le es aplicable en esta tendencia es la del acto administrativo requerido de coadyuvante o de sumisión o colaboración del concesionario, que permite ajustarse más a lo que realmente ocurre al tiempo de conformar la concesión). Con ello se logra igual-

mente la finalidad que se persigue por el Estado cubano, al querer hacer ver inequívoca y explícitamente el papel preponderante de la Administración Pública, y se elimina una imprecisión que, desde nuestra óptica, no favorece la construcción técnico-jurídica que debe presentar cualquier cuerpo normativo. Además de que se homogeniza todo el sistema concesional cubano en lo que a naturaleza jurídica respecta, pues se pone en consonancia con lo que en materia de recursos pesqueros se señala (y que es más acertado técnica y jurídicamente; en especial la definición positiva contenida en la Resolución No. 339 de 1999 del Ministro de la Industria Pesquera), y se elimina la dualidad de naturalezas jurídicas que hoy existen (especie de autorización, otorgamiento de derecho de uso y disfrute y acto de Gobierno o gubernativo) y que denota una inconsecuencia y fragmentación dispar en su articulación jurídica.

V. ORGANO OTORGANTE CONCESIONARIO

En este acápite intentaremos recoger quiénes son los sujetos integrantes de la relación concesional en nuestro país.

A) Organó otorgante

Como la regulación actual de las concesiones administrativas es parcial –según dejamos dicho–, las disposiciones expresas respecto al órgano otorgante no alcanzan tampoco a todas ellas; por eso, para ciertas concesiones, el órgano al que le compete su otorgamiento viene refrendado en la norma correspondiente, y para otras, se ha seguido la práctica.

En lo relativo a las normas legales existentes, los pronunciamientos al respecto son los siguientes:

- La Ley de Minas regula en su artículo 18: “El Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo otorga o deniega las concesiones mineras (...)”; en el artículo 34: “El Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo dicta la disposición por la que se otorga una concesión (...)”. En el artículo 47, párrafo segundo: “El Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo delegan en el Ministerio de la Industria Básica el otorgamiento o denegación de las concesiones mineras para pequeños yacimientos de determinados

minerales (...).”, el cual es complementado por el artículo 54 del Decreto No. 222 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, Reglamento de la Ley de Minas: “Las concesiones para la pequeña minería de los Minerales de los Grupos I, II y IV serán otorgadas mediante Resolución del Ministro de la Industria Básica, con la excepción de las concesiones para yacimientos de piedras preciosas y semipreciosas, y de las concesiones en las que para desarrollar las actividades mineras se requiere la participación de capital extranjero, que serán aprobadas por el Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo.”

- La Ley de Inversión Extranjera, en el artículo 24, párrafo segundo, refrenda: “Si el objeto de la inversión aprobada es la explotación de un servicio público o de un recurso natural, o la explotación y ejecución de una obra pública, el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros puede otorgar la correspondiente concesión administrativa (...).”
- El Decreto-Ley de las Zonas Francas y Parques Industriales, establece en su artículo 7: “Corresponde al Comité Ejecutivo otorgar concesiones administrativas con respecto a Zonas Francas determinadas.”
- El Decreto-Ley contenido del Reglamento de Pesca predetermina que el Ministerio de la Industria Pesquera es el organismo de la Administración Central del Estado facultado para conceder, renovar, modificar y cancelar las autorizaciones de pesca, las que comprenden concesiones, licencias o permisos de pesca; y su aprobación corresponde al Ministro de la Industria Pesquera (artículo 13 en relación con el 14, ambos de esa norma). En consonancia con lo anterior, por el Acuerdo No. 2996 de 1996 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros se creó la Oficina Nacional de Inspección Pesquera, adscrita al Ministerio de la Industria Pesquera, y en el apartado tercero de ese Acuerdo, inciso 2, se regula entre las atribuciones y funciones de la Oficina las de conceder, renovar, modificar y cancelar concesiones, licencias o permisos de pesca en concordancia con los requisitos y procedimientos establecidos por el Ministerio de la Industria Pesquera.
- La Resolución 339 de 1999 del Ministro de la Industria Pesquera refrenda en su apartado octavo que es responsabilidad de la Ofi-

cina Nacional de Inspección Pesquera, subordinada al Ministerio de la Industria Pesquera, la aplicación, ejecución y control del cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución. Como no existe otra alusión directa en toda esa disposición al órgano concedente, salvo en su segundo POR CUANTO, entendemos que esa facultad le corresponde a la mencionada Oficina en virtud del citado apartado octavo en relación con el segundo POR CUANTO de la Resolución.

Las concesiones de servicios públicos (Decretos No. 167 y 190 y Acuerdos de 16 de noviembre del 2000, de 15 de diciembre del 2000 y de 22 de mayo del 2001, todos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros) fueron otorgadas al amparo de la facultad genérica de dictar decretos y disposiciones sobre la base y el cumplimiento de las leyes vigentes, que le atribuye el artículo 98, inciso k, de la Constitución, al Consejo de Ministros.

De esta enumeración se puede colegir que en Cuba la competencia para otorgar concesiones administrativas le corresponde al Consejo de Ministros (que de acuerdo con el artículo 95, párrafo primero, en relación con el 96, ambos de la Constitución, es el máximo órgano ejecutivo y administrativo y constituye el Gobierno de la República; estando integrado por el Jefe de Estado y de Gobierno, que es su Presidente, el Primer Vicepresidente, los Vicepresidentes, los Ministros, el Secretario y los demás miembros que determine la Ley) o a su Comité Ejecutivo (integrado por el Presidente, el Primer Vicepresidente, los Vicepresidentes y otros miembros del Consejo de Ministros que determine el Presidente; pudiendo decidir dicho Comité sobre las cuestiones atribuidas al mencionado Consejo, durante los períodos que median entre una y otra de sus reuniones; según regula el artículo 97 de la Constitución); y sólo por delegación de esa función – regulada expresamente en la Ley de Minas – le corresponde al Ministro de la Industria Básica la competencia de otorgar concesiones mineras para pequeños yacimientos de determinados minerales. Por demás, también le corresponde la facultad otorgativa concesional en materia de pesca y de instalación de establecimientos destinados al cultivo de organismos acuáticos en jaulas flotantes, al Ministro de la Industria Pesquera o a la Oficina Nacional de Inspección Pesquera, adscrita al Ministerio del que el primero es titular.

Los instrumentos jurídicos que se emplean para el otorgamiento son el Decreto o el Acuerdo, y la Resolución para los supuestos en que provenga de los aludidos Ministros o de la referida Oficina..

Una conclusión que puede sacarse rápidamente de lo anterior es que las concesiones son otorgadas por órganos administrativos centrales; no teniendo competencia para ello los órganos locales de la Administración (de la Provincia o del Municipio). Por ende, no existen en nuestro país las concesiones de carácter local, sino sólo las centrales.

B) Concesionario

Atendiendo a quiénes pueden ser concesionarios, en la legislación se recoge:

- artículo 20 de la Ley No. 76: "Son concesionarios, a los efectos de esta Ley, las personas naturales o jurídicas, debidamente autorizadas para el ejercicio de una o varias fases de la actividad minera por el correspondiente título." Complementado por el artículo 1 del Reglamento de la Ley de Minas: "Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de solicitar un permiso de reconocimiento o concesión minera y sus prórrogas respectivas (...)."; y por el artículo 3 del mismo Reglamento: "Para ser titular de un derecho minero se requiere tener domicilio legal permanente en la República de Cuba."
- el artículo 15 del Decreto-Ley No. 164 refrenda que podrán ser objeto (nótese aquí la imprecisión técnico-jurídica en la que ha incurrido el redactor de esta disposición al colocar la palabra "objeto" y no "sujeto"; las concesiones nunca tendrán por objeto a una persona, del tipo que sea, sino que ellas le tendrán por sujeto de las mismas) de concesiones pesqueras: las personas naturales, las entidades nacionales, extranjeras o de capital mixto. Posteriormente el artículo 26 añade que el aprovechamiento de la pesca comercial sólo puede ser efectuado por las entidades subordinadas al Ministerio de la Industria Pesquera o las autorizadas por éste, o por las personas naturales y jurídicas extranjeras autorizadas por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros; y el artículo 42, por su parte, plantea que el Ministerio de la Industria Pesquera en coordinación con el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente autorizará la pesca de investi-

gación a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Pesca y demás disposiciones legales vigentes.

- el apartado cuarto de la Resolución 339 de 1999 del Ministro de la Industria Pesquera nos muestra que pueden ser sujetos de las concesiones para la instalación de establecimientos destinados al cultivo de organismos acuáticos en jaulas flotantes, las naturales o jurídicas; y como norma jurídica subordinada al Decreto-Ley No. 164 debe observar al respecto los principios generales que el mismo regula.
- en el artículo 2, apartado 2, párrafo sexto, del Decreto-Ley No. 165, se regula que concesionario, para el texto legal, es: “la persona natural o jurídica, con domicilio en el extranjero y capital extranjero o la persona jurídica nacional que, en ejercicio de la concesión correspondiente y con recursos propios fomenta y desarrolla la infraestructura necesaria y suficiente para la instalación y funcionamiento de la zona franca, y asume seguidamente la dirección y administración de la misma.” (de idéntica forma se pronuncia el artículo 2, inciso a, del Reglamento sobre el Régimen Laboral en las Zonas Francas y Parques Industriales). Luego, el artículo 8, apartado 1, del Decreto-Ley, plantea: “Pueden solicitar el otorgamiento de una concesión administrativa respecto a una determinada zona franca, las personas naturales o jurídicas, con domicilio en el extranjero y capital extranjero, o las personas jurídicas nacionales.”
- los concesionarios de las concesiones contenidas en los Decretos No. 167 y 190, y en los Acuerdos de 20 de octubre de 1998, de 16 de noviembre del 2000, de 15 de diciembre del 2000 y de 22 de mayo del 2001, todos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, son empresas mixtas.

De la enumeración precedente podrá sentarse como regla general, sin entrar a considerar los casos particulares de cada tipo de concesión, que pueden ser concesionarias en nuestro país (aunque pequemos de reiterativos) las personas naturales cubanas, las personas naturales y jurídicas extranjeras y las personas jurídicas cubanas; excepto en las concesiones mineras, donde se exige que la persona tenga domicilio legal permanente en Cuba.

Ahora bien, de la lectura de los artículos reproducidos se infiere que no todas las personas pueden ser sujetos de la totalidad de las concesiones que actualmente existen en nuestro país, lo que sin dudas nos demuestra la política que al efecto siguen las autoridades nacionales, a partir de la idea que no todas las concesiones se abren a cualquier tipo de persona, lo que refuerza la línea seguida en la política económica e inversionista. Siguiendo el hilo conductor de lo expuesto, se puede realizar un desglose y plantear que quedan como concesionarios en Cuba (o como potenciales concesionarios):

- a) la persona natural cubana, sólo para los casos de concesiones mineras, concesiones pesqueras y concesiones de instalación de establecimientos destinados al cultivo de organismos acuáticos en jaulas flotantes. Es menester aclarar que en la práctica, hasta donde conocemos, no se ha otorgado ninguna de éstas concesiones a una persona natural cubana, por lo que la misma no existe como concesionario en el espectro cubano de hecho al respecto, aunque potencialmente lo puede ser. Sobre el resto de las concesiones, la circunstancia de que no se regule expresamente en la letra de las normas jurídicas que a ellas se refieren, ni que exista fácticamente un concesionario que sea persona natural cubana, viene dada por la política económica seguida por las autoridades cubanas en relación con el tema de las inversiones.
- b) el empresario individual extranjero, que es la persona natural con domicilio legal en el extranjero que, en nombre propio, realiza una actividad constitutiva de empresa (o actos de comercio). Esta categoría queda excluida en el supuesto de las concesiones mineras a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Minas.
- c) el empresario social extranjero, que es la persona jurídica con domicilio legal en el extranjero que se dedica a realizar, en nombre propio, actividades mercantiles. Igualmente queda fuera de los casos de las concesiones mineras por el referido artículo 3 del Reglamento de la Ley de Minas.
- d) la empresa mixta, que, a los efectos de la legislación interna, es la compañía mercantil cubana que adopta la forma de sociedad anónima por acciones nominativas, en la que participan como accionistas uno o más inversionistas nacionales y uno o más

inversionistas extranjeros (según el artículo 2, inciso i, de la Ley No. 77, de la Inversión Extranjera).

Quisiéramos observar aquí, que la empresa mixta es una de las formas de asociación económica internacional que prevé la Ley No. 77. La otra es el contrato de asociación económica internacional, que, siguiendo el artículo 2, inciso g, del referido cuerpo legal, es el pacto o acuerdo entre uno o más inversionistas nacionales y uno o más inversionistas extranjeros, para realizar conjuntamente actos propios de una asociación económica internacional, aunque sin constituir persona jurídica distinta a las partes. Hemos hecho esta observación porque, como en virtud del contrato de asociación económica no se crea una nueva persona jurídica, los reunidos bajo esa forma asociativa no podrán ser concesionarios, actuando así asociados. Ese contrato no crea una persona distinta a la de los intervinientes; por lo tanto, no puede otorgársele concesión alguna. El concesionario tiene que ser una persona y no un contrato porque el elemento personal de la concesión es de gran importancia y debe estar bien delimitado; por la propia naturaleza e implicaciones de aquélla, no se le puede conferir un objeto en calidad de tal a algo que no constituye en sí una entidad con personalidad propia.

- e) las personas jurídicas nacionales que adoptan la forma de sociedad mercantil, principalmente la de sociedad anónima y cuyo capital es de procedencia estatal.
- f) la empresa estatal cubana, que es una organización económica, con personalidad jurídica, balance financiero independiente y gestión económica, financiera, organizativa y contractual autónoma, que se crea para la dirección técnica, económica y comercial de los procesos de elaboración de los productos y/o servicios. Se adscribe directamente a un órgano superior de dirección empresarial, o al órgano estatal o de gobierno que se determine (siguiendo el apartado 2.2, párrafos primero y segundo, de las Bases Generales del Perfeccionamiento Empresarial).
- g) otras personas jurídicas nacionales que se autoricen. Ninguna de esas personas, por su carácter de tal, está automáticamente apta para ser concesionaria; necesitan contar, además, con la autorización del órgano competente; lo cual es un elemento que

agrava el proceso concesionario respecto a la persona que desee ser concesionaria, traduciéndose en un mecanismo de reducción del ámbito subjetivo de la concesión. Es una manera de actuar que tiene el Estado cubano para evitar, en principio, que personas que no respondan a sus intereses lleguen a ser titulares de derechos concesionales y tengan poder de acción sobre ciertos objetivos de importancia nacional que estén involucrados como objetos de concesión; por demás, ello también le permite seguir con la línea trazada en materia de inversiones e inversionistas.

DOCUMENTOS

HABEAS CORPUS
(CASO ABIMAEI GUZMAN R.) (*)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Expediente N° 590-2001-HC/TC
Lima
Abimael Guzmán Reynoso y otra

Lima, veintidós de junio de dos mil uno.

VISTO

El recurso extraordinario interpuesto por doña María Pantoja Sánchez y otros contra el auto expedido por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas sesenta, su fecha cuatro de diciembre de dos mil, que confirmando el apelado declaró improcedente la acción de hábeas corpus; y,

ATENDIENDO A

1.- Que, el argumento del rechazo *in limine* de la presente acción de garantía se sustenta en considerar que los hechos cuestionados conciernen a la ejecución de la condena judicial dictada, emitida por jurisdicción militar en proceso de competencia de la misma, precisando que la jurisdicción constitucional no está concebida para revisar aspectos

(*) El Peruano, 14 de agosto de 2001.

que atañen a un proceso regular, por lo que las anomalías de éste deben resolverse dentro del mismo proceso.

2.- Que, sin embargo, el objeto del presente proceso constitucional es que la autoridad jurisdiccional disponga que “cese el estado de incomunicación, asilamiento absoluto y perpetuo y sometimiento a condiciones de reclusión inhumanas, humillantes y degradantes, incompatibles con la persona humana”, a las cuales estarían sometidos los beneficiarios. En tal sentido, no se cuestiona, como erróneamente se ha entendido en las instancias del Poder Judicial, la sentencia condenatoria de los beneficiarios, sino las condiciones de reclusión bajo las que se encuentran. Por consiguiente, dado que la presente controversia no se plantea respecto a la regularidad o no del proceso en el que se expidió la citada sentencia, no es de aplicación lo previsto por el inciso 2) del artículo 6° de la Ley N° 23506, no procediendo el rechazo *in limine* de la presente demanda; correspondiendo a este Tribunal Constitucional aplicar lo previsto por el segundo párrafo del artículo 42° de su Ley Orgánica, N° 26435.

3.- Que, siendo el objeto del presente proceso constitucional que el órgano jurisdiccional disponga que “cesen las condiciones de reclusión ya expuestas” (fojas treinta y tres vuelta), se está ante la pretensión del denominado “hábeas corpus correctivo”, que procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan reclusas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados. Así queda en claro que, aún cuando el artículo 12° de la Ley N° 23506 no comprende como derechos susceptibles de ser protegidos los antes mencionados, ello no implica que se les deniegue protección, dado que el citado artículo tiene sólo carácter “enunciativo”, con lo cual se debe entender que otros derechos que no estén comprendidos en el mismo, pero que tengan relación directa con el derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas privadas de su libertad o internadas, pueden ser protegidos a través del presente proceso constitucional. Por lo tanto, para el Tribunal Constitucional queda claramente establecido como principio de observancia obligatoria para jueces y tribunales, de conformidad con la Primera Disposición General de nuestra Ley Orgánica, que este tipo de

hábeas corpus correctivo opera en todo ámbito, ya sea cuando la reclusión se cumpla en un establecimiento penitenciario común o en un penal militar, o el internamiento se efectúe en un establecimiento público o privado.

4.- Que, por lo tanto, de conformidad con el artículo 13° de la Ley N° 25358, Complementaria con la Acción de Hábeas Corpus y Amparo, aunque la privación de la libertad como consecuencia de una sentencia condenatoria no constituye una detención indebida, es indispensable en estos supuestos de hábeas corpus correctivo que el juez, al admitir la demanda, efectúe una investigación sumaria, con el único propósito de constatar *in situ* las condiciones de reclusión de los beneficiarios y tomar su declaración, así como de la autoridad emplazada para mejor resolver. En consecuencia, como principio de observancia obligatoria para jueces y tribunales, de conformidad con la Primera Disposición General de nuestra Ley Orgánica, debe considerarse que, ante la interposición de hábeas corpus del tipo correctivo, es necesario que el órgano jurisdiccional actúe la citada diligencia.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica;

RESUELVE

Declarar NULA la recurrida, insubsistente la apelada y NULO todo lo actuado; reponiéndose la causa al estado en que sea admitida la demanda y se transmite con arreglo a Ley. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el Diario Oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

SS. REY TERRY; NUGENT; DÍAZ VALVERDE;
ACOSTA SANCHEZ; REVOREDO MARSANO;
GARCIA MARCELO.

AMPARO
(CASO TELEFONICA CON OSIPTEL) (*)

SALA CORPORATIVA TRANSITORIA
ESPECIALIZADA EN DERECHO PUBLICO

Causa N° 170-97

Lima, nueve de marzo de mil

Novecientos noventa y ocho.-

VISTOS EN DISCORDIA; con el dictamen fiscal de fojas trescientos dos a trescientos siete; y los informes orales de los señores abogados de las partes; CONSIDERANDO: Primero: Que como se desprende de la demanda de fojas ciento tres, Telefónica del Perú Sociedad Anónima interpone demanda de fojas ciento tres, Telefónica del Perú Sociedad Anónima interpone demanda de Amparo contra el Organismo Supervisor de Inversión Privada de Telecomunicaciones, con la finalidad de que en primer término, se declare la inaplicación de las Resoluciones del Cuerpo Colegiado Ordinario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Teleco-

(*) Se publica esta sentencia de amparo, que quedó consentida, en la cual Telefónica del Perú SAA obtuvo la invalidez de diversas disposiciones de OSIPTEL que la obligaban a entregar información relativa a los usuarios y que afectaba el secreto de las comunicaciones. Posteriormente, la Ley 27336 de 5 de agosto de 2000, otorgó nuevamente tal facultad a OSIPTEL de solicitar discrecionalmente la información que necesite, modificando así por esta vía, lo dispuesto en esta ejecutoria.

municaciones Número 017-CCO/96 (fojas once a doce), 030-CCO/97 (fojas veintiocho a treintitrés), así como la Resolución Presidencial del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones Número 002-97-DP/OSIPTEL (fojas cuarenta a cuarentiuno) por las cuales el Organismo Colegiado Ordinario, dispuso la exhibición del listado completo –a nivel local y nacional– de la identidad y lugares de instalación de sus usuarios bajo la modalidad de “alquiler de circuito”; y por la que, imputándole la comisión de falta grave le impuso la multa de treinta unidades impositivas tributarias cobrables coactivamente y sin perjuicio que se cumpla con efectuar la exhibición, bajo apercibimiento de seguir imponiéndole nuevas sanciones; y la última por la que la Dirección Presidencial del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones confirmó la anterior, desestimando la apelación propuesta por Telefónica del Perú Sociedad Anónima. En segundo término, se solicita que al dejar sin efecto las resoluciones impugnadas; se disponga la devolución del importe de multa impuesta; Segundo: Que a fin de resolver la controversia, en cuanto al primer aspecto, se requiere determinar el concepto y alcances de lo que constituye el secreto de las comunicaciones, consagrado en el inciso 10) del artículo 2 de la Constitución Política del Estado para luego determinar las connotaciones de inconstitucionalidad que se denuncia; Tercero: Al respecto, debe considerarse como punto de partida que el inciso 10) del artículo 2 de la Carta Magna consigna el secreto y la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados, explicitando que “Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos, por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la Ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos que motiva el examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes, documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente de conformidad con la Ley. Las acciones que al respecto se tomen, no pueden incluir sustracción o incautación salvo por orden judicial”. Esta norma contiene una disposición general que, para la circunstancia, obliga a analizar el Contrato Ley de Concesión aprobado por Decreto Supremo 11-94-TC publicado el trece de mayo de mil novecientos noventicuatro el mismo que ha sido celebrado entre el Esta-

do, Telefónica del Perú Sociedad Anónima y también suscrito por el emplazado Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL; esta convención tiene rango constitucional en virtud de lo previsto en el artículo 62 de la Carta Magna Vigente y contiene en la Sección 8.10 incisos a), b) y c) una conceptualización amplia del secreto de las telecomunicaciones y protección de datos; que obliga a la empresa concesionaria a salvaguardarlos estableciendo para ello medidas y procedimientos razonables que como se advierte, no sólo conciernen al contenido de la comunicación, sino también a la protección de datos y confidencialidad de la información personal relativa a los usuarios que obtenga en el curso de sus negocios, salvo el consentimiento previo, expreso y por escrito del usuario y demás partes involucradas y/o una orden judicial específica para levantarlo. Finalmente se dispone la instauración de medidas y procedimientos también razonables para salvar el secreto mencionado en interés de la seguridad nacional en coordinación con el Ministerio (Estado) de conformidad con el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones; Cuarto: Concordando los alcances de las normas y contrato glosado, se advierte en forma incuestionable que el secreto protegido por la Magna Lex, no sólo se contrae al contenido de las comunicaciones, como ha interpretado la A-quo en los considerandos sexto y séptimo de la sentencia recurrida, sino también a la confidencialidad de la información personal relativa a los usuarios; en consecuencia, se evidencia que el Cuerpo Colegiado Ordinario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada de Telecomunicaciones, al requerir a Telefónica del Perú la exhibición del Listado completo –a nivel local y nacional– de la identidad y lugares de instalación de sus usuarios bajo la modalidad de “Alquiler de Circuitos” a efecto de resolver una controversia suscitada entre Red Científica Peruana y Telefónica del Perú Sociedad Anónima, sin contar con autorización expresa y escrita de los usuarios o haber obtenido autorización judicial con arreglo a las normas previstas en el artículo 9 del Reglamento de Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo 620-94-PCM la inducía a incumplir la responsabilidad contenida en la norma 8.10 del Contrato Ley que resulta de obligatorio cumplimiento para las partes, máxime además, si se considera que para resolver una controversia local (relacionada con una línea de-

dicada entre los locales de Miraflores y Monterrico) de Red Científica Peruana, y la ahora accionante, le requirió el listado completo esto es, a nivel local y nacional de usuarios con identidad de lugares de instalación lo que evidentemente resulta irracional y por tanto, permite llegar a la convicción de que efectivamente se ha producido una violación de la garantía constitucional denunciada; en consecuencia, debe aclararse la procedencia de la acción constitucional promovida en este primer extremo; Quinto: En lo relacionado con la anulación de la multa y la devolución de su importe, debe tenerse en consideración que esta sede constitucional, no es la vía idónea para el propósito, en razón de que el proceso de Amparo, que por Ley y la doctrina se caracteriza por ser excepcional, sumario, sin etapa probatoria y en el que sólo cabe el raciocinio lógico-jurídico del operador legal respecto de un derecho evidente, esto es incuestionable y virtual, se limita a protegerlo reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza, como se precisa en el artículo 1 de la Ley 23506; en consecuencia este proceso no suple las vías ordinarias, en las que por su amplitud, permiten la declaración, reconocimiento o modificación de derechos, aspecto no pasible en el instituto del amparo. Por tanto, tal extremo de la pretensión demandada no resulta de amparo. Por tanto, tal extremo de la pretensión demandada no resulta de amparo, quedando a salvo el derecho de la parte para que lo haga valer con arreglo a Ley en la vía específica correspondiente y como consecuencia del derecho constitucional restablecido en el otro extremo; por estos fundamentos; REVOCARON la sentencia de fojas doscientos veinticinco a doscientos treinta, su fecha veintitrés de junio del año próximo pasado por la que se declaró infundada la demanda de amparo constitucional interpuesta a fojas ciento tres, por Telefónica del Perú Sociedad Anónima contra el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL; REFORMÁNDOLA DECLARARON: FUNDADA la demanda en el extremo de la inaplicación de las Resoluciones del Cuerpo Colegiado Ordinario del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones Números 017-CCO/96 y 030-CCO/97 así como la Resolución de la Presidencia del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones número 002-97-DP/OSIPTEL e IMPROCEDENTE la demanda en lo que concierne a la declaratoria de nulidad y devolución del importe de multa impuesta a la actora; estando a que la presente resolución

sienta precedente de observancia obligatoria; MANDARON que consentida o ejecutoriada sea se publique en el Diario Oficial "El Peruano" por el término de Ley; y los devolvieron.-

ZARATE DEL PINO
GONZALES CAMPOS
CHOCANO POLANCO

EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR VOCAL DIRIMIENTE DOCTOR ZARATE DEL PINO, ES COMO SIGUE: . . .

Oídos los informes orales de los abogados de las partes; con lo expuesto por el Señor Fiscal Superior en su dictamen de fojas trescientos dos a trescientos siete; y CONSIDERANDO: Primero: Que, del petitorio de la demanda de amparo de fojas ciento tres a ciento veintiocho de Telefónica del Perú Sociedad Anónima, aparece que se pretende la inaplicabilidad de las Resoluciones del Cuerpo Ordinario del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones Número 017-CCO/96 y 030-CCO-97, así como de la Resolución de la Presidencia del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones Número 002-97-PD/OSIPTEL, por las que se les requiere información reservada respecto a la identidad de los usuarios de alquiler de circuitos privados y sus lugares de instalación y le impone sanción de multa equivalente a treinta unidades impositivas tributarias ante incumplimiento que consideran injustificados; proceso en el que no se trata tanto de establecer si el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL tiene o no competencia para requerir esa información sino más bien si ella afecta al derecho constitucional al secreto de las comunicaciones y al derecho de intimidad; Segundo: Que, ante todo debe precisarse que la información requerida por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL a Telefónica del Perú Sociedad Anónima no es en relación a los usuarios regulares del Servicio Público de Telefonía bajo la modalidad de abonado y cuyo listado se publica en la guía telefónica, salvo el derecho de exclusión que puede hacer valer el abonado; sino a los usuarios de alquileres o arrendamiento de circuitos privados que son de uso exclusivo para satisfacer las necesidades propias de comunicación del usuario, que no es accesible a terceros; Tercero: Que, ubicados en

relación a ese servicio, el punto medular de la controversia se contrae a determinar la extensión conceptual del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones precisando si comprende únicamente al contenido de las comunicaciones o si alcanza también a la existencia de las comunicaciones y a la información personal relativa a los usuarios; y, si el nombre de los usuarios de alquiler de circuitos privados de telecomunicaciones, su domicilio o los lugares de instalación de sus circuitos son o no informaciones protegidas por el derecho a la intimidad; lo que debe analizarse en el contexto en que se produce ese requerimiento de información por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL a fin de no establecer en forma abstracta la extensión de los derechos señalados sino en relación al caso concreto de autos; Cuarto: Que, por el artículo 4 de la Resolución Número 017-CCO/96 de fecha dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y seis emitida por el Cuerpo Colegiado Ordinario del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones se solicita a Telefónica del Perú Sociedad Anónima el listado completo, a nivel local y nacional, de la identidad lugares de instalación de sus usuarios bajo la modalidad de alquiler de circuitos privados, requiriéndose adicionalmente información sobre ubicación física de los lugares de instalación de los circuitos, las puertas contratadas, configuración de las líneas, capacidad, velocidad de las líneas, cobertura del servicio local LDN y LDI, fecha del presupuesto o la factura, servicios, adicionales relacionados al arrendamiento de líneas (frame relay, tecnología x.25, otros), tipo de línea (analogía, digital, terrestre, satelital y otros); es decir información detallada para resolver una denuncia interpuesta por la Red Científica Peruana contra la Telefónica del Perú Sociedad Anónima sobre competencia desleal; Quinto: Que, en la Resolución del mismo Cuerpo Colegiado Ordinario del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones Número 030-CCO/97 del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y siete señala que esa información resultaba necesaria para determinar "si en la controversia suscitada, se ha producido trato discriminatorio o se ha recurrido a la práctica del dumping, precios subvencionados o cruzados" determinación que se mencionaba sólo era posible realizar a partir de la información relativa a otros usuarios de Telefónica del Perú Sociedad Anónima, que sólo ella podía proporcionar; Sexto: Que, el derecho de toda persona al secreto y a la inviolabilidad de sus comunica-

ciones y documentos privados, consagrado por el artículo 2 inciso 10) de La Constitución Política, no se circunscribe únicamente al contenido de las documentaciones y documentos privados, interpretación restrictiva deductiva de la literalidad del párrafo segundo de la norma citada respecto a que las comunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento del Juez, sino que la amplitud de ese derecho, cuya acepción se hace más compleja por el avance tecnológico en materia de telecomunicaciones, debe ser apreciada en consonancia con el desarrollo reglamentario y el propio negocio jurídico celebrado entre el Estado y la concesionaria del servicio público de telecomunicaciones denominado entonces la Compañía Peruana de Teléfonos Sociedad Anónima que van delineando la fisonomía de ese derecho; Sétimo: Que, el artículo 10 de la Directiva sobre Procedimiento de Inspección y Requerimiento de Información en Relación al Secreto de las Comunicaciones, aprobada por Resolución Ministerial Número 622-96-MTC/15.17 de fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y seis, al hacer referencia al secreto de las comunicaciones no se limita al contenido en sí sino que la hacen extensiva a la existencia de cualquier comunicación, la que tiene racionalidad pues de conocerse la existencia de comunicaciones, que implica la identidad del autor o destinatario del enlace, la oportunidad, frecuencia o prioridad de las comunicaciones, aún con prescindencia de su contenido, pueden inferirse conclusiones que afectan a la privacidad o a la intimidad de los interlocutores; Octavo: Que, a su vez, el contrato de concesión de fecha dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro celebrado entre el Estado – Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y la empresa concesionaria entonces denominada Compañía Peruana de Teléfonos Sociedad Anónima, cuya estabilidad se encuentra protegida por el artículo 62 de la Constitución Política de cualquier modificación legislativa posterior, sin que ello implique elevar sus disposiciones a rango constitucional, establece, en su sección 8.10 bajo el epígrafe “Secreto de las Telecomunicaciones y Protección de Datos”, como obligación de la empresa concesionaria, el de salvaguardar el secreto de las telecomunicaciones comprendiendo dentro de ese concepto “La confidencialidad de la información personal relativa a los usuarios que atiende en el curso de sus negocios”, salvo autorización escrita de los abonados como anteriormente lo gestionara el Organismo

Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones según documentos en fojas cuarentiocho a setentiocho y de fojas doscientos ochentidós a doscientos noventidós; o en su defecto por mandato judicial motivado; Noveno: Que, si bien la cláusula 11.04 del citado contrato que es concordante con otras disposiciones legales, establece que el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones está facultada para solicitar a la empresa concesionaria que presente informes periódicos, estadísticos y cualquier otra información a fin de hacer valer las cláusulas sobre prohibición de prácticas monopólicas tales como abuso de posición dominante y trato no discriminatorio, debe compulsarse dicha facultad con la obligación de la concesionaria de salvaguardar el secreto de las telecomunicaciones, de cuya evaluación razonada surge la prevalencia de la obligación de la empresa concesionaria respecto a la potestad del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, ya que no se puede afectar el secreto de las comunicaciones que se extiende a la existencia de las mismas y a la información personal relativa a los usuarios para resolver una controversia promovida con interés comercial por la Red Científica Peruana alegando requerir condiciones competitivas para el desarrollo de sus actividades, contra Telefónica del Perú, que es su competidora en la provisión de servicios de acceso a INTERNET; pues así como no existe derechos absolutos tampoco puede admitirse la existencia de potestades ilimitadas; Décimo: Que, la información relativa a la identidad de los usuarios de los circuitos privados de telecomunicaciones, de los lugares de instalación de los circuitos y otras especificaciones técnicas, no es imprescindible y de hecho no lo ha sido para que el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones pueda resolver la controversia antes mencionada, sobre comisión de actos de competencia desleal e incumplimiento contractual, que fue resuelta en última instancia administrativa por Resolución de Presidencia Número 020-98-PD/OSIPTEL de fecha seis de febrero de mil novecientos noventiocho publicada en el Diario Oficial del dieciocho de ese mes y año, que ha sido resuelta tomándose en consideración la demora en la atención a las solicitudes de conexión a Lima de diversas instituciones y universidades del país, que las califica como infracciones y en base a la conducta displicente o negligente que habría mostrado Telefónica del Perú Sociedad Anónima en el curso de ese proceso; Décimo Primero: Que, el emplazado Organismo Super-

visor de Inversión Privada en Telecomunicaciones en el rubro quinto de su escrito de contestación a la demanda de fojas ciento cincuentinueve a ciento ochentiuno, señala que la información solicitada tenía por objeto determinar si Telefónica del Perú Sociedad Anónima estaba ofreciendo condiciones más ventajosas a los consorcios provinciales que solicitan línea dedicada, si estaban ofreciendo precios empaquetados, de dumping o de subvención cruzada, y si la falta de instalación de la fibra óptica por Red Científica Peruana la sitúa en desventaja tecnológica frente al nuevo servicio anunciado por Telefónica: UNIREN, hechos respecto a los cuales no tenía pertinencia o necesidad imprescindible la información confidencial acerca de los usuarios de alquiler de circuitos privados de Telefónica, pues en el primer extremo el cargo tiene relación con un convenio de cooperación con la Asamblea Nacional de Rectores para ofrecer un descuento de veinte por ciento a las Universidades que no se otorgó, cuando ese pedido se tramitó a través de la Red Científica Peruana; que la supuesta subvención cruzada no es tal sino que se deriva de la configuración de la red diseñada por la Red Científica Peruana de acuerdo a su propia estrategia empresarial; y que la falta de instalación de fibra óptica ha sido consecuencia de la presentación de los presupuestos imprecisos que no le han permitido al cliente contratar el servicio; de los cuales se desprende pues que la información confidencial respecto a los usuarios de servicios de alquiler de circuitos privados que afecta derechos tan sensibles como relativos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones no era relevante para los fines de resolver la controversia administrativa; Décimo Segundo: Que, el resto de lo actuado no altera las consideraciones precedentes adheriéndome en lo relativo a la insubsistencia de la multa impuesta y en lo demás que contiene a la Ponencia de los Señores Chocano Polanco y Gonzáles Campos, por lo que MI VOTO es por que se REVOQUE la sentencia de fojas doscientos veinticinco a doscientos treinta, su fecha veintitrés de junio de mil novecientos noventa y siete, por la que se declara infundada la demanda de amparo interpuesta a fojas ciento tres por TELEFÓNICA DEL PERU SOCIEDAD ANÓNIMA contra el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL; y REFORMÁNDOLA se declare FUNDADA dicha demanda sobre inaplicación de las Resoluciones Número 017-CCO/96 y 030-CCO/97 así como la Resolución de la Presidencia del Organismo Supervisor de inversión Privada en Telecomunicaciones

– OSIPTEL Número 002-97-DP/OSIPTEL, en cuanto a la entrega de información confidencial; e IMPROCEDENTE la demanda en el extremo relativo a la insubsistencia de la multa impuesta.-

DR. JUAN ZARATE DEL PINO

Vocal

EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR VOCAL DOCTOR SIXTO MUÑOZ SARMIENTO ES COMO SIGUE: . . .

De conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Superior en su dictamen de fojas trescientos dos a trescientos siete; por los fundamentos de la recurrido; y CONSIDERANDO Además: Primero: Que, en nuestro sistema económico se ha establecido una economía social de mercado, por ende en ella se alienta la libre competencia, y es en dicha coyuntura que el papel del Estado en el ámbito de los servicios públicos, es garantizar la universalidad del mismo, protegiendo al usuario sin importar que el operador sea público o privado y el de garantizar que la libre competencia entre las empresas operadoras sea transparente, prohibiendo el abuso de la posición dominante en el rubro de las telecomunicaciones; Segundo: Que en este contexto, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL-, en representación del Estado, conforme lo refiere el inciso j) del artículo sexto y el artículo veintiuno del Reglamento del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL-a, así como el inciso a) del artículo cuarto y artículo veinticuatro del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa, es competente para llevar a cabo esta función supervisora y reguladora de los servicios públicos en telecomunicaciones; Tercero: Que, dada la importancia y a fin de que cumpla con sus funciones, la ley prevé la entrega de información al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL por parte de las Empresas prestadoras de los servicios públicos en telecomunicaciones, con el único propósito de esclarecer y resolver las controversias sometidas a su jurisdicción; en tal sentido, conforme al artículo doce del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, se entiende que dicha entrega de información es obligatoria y perentoria

sólo si se ha emitido para cada caso un requerimiento escrito por parte de la entidad Supervisora, que así lo indique de manera inequívoca; Cuarto: Que, la demandada ha actuado en el ejercicio regular de sus funciones, empleando las facultades concedidas por las leyes específicas glosadas, coligiéndose que el requerimiento de información y la multa impuesta a la accionante no resultan violatorias de derechos constitucionales; por estas consideraciones; MI VOTO: es porque se CONFIRME la Sentencia apelada de fojas doscientos veinticinco a doscientos treinta, su fecha veintitrés de junio de mil novecientos noventa y siete, por la que se declara INFUNDADA la demanda de Amparo Constitucional incoada a fojas ciento tres y siguientes por TELEFONICA DEL PERU SOCIEDAD ANONIMA, contra el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.-

DR. SIXTO MUÑOZ SARMIENTO
Vocal

EL SECRETARIO DE SALA QUE SUSCRIBE CERTIFICA QUE ADEMÁS DE LO EXPUESTO POR EL SEÑOR VOCAL DOCTOR MUÑOZ SARMIENTO, LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR VOCAL DOCTOR INFANTES MANDUJANO, SON COMO SIGUE: . . .

Que, ME ADHIERO al Voto del Señor Vocal Doctor Muñoz Sarmiento; y singularmente además sustentó mi voto: Que, el petitorio está referido a que se declare que las Resoluciones del Cuerpo Colegiado Ordinario del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones Número 017-CCO/96 y Número 030-CCO/97, así como la Resolución de la Presidencia del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones Número 002-97-PD/OSIPTEL son violatorias del derecho al secreto de las telecomunicaciones, al requerir información sobre la identidad de los usuarios y los lugares de instalación de circuitos, sin mediar autorización de aquellos o una orden judicial motivada.

Que, el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Que, los derechos protegidos por las acciones de garantía deben entenderse e interpretarse dentro del contexto general de la Constitución Política del Perú, los Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la República y los Principios Generales del Derecho y preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

Que, siendo esto así, se colige que el requerimiento de información respecto a la identidad de usuarios y los lugares de instalación de circuitos, sin mediar autorización de aquellos o una orden judicial motivada no atenta a lo preceptuado por el inciso 10) del artículo 2 de la Constitución Política; por cuanto, esta norma garantiza a toda persona el secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados; es decir, está referido al contenido de la comunicación, –a lo que se comunica a otra persona–, y no a la existencia misma de la comunicación; habida cuenta, que las comunicaciones y sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, obligando la Magna Lex a guardar secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen; por tanto, el propósito de la inviolabilidad de las telecomunicaciones obedece al mismo propósito de impedir que se conozca el contenido de las telecomunicaciones; consecuentemente, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL no puede ni podría solicitar información alguna respecto del contenido de las comunicaciones que está reservada únicamente al Juez.

DR. PEDRO INFANTES MANDUJANO
Vocal

DR. JORGE SALAZAR SANCHEZ
Secretario

HUGO EYZAGUIRRE DEL SANTE
Presidente

SEMBLANZA

IN MEMORIAM

**PEDRO PLANAS SILVA
(1961 – 2001)**

Domingo García Belaunde

Sorpresivamente falleció Pedro Planas en la ciudad de Ayacucho el 7 de octubre del año en curso, víctima de un paro cardíaco. Nada hacía prever tal desenlace, de quien era un activo periodista de larga trayectoria, ahora entregado a delicadas tareas políticas en materia de descentralización.

Desde muy joven Planas se dedicó al periodismo y cursó los estudios de tal disciplina. Y dentro de ella, se dedicó, desde un comienzo, al comentario y al análisis de la política. Pronto sus análisis periodísticos tomaron vuelo y adquirieron la forma de libro. Pero no se detuvo ahí. Se dio cuenta que tenía que acercarse al fenómeno histórico, sociológico e institucional, para mejor comprender la realidad. Fue así como hizo estudios y profundizó en diversos campos, de lo cual es muestra suficiente la vasta producción bibliográfica que llegó a acuñar en tan pocos años. En materia política son relevantes, sobre todo, sus análisis sobre Haya de la Torre y el partido aprista en sus inicios; el pensamiento novencentista, y en especial, el vinculado con Víctor Andrés Belaunde, que se dio dentro de un contexto de revalorización del pensamiento del novecientos. Y

en materia constitucional, a la que llegó como una necesidad inevitable de sus estudios, diversos ensayos sueltos que están recogidos, en lo fundamental, en sus libros *Rescate de la Constitución* (1993), *Regímenes políticos contemporáneos* (1998) *Historia y democracia constitucional en el Perú* (1998) y *Modernas tendencias del Derecho Constitucional en América Latina* (1999).

Pero por encima de esas facetas, Planas fue sobre todo un periodista lúcido, un activista de primer orden unido a las causas más nobles, y un luchador incansable de la democracia.

Su temprana muerte nos lo arrebató cuando podíamos esperar nuevos y más maduros frutos de su clarísimo talento y de su terca disciplina para el trabajo.

NORMAS PARA LOS COLABORADORES DE LA «REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO»

- 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 posibles, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre de autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.).
- 7) Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un ejemplar, y de ser posible, un diskette word for windows, versiones 5, 6 o 7.
- 8) La dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
- 9) A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y 12 separatas.
- 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.

Esta Revista se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Editora Jurídica Grijley,
(E-mail: grijley@terra.com.pe),
el día 20 de diciembre de 2002,
al conmemorarse el nacimiento (Lima, 20-XII-1912)
del magistrado y profesor universitario
Domingo García Rada († Lima, 9-VI-1994).

SUMARIO

ACTUALIDAD: SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Samuel B. Abad Yupanqui: Reforma Constitucional y Derechos Humanos.

Primeros pasos, grandes desafíos

Enrique Bernales Ballesteros: Una Constitución estable para institucionalizar el Perú

Edgar Carpio Marcos: El derecho a un proceso que dure un plazo razonable en el Anteproyecto de Reforma Constitucional

Francisco José Eguiguren Praeli: El Congreso, el Gobierno y sus relaciones políticas, en la propuesta de reforma constitucional

César Landa: Reforma de la Constitución económica

Víctor Julio Ortecho V.: En el camino de una reforma o de una nueva Constitución

Humberto Uchuya Carrasco: La reforma constitucional y el órgano jurisdiccional

ESTUDIOS

Lucio Pegoraro: El debate sobre el federalismo en Italia y la revisión constitucional de 2001

Francisco Fernández Segado: El federalismo en América Latina

Andry Matilla Correa: El sistema concesional cubano

DOCUMENTOS

Hábeas Corpus (Caso Abimael Guzmán R.)

Amparo (Caso Telefónica con Osiptel)

SEMBLANZA

In Memoriam. Pedro Planas Silva (1961-2001)



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

(SECCIÓN PERUANA)