

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
D. RECTOR
LUIS ELGUERA VALEGA
SECRETAR. C.

AÑO 15, N° 29
JULIO-DICIEMBRE DE 2014

29 / 2014

Revista Peruana de

Derecho Público

ESTUDIOS

Principio mayoritario y regímenes presidenciales en
América Latina

DIETER NOHLEN

El control de convencionalidad. Avances y retrocesos

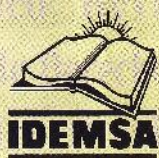
JUAN CARLOS HITTERS

¿De qué hablamos cuando hablamos de control
de convencionalidad y diálogo jurisprudencial?

VÍCTOR BAZÁN

Genealogía política del militarismo peruano

LUIS ELGUERA VALEGA



Revista Peruana de
Derecho Público

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 15, Número 29 • Julio-diciembre 2014

Director

Domingo García Belaunde

Comité de Redacción

**Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren
Praeli, César Landa Arroyo, César Ochoa Cardich y José F. Palomino Manchego**

Secretario de Redacción

Luis Elguera Valega

Comité Asesor Internacional

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

Comité Consultivo Nacional

Alberto Ruiz Eldredge (†)

Allfredo Quispe Correa (†)

Gustavo Bacacorzo

Correspondencia editorial:

Av. José Gálvez 200 (Corpac), Lima 27 - PERÚ

E-mail: lcelguera@gmail.com

© **IDEMSA**

Importadora y Distribuidora

Editorial Moreno S.A.

Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102

E-mail: editorialmoreno@yahoo.es

jml_idemsa@hotmail.com

Distribución:

Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102

Tel (01) 427-2128

Tel/fax: (01) 427-9760

Arequipa: Calle San José N° 311 Of. 106

Tel/fax: (054) 28-3366

Cusco: Maruri N° 228 Of. 201

Tel/fax: (084) 24-7575

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 1501012001-0883

Ejemplares: 130

La "Revista Peruana de Derecho Público" se encuentra en versión digital en el sitio web: www.garciabelaunde.com libre de todo costo, desde el número 1 al 25. Ejemplares en físico, según nuestras existencias, pueden solicitarse al siguiente correo electrónico lcelguera@gmail.com al precio, por ejemplar, de S/. 30.00 o US\$ 10.00. El envío a Lima y provincias tiene un costo de S/. 8.00 por número. Los envíos al extranjero pagarán el importe del flete aéreo en vía normal o courier, según pedidos.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta Revista por cualquier método o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopia, sin autorización escrita del Director y los autores

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

SUMARIO

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

ESTUDIOS

Principio mayoritario y regímenes presidenciales en América Latina DIETER NOHLEN	13
---	----

El control de convencionalidad. Avances y retrocesos JUAN CARLOS HITTERS	39
---	----

¿De qué hablamos cuando hablamos de control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial? VÍCTOR BAZÁN	73
---	----

Genealogía del militarismo político peruano LUIS ELGUERA VALEGA	105
--	-----

HOMENAJE A PETER HÄBERLE CON MOTIVO DE SUS OCHENTA AÑOS

Peter Häberle: autorretrato de un jurista universal a los ochenta años de edad DIEGO VALADÉS	137
--	-----

SUMARIO

Peter Häberle. Una semblanza personal con motivo de su ochenta aniversario FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	151
Homenaje a Peter Häberle en dos tiempos JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO	157

NOTAS

El agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Brewer-Carías HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA	177
El Código Procesal Constitucional y los retos pendientes. Diez años después SAMUEL B. ABAD YUPANQUI	187
Memoria del V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional MIGUEL P. VILCAPOMA IGNACIO	195

NECROLÓGICA

David Sobrevilla Alcázar (1938–2014) DOMINGO GARCÍA BELAUNDE	203
Luis Carlos Sáchica (1928–2014)	207

EDITORIAL

A inicios del semestre el Gobierno promulgó la Ley Universitaria, fruto de un proyecto que venía suscitando opiniones a favor y en contra en diversos ámbitos. No es factible analizar la norma por razones de espacio, lo que no nos inhibe de hacer algunas precisiones, por sus alcances materiales y por el vínculo de esta Ley con la vida académica, que tanto interesa a nuestros lectores.

Primeramente, no se puede dejar de reconocer que la universidad peruana ha venido arrastrando graves problemas, cada vez más ostensibles con el crecimiento social y económico. Pero debemos atender que éstos están cifrados en un grueso de casos que no alcanzan un buen nivel de calidad y no en todas las casas universitarias. Hay, pues, muy respetables universidades en nuestro medio nacional, que en nada pedían la dación de una norma como ésta.

Creemos que habría correspondido hacer primero un estudio realista y de consenso, que defina antes bien los problemas, sus causas y razones, a fin de evaluar posibles enfoques y derroteros. Por el contrario, esta Ley parece haber venido por delante de los bueyes y surgida de una premisa ideológica: el Gobierno público como panacea para todo mal.

Llama nuestra atención que en la Ley se incurra en un mal uso de conceptos. El concepto de “universidad” puede ser adscrito a diversos conceptos, pero es indudable que ella obedece básicamente a la formación de la juventud y a la acumulación y la difusión del saber. Y para esto, la libertad de acción, de cátedra, de manejo interno, es clave. Y se reconduce al concepto de “autonomía”, que es precisamente lo que está en juego con la creación de la SUNEDU, aspecto sensible de la ley, al margen de otros aspectos realmente positivos.

Pero ahora lo importante debe ceder a lo urgente. En el semestre han emergido graves problemas de corrupción en algunos gobiernos regionales. Esto delata debilidades en la llamada Descentralización, hecha hace una década con poca, si alguna meditación. Se ha descubierto que tras algunos gobiernos operaban mafias de crimen organizado, que han cometido graves delitos en la disposición de bienes públicos y otros que darán gran trabajo a la Fiscalía. Urge revisar el sistema político de las autonomías regionales, más allá de la medida de poner más controles al uso de recursos financieros por parte de estos gobiernos tomada por el Congreso, una fórmula clásica de nuestra tradición, tan adicta al control y la sanción punitiva como solución. Más bien, el problema sería de bases culturales y socioeconómicas. Estemos al tanto del desarrollo de estas investigaciones, como fuente para comprender mejor el problema en su raíz.

* * *

En el presente número hemos privilegiado dos temas de importancia. El primero es, el control de convencionalidad y el segundo nuestro homenaje al prof. Peter Häberle, con motivo de su octogésimo aniversario y que tan ligado ha estado a nuestra comunidad académica.

Lima, diciembre de 2014
La Dirección

ESTUDIOS

PRINCIPIO MAYORITARIO Y REGÍMENES PRESIDENCIALES EN AMÉRICA LATINA *

Dieter Nohlen **

SUMARIO: I. En torno al principio mayoritario. II. La naturaleza institucional del principio mayoritario. III. Democracia mayoritaria vs. democracia consociativa. IV. Parlamentarismo vs. presidencialismo. V. Reformas constitucionales y principio mayoritario en América Latina. VI. Regímenes presidenciales en América Latina: Democracia vs. dictadura. VII. La democracia indefensa en el contexto de la confusión conceptual. VIII. Retos para las ciencias sociales. IX. El alcance politológico del principio mayoritario.

En este ensayo trataré de analizar una institución, un principio institucional, para averiguar su alcance. Se trata del principio mayoritario. Quisiera ver qué significado tiene en el desarrollo político y en diferentes contextos, comparando Europa y América Latina así como situaciones intra-latinoamericanas. Empezaré con unas reflexiones conceptuales e históricas en torno al mismo y pasaré a explicar su naturaleza, considerando cómo se expresa en el ámbito institucional.

Luego incurriré en la diferencia que marcan las formas de gobierno, el parlamentarismo y el presidencialismo, respecto al alcance del principio

(*) Texto base revisado y aumentado de la conferencia pronunciada el día 26 de noviembre de 2014 en Lima en el marco de la Cátedra Democracia del Jurado Nacional de Elecciones, acto en el que el autor fue galardonado por parte de este supremo Tribunal Electoral del Perú con la Medalla al Mérito Cívico en el grado de Defensor de la Democracia.

(**) Universidad de Heidelberg.

mayoritario, destacando que el parlamentarismo —basándose en el principio proporcional— tiende a la democracia consociativa mientras que el presidencialismo —basándose en el principio mayoritario— es proclive a la democracia de competencia.

A continuación, demostraré cómo en el caso de la democracia parlamentaria europea el alcance del principio mayoritario, en los últimos decenios, ha sido cada vez más limitado mientras que, en el caso de la democracias presidenciales, en general, ha ocurrido todo lo contrario: en las reformas constitucionales recientes se ha fortalecido el significado del principio mayoritario. Este proceso ha conducido en algunos países de América Latina a sobrepasar los límites tolerables para poder seguir contándolos como democracias, lo que me lleva a introducir el concepto de régimen presidencial, una categoría que puede abarcar democracias y dictaduras. Enseguida, expondré, que el discurso político en América Latina permanece insensible a esta creciente disparidad entre distintos tipos de régimen presidencial, de modo que el uso del concepto de democracia parece totalmente confuso.

Trataré de evidenciarlo empíricamente a dos niveles, primero el político en el ámbito de las relaciones internacionales, políticas y jurisdiccionales, segundo en el académico, donde la presencia de dos conceptos de democracia constituye un enorme reto para las ciencias sociales. Termino destacando que el principio mayoritario puede figurar como criterio para diferenciar entre distintos tipos de regímenes presidenciales.

I. EN TORNO AL PRINCIPIO MAYORITARIO

El principio mayoritario quiere decir que es la mayoría quien decide, es la voluntad de una mayoría la que se convierte en la voluntad de todo el grupo.¹ Así, este puede ser entendido como principio de decisión. La mayoría decide, por ejemplo, en una consulta popular así como en una elección uninominal. Sin embargo, si se trata de la composición de un órgano plurinominal, por ejemplo una asamblea representativa, puede ser entendido también como principio de representación. La idea es, entonces, que se constituye una mayoría en la representación popular, aunque a nivel de los electores esta no existiera, en función de facilitar un gobierno de mayoría como supuesta esencia de la democracia.²

El principio mayoritario tiene una larga historia desde la antigüedad hasta hoy, pasando desde su imposición (frente a la unanimidad), por su

⁽¹⁾ Esta sencilla definición de trabajo permite avanzar en nuestro planteamiento sin necesidad de considerar las diferentes concepciones del principio mayoritario que ofrece la teoría política. Ver p. ej. Heinberg, 1932.

⁽²⁾ Ver entre otros Bagehot, 1867; Schumpeter, 1942; Dahl, 1971.

cuestionamiento (durante la Ilustración Francesa), hasta su sustitución como principio de representación (en el ámbito de los sistemas electorales parlamentarios) y su limitación como principio de toma de decisión.³

A partir de la Revolución Francesa, o sea, a partir de la lenta implementación del sufragio universal, el principio mayoritario entró en relación con distintos modelos de democracia: la democracia representativa, la directa, la radical rousseauiana, la jacobina, la republicana, la deliberativa.⁴ En cada uno de los modelos, el principio mayoritario muestra un alcance distinto. En algunos de ellos, vinculados con el plebiscito como medio para activar la participación directa de la ciudadanía en las decisiones políticas, es el instrumento técnico para establecer y legitimar una dictadura, conforme a lo que señaló Max Weber (1991), cuando desencantó la democracia plebiscitaria como “la ideología de la dictadura contemporánea”. O sea, la institución que desde los tiempos de los antiguos griegos se percibe como intrínsecamente democrática, puede resultar el elemento constitutivo para generar un régimen político categorialmente diferente de la democracia.

II. LA NATURALEZA INSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO MAYORITARIO

El principio mayoritario como institución se revela en sí mismo de diferente manera y, además, en distinta relación con otras instituciones políticas:

Primero. Se expresa en la regla que pide que la decisión sea tomada por la mayoría. Esta norma prescribe, a veces a nivel constitucional, también el tipo de mayoría que se demanda: mayoría relativa, mayoría absoluta, mayoría de dos tercios, según sea el caso. Como principio de representación, se refiere al resultado de una elección en términos de la composición partidista del parlamento. Como ya decíamos, favorece que la mayoría política formada en el electorado, en términos de una mayoría relativa, ocupe una mayoría absoluta en el parlamento.

Segundo. El principio mayoritario se vincula con instituciones que no pueden funcionar de otra manera que a través del uso de este principio. Es así en una votación uninominal, siempre que se trata de un electorado que no se puede reunir como grupo en una asamblea popular como en la polis griega. A ese nivel de colectivos pequeños puede practicarse otras formas para tomar una decisión uninominal: por aclamación, por unanimidad, por acuerdo, por consenso, sin que se pronuncie explícitamente una mayoría.

⁽³⁾ Ver entre otros Staveley, 1972; Scheuner, 1973; Nohlen, 1981; Nohlen, 2015.

⁽⁴⁾ Ver las respectivas entradas en el Diccionario de Ciencia Política de Nohlen y otros, 2006.

Al presidente de un Estado moderno se le elige por mayoría, siempre que el electorado mismo y ningún órgano intermedio tenga la última palabra. No existe otra manera de elegir al supremo mandatario. Lo único que habría que escoger es el tipo de mayoría que se pide. La consulta popular es otra institución que se vincula con el principio mayoritario. La decisión se toma necesariamente por mayoría, existiendo mínimos de participación para que la decisión mayoritaria sea válida.

Tercero. Existen instituciones que no tienen esta necesaria vinculación con el principio mayoritario, son aquéllas plurinominales para cuya composición éste entra en competencia con el principio proporcional, basado en la idea que la representación política tenga que ser un espejo de la distribución de las preferencias políticas prevalentes en el electorado. Así, en el caso de instituciones plurinominales, hay opción. Y puede ocurrir que el principio de representación proporcional gane al mayoritario, a menudo como principio de conformación de instituciones de vocación pluralista en condiciones de alta fragmentación social y política de la sociedad. Es así que en las democracias parlamentarias (salvo en Inglaterra y Francia), el parlamento se elige por medio de un sistema electoral proporcional.⁵ También en la mayoría de las democracias presidenciales latinoamericanas, este se elige por un tipo de representación proporcional.⁶

Cuarto. Discernir entre distintos principios de toma de decisiones y de representación política, no es solo un ejercicio, o solo un esquema analítico. En la política se opta por uno u otro, y las opciones se vinculan con el contexto, con la cultura política. La cultura política de los pueblos consta de mentalidades y pautas de comportamiento, las que corresponden más a este u otro patrón. Esta cultura política se inserta en la preferencia por relaciones verticales u horizontales. Se expresa en la inclinación por un fuerte liderazgo, por imposiciones desde arriba en una relación jerárquica, o un ejercicio del poder equilibrado en base a negociaciones, compromisos y acuerdos en una relación, en principio, entre iguales.

III. DEMOCRACIA MAYORITARIA VS. DEMOCRACIA CONSOCIATIVA

Tomar opciones respecto a los principios mayoritario y proporcional, puede llevar a que todo el sistema político alcance un determinado carácter muy relacionado con ellos. Es el caso de la disyuntiva entre las llamadas democracias de competencia o mayoritarias y democracias de concordancia

⁽⁵⁾ Ver Nohlen/Stöver, 2010.

⁽⁶⁾ Ver Nohlen, 2005; Garrido/Martínez/Parra, 2011; Alcántara, 2013.

o consociativas, tipos modélicos (*Idealtypen* según Max Weber) que hoy constituyen una clasificación básica en la doctrina del gobierno comparado. En el caso de la democracia de competencia, rige el principio mayoritario en cuanto al sistema electoral, a la conformación del parlamento y a la del gobierno. El sistema de partidos tiende al bipartidismo, que por su parte está vinculado con la idea de la alternancia en el gobierno. La mayoría partidista decide, y el elector con su voto decide sobre quién gobierna y quién ejerce la función de control. En el caso de la democracia consociativa, rige un sistema de representación proporcional, el sistema de partidos tiende al pluripartidismo, el gobierno consta de una coalición, y las políticas públicas resultan de negociaciones, de compromisos y acuerdos (ver Lijphart, 2012).

Reitero, estos son tipos modélicos. Sin embargo, en general, se vinculan con la cultura política del lugar, de modo que donde ésta es proclive al acuerdo y al compromiso, la política se adapta a la institucionalidad de la democracia consociativa, y donde ella es tendiente a la confrontación, la política corre con las reglas de la democracia de competencia. Pero la relación no es lineal. Mientras que ciertas instituciones parecen indicar un carácter consociativo de la democracia, a veces el comportamiento de los actores sigue determinado por la cultura política del modelo contrario. Es así que en España, el principio proporcional de su sistema electoral y el multipartidismo correspondiente no han impedido que el proceso de toma de decisiones se caracterice por elementos de la democracia de competencia.

IV. PARLAMENTARISMO VS. PRESIDENCIALISMO

Si se parte del tipo de sistema de gobierno, se hace entender por qué el principio mayoritario es mucho más importante en América Latina comparado con Europa. Mientras que en el viejo continente dominan los sistemas parlamentarios del tipo democracia consociativa, en el nuevo mundo rigen sistemas presidenciales del tipo democracia mayoritaria. Como decía Arend Lijphart (1994: 92): “el presidencialismo tiene una fuerte tendencia de hacer la democracia mayoritaria”. En su estudio comparativo entre democracias de competencia y democracias de concordancia, apunta a que el presidencialismo “en cinco (de las ocho dimensiones) que concierne a la relación entre el poder ejecutivo y los partidos políticos opera en primer lugar en la dirección de promover una democracia mayoritaria” (Lijphart, 1994: 96).⁷ Son varias las razones que hacen el presidencialismo mucho más proclive al principio mayoritario.

⁷ Acorde con su opción normativa, Lijphart (1994: 91) ve la debilidad de la forma presidencial de gobierno causada por su fuerte inclinación hacia la democracia mayoritaria.

La *primera razón*, como ya he señalado, reside en que, en el presidencialismo, la elección del presidente —del ejecutivo— es por mayoría. Es una decisión unipersonal que no puede ser tomada de otra manera, siempre que sea el electorado que en última instancia tome la decisión.⁸ No caben partes, como en elecciones pluripersonales,⁹ es decir, en elecciones parlamentarias. En el parlamentarismo, en donde el ejecutivo emana de las mayorías parlamentarias, para la elección de la única institución de legitimidad popular (el parlamento) está a disposición todo el abanico de los sistemas electorales, desde sistemas proporcionales puros hasta sistemas mayoritarios. Y de verdad, en la mayoría de las democracias representativas se aplica un sistema de representación proporcional (ver Nohlen, 2014a).

La *segunda razón* reside en que el presidente es el órgano constitucional más fuerte, domina a menudo la práctica política. El parlamento, que en América Latina en general se elige por un sistema proporcional, no se impone al ejecutivo en ningún lugar, y es raro que se llegue a un equilibrio de poderes, lo que reduce el real impacto del principio proporcional en la democracia presidencial.¹⁰

La *tercera razón* se refiere únicamente al ejecutivo, precisamente a su organización interna que en el presidencialismo está dominada por el presidente. Los secretarios de Estado son de su exclusiva responsabilidad,

⁽⁸⁾ Conviene considerar que sin esta condición pueden exhibirse elementos proporcionales en las elecciones presidenciales. Así, en Chile y Bolivia, el parlamento participó en la elección del presidente en caso de que ningún candidato consiguiera la mayoría absoluta de los votos. En Chile, el Congreso tenía que decidir entre los dos candidatos más votados. En realidad, el Congreso siempre eligió al candidato más votado, también en la contienda muy polarizada de 1970, cuando el socialista Salvador Allende recibió los votos de los parlamentarios de la Democracia Cristiana, sin que se estableciera una suerte de pacto. En Bolivia, el parlamento pudo optar entre los tres primeros candidatos más votados, y ejercía este derecho de modo que efectivamente el segundo en votos populares salió elegido, incluso una vez el tercero. La necesaria negociación en el parlamento servía para formar pactos entre los partidos cuyos votos en conjunto decidieron la elección presidencial. Así se añadió al principio mayoritario un elemento de concertación entre los partidos y entre el ejecutivo y el legislativo de crucial importancia respecto al resultado electoral y al estilo de gobierno. En Uruguay, el presidente se eligió tradicionalmente por medio de la elección parlamentaria (doble voto simultáneo). No ganó necesariamente el candidato con mayor cantidad de votos populares, sino el candidato, líder de una lista o de un sublema, cuyo lema (partido) hubiera podido alcanzar la mayor cantidad de votos, acumulando los votos de las diferentes listas y sublemas integrantes. Estos tres países pasaron en los años 1990 a elegir su presidente a través de un sistema de mayoría absoluta por el electorado mismo. (ver Nohlen, 1981).

⁽⁹⁾ Experiencias de órganos ejecutivos colegiados se frustraron (ver por ejemplo Simón Bolívar (1817) en su discurso de Angostura, en parte reproducido en Lijphart, 1992).

⁽¹⁰⁾ El tema del equilibrio de poderes y de cooperación entre ambos poderes del Estado en la toma de decisiones políticas ha sido un topos predilecto en el debate sobre la reforma del presidencialismo, que hizo hincapié en la introducción de instituciones y técnicas de origen parlamentario como coaliciones o pactos de gobierno para facilitar la gobernabilidad así como acuerdos entre diferentes intereses (ver Nohlen/Fernández 1991; Linz/Valenzuela, 1994; Nohlen/Fernández, 1998; Arias/Ramacciotti, 2005, Ellis et al., 2009, Orozco Henríquez, 2012).

por lo menos en cuanto a su nombramiento, y no forman un gabinete como en un sistema parlamentario, donde las responsabilidades son de alguna manera repartidas entre sus miembros y los diálogos y deliberaciones puedan llevar a una decisión conjunta. La práctica de un gabinete podría aliviar el peso de la decisión mayoritaria.¹¹

La *cuarta razón* se fundamenta en el hecho de que la cultura política concuerda con esta estructura de desequilibrio entre los órganos del Estado y al interior del ejecutivo, para no decir que es la propia cultura política la que determina la manera de cómo actúan e interactúan los actores políticos inter e intraórganos. Se observa en América Latina una tendencia hacia el liderazgo personal, fuerte, a veces carismático, sólo limitado en el tiempo, condición que a veces los detentadores del poder tratan incluso de eliminar.¹² Como líder de legitimidad mayoritaria, le caracteriza a menudo por buscar, en vez del acuerdo, la confrontación. En contraste con el prestigio del poder ejecutivo, la cultura política tiende a menospreciar los recursos políticos del parlamento, incurre en sus debilidades y de los de sus integrantes, los partidos políticos. Aunque elegido por representación proporcional, se lamenta la supuesta falta de representatividad de la representación política, y se critica sin criterio los estilos políticos parlamentarios, aunque concuerden a veces con el principio de consenso: la negociación, el pacto y el equilibrio.

V. REFORMAS CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIO MAYORITARIO EN AMÉRICA LATINA

Como hemos señalado, el presidencialismo latinoamericano, ya por su estructura institucional misma y su vinculación con la cultura política local es proclive a “hacer la democracia mayoritaria”. Vamos a ver ahora, en qué dirección operan las reformas institucionales que se han legislado en Latinomérica en los últimos decenios. Para ello, me restrinjo a tres ámbitos: el sistema electoral, la reelección del presidente y a los instrumentos institucionales de la democracia directa, a referendos y plebiscitos.¹³

Sistema electoral. Revisando las reformas electorales en América Latina, observamos, primero, que éstas han constituido la mayor parte de

⁽¹¹⁾ El tema de la descentralización del poder ejecutivo ha sido también objeto de debate para reformar el presidencialismo. Ver sobre todo Valadés sobre el gobierno de gabinete (2003) y la parlamentarización del presidencialismo (2008). Ver también Orozco Henríquez, 2012.

⁽¹²⁾ Donde se lo respeta, confirma el carácter pluralista del sistema, donde ya no, la democracia ha perdido este carácter. Es por la propia experiencia histórica que en algunas constituciones latinoamericanas se ha establecido la alternancia como parte integrante del concepto de la democracia que se define en ellas.

⁽¹³⁾ Dejo a un lado, por ejemplo, la revocatoria. Ver al respecto Tuesta Soldevilla, 2014.

las reformas institucionales en la región, y segundo, que las reformas de los sistemas electorales se han centrado en aquellas para las elecciones presidenciales.¹⁴

La doctrina científica distingue entre dos efectos que se ejercen: el primero es el efecto sobre la elección misma del presidente, el segundo sobre el sistema de partidos políticos. Generalmente el análisis se centra en el primer efecto. En un sistema de mayoría relativa, el candidato vencedor probablemente solo disponga de una baja aceptación, muy por debajo del cincuenta por ciento, y con ello, de una base de legitimación bastante exigua. Por el contrario, el sistema de mayoría absoluta asegura una amplia aceptación, sino en la primera vuelta, a más tardar en la segunda. El mayor grado de legitimidad a través de la mayoría absoluta puede contraer, sin embargo, un primer inconveniente. Así, Jorge Lanzaro (2008) señaló que el sistema presidencial (incluso en el caso uruguayo de una cultura consensualista, ver Rama, 1987; de Riz, 2008) podría “caer en un presidencialismo más ‘duro’, generando desencuentros entre los partidos y vaivenes antagónicos entre los poderes del Estado, sin descartar las cadencias populistas y las pretensiones de hegemonía. Las circunstancias se agravan si atrapado por el ‘mito del mandato’ popular, el presidente se siente portador de una ‘voluntad general’ y no cultiva las lógicas negociales”.

Un segundo inconveniente del sistema de mayoría absoluta puede ocurrir en relación al sistema de partidos. Radica en el fomento de una mayor dispersión del voto que se produce en la primera vuelta, pues, por regla general, en ella se presentan muchos más candidatos de los que tienen alguna probabilidad de ganar la elección presidencial. Esta práctica está motivada por un cálculo electoralista de los partidos, que esperan conseguir más votos para su lista en las elecciones parlamentarias si presentan una candidatura propia en las elecciones presidenciales. La consecuencia para el sistema de partidos, mayor fragmentación, es, a todas luces, negativa. En resumen: mientras que el presidente gana en legitimidad, el parlamento pierde en poder articularse mayoritariamente.¹⁵

En contraste con las reservas científicas (ver Martínez, 2004), América Latina ha vivido en el último tiempo un proceso de reforma con marcada tendencia a favor del sistema de mayoría absoluta. El argumento de mayor

⁽¹⁴⁾ Ha habido también reformas en relación a los sistemas electorales parlamentarios, pero estas han sido en su gran mayoría más bien pequeñas, no tocaron el tipo de sistema electoral, salvo en Venezuela y Bolivia, donde se ha pasado de un sistema de representación proporcional personalizado a un sistema segmentado, en su práctica de fuerte tendencia mayoritaria, y sólo recién en Chile, donde en 2015 se sustituyó el tan controvertido sistema binominal por un sistema de representación proporcional en circunscripciones variables de tamaño pequeño y mediano, sistema con considerables efectos disproporcionales.

⁽¹⁵⁾ Ver también Garrido/Martínez/Parra, 2011.

peso ha sido el de terminar con la experiencia de que el presidente fuera elegido con sólo una fracción minoritaria del electorado y de dotarle con mayor legitimidad, sin considerar los obvios efectos de fragmentación partidaria. Y como enseña Ismael Crespo Martínez (2009: 170), entre “más elevada la fragmentación de una asamblea, mayor es la probabilidad de que se promueva una reforma electoral para adoptar el sistema de mayoría absoluta”, dado que este sistema ofrece mayor capacidad de negociación de los partidos pequeños y, al mismo tiempo, debido a los efectos que ejerce sobre el sistema de partidos, mejora sus posibilidades de representación parlamentaria.

Reelección. Pasamos al segundo ámbito de reformas, al tema de la reelección presidencial. A nivel teórico, hay argumentos válidos en favor y en contra de la reelección inmediata.¹⁶ Para evaluarla, es importante tomar en cuenta el contexto. En América Latina, la tendencia histórica ha sido convertir la reelección en un instrumento para mantenerse en el poder. En lugar de permitir la continuidad en el ejercicio del poder por un segundo mandato en función de seguir ejerciendo políticas públicas aún no acabadas, interponiendo al electorado con su voto de apoyo o rechazo, la reelección ha sido utilizada para garantizar el continuismo autoritario. Por esta experiencia, la reelección inmediata ha sido prohibida en la gran mayoría de las constituciones. El politólogo argentino Mario Serrafiero (1997) sostuvo que su combinación “con un diseño institucional de presidencialismo fuerte o hipertrófico no es la mejor de las opciones, sino el riesgo más cierto contra la vigencia auténtica de los derechos de los ciudadanos, el equilibrio de poderes y la estabilidad de las instituciones”.

Si observamos las reformas a la reelección presidencial a partir de la redemocratización, se han producido variaciones importantes respecto a la normativa constitucional, pero la tendencia preponderante era abrir a los gobernantes la posibilidad de ser reelegidos, inmediatamente o después de un período presidencial. Hace veinticinco años, la no-reelección inmediata era la regla en la región (ver Nohlen, 1993). Las excepciones eran muy contadas (Nicaragua, Paraguay, República Dominicana). En la actualidad (2015), son 14 (de 18) los países que permiten la reelección, siete de ellos la reelección inmediata: Argentina (desde 1994), Brasil (desde 1997), Venezuela (desde 1998), Colombia (desde 2004), Bolivia (desde 2007), Ecuador (desde 2008) y Nicaragua (desde 2009).¹⁷

⁽¹⁶⁾ Los respectivos argumentos ya han sido exhibidos por Alexis de Toqueville en 1835. Véase *La democracia en América* (1990), tomo 1: 134–136.

⁽¹⁷⁾ Chile, Costa Rica, El Salvador, Panamá, República Dominicana, Perú y Uruguay permiten la reelección después de un período electoral, regla que hay saber diferenciar bien de la reelección inmediata en la evaluación comparativa de la tendencia reeleccionista de América Latina.

Todas las reformas que permitieron la reelección inmediata fueron iniciadas por el presidente en ejercicio y en 'pro' de la prolongación de su propio mandato (véase también García Belaunde, 2014). En todos los casos, de hecho, los presidentes han sido reelegidos: Cardoso en Brasil, Chávez en Venezuela, Correa en Ecuador, Morales en Bolivia, Fernández en República Dominicana, Ortega en Nicaragua. En la mayoría de los casos, las reformas no eran por consenso, sus entradas en vigor encubiertas en la lucha por el poder en las próximas elecciones. Y dado que era más difícil conseguir las respectivas reformas constitucionales a través de la legislación corriente en el marco de los poderes constituidos (parlamento, tribunales constitucionales), se llamó —en ocasiones— al poder constituyente, al pueblo, siempre entusiasmado con la expectativa de que finalmente las cosas cambian, y más proclive a líderes con cierto carisma y retórica populista que a instituciones pluripersonales, para instalar asambleas constituyentes y para promulgar nuevas constituciones que legalizan la reelección.¹⁸

La tendencia al continuismo se afirmó en los países con nuevas constituciones, por el razonamiento de que la primera elección anterior a ellas no cuenta (Fujimori en 2000, Morales en 2014), en contra de la oposición que sostenía que la tercera candidatura sería ilegal. Fernando Henrique Cardoso (en Castañeda, 2014) resumía: "De casi 20 intentos de reelección presidencial en América Latina, sólo han fracasado dos: Hipólito Mejía en Costa Rica, y Alberto Fujimori en Perú la segunda vez. Todos los salientes, ganan". Mientras tanto, crece la tendencia a permitir la reelección de forma indefinida. Ya son dos países, Venezuela y Nicaragua, que lo han legislado.

Democracia directa. Pasamos ahora al tema de la democracia directa. En el marco de una democracia moderna no existe incompatibilidad entre los elementos representativos y plebiscitarios de participación política. Los mecanismos de participación directa del electorado pueden completar y profundizar la democracia, sobre todo en la dimensión de la legitimidad de las decisiones políticas. Una importante condición, sin embargo, de una exitosa integración de elementos plebiscitarios, por parte de la democracia representativa, es la fortaleza del sistema de partidos políticos. Sin embargo, como afirman correctamente Daniel Zovatto y José de Jesús Orozco Henríquez (2008: 143) "en ausencia de instituciones democráticas representativas eficientes, fundadas en un sistema de partidos políticos estable

Queda prohibida toda reelección en Guatemala, Honduras, México y Paraguay.

⁽¹⁸⁾ Respecto a la tendencia de recurrir a la soberanía popular, Luis Fernando Torres habla incluso de un presidencialismo constituyente, una "nueva modalidad de autoritarismo político", en el caso de Ecuador "legitimado por una mayoría relativa de electores en no menos de cuatro procesos electorales sucesivos (...), conservando (así) ante el mundo la calidad de gobernante democrático y constitucional" (Torres, 2009, 21-22). Para el proceso constituyente de Venezuela véase Brewer-Carías, 2013.

y correctamente arraigado en la sociedad, los mecanismos de democracia directa pueden significar un elemento distorsionador”.

En América Latina, la esperanza en la democracia directa emanaba de la crisis de la democracia representativa, vinculada con el desencanto con la democracia en cuanto a su funcionamiento y sus resultados junto con la crítica a la representación, por su falta de representatividad y —especialmente— con la desconfianza en los partidos políticos. En este sentido, con la crisis de la democracia representativa y la de los partidos políticos (ver Paramio, 2008), América Latina ha tenido el peor *timing* para que los instrumentos de la democracia directa no sean instrumentalizados por objetivos autoritarios.

El encanto por la democracia directa llevó, durante las décadas de ochenta y noventa, a todas las reformas constitucionales en la región a incluir elementos de democracia directa, especialmente el de la consulta popular (véase Zovatto/Orozco 139-140, cuadro 21), siendo Uruguay el único país que contaba con una tradición de democracia directa, dado que allí la consulta popular había sido introducida ya en 1934 (véase Nohlen 2005, tomo 2). Sin embargo, ya en Uruguay, como comenta Alicia Lissidini (1998, 195), los plebiscitos uruguayos durante el siglo XX no eran “ni tan democráticos ni tan autoritarios”, en concreto, “la mayoría (de ellos) tuvieron un carácter más autoritario que consociativo” (1989: 205).

En relación a esta experiencia conviene añadir que ya en teoría, la consulta popular contiene elementos no-democráticos. Francisco J. Laporta (*El País*, 26 de mayo de 2014) detalló varios momentos en los que en el referendo “no aparece para nada el principio democrático, es decir, en los que el proceso (de democracia directa) que se promueve carece de alcance democrático porque no se expresa en él la voluntad de los ciudadanos, ... sino (es) producto de decisiones políticas no consultadas con pueblo alguno”. Laporta se refiere a “la resolución misma de consultar o no consultar al electorado”, al objeto de la decisión, a la formulación de la pregunta que se somete al pueblo, y al *timing* político, a la fecha en que se lleva a cabo el referendo. Por regla general es el poder ejecutivo que gobierna estas decisiones, el pueblo no lo es de ninguna manera. En el caso de Venezuela, por ejemplo, en su autollamada democracia participativa, el régimen reservó el referendo a sí mismo por no legislar el reglamento para iniciar consultas populares provenientes del pueblo.

En el contexto latinoamericano, las reformas de profundización de la democracia tenían a veces una clara connotación antisistema. El ferviente protagonista de la democracia directa, Paulo Bonavides (2006: 30), lo precisa correctamente al conectarlas con “el ocaso del actual modelo de representación y de partidos. Y el fin que alcanza las formas representativas

decadentes. Este es también el cuadro (alborada) que hace nacer el sol de la democracia participativa en (América Latina)". En general, la experiencia política de la democracia participativa demuestra que el Ejecutivo en el presidencialismo adquiere un enorme poder frente a los demás órganos del Estado, en la medida en que los partidos políticos pierden su capacidad de representación y los grupos de la sociedad civil tratan de invadir su campo y de desplazarlos. Mientras que los primeros fallan, los segundos se equivocan. La democracia participativa fortalece el establecimiento de un poder ejecutivo fuera de dimensiones compatibles con la democracia y el Estado de derecho. Como decía el cientista político boliviano Jorge Lazarte Rojas (2009): "El participacionismo, no es la participación ciudadana, sino un recurso de los autoritarismos plebiscitarios".

Analizando los datos empíricos, "la mayoría de los países mantienen un bajo componente de democracia directa en el plano nacional" y de manera muy disimilar (Zovatto/Orozco Henríquez, 2008: 143). El número de consultas populares ascendió a nueve en la década de los ochenta, a 20 en la década de los noventa, a 19 desde 2000 hasta 2012. Sin embargo, mientras que Daniel Zovatto y José de Jesús Orozco Henríquez (2008: 138) sostienen que no sería "posible determinar por qué algunos países han empleado más que otros estos mecanismos; pareciera que la respuesta pasa por el contexto partidario y por la cultura política dominante de cada país", la asociación de la práctica referendaria con el autoritarismo plebiscitario es más que patente. Por ejemplo, a partir de 2000, Venezuela, Ecuador y Bolivia lideran el ranking.¹⁹ Si dejamos a Uruguay a un lado, los demás países han experimentado —solamente— una sola consulta popular.

VI. REGÍMENES PRESIDENCIALES EN AMÉRICA LATINA: DEMOCRACIA VS. DICTADURA

El análisis politológico no puede restringirse únicamente a la descripción de los procesos que se observa. Estos tienen que analizarse más sustancialmente para ser comprendidos y para así señalar sus consecuencias, sin vacilar en llamar a los resultados por sus nombres.²⁰

Primero. El principio fundamental que se ha fortalecido por medio de las reformas institucionales es el principio mayoritario. En el caso de la implantación del sistema de mayoría absoluta, se fortaleció el principio ya

⁽¹⁹⁾ Por país a partir de 2000: Venezuela 4 (2000, 2004, 2007, 2009), Ecuador 4 (2006, 2007, 2008, 2011), Bolivia 3 (2004, 2008, 2009), Uruguay 2 (2003 y 2004), Brasil 1 (2005), Colombia 1 (2003), Costa Rica 1 (2007), Panamá 1 (2006), Paraguay 1 (2011), Perú 1 (2010).

⁽²⁰⁾ Era Carlos Rangel (1982: 41) quien llamaba la atención al "gusto latinoamericano por no llamar las cosas por su nombre".

existente para aumentar la legitimidad mayoritaria del elegido; en el caso de la reelección, se prolongó la mayoría ya existente de la que disponía el detentador del poder ejecutivo en el tiempo frente a la oposición menos competitiva con lo que se limitaba el principio de la alternancia en el poder; en el caso de los mecanismos de democracia directa se fortaleció la decisión por mayoría, pues en procedimientos de democracia directa se realiza sin falta el principio mayoritario. La pregunta clave es, si este desarrollo de mayor incidencia del principio mayoritario ha servido o no al desarrollo democrático de América Latina.

Segundo. El supuesto es que el alcance del principio mayoritario es un criterio clave para diferenciar entre distintos regímenes presidenciales, entre democracias y dictaduras. Mientras que en unos países latinoamericanos este proceso de dar mayor peso al principio mayoritario en el proceso de formación de la voluntad política se desarrolló dentro de la democracia constitucional del Estado de derecho, en otros países pasó estos límites. El principio mayoritario resultó ser, dentro de la llamada democracia participativa, el medio para convertir la democracia presidencial en una dictadura plebiscitaria. Se cumplió lo que Alexis de Tocqueville (1835) temió: la aplicación tiránica del principio mayoritario. Esta evolución divergente ha implicado un quiebre conceptual en el estudio de la política latinoamericana. El contenido de los conceptos básicos como el de la democracia ya no es el mismo. Sin embargo, es a través de los conceptos que se describe y se conoce la realidad.

Para efectos comparativos, sintetizamos rápidamente los límites del principio mayoritario en las modernas democracias representativas que no invalidaron, sino legitimaron su permanencia como principio de decisión (ver Bobbio, 1984).

En *primer lugar*, una Constitución no expresa la voluntad de la mayoría, sino que revela un acuerdo básico entre las fuerzas sociales y políticas de un país (ver Sternberger, 1992). Es una condición crucial para que la minoría acepte las decisiones mayoritarias que obligan a todos.

En *segundo lugar*, los derechos humanos y las libertades políticas no están a disposición de ninguna mayoría, son garantizados por la propia Constitución y protegidos por un tribunal constitucional.

En *tercer lugar*, los poderes del Estado son independientes uno del otro. Hay separación de poderes. En el juego entre mayoría y minoría existen contrapesos al poder de la mayoría electoral.

Y, en *cuarto lugar*, la minoría puede convertirse en mayoría. Sobre quién es mayoría, deciden periódicamente las elecciones que son libres y honestas.

Estos principios del desarrollo democrático de las democracias constitucionales (ver Salazar Ugarte, 2006) no son ajenos a las convicciones

democráticas que hasta hace poco expresaban el consenso en América Latina, como demuestra la Carta Democrática Interamericana, aprobada el 11 de septiembre de 2001. El artículo 3 dispone: “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”.

Comparando el catálogo de principios vigentes en las democracias representativas con las prácticas políticas en las democracias presidenciales llamadas “participativas” de América Latina, de origen radical rousseauiano y jacobino, se desprende lo siguiente:

En *primer lugar*, las Constituciones no son de consenso, sino impuestas por la mayoría. En Bolivia, por ejemplo, Fernando Mayorga (2010) constata: “la bancada oficialista aprobó una propuesta de nueva Constitución sin concertar con la oposición y violando las normas del (...) reglamento interno” de la Asamblea Constituyente” al aprobarla con una mayoría absoluta, mientras que el reglamento interno exigía una mayoría de dos tercios (ver también Lazarte Rojas, 2013).

En *segundo lugar*, no hay límites al principio mayoritario, sino el poder de la mayoría es absoluto. No hay protección (en forma de bloque de constitucionalidad) de los derechos humanos, fundamentales y políticos. “La Constitución no opera como freno, en base a la cual se controla el poder y la tentación de la mayoría de imponerse arbitrariamente; “muy por el contrario”, como decía Norberto Bobbio (1985),” el derecho (constitucional) es un instrumento de poder, dicho con otras palabras, el poder no crea el poder con el propósito de ser por éste limitado”. La decisión mayoritaria del pueblo está por encima de cualquier legislación o institución, y su voluntad la ejerce el presidente. Así, el principio mayoritario está llevado a contraponerse al Estado de derecho (ver también Scharpf, 1975).

En *tercer lugar*, se quiebra la separación de poderes. El poder ejecutivo coloniza todas las instituciones de posible control del poder. El poder usurpa —sobre todo— el tribunal constitucional, con lo que, en palabras del politólogo venezolano Ricardo Combellas (2010) “la jurisdicción constitucional se (pone) al servicio del régimen, por encima de los principios y valores constitucionales” y abandona “su rol de protectora de los derechos humanos”, a veces se vuelve “un instrumento de persecución política de la disidencia”.²¹ Un ejemplo puede constatarse en las decisiones del po-

⁽²¹⁾ Ver también Petkoff, 2008; Brewer-Carias, 2009; Brewer-Carías, 2014a.

der judicial usadas como armas contra los parlamentarios y alcaldes de la oposición.²²

En *cuarto lugar*, la minoría está impedida de convertirse en mayoría. No se garantiza una competencia libre e igualitaria por parte de la mayoría; la mayoría gobernante trata de defender el poder por todos los medios administrativos, económicos, de comunicación y de propaganda. Las elecciones, por lo demás, se convierten en plebiscitos que a su vez aumentan la amenaza de la dictadura de las mayorías.

Frente a este resultado, quisiera recordar los preceptos democráticos de la Carta Democrática Interamericana, que sostiene en su artículo dos que “el ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos”. Las democracias participativas no cumplen prácticamente con ninguno de ellos: no se respetan las libertades fundamentales, el ejercicio del poder no está sujeto al Estado de derecho, desprecian el pluralismo político, no se celebran elecciones libres, cierran el acceso al poder de las minorías. Las democracias participativas deducen su legitimidad del principio mayoritario. Sin embargo, el voto mayoritario no convierte a una dictadura en una democracia. Como apunta Amartya Sen (2009), no es tan importante qué se vota, sino el contexto en el que se vota. Dependiendo del contexto, el pueblo puede votar contra la democracia, como advertía el politólogo francés Guy Hermet (1989). El contexto tiene que ser democrático, para que unas elecciones aporten legitimidad democrática a un gobierno.

VII. LA DEMOCRACIA INDEFENSA EN EL CONTEXTO DE LA CONFUSIÓN CONCEPTUAL

A pesar de esto, las dictaduras plebiscitarias son tratadas como democracias, escondidas detrás del concepto de la democracia participativa. A nivel de la OEA, esta confusión incluso llega hasta alterar los calificativos, cuando su Secretario General José Miguel Insulza (7 de marzo de 2014) declara que las protestas callejeras de la oposición democrática contra la dictadura en Venezuela “no ponen en peligro la democracia”. Parece que en la OEA ya nadie sabe qué es la democracia. Me abstengo aquí de explorar las razones que explican esta significativa confusión.

⁽²²⁾ La persecución judicial ha sido también el camino que tomó el régimen boliviano en el ejercicio de hegemonía política del Movimiento al Socialismo (MAS). En un informe de la Asociación Boliviana de Ciencia Política (ABCP, 2014:111) se constata: “Esta situación podría justificarse en el ámbito de un régimen de naturaleza autoritaria y/o fascista, pero nunca en uno que se autodefine como democrático y que, además, reclama —entre otras cosas— la ‘reinención de la democracia’”.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos profesa el mismo escapismo político por no diferenciar en su jurisdicción sobre derechos humanos entre Estados con y sin independencia del poder judicial. En el caso de Allan R. Brewer Carías vs. Venezuela, argumenta cínicamente que el demandante, antes de poder “pretender acudir a la jurisdicción internacional para buscar la protección (de sus derechos), debía haber ‘agotado’ los recursos internos en Venezuela” (Brewer-Carías, 2014: 2), protección que en el Estado sin Estado de derecho nunca podría obtener.²³

Mientras tanto, hay voces de esperanza. En este sentido, es bien llamativo lo que relató Jorge Castañeda recién en *El País* (Democracia y expresidentes, 1º de Junio de 2014) de una tertulia de los expresidentes Felipe González, Ricardo Lagos, Julio María Sanguinetti y Fernando Henrique Cardoso al cumplirse diez años de vida de la Fundación Fernando Henrique Cardoso sobre “el curso de la democracia y del autoritarismo en América Latina”. Aunque se trató de una alineación plural de demócratas, ciertamente, no todos ubicados en el mismo sitio del espectro político, se produjo significativa coincidencia de opinión a propósito de la defensa de la democracia y los derechos humanos. Las principales coincidencias eran tres:

Primero. Que la legitimidad de origen debe compaginarse con la legitimidad de gestión.²⁴ Felipe González subrayó, y lo cito según Castañeda: “No se pueden justificar conductas de Gobierno antidemocráticas —represión, suspensión de libertades, censura— por el simple hecho de haber ganado una elección, aún suponiendo —que no siempre es el caso— que dicha elección haya sido limpia, y menos si no fue equitativa”.

⁽²³⁾ Hector Faúndez, abogado, Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Internacional Público (en *El Nacional*, 29 de agosto de 2014) conecta la sentencia con aspiraciones de uno de los jueces, Diego García Sayán, a la Secretaría General de la OEA y al mismo tiempo continuar siendo juez del tribunal llamado a juzgar los mismos Estados que deberán votar su candidatura, y concluye: “Coincidiendo con las presidencias de García Sayán y Sierra Porto, la jurisprudencia de la Corte ha experimentado un giro de 180 grados, reduciendo los estándares en materia de libertad de expresión, debido proceso, garantías para los defensores de derechos humanos, criterios para combatir la impunidad por graves violaciones de derechos humanos, supervisión de cumplimiento de sentencias, y agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. Mientras las víctimas se preguntan por qué este retroceso, los gobiernos de los Estados que han sido favorecidos por esa nueva jurisprudencia pueden sentirse complacidos”.

⁽²⁴⁾ Con esta consideración, Felipe González abre caminos hacia reflexiones sobre el principio de legitimidad y su relación con el principio de legalidad. Para ser breve, “la legitimidad se refiere al título del poder, la legalidad al ejercicio” (Bobbio, 1985: 30). Ambos principios se refuerzan mutuamente hasta confluir como en la consideración de Felipe González, pues el gobierno, al someterse a la ley en virtud del principio de la legalidad, permite ser considerado detentador del poder legítimo. Todavía más: “la legalidad no es solamente el criterio para distinguir el buen gobierno del mal gobierno, sino también el criterio para distinguir el gobierno legítimo del ilegítimo” (ibid: 33).

Segundo. La deriva autoritaria creciente en la región, lo que subrayó Fernando Henrique Cardoso, y cito a Castañeda de nuevo: “Se justifican las sucesiones dinásticas, las reelecciones permanentes, o comicios cada vez menos transparentes, debido a la utilización del aparato de Estado, de los medios y del dinero del erario para que gane el saliente, o su esposa, o su hijo, o su hermano, o quien fuera. Al generalizarse la reelección, o las transferencias dinásticas, se consagra una tendencia trágica (en América Latina).”

Tercero. Que los demócratas en América Latina no han elevado su voz ante la deriva autoritaria o represiva, en particular en Venezuela.

De esta justa crítica se desprende que el realismo político de los demócratas crece en la medida que se alejan de la práctica política.

VIII. RETOS PARA LAS CIENCIAS SOCIALES

La presencia de dos modelos de democracia, el democrático y el autoritario constituye un enorme reto para las ciencias sociales. No es que las realidades discrepan de los enunciados constitucionales, fenómeno nada nuevo en la región. La norma misma sufre discrepancias internas (ver Carbonell y otros, 2009; Salazar Ugarte, 2013). Como consecuencia, todos los fenómenos institucionales que parecen tener un sentido unitario, sufren significados distintos según los tipos de régimen, democrático o no. Por ejemplo, en las democracias participativas, las Constituciones ya no se perciben y operan como límites del poder, sino más bien se les entiende y utiliza como instrumentos de poder, lo que hace más que cuestionable hablar de un nuevo constitucionalismo en América Latina, cuando las innovaciones constitucionales, a las que se refiere el concepto, van en su práctica en contra de la esencia misma de una Constitución. “El constitucionalismo afirma que la democracia no es sólo la vigencia de la regla de mayoría sino el sometimiento de la regla de mayoría a la regla de reglas: la constitución” (López, 2014). El nuevo constitucionalismo, sin embargo, equivale a la negación del constitucionalismo. Asimismo, las elecciones no abren el acceso al poder, sino lo cierran. La gobernabilidad no se alcanza mediante compromisos entre la mayoría y la minoría, entendida como gobernabilidad democrática, sino es algo impuesto por la mayoría autoritaria, ejercida por el líder político. La justicia no es un producto de equilibrio de intereses y de la aplicación de la ley, sino un arma en contra de la minoría u oposición. En principio, lo que se observa es una perversión de los conceptos a través de las prácticas políticas.

Este es un reto pendiente de afrontar, sobre todo la ciencia política comparativa que se muestra poco preparada para ello. Este comienza a

nivel de descripción, cuando se realizan en función de síntesis latinoamericana comparaciones transversales, por ejemplo en relación a los sistemas de partidos como resultado de unas elecciones que son categorialmente distintas, en algunos casos competitivas, y, en otros, no.²⁵ Todos los estudios de la calidad de la democracia en América Latina parten del supuesto de que se trate en todos los casos de democracias.²⁶ Aunque el resultado de la evaluación varía por país, ninguno sale de la única categoría. Sin embargo, antes de medir, es necesario conceptualizar. Y es la lógica clasificatoria que gobierna la comparación.²⁷

En el campo de la demoscopia, el problema de la validez, es decir, de la consistencia del contenido de algo que se mide, es —en general— ya un problema de primer orden (Falter, 2006). Esta relevancia es todavía mayor cuando precisamente el concepto de democracia no existe. Así, Latinobarómetro en su último informe de 2013 constata “que la palabra democracia significa distintas cosas”. A pesar de esta advertencia, mide el apoyo de la democracia en Venezuela en el último decenio sumando las respuestas positivas de los demócratas y de los que apoyan al autoritarismo chavista. Demócratas y autoritarios confluyen en el apoyo a la democracia que para cada parte significa algo distinto. De allí concluir que “el chavismo ha desmantelado completamente a los autoritarios”, es negar el problema y llevar las conclusiones a la confusión. En el mismo sentido, Latinobarómetro compara entre los países de la región e identifica a Venezuela y Ecuador como “los países que más han aumentado el apoyo a

⁽²⁵⁾ Ver, por ejemplo, Garrido/ Martínez/ Parra, 2011; Alcántara, 2013.

⁽²⁶⁾ Ver, por ejemplo, Levine/ Molina, 2011; Morlino, 2014, Norris/ Frank/ Martínez I. Coma, 2014.

⁽²⁷⁾ Juan J. Linz (2000: XL) subrayó también la importancia de las categorías dicotómicas en el análisis politológico comparativo, cuando pasó revista de las tendencias de juntar adjetivos a la democracia: “Hasta los años setenta del siglo pasado había muchas democracias con adjetivos como democracia “orgánica”, “popular”, “de base”, “tutelada”. Eran los propios regímenes no-democráticos, sus ideólogos y protagonistas que usaban estos términos. Desde mediados de los años setenta y luego en los años ochenta se generó un consenso relativamente claro respecto a cuál régimen se podría llamar democrático y cuál no. En los años noventa, nuevamente se difundió confusión, sin embargo, ahora de parte de autores comprometidos con la democracia, a quienes hay que dirigir el reproche. Ellos ven la democracia siempre avanzando, no toman en cuenta las transiciones de regímenes autoritarios y posttotalitarios y ponen su esperanza en desarrollos democráticos que se desenvuelven en el nivel por debajo del Estado (sociedad civil). Para describir y clasificar estos regímenes no-democráticos, se vincula el concepto de democracia con nuevos adjetivos: “democracia de apariencia”, “pseudo-democracia”, “semi-democracia”, “democracia no-liberal”, “democracia electoral”, “democracia delegativa”, “democracia defectuosa” (Collier/ Levitsky, 1997; Merkel, 1999; Collier/ Addock, 1999). Para evitar confusiones, juntar adjetivos con el concepto de autoritarismo: “autoritarismo electoral”, “autoritarismo pluripartidista” o “autoritarismo de centro con democracia subnacional”. (...) Aunque sí podemos apreciar algunos aspectos positivos de estos regímenes, deberíamos ser conscientes de que no se trata de democracias, incluso aplicando estándares mínimos. Está en juego la precisión conceptual.”

la democracia en América Latina". Este resultado hay que calificarlo como un disparate analítico: el autoritarismo presentado como mejor *performer* democrático.²⁸ Analizar encuestas no consiste en repetir porcentajes, sino en tratar de comprender significados.

El flamante *Electoral Integrity Project* de Pippa Norris y otros autores (2014) incurre en problemas similares. En su primer informe 2013 los expertos nacionales miden la calidad democrática de las elecciones, e incluyen a Cuba en su *ranking* de naciones según el rendimiento que muestran, pese a que allí no hay elecciones libres. Por cierto, parece incuestionable que el partido único comunista gana seguro por altísima mayoría. Pero esto no justifica adjudicar al país caribeño en cuanto a la certeza de los resultados un valor que iguala al respectivo desempeño de Alemania, Islandia, Israel, y supera el de Estados Unidos, Austria e Italia, entre otros. En su desempeño electoral general, Cuba resulta ubicado en el medio del *ranking* en el grupo de países con moderada integridad electoral. Comparando esta evaluación con otros países de América Latina, Cuba aparece como un modelo exitoso para la democracia "electoral" en América Latina. Obviamente, en el quehacer comparativo, la medición no puede sustituir la lógica de la comparación que impone respetar las categorías básicas de democracia y dictadura.

XI. EL ALCANCE POLITOLÓGICO DEL PRINCIPIO MAYORITARIO

Para terminar, mi ensayo sobre el principio mayoritario y los regímenes presidenciales en América Latina quiere llamar la atención de las ciencias sociales sobre la importancia de cuidar los conceptos, su significado y su función en el proceso de conocimiento. Es a través de la reflexión conceptual que el análisis trasciende la descripción de la realidad (*Kenntnis*) y lleva a la comprensión (*Erkenntnis*) de los fenómenos.

La comprensión, por su parte, se manifiesta en saber hacer distinciones. En el campo comparativo respecto al gobierno, disponemos de las categorías básicas de clasificación de democracia y dictadura que esperan ser tomadas estrictamente en cuenta. Como criterio de distinción propon-

⁽²⁸⁾ En el mismo sentido, Jorge Lazarte Rojas (2011) criticó a Latinobarómetro, pues no le parece acertado seguir "sumando datos distintos como si fueran lo mismo". Le parece una ingenuidad, pues es poco probable que los que adhieren a un modelo de "democracia popular", responden a que no apoyan a la democracia, aunque lo que tienen en mente sea incompatible en dimensiones sustanciales con una cierta idea de la democracia presente en los pactos internacionales. Lazarte sentencia finalmente: "Parecería que Latinobarómetro se hubiera contaminado con la concepción "populista" de que cuanto más se vota hay más democracia, sin importar mucho si hay independencia del poder judicial, si se garantiza el ejercicio de los derechos, y si se producen atropellos permanentes del Estado de derecho."

go el principio mayoritario que cuenta con un alto grado de abstracción. Puntualizar las cosas en este principio, encontrar en su forma de aplicación la diferencia que hace la diferencia, por cierto simplifica la complejidad, reduce la variedad de las realidades y, además, permite una clara delimitación entre democracias y dictaduras, dependiendo de su aplicación con o sin límites. En su relación con los regímenes presidenciales, el principio mayoritario es el criterio categorial para tratar el tema del desarrollo democrático en América Latina.

Bibliografía

ABCP (Asociación Boliviana de Ciencia Política) 2014: Pluralismo, inclusión, autodeterminación. Para vivir bien en democracia con autonomías, La Paz: Gama Azul Impresores & Editores.

Alcántara, M. 2013: Elecciones en América Latina. Un análisis comparativo, en: Alcántara, M./Tagina, M.L. (Eds.): Elecciones y política en América Latina 2009-2011, México, 9-70.

Arias, C./Ramacciotti, B. (Eds.) 2005: Presidencialismo y parlamentarismo en América Latina, Washington D.C.: OEA etc.

Bagehot, W. 1961: *The English Constitution* (1ª ed. de 1867), Oxford: Oxford University Press.

Blondel, J. 2006: Evaluando el poder efectivo de los Congresos, en: *Política. Revista de Ciencia Política* 47, pp. 9-26.

Bobbio, N. 1984: Die Mehrheitsregel: Grenzen und Aporien (La regla de la mayoría: Límites y aporías), en: *Guggenberger, B./Offe, C.* (Eds.). *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie. Politik und Soziologie der Mehrheitsregel* (En las fronteras de la democracia mayoritaria. Política y sociología de la regla de la mayoría), Opladen: Westdeutscher Verlag, 108-131.

Bobbio, N. 1985: El poder y el derecho, en: *Bobbio, N. / Bovero, M.*: Origen y fundamentos del poder político, México: Grijalbo.

Bolívar, S. 1992 (1819): The Angostura Address, en: *Lijphart, A.* (Ed.) 1992: *Parliamentary versus Presidential Government*, Oxford: Oxford University Press, 97-100.

Bonavides, P. 2006: Constitucionalismo social y democracia participativa, en: *Valadés, D./Carbonell, M.* (Coord.): *El Estado constitucional contemporáneo*, México: UNAM, tomo 1, 17-30.

Brewer-Carías, A. R. 2009: La demolición del Estado de derecho y la destrucción de la democracia en Venezuela (1999-2009), en: *Reynoso Núñez, J. / Sánchez de la Barquera, H.* (Coord.): *La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario*, México: UNAM, pp. 477-517.

Brewer-Carías, A. R. 2013: *Asamblea Constituyente y proceso constituyente*

- 1999, Caracas: Fundación de Derecho Público: Editorial Jurídica Venezolana.
- Brewer-Carías, A. R.* 2014a: El golpe a la democracia dado por la sala constitucional, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Brewer-Carías, A. R.* 2014b: *Authoritarian Government v. the Rule of Law*, Caracas: Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana.
- Brewer-Carías, A. R.* (Comp.) 2014: *Dictámenes, estudios jurídicos y amicus curae. Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Nueva York.
- Carbonell, M./ Carpizo, J./ Zovatto, D.* (Eds.) 2009: *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México: UNAM.
- Carpizo, J.* 1999: *¿Sistema presidencial o parlamentario? Cuestiones constitucionales I*, 49–84.
- Carpizo, J.* 2000: *Nuevos estudios constitucionales*, México: Editorial Porrúa/UNAM.
- Carpizo, J.* 2007: *Concepto de democracia y sistemas de gobierno en América Latina*, México: UNAM.
- Carter Center* 2014: *Elections Obligations and Standards. A Carter Center Assessment Manual*, Atlanta: Carter Center.
- Castañeda, J.* 2014: *Democracia y expresidentes*, EL PAÍS, 1 de Junio de 2014.
- Collier, D./ Addock, R.* 1999: *Democracies and Dichotomies*, en: *Annual Review of Political Science* 2, 537–565.
- Collier, D. / Levitsky, St.* 1997: *Democracy with Adjectives. Conceptual Innovation in Comparative Research*, en: *World Politics* 30, 477–493.
- Combellas, R.* 2010: *La Venezuela de la V República: la reforma política y sus implicancias institucionales*, en: *Tanaka, M./ Jácome, F.* (Eds.): *Desafíos de la gobernabilidad democrática. Reformas político-institucionales y movimientos sociales en la región andina*, Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 149–172.
- Córdova Vianello, L./ Salazar Ugarte, P.* (Coord.) 2005: *Política y derecho. (Re) pensar a Bobbio*, México: UNAM/Siglo XXI.
- Crespo Martínez, I.* 2009: *El ballotage en América Latina*, en: *Reynoso Núñez, J. / Sánchez de la Barquera, H.* (Coord.): *La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario*, México: UNAM, pp. 157–172.
- Crespo Martínez, I./ Garrido Rubia, A.* 2008: *Elecciones y sistemas electorales presidenciales en América Latina*, México: Jurado Nacional de Elecciones/Miguel Ángel Porrúa.
- Crespo Martínez, I./ Martínez Rodríguez, A.* (Eds.) 2005: *Política y gobierno en América Latina*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Dahl, R. A.* 1971: *Polyarchy. Participation and Opposition*, New Haven & Londres, Yale University Press.

Dahl, R. A. 1956: *A Preface to Democratic Theory*, Chicago: Chicago University Press.

De Riz, L. 2008: "Argentina. Una vez más en la encrucijada", en Fundación Pablo Iglesias (Ed.): *Cultura política y alternancia en América Latina*, Madrid: Editorial Pablo Iglesias, pp. 51–81.

De Riz, L. 2008: "Uruguay: la política del compromiso", en: Fundación Pablo Iglesias (Ed.): *Cultura política y alternancia en América Latina*, Madrid: Editorial Pablo Iglesias, pp. 103–121.

Duverger, M. 1957: *Los partidos políticos*, México: Fondo de Cultura Económica (2001: 17 Ed.).

Ellis, A./ Orozco Henríquez, J.J./ Zovatto, D. (Eds.) 2009: *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*, México: UNAM et al.

Falter, J.W. 2006: *Behavioralism*, en: Nohlen, D. et al.: *Diccionario de Ciencia Política*, México: Editorial Porrúa: 88–94.

García Belaunde, D. 2014: *Los vaivenes del constitucionalismo latinoamericano en las últimas décadas*, en: Castañeda Otsu, S. Y. (Coord.): *Constitucionalismo y democracia en América Latina: Controles y riesgos*, Lima: Adrus, 15–35.

Garrido, A./ Martínez, M. A./ Parra, F. (2011): *Accountability, democracia y reforma política en México*, México: siglo XXI.

Guggenberger, B./ Offe, C. (Eds.) 1984: *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie. Politik und Soziologie der Mehrheitsregel* (En las fronteras de la democracia mayoritaria. Política y sociología de la regla de la mayoría), Opladen: Westdeutscher Verlag.

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

Heinberg, J.G. 1932: *Theories of majority rule*, en: *American Political Science Review* 26, 452-469.

Lanzaro, J. (Comp.) 2001: *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, Buenos Aires: Clasco.

Lanzaro, J. 2005: *Presidencialismo y democracia: alternativas pluralistas y coaliciones de gobierno*, en: *Crespo Martínez, I./Martínez Rodríguez, A.* (Eds.): *Política y gobierno en América Latina*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 54–86.

Lanzaro, J. 2008: *Uruguay: Reformas políticas en la nueva etapa democrática*, en: *Zovatto, D./ Orozco Henríquez, J. J.* (Coord.): *Reforma política y electoral en América Latina*, México: UNAM, 905–952.

Laporta, F.J. 2014: *La distorsión del 'derecho a decidir'*, en: *EL PAÍS*, 26 de mayo de 2014.

Lazarte Rojas, J. 2009: *¿En qué estamos de acuerdo los que no estamos de acuerdo? En torno a la crisis en Bolivia*, en: *Reynoso Núñez, J./ Sánchez de la Barquera y Arroyo, H.* (Coord.): *La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario*, México; UNAM, pp. 451–466.

Lazarte Rojas, J. 2011: La democracia en el punto ciego de Latinobarómetro, en: *La Época*, La Paz, 19 de julio.

Levine, D.H./ Molina, J.E. (Eds.) 2011: *The Quality of Democracy in Latin America*, Boulder & Londres: Lynne Rienner.

Lijphart, A. 1994: *Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations*, en: *Linz, J.J./ Valenzuela, A.* (Eds.): *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 91–105.

Lijphart, A. (Ed.) 1992: *Parliamentary versus Presidential Government*, Oxford: Oxford University Press.

Lijphart, A. 2012: *Patterns of Democracy*, segunda edición, New Haven/London: Yale University Press.

Linz, J.J. 1994: *Presidential or Parliamentary Democracy: Does it make a difference?* En: *Linz, J.J. / Valenzuela, A.* (Eds.): *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore/Londres: Johns Hopkins University Press, pp. 1–87.

Linz, J. J. 2000: *Totalitäre und autoritäre Regime (Regímenes totalitarios y autoritarios)*, Berlin: Akademie-Verlag.

Linz, J.J./ Stepan, A. 1996: *Problems of Democratic Transitions and Consolidation*, Baltimore & Londres: The Johns Hopkins University Press.

Lipset, S.M./ Nohlen, D./ Sartori, G. 1996: *Apuntes para una reflexión sobre la democracia*, San José: IIDH/CAPEL.

Lissidini, A. 1998: “Los plebiscitos uruguayos durante el siglo XX: ni tan democráticos ni tan autoritarios”, en: *Cuadernos del CLAEH*, 81–82, pp. 195–219.

López, S. 2014: *Gracias a la regla de las reglas*, en: *La República (Perú)*, 3.4.2014.

Martínez, R. (Ed.) 2004: *La elección presidencial mediante doble vuelta en Latinoamérica*, Barcelona: Institut de Ciènces Politiques i Socials.

Mayorga, F. 2010: *Bolivia: el azaroso de la reforma política*, en: *Tanaka, M./ Jácome, F.* (Eds.): *Desafíos de la gobernabilidad democrática. Reformas político-institucionales y movimientos sociales en la región andina*, Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 15–45.

Merkel, W. 1999 (2006): *Systemtransformation (Transformación de sistemas)*, Wiesbaden: VS-Verlag.

Morlino, L. 2014: *La calidad de las democracias en América Latina. Informe para IDEA Internacional*, Estocolmo: IDEA Internacional.

Nohlen, D. 1981: *Sistemas electorales del Mundo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Nohlen, D. 1993: *Sistemas electorales y gobernabilidad*, en: *Nohlen, D.* (Ed.): *Elecciones y sistemas de partidos en América Latina*, San José: IIDH, 391–424.

Nohlen, D. 1999: *Sistema de gobierno, sistema electoral y sistema de partidos políticos. Opciones institucionales a la luz del enfoque histórico-empírico*, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, et al.

Nohlen, D. 2003: El contexto hace la diferencia, México: UNAM.

Nohlen, D. 2004: Sistemas electorales y partidos políticos, 3a. ed., México: Fondo de Cultura Económica.

Nohlen, D. (Ed.) 2005: Elections in the Americas, 2 tomos, Oxford: Oxford University Press.

Nohlen, D. 2006: El institucionalismo contextualizado. La relevancia del contexto en el análisis y diseño institucionales, Edición e introducción de R. Ortiz Ortiz, México: Porrúa y UNAM.

Nohlen, D. 2010: France, in: Nohlen, D./Stöver, Ph.. (Hrsg.) 2010: Elections in Europe, Baden-Baden: Nomos, 639–721.

Nohlen, D. 2013a: Controversias sobre sistemas electorales y sus efectos, en: Revista Española de Ciencia Política, 31, 9–39.

Nohlen, D. 2013b: Ciencia política comparada. El enfoque histórico-empírico, Puebla y Bogotá: ICGDE/Universidad del Rosario.

Nohlen, D. 2014a: Wahlrecht und Parteiensystem (Sistema electoral y sistema de partidos), séptima edición actualizada, Opladen/Toronto: Barbara Budrich.

Nohlen, D. 2014b: El principio mayoritario y la democracia presidencial en América Latina, en: Bogdandy, A.v./ Fix-Fierro, H./ Morales Antoniazzi, M. (Coord.): Jus constitucionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, México: UNAM et al., pp. XV–XXII.

Nohlen, D. 2015: Principio mayoritario y principio proporcional, en: Nohlen, D.: Ciencia política y justicia electoral, México: UNAM.

Nohlen, D./ Fernández, M. (Eds.) 1991: Presidencialismo versus parlamentarismo, Caracas: Nueva Sociedad.

Nohlen, D./ Fernández, M. (Eds.) 1998: El presidencialismo renovado, Caracas: Nueva Sociedad.

Norris, P./ Frank, R.W./Martínez I Coma, F. 2014: The Year in Elections, 2013. The World's Flawed und Failed Contests, Sydney et al.; accessible bajo www.electoralintegrityproject.com

Orozco Henríquez, J. J. 2012: Consideraciones sobre la parlamentarización de los sistemas presidenciales en América Latina, en: Häberle, P. / García Belaunde, D. (Eds.): El control del poder. Libro homenaje a Diego Valadés, Lima: Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 555–602.

Pachano, S. 2010: Gobernabilidad democrática y reformas institucionales políticas en Ecuador, en: Tanaka, M./ Jácome, F. (Eds.) 2010: Desafíos de la gobernabilidad democrática. Reformas político-institucionales y movimientos sociales en la región, Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 79–111.

Paramio, L. 2008: Alternancia política y ruptura institucional, en: Fundación Pablo Iglesias (Ed.): Cultura política y alternancia en América Latina, Madrid: Editorial Pablo Iglesias, 27–35.

Petkoff, T. 2008: Venezuela: ¿dónde estamos parados? En: Fundación Pablo Iglesias (Ed.): Cultura política y alternancia en América Latina, Madrid: Editorial Pablo Iglesias, pp. 201–235.

Rama, G. W. 1987: La democracia en el Uruguay. Una perspectiva de interpretación, Montevideo: Grupo Editor Latinoamericano.

Rangel, C. 1982: La inestable Latinoamérica, en: *Paz, O.* et al.: Frustraciones de un destino: la democracia en América Latina, San José: Libro Libre, 37–47.

Rosanvallon, P. 2010: La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad, Barcelona, Paidós.

Salazar Ugarte, P. 2006: La democracia constitucional. Una radiografía teórica, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Salazar Ugarte, P. 2013: Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos, México: Ediciones Fontanara.

Sartori, G. 2003: Ingeniería constitucional comparada, México: Fondo de Cultura Económica.

Scharpf, F. W. 1975: Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung (Teoría de la democracia entre utopía y adaptación), Kronberg/Ts.: Scriptor.

Scheuner, U. 1973: Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie (El principio mayoritario en la democracia), Opladen: Westdeutscher Verlag.

Schumpeter, J. A. 1983 (1942): Capitalismo, socialismo y democracia, Barcelona: Editorial Orbis.

Sen, A. 2012: The Idea of Justice, Cambridge: Harvard University Press.

Serrafero, M.D. 1997: Reección y sucesión presidencial. Poder y continuidad, Buenos Aires: Editorial de Belgrano.

Soriano de García-Pelayo, G. 1997: El personalismo político hispanoamericano del siglo XIX, en: *Politeia* 20, 11–27.

Staveley, E.S. 1972: Greek and Roman Voting and Elections, Londres: Thames & Hudson.

Sternberger, D. 1992: Dominación y acuerdo, Barcelona: Gedisa.

Suárez, W.C. 1982: El poder ejecutivo en América Latina: su capacidad operativa bajo regímenes presidencialistas de gobierno, en: *Revista de Estudios Políticos* 29 (Nueva Época), 109–144.

Tocqueville, A. de 1990: La democracia en América, 2 vols, Madrid: Aguilar (ed. orig. 1835).

Torres, L.F. 2009: Presidencialismo constituyente. La ruta del autoritarismo en el Ecuador, Quito: Cevallos.

Tuesta Soldevilla, F. (Ed.) 2014: Una onda expansiva. Las revocatorias en el Perú y América Latina, Lima: Jurado Nacional de Elecciones. Fondo Editorial.

Valadés, D. 2004: El gobierno de gabinete, México: IJ y UNAM.

Valadés, D. 2007: La parlamentarización de los sistemas presidenciales, México: UNAM/ El Colegio Nacional.

Weber, Max 1991: Escritos políticos, Madrid: Alianza.

Zilla, C. 2007: Los conceptos en el enfoque politológico de Dieter Nohlen, en: López Rubí Calderón, J.R. (Ed.): Política y ciencia política en Dieter Nohlen, Puebla: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, pp. 59–74.

Zovatto, D. 2007: Las instituciones de democracia directa, en: Nohlen, D. et al. (Comp.): Tratado de derecho electoral comparado de América Latina, 2a. ed., México: Fondo de Cultura Económica, pp. 134–161.

Zovatto, D./ Orozco Henríquez, J.J. (Coord.) 2008: Reforma política y electoral en América Latina, México: UNAM/ IDEA Internacional.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (ADELANTOS Y RETROCESOS) *

Juan Carlos Hitters

SUMARIO: I. Introducción. II. Intensidad del control. III. Interpretación conforme. IV. Margen de apreciación nacional. V. De oficio y en abstracto. VI. Consecuencias del control de convencionalidad. VII. Obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH. VIII. Conclusiones: adelantos y retrocesos del control de convencionalidad.

I. INTRODUCCIÓN

1. Orígenes

Los órganos jurisdiccionales domésticos —y los Tribunales Constitucionales que en determinados países no dependen del Poder Jurisdiccional— ejercitan el llamado *control de constitucionalidad* que importa una comparación, entre su Carta Magna y las normas que por su rango están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera. Podemos hablar entonces de un contralor *concentrado*, típico de algunas Constituciones europeas, como el Tribunal Austríaco de 1920, donde la revisión es hecha exclusivamente por un único cuerpo diseñado para tales fines; o en su caso — como es por demás sabido — del control *difuso* que debe ser llevado a cabo, como en Estados Unidos y en Argentina y últimamente en México a través de todos y cada uno de los magistrados judiciales.

(*) Trabajo realizado sobre la base del artículo recientemente publicado en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Número 22, Julio-Diciembre de 2014, Editorial Porrúa – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2015.

Pero como lo viene sosteniendo desde hace cierto tiempo uno de los magistrados de la Corte Interamericana, ella ejercita lo que ha dado en llamar a partir del caso “Myrna Mack Chang”¹ el “control de convencionalidad”, que obviamente significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras Convenciones sobre derechos humanos a las que el país se ha plegado; con las disposiciones del interno de las naciones adheridas al modelo.²

En tal sentido expresó el conjunto de los Jueces de la Corte en el caso “Trabajadores Cesados del Perú”³ al sostener que “...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana...”⁴

Claro está que como en anteriores trabajos hemos dicho,⁵ cuando se utiliza la terminología de “control de convencionalidad”, no se quiere decir que recién a partir de los referidos asuntos la Corte IDH haya ejercido tal potestad, porque desde siempre ha venido haciendo una compulsa entre ambos esquemas, destacando la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde entonces se utiliza tal fraseología.

El Tribunal interamericano ha dejado en claro que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones locales sino que su tarea *es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia*.⁶

⁽¹⁾ Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez. Aquí quién utilizó esta terminología fue el citado Juez.

⁽²⁾ Primero se habló de una especie del control, aunque luego el concepto se extendió.

⁽³⁾ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, Serie C No. 158, párr. 128. Ídem Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124.

⁽⁴⁾ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso, cit., párr. 128; cfr. Caso Almonacid Arellano, cit., párr. 124. Véase Loiano, Adelina, *El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina, “Arancibia Clavel”, “Simón”, “Mazzeo”,* en Albanese, Susana, Coordinadora, *El control de convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 114 a 117. Véase también Sagüés, Néstor, *El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales*, La Ley, 2009-B, p. 761.

⁽⁵⁾ Hitters, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, La Ley 2009-D, p. 1205; *Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana*, La Ley 2012-C, p. 1215; Ídem *Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana*, La Ley 2013-C, p. 998.

⁽⁶⁾ Como bien apuntan Albar y Cañado Trindade, no se trata en verdad de “revisar” las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que

Hemos querido adelantar que ese cuerpo internacional ha sentado la postura en el sentido de que por regla, él no está diseñado para modificar en forma directa el derecho interno, ya que su misión consiste en ‘controlar’ si las normas locales acatan —o no— las convenciones internacionales; y por ende *no se convierte en una ‘cuarta instancia’ que deja sin efecto las leyes de los países.*⁷

Surge de lo antedicho que la misión prístina de la Corte IDH está en llevar a cabo una revisión de convencionalidad ‘comparando’ si los Estados cumplen con la CADH y otros Tratados; y desentrañar si hubo quebrantamiento de esas reglas internacionales.

Conviene reiterar, como lo expresamos con anterioridad,⁸ la trascendencia de la tarea que ejecuta la Corte a través de este contralor heterónimo,⁹ que importa de alguna manera una especie de ‘casación regional’ que sirve para unificar la interpretación jurídica de los países plegados al modelo y que abarca en el ámbito interamericano más de cuatrocientos millones de habitantes.¹⁰

Lo cierto es que este ‘control de convencionalidad’ no sólo se ejercita en el sistema regional correspondiente al área de los derechos humanos, sino —y como es sabido— también se cumple desde antiguo en el derecho comunitario,¹¹ sea por los jueces nacionales, como también por el propio Tribunal de Luxemburgo.¹²

la Comisión y la Corte como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes (Germán, Albar y Cañado Trindade, Antonio, *Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos*, en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Cox Editores, 1998, Costa Rica, p. 584).

⁽⁷⁾ Hitters, Juan Carlos, ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, La Ley 2008-E, p. 1169.

⁽⁸⁾ Hitters, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales*, La Ley, Tomo 2007-C, p. 875; *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*, (cit.); *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, (cit.); *Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana*, (cit.); *Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana*, (cit.).

⁽⁹⁾ Cuando decimos heterónimo, no estamos hablando de una inspección hecha por cuerpos extranjeros, ya que tanto la Comisión IDH como la Corte IDH forman parte del Sistema Interamericano, por lo que obviamente no pueden entenderse como extraños a nuestro sistema regional.

⁽¹⁰⁾ El último protocolo de la versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea regula en su artículo 56 un ‘recurso de casación’ ante el Tribunal de Luxemburgo, contra las sentencias dictadas por el órgano jurisdiccional de Primera Instancia de dicha Comunidad.

⁽¹¹⁾ Hitters, Juan Carlos, *Solución de controversias en el ámbito del Mercosur - Hacia un derecho comunitario*, La Ley, 1997-C, p. 1406, véase punto “C” y nota 17. Conf. mismo autor, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1991, Tomo 1, p. 29 y sigs; ídem Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007, Tomo 1, Volumen 1, pág. 79 y sigs.

⁽¹²⁾ Cappelletti, Mauro, *El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis*

En ese orden de ideas vale la pena recordar que en la famosa sentencia “Costa vs. ENEL” dictada por ese cuerpo judicial europeo, en el año 1964,¹³ el mismo sostuvo que las leyes comunitarias, tanto primarias como secundarias,¹⁴ han sido consistentemente proclamadas por ese organismo como preeminentes tanto frente a las leyes internas anteriores, como a las posteriores (incluyendo las leyes constitucionales nacionales). Estos criterios han quedado firmes en la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y en sus Protocolos.

2. Desarrollo

Conviene aclarar que la inspección de convencionalidad debe ser llevada a cabo primero en el campo doméstico en cuyo caso hablamos del ‘*control primario*’, lo que significa una comparación entre las normas internacionales y las domésticas. Se trata de una verificación difusa que — como dijimos — es hecha dentro del país. Esta figura es una verdadera manifestación del control de constitucionalidad del derecho internacional, que implica un nuevo paradigma para el Estado constitucional latinoamericano.¹⁵

A la par, existe el *control de convencionalidad ‘secundario’* (concentrado) que es ejercido, obviamente por el Tribunal regional.

La figura analizada ha ido recibiendo una serie de variantes en la última década ya que si bien al inicio la Corte IDH ejercía una inspección exclusivamente sobre la actividad de los Jueces; con el tiempo la ha ido extendiendo a los tres poderes del Estado. Es decir, no sólo se observa una revisión de la actividad de los judicantes, sino que a posteriori se amplió a todo el Poder Judicial y a los órganos vinculados con la administración de justicia de cualquier nivel, y en los últimos tiempos a los Poderes Ejecutivo y Legislativo.¹⁶

comparado, en *Revista de Estudios Políticos*, ISSN 0048-7694, N° 13, 1980, Traducción de Faustino González, págs. 61–104.

⁽¹³⁾ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Caso 6/64, “Costa vs. ENEL”, en E.C.R., 1964, pág. 585

⁽¹⁴⁾ El principio de autonomía quedó perfectamente dibujado hace ya tiempo en el caso “*Van Gen en Loos*”, donde ese tribunal expresó que el Derecho comunitario es un nuevo orden jurídico, en cuyo beneficio los Estados signatarios han limitado ciertas esferas de su soberanía. A su vez en el *leadin case* “Costa vs. ENEL”, dejó sentada la doctrina de la supremacía de las disposiciones normativas de la Comunidad.

⁽¹⁵⁾ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional en Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Marcial Pons, Madrid - Buenos Aires, 2013, pág. 674.

⁽¹⁶⁾ Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’ (Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142)”, Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, Sentencia de 30 de enero

Además este cotejo la Corte no sólo lo hace con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también a la totalidad de lo que se ha llamado el *corpus iuris interamericano*¹⁷ o *corpus iuris internacional de los Derechos Humanos*,¹⁸ que abarca hasta la propia jurisprudencia de ese organismo.¹⁹

Muchas veces ha manifestado el Tribunal regional que son los órganos del Estado doméstico quienes deben realizar ese primer examen de constitucionalidad y convencionalidad. No es plausible llevar todo a la Corte IDH que sólo puede resolver no más de 30 o 40 por año. Por ello es imprescindible que los integrantes de poderes del Estado²⁰ y especialmente los abogados litigantes, conozcan en profundidad la jurisprudencia del Tribunal, para pedir que se aplique directamente en sus países sin la necesidad de cruzar las fronteras.

Esta es una doctrina legal ‘consolidada’ bajo la concepción ya expresada de que todas las autoridades y órganos del Estado deben ejercitar el control de convencionalidad (art. 1.1 y 2 CADH). De ahí entonces surge otro postulado que se ha abierto camino en el ámbito interamericano, el de la regla del agotamiento ‘efectivo’ de los recursos internos,²¹ que queda relevado cuando no existe un verdadero acceso a la justicia en el ámbito interno, o cuando no se le permite al agraviado utilizar las vías judiciales.

Ello así sin perjuicio de la apertura, en el sentido de que el ‘agotamiento’ puede concluirse aun cuando el proceso ya está ‘dentro’ de la Comisión

de 2014, Serie C No. 276, Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 25. Opina Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su Voto Concurrente que el derecho a la protección judicial del artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de gran trascendencia sustantiva, constituye un elemento integrador entre el derecho interno y el derecho internacional, Conf. Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, (cit.), Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 5.

⁽¹⁷⁾ Castilla Juárez, Karlos, ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de Tratados, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIII, 2013, págs. 51-97.

⁽¹⁸⁾ Como lo denomina Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad, en Opus Magna Constitucional Guatemalteco, Tomo III, Instituto de Justicia Constitucional, Guatemala, 2010, pág. 314. Conf. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, de 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16.

⁽¹⁹⁾ Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, (cit.), Serie C No. 276, Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parr. 25. Ídem Corte IDH. Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278.

⁽²⁰⁾ Corte IDH, Caso Del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 2 de agosto de 2008 Serie C No. 181.

⁽²¹⁾ Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, (cit.), Serie C No. 276, Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parrs. 26 a 28.

IDH, esto es, después de iniciada la denuncia ante tal cuerpo, hasta el momento en la que la Comisión resuelva.²² Creemos que es esta una loable pauta, en beneficio del ser humano para que pueda llegar prontamente a la solución de su caso.²³

3. Principio de subsidiariedad

Como hemos dicho —ya varias veces— el sistema interamericano a través del Pacto de San José de Costa Rica funciona —respecto del control de convencionalidad— bajo el modelo de la *subsidiariedad* (art. 46.1.1).

Al respecto, debe recordarse, como lo ha establecido el mencionado Tribunal que, “... el Estado ‘es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno..., antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos’ [Caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66]. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’ [Caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142.]”.²⁴

Se expresó allí que la excepción al principio de subsidiariedad se da justamente cuando no existe en la legislación interna el debido proceso legal (art. 46.2.a CADH),²⁵ o que no se haya permitido al denunciante el acceso a los carriles domésticos o se hubiera impedido su agotamiento (art.46.2.b CADH).

No debemos olvidar que para que se cumpla a cabalidad el principio de ‘agotamiento de los recursos internos’, el órgano doméstico que debe decidir, no puede tener limitaciones de hecho o de derecho que le impi-

⁽²²⁾ Corte IDH, Caso *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, (cit.), Serie C No. 276, Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrs. 26 y 27.

⁽²³⁾ En el caso *García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México* (Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Serie C No. 273, párr. 3), la CIDH tuvo en cuenta un informe del Estado denunciado presentado *con posterioridad al sometimiento del asunto*.

⁽²⁴⁾ Corte IDH, Caso *Brewer Carías Vs. Venezuela*, Voto Conjunto Disidente los Jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, (cit.), párr. 63.

⁽²⁵⁾ Corte IDH, Caso *Brewer Carías Vs. Venezuela*, Voto Conjunto Disidente los Jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, (cit.), párr. 65.

den agotar la cuestión en profundidad. Por ello ha señalado la Corte IDH que no hay revisión judicial válida si quien debe hacerla está impedido de determinar el objeto principal de la controversia como podría suceder en casos en que se considera limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por otro órgano que hubieran sido decisivas en la resolución del caso.²⁶

En el asunto “Brewer Carías”, la Corte IDH —por mayoría— desestimó una demanda propuesta por la Comisión por entender que el denunciante no había transitado todas las vías domésticas; empero la minoría, integrada por los magistrados Manuel Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, sostuvo que dicha defensa tendría que haber sido desestimada por lo que ese cuerpo regional debió entrar a analizar el fondo de la cuestión,²⁷ sin retrotraer el caso.²⁸

4. Criterios o estándares jurisprudenciales de la Corte IDH que deben cumplirse en el derecho interno

Sin entrar a ocuparnos —por ahora— del tema de la vinculatoriedad de los fallos del Tribunal de Costa Rica parecemos indispensable dejar en claro que recientemente la Corte IDH ha reiterado —al juzgar un caso sobre la aplicación de la Ley Antiterrorista a la Comunidad Indígena Mapuche— que las autoridades judiciales domésticas deben aplicar los *estándares o criterios establecidos por ella* para garantizar el derecho de defensa en ejercicio del control de convencionalidad.²⁹

Por ejemplo en el ámbito de la protección de testigos (relativa a la reserva de identidad), ha destacado —como estándar— que esa posibilidad debe llevarse a cabo como medida excepcional sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad y que ese medio de prueba no debe ser utilizado de manera decisiva para fundar una condena.

En el mismo cuadrante y con respecto, por ejemplo, a la ‘prisión preventiva’ puso énfasis en señalar que dicho instituto debe manejarse conforme a los *criterios o estándares* señalados por el Tribunal regional;³⁰ lo mismo expresó en lo atinente a la posibilidad de ejercer el derecho a

⁽²⁶⁾ Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, (cit.), Serie C No. 276, Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 43, ibídem párr. 204; Cfr. Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 204.

⁽²⁷⁾ Corte IDH, Caso Brewer Carías Vs. Venezuela, Voto Conjunto Disidente los Jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrs. 118 y 119.

⁽²⁸⁾ Corte IDH, Caso Brewer Carías Vs. Venezuela, (cit.), párr. 144.1.

⁽²⁹⁾ Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrs. 242, 247–436.

⁽³⁰⁾ Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile, (cit.). Serie C No. 279, párrs. 307, 312 y 464.

recurrir un fallo (art. 8.2.h CADH).³¹ Puede concluirse entonces que las autoridades judiciales que ejercen el control de convencionalidad en los respectivos países *deben tener en cuenta los estándares o criterios que dicho cuerpo regional establece en sus fallos*, en los diversos temas.

Claro está que tiene que ser el intérprete doméstico el encargado de detectar y ponderar dichos estándares para evitar que el asunto llegue a la Corte IDH, y se dilate el proceso recargando innecesariamente a este tribunal.

Por ejemplo, siguiendo estas pautas, la Sala Colegiada Penal de Texcoco (México) estimó como obligatorio el control difuso de convencionalidad y puso de relieve que para resolver el asunto tuvo en cuenta “los criterios orientadores y obligatorios de la Corte Interamericana que sirven como base a este Tribunal Colegiado no sólo por su obligatoriedad sino porque ese Tribunal Internacional se puede considerar intérprete [...] del contenido de la Convención Americana”.³²

En definitiva la Corte viene reiterando que resulta necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías se apliquen adecuándolas a los estándares o criterios establecidos por su jurisprudencia.³³

5. Positivación constitucional de los estándares o postulados fundamentales sobre derechos humanos

En las últimas tres décadas las constituciones de los países de nuestro sistema —y cada una a su manera— han comenzado a positivizar —dentro de su seno— los postulados de interpretación básicos en el campo de los derechos humanos, tales como: la ‘interpretación conforme’, el ‘principio de progresividad’, el ‘postulado *pro homine*’, etc., lo que implica dar directrices precisas a los órganos nacionales cuando tienen que llevar a cabo el control de convencionalidad interno.

De todos modos como bien dice Nogueira Alcalá³⁴ ellas operan como elementos básicos de toda interpretación de derechos fundamentales, y va-

⁽³¹⁾ Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile, (cit.). Serie C No. 279, párrs. 298 y 460 *in fine*.

⁽³²⁾ Véase Corte IDH, Caso García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México, (cit.), párr. 61. Se trató de un caso de detenciones ilegales y torturas sin que se hubieran puesto en juego las garantías del debido proceso, que la Corte fijó como ‘criterio’ en varias oportunidades.

⁽³³⁾ Corte IDH, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246, párrs. 305, Conf. Caso López Mendoza vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C No 233, párr. 228, y Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254, párr. 284.

⁽³⁴⁾ Nogueira Alcalá, Humberto, *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie, año XLV, núm. 135, sept.-dic. 2012., pág. 1177.

len aunque no se encuentren positivadas dentro de la propia Constitución. Ello así por la imprescindible aplicación del artículo 29 de la CADH, que en todos los países integra el derecho interno y es de preferente aplicación con respecto a las fuentes formales que nacen del derecho local.³⁵

En este aspecto ha dejado sentado el ente jurisdiccional interamericano que las interpretaciones que él ha efectuado en el control de convencionalidad, han sido en general seguidas por los Tribunales de más alta jerarquía de la región, tales como los de Bolivia, Perú, Argentina, Colombia, México, Costa Rica y República Dominicana. En tal orden de pensamiento expresó que es necesario que tanto las interpretaciones judiciales y administrativas, como las garantías, se apliquen en el orden local adecuándose a los principios establecidos por la propia jurisprudencia del Tribunal regional, tal cual ya lo expresamos.

En definitiva podemos decir que las referidas Cortes locales han enclavado entre sus andariveles ciertos estándares o principios relativos a los derechos humanos lo que ha significado un importante avance regional.

A todo evento puede añadirse que en los países donde no ha ocurrido la positivación constitucional, los estándares y pautas antes aludidos igual se aplican en el campo doméstico a través del principio *pro omine* instaurado en el artículo 29 de la CADH que forma parte del derecho interno.

II. INTENSIDAD DEL CONTROL

La verificación de convencionalidad se puede llevar a cabo con mayor o menor 'intensidad' de conformidad con las normas y reglas aplicables en un determinado Estado, dependiendo 'su profundidad' de la función y jerarquía de cada órgano que la ejecuta.

Ya es sabido que este control en *stricto sensu* solamente puede ser realizado por el poder judicial y en general por quienes realizan funciones jurisdiccionales,³⁶ ya que solamente ellos están en condiciones de declarar la invalidez de una norma jurídica.³⁷

Sin perjuicio de esto y tal cual hemos dicho, el Poder Ejecutivo y el Legislativo también están 'sujetos' a esta inspección aunque no lo lleven

⁽³⁵⁾ Nogueira Alcalá, Humberto, *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales*, cit., pág. 1177.

⁽³⁶⁾ De acuerdo a lo expresado por la Corte IDH en el famoso caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Corte IDH, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220.

⁽³⁷⁾ El control de convencionalidad puede efectuarlo cualquier juez o Tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo -según el diagrama de los diversos países- las Cortes Supremas de Justicia, las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, y en los países que ejecutan el control difuso, todos los jueces sin distinción de jerarquías. En el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

a cabo *per se* (podemos hablar de sujetos pasivos de control). Empero lo cierto es que para evitar la responsabilidad internacional del Estado, lo que deben hacer los ‘demás poderes’ es *tener en cuenta la jurisprudencia internacional para evitar dictado de actos o la ejecución de conductas que infrinjan los Tratados internacionales*. Es decir que las autoridades que no ejecutan funciones típicamente jurisdiccionales tienen que interpretar los derechos humanos de la manera más favorecedora sin que estén potenciados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en casos concretos, conforme lo ha expresado la Suprema Corte de México en el caso Radilla Pacheco³⁸ (9/12/2010).

Parece claro que el grado de *intensidad* se ejerce con más fuerza en los Estados que permitan el control difuso, al tener —por regla— todos los judicantes locales la atribución de ‘inaplicar’ o ‘invalidar’ —según el caso— la norma inconvencional.³⁹

Sin embargo hay un grado intermedio,⁴⁰ por ejemplo cuando el operador en lugar de romper una regla local viciada, está en condiciones de llevar a cabo una ‘interpretación conforme’ de la normatividad interna con los Tratados internacionales y de la jurisprudencia interamericana. Ello así pues al cumplir este tipo ‘interpretación’ se puede salvar la inconvencionalidad del precepto interno, tal cual veremos en el siguiente apartado.

III. INTERPRETACIÓN CONFORME

En efecto, puede darse el caso en el que el operador en lugar de romper la regla local supuestamente viciada, lleve a cabo una ‘interpretación conforme’ de la normatividad doméstica con la supranacional, sobre la idea de salvar la convencionalidad del precepto.

Una de las formas más contundentes para lograr esta ‘armonización’ entre el derecho nacional y el internacional se viabiliza a través de la denominada ‘cláusula de interpretación conforme’.⁴¹ La misma consiste en una técnica hermenéutica por medio de la cual las reglas contenidas en las

⁽³⁸⁾ Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, Serie C No. 209. Véase también García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. V, núm. 28, diciembre 2011, Puebla, México, pág. 243.

⁽³⁹⁾ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad*, ob. cit., pág. 208.

⁽⁴⁰⁾ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, ob.cit., págs. 683 a 754.

⁽⁴¹⁾ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, ob. cit., pág. 698.

Cartas Magnas locales son ‘armonizadas’ con los postulados y principios que surgen de los tratados sobre derechos humanos así como de la jurisprudencia de la Corte IDH, *para alcanzar una mayor eficacia*.

Algunas constituciones disponen que los derechos y deberes que ellas regulan deben ser interpretadas de *conformidad* con los tratados internacionales ratificados.⁴² Esta fórmula surge por ejemplo del artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978 que expresa: “que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España”.⁴³

Para los países del sistema interamericano que no contengan esta cláusula, va de suyo —tal cual lo adelantamos— que se debe aplicar la regla antes citada (interpretación *pro homine*).

En este orden de ideas la modificada Constitución de México⁴⁴ edicta en su artículo Art. 1º: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales*

(42) Entre las constituciones latinoamericanas que adoptan esta pauta interpretativa podemos citar —entre otras— las de Bolivia, Perú y México.

(43) Este es el criterio que marca Argelia Queralt Jiménez cuando dice “En este proceso de armonización es un elemento esencial el uso que las jurisdicciones internas hacen del canon europeo y muy especialmente de las sentencias del Tribunal Europeo como herramientas hermenéuticas. La utilización de la jurisprudencia del TEDH como instrumento interpretativo de sus propios catálogos internos de derechos y libertades se debe, en unos casos, a la existencia de una norma interna que prevea la necesidad de interpretación conforme con el estándar europeo. Este sería el caso de España donde el artículo 10.2 de la Constitución Española claramente establece la obligación de interpretación conforme y que supone el ejemplo paradigmático de este tipo de apertura al Derecho internacional. En otros casos, en cambio, se deberá al cumplimiento de la obligación general derivada del artículo 1 CEDH de compatibilidad con el estándar europeo compuesto tanto por el CEDH como por la jurisprudencia del TEDH”, Queralt Jiménez, Argelia, *Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales*, en *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, UNED, núm. 20, 2007, págs. 435–470. Sobre la temática, *vid.* también su libro *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008. Ídem Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*, en *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, ob. cit., pág. 699.

(44) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, modificada el 10 de junio de 2011, publicada en el DOF el 10 de junio de 2011.

de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad...” (énfasis agregado).⁴⁵

En definitiva podemos reiterar que el modelo de la ‘interpretación conforme’ busca una hermenéutica que compatibilice —en lo posible— las normas internas con las de los tratados, para salvar la convencionalidad de aquellas.

Así se puede lograr una mayor utilidad sin ‘romper’ un dispositivo legal doméstico, esto es cuando se lo ‘interpreta’ usando el criterio más favorable. Se deja de lado así una imposición coactiva de las reglas internacionales.

IV. MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

Esta figura que ha sido usada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y se ha definido como una suerte de ‘deferencia’ —del cuerpo supranacional encargado de juzgar— hacia las autoridades nacionales para que sean ellas las que fallen sobre determinada temática, con independencia de los organismos que imponen los tratados supranacionales. En ese caso las autoridades domésticas quedan —podemos decir— encargadas de resolver determinadas vulneraciones de los derechos humanos. Ello se da en aquellas hipótesis en las que el Tribunal internacional considera que los cuerpos internos están en mejores condiciones para decidir el asunto.

La postura *sub exámine* hunde sus raíces en la doctrina del *marge d’appréciation* aplicada por el Consejo de Estado Francés y en la jurisprudencia sobre la discrecionalidad administrativa de algunos países del ámbito continental. Esto significa que la corriente podría tener su base en un debate más amplio centrado en los límites que deben tener los judicantes a fin de garantizar una efectiva separación de los poderes. Empero su trasvasamiento al campo internacional apunta a la problemática asociada al carácter subsidiario del derecho internacional y a la legitimidad democrática de ciertas legislaciones internas.⁴⁶

⁽⁴⁵⁾ Véase Angulo Jacobo, Luis Fernando, *El control difuso de convencionalidad en México*, en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Número 35, 2013, Poder Judicial de la Federación —Consejo de la Judicatura Federal— Instituto de la Judicatura Federal, México, D. F., pág. 85. Ver también García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, IUS Revistas del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. V, num. 28, diciembre 2011, Puebla, México.

⁽⁴⁶⁾ Díaz Crego, María, *Margen de apreciación nacional*, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, Última actualización: 09/05/2011, (http://diccionario.prapdi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/94).

Esta doctrina se ha originado —tal cual lo anticipamos— en la jurisprudencia del TEDH, aunque en puridad de verdad fue la ex Comisión Europea de Derechos Humanos la que hizo expresa referencia al margen de apreciación nacional.⁴⁷

Uno de los temas más complicados en esta problemática es saber cuál es ese ‘margen’ y qué amplitud tiene.⁴⁸

Nótese que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado cierto margen de apreciación a los países,⁴⁹ sosteniendo, por ejemplo, que estos tienen libertad para definir el estatus jurídico del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁵⁰ Este modelo pretende que los estándares internos sean ‘compatibles’ con ese Tratado, no pide para nada que sean ‘idénticos’, ni siquiera ‘conformes’, ya que los Estados gozan de un campo de apreciación local en la elección de los medios para cumplir sus obligaciones convencionales.⁵¹

Como vimos, en la jurisprudencia del viejo continente se ha otorgado en varias oportunidades la ‘deferencia’ hacia las autoridades locales, con el argumento del carácter subsidiario del derecho internacional.⁵² Por ejemplo en el caso “Evans vs. Reino Unido”, atinente a la fertilización in vitro, se dejó librado a éstas lo atinente a la presunta violación del derecho a la vida de los embriones preservados debido a que la legislación nacional

⁽⁴⁷⁾ Cabe destacar que “Los primeros asuntos en los que la Comisión hizo uso de esta doctrina planteaban supuestos recubiertos de cierta excepcionalidad, ya que se enjuiciaban medidas de derogación de los derechos reconocidos en el Convenio, adoptadas por los Estados en virtud de lo previsto en el artículo 15 CEDH. Sin embargo, la doctrina del margen sería incorporada posteriormente a asuntos en los que se debatían eventuales vulneraciones de otros preceptos del CEDH, como por ejemplo, el derecho a la educación, en el caso *Lingüístico Belga*, de 24 de junio de 1965 (Comisión), o la libertad de expresión, en el asunto *Handyside* (Arai-Takahashi, 2002; Lambert, 1998; Yourow, 1996). A partir de esa extensión de la doctrina del margen a otros preceptos del CEDH, la utilización del margen por los órganos de control del CEDH ha crecido de forma exponencial, siendo uno de los recursos habitualmente utilizados para la resolución de las eventuales violaciones de derechos humanos que llegan a Estrasburgo”, (Díaz Crego, María, *Margen de apreciación nacional*, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, (cit.)).

⁽⁴⁸⁾ El juez de la Corte Suprema de la Nación Carlos S. Fayt en sus votos vertidos en los casos “Simón” y “Mazzeo”, advierte que a través del artículo 27 de la Constitución Nacional Argentina se puede encontrar un hueco para hablar de *margen de apreciación nacional*.

⁽⁴⁹⁾ García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, cit., pág. 128.

⁽⁵⁰⁾ Castilla Juárez, Karlos, *¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de Tratados*, ob cit.

⁽⁵¹⁾ Castilla Juárez, Karlos, *¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de Tratados*, ob. cit., pág. 82.

⁽⁵²⁾ Véase Comisión, *asunto Grecia c. Reino Unido*, de 26 de septiembre de 1958 (Vol. I y Vol. II); STEDH *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, par. 48. Ídem Díaz Crego, María, *Margen de apreciación nacional*, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, (cit.).

exigía su destrucción ante el retiro del consentimiento de la pareja de la peticionaria sobre su implantación.⁵³

Ciertos doctrinantes — como luego veremos — han criticado la figura *sub exámine* ya que consideran que el uso excesivo de la misma impide a los operadores jurídicos conocer con cierta dosis de previsibilidad cuál sería la jurisprudencia mayoritaria de un tribunal internacional, lo que atentaría contra la seguridad jurídica.

Por otro lado y en una postura opuesta conviene alertar que ciertos autores pregonan un amplio margen de apreciación nacional a tal punto que inclusive se oponen por ejemplo al control de convencionalidad ya que entienden que afecta la legitimación democrática del Parlamento.

Los epígonos de esta vertiente sostienen que ni de las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, ni del restante contenido de ésta, ni de ningún otro Tratado, puede inferirse la existencia de una obligación para los Estados de integrar y situar en el sistema jurídico local a los Tratados al mismo nivel o un rango superior que el de su Constitución, “pero mucho menos que los órganos vinculados a la administración de justicia estén obligados a hacer eso o a tomar esa decisión. En ningún lado encontramos la obligación para los Estados de someter todo su ordenamiento jurídico al contenido de un Tratado [...] lo que establece son formas de adecuación y coordinación para que se cumpla con la CADH”.⁵⁴

Con un criterio más armonizador se ha puesto de manifiesto que en todo derecho de fuente internacional puede darse una dicotomía entre lo que se denomina el ‘núcleo duro’ inalterable y común para todos; y otro más sencillo y maleable que sí puede ser manejado y acomodado según las circunstancias por los jueces locales.⁵⁵

Si bien es cierto que la Corte interamericana ha expresado constantemente que — tal cual lo dijimos — los países deben tener en cuenta no sólo los tratados internacionales sino también la jurisprudencia de ese Tribunal, lo cierto es que en algunos casos ella misma ha permitido tanto en el ámbito consultivo⁵⁶ como en la jurisdicción contenciosa⁵⁷ cierta posibilidad

⁽⁵³⁾ TEDH, Caso Evans vs. Reino Unido, (No. 6339/05), sentencia de 10 de abril de 2007, párr. 54

⁽⁵⁴⁾ Castilla Juárez, Karlos, *¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de Tratados*, ob. cit., pág. 80.

⁽⁵⁵⁾ Sagüés, Néstor, *Dificultades operativas del “Control de convencionalidad” en el sistema interamericano*, La Ley, 2010-D, pág. 1245, ibídem mismo autor, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª Edición, Buenos Aires, 2006, Lexis Nexos, pág. 222.

⁽⁵⁶⁾ Véase Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4.

⁽⁵⁷⁾ En el asunto Castañeda Gutman (Corte IDH, Caso Castañeda Gutman Vs. México, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, No. 184) la Corte *-contradiendo en alguna medida lo que venía diciendo en asuntos como Yatama contra Nicaragua* (Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua,

de apreciación nacional.⁵⁸

En verdad conviene señalar que este ‘margen’ resulta muy amplio cuando la Corte de la región no ha sentado opinión sobre algún tema en particular, ya que en esa situación la judicatura local no tiene ninguna cortapisa para llevar a cabo la hermenéutica que le parezca más conveniente teniendo en cuenta las normas locales y su compatibilización con los tratados internacionales, aunque en esa situación no podemos hablar obviamente de ‘la’ doctrina de la Corte IDH por lo que se trata de meros criterios provisionales locales que obviamente no tienen efecto *erga omnes*.⁵⁹

Por ello pensamos que este campo ‘se achica’ cuando hay ya criterios o estándares establecidos por la Corte IDH, pues una interpretación contraria implicaría la violación de los artículos 1.1 y 2 de la CADH y de la jurisprudencia del Tribunal.

Aunque en puridad de verdad sería conveniente flexibilizar en lo posible esta contraposición que impone la supremacía Convencional o interpretación jerárquica, por el postulado de la ‘coordinación’ entre los sistemas nacionales e internacionales y viceversa, sobre la base de la interpretación *pro homine*⁶⁰ en el sentido de buscar entre las normas de la jurisdicción internacional y de la nacional, la más protectora para el ser humano.⁶¹

Como dice Carpizo el principio hermenéutico *pro persona*, en su variante de preferencia normativa, posibilita superar el criterio de interpretación jerárquica y atender a la regla que mayor beneficio otorgue a la persona.⁶²

Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127)-, aceptó que la dirección del gobierno y su actividad democrática interior sea competencia exclusiva del Estado Mexicano. (Conf. Carpizo, Enrique, *El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional Mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLVI, núm. 138, sept.-dic. de 2013, Págs. 939 a 971).

⁽⁵⁸⁾ La Corte de la región dice que la protección de los derechos humanos constituye en límite infranqueable a las mayorías parlamentarias. Véase Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221. Ídem Vítolo, Alfredo M., *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”*. Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Las dos caras del “control de convencionalidad”*, en *Pensamiento Constitucional N°18*, Escuela de Posgrado, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2013, p. 374.

⁽⁵⁹⁾ García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, cit., pág. 128.

⁽⁶⁰⁾ Carpizo, Enrique, *El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional Mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos*, ob. cit., pág. 957. Véase también Bazán, Víctor, *El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado dialogo jurisprudencial*, en *LA Ley*, Suplemento Actualidad, 01/02/2011, pág. 1.

⁽⁶¹⁾ Véase Hitters, Juan Carlos, *Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana*, (cit.).

⁽⁶²⁾ Carpizo, Enrique, *El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional Mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos*, ob. cit., pág. 957.

Esto es lo que ha dado en llamarse —ya lo dijimos— el diálogo jurisprudencial entre la justicia local y la internacional,⁶³ siempre teniendo en cuenta que los Estados al plegarse al Pacto de San José han consentido en limitar su soberanía en beneficio de un bien superior al mismo que —como dice Nogueira Alcalá— es el respeto a la dignidad inherente al ser humano. Ello implica en definitiva reconocer que la soberanía Estatal está restringida en su ejercicio por respeto y garantía efectiva de los derechos humanos.⁶⁴

García Ramírez⁶⁵ hace ver que el control interno de convencionalidad supone algún *margen de apreciación nacional*, empero es preciso reconocer que en la mayoría de los casos esta deferencia hacia lo local está acotada por las definiciones del órgano supranacional de interpretación vinculante.

Sostiene este autor que “no es conveniente ni realista pretender que *todo* el orden jurídico sea producto de una sola fuente internacional, con operación puramente endogámica, ciega y sorda a las incitaciones que surgen de las fuentes nacionales de reflexión y decisión. En el mismo sistema interamericano se cuenta con ejemplos —cada vez más numerosos y aleccionadores— sobre la racionalidad y los beneficios del diálogo jurisprudencial”.⁶⁶

Hemos puntualizado que cuando la Corte IDH fija una doctrina legal —imperativa— la misma es vinculante —en principio— para los Estados partes por lo que de ese modo de alguna manera se minoriza el principio del margen de apreciación nacional teniendo en cuenta la obligatoriedad de los pronunciamientos del tribunal regional.

En efecto, en el caso “Gelman vs. Uruguay” del año 2011⁶⁷ la Corte IDH sostuvo que el país demandado infringió la CADH en relación al caso “Juan Gelman, María García de Gelman, y María Macarena Gelman García”.

Con anterioridad el Parlamento Uruguayo había aprobado la Ley de Caducidad (Ley 15.848), similar a las de Obediencia de Vida y Punto Final dictadas en Argentina. Vale la pena recordar que la normativa del

⁽⁶³⁾ Nogueira Alcalá, Humberto, *Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile*, (cit.), pág. 512 y siguientes.

⁽⁶⁴⁾ Nogueira Alcalá, Humberto, *El diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile*, Ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Plata, Argentina, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de La Plata, Católica de La Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013. En el mismo sentido expresa García Ramírez (*El control judicial interno de convencionalidad*, cit., pág. 129) que el control de convencionalidad desplegado con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial (o bien jurisdiccional) interno e internacional.

⁽⁶⁵⁾ García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, cit., pág. 128.

⁽⁶⁶⁾ García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, cit., pág. 129.

⁽⁶⁷⁾ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221.

país vecino pasó —como es sabido— por varias vicisitudes en el ámbito doméstico.⁶⁸

Finalmente llegado el asunto a la Corte Interamericana, ésta concluyó que el Estado había violado los derechos y las garantías judiciales previstas en los artículos 8.1 y 25.1 del referido Pacto, sosteniendo en particular que la aplicación de la Ley de Caducidad carece de efecto jurídico respecto de las graves violaciones de los Derechos Humanos llevadas a cabo en el Uruguay con motivo de los hechos antes relatados.⁶⁹

Resulta muy importante poner de manifiesto que cuando el Tribunal Interamericano tuvo que al Supervisar el Cumplimiento de la Sentencia “Gelman vs. Uruguay”, el 20 de marzo de 2013, se ocupó del asunto que hemos denominado como el “Caso de los Coroneles”.⁷⁰ Allí dos militares de alto rango⁷¹ atacaron la Ley 18.831 (del 27-10-2011) como contraria a la Constitución en el marco de una investigación penal.⁷² Cabe señalar que ese cuerpo legal fue dictado como consecuencia de lo dispuesto por la Corte IDH en el caso “Gelman vs. Uruguay” (del 24-02-2011).

En efecto, la Suprema Corte de Justicia de ese país en el decisorio del 22 de febrero de 2013 declaró —por mayoría— que lo dispuesto por la Corte Interamericana en el ya nombrado fallo “Gelman” y en general, en los demás pronunciamientos de ese organismo internacional *no son vinculantes para quienes no han sido parte de ese proceso judicial*. Para ello puso en juego la doctrina denominada “margen de apreciación nacional”.

⁽⁶⁸⁾ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, cit., párrs. 145 a 150.

⁽⁶⁹⁾ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, (cit.), párrs. 241 a 246.

⁽⁷⁰⁾ Suprema Corte del Uruguay, Caso “M. L., J. F. F., O. – Denuncia- Excepción de Inconstitucionalidad Arts. 1, 2 y 3 de la Ley Nº 18.831. IUE 2-109971/2011”; al que nosotros denominamos el ‘Caso de los Coroneles’. Sentencia Nº 20 del 22 de febrero de 2013. Dicho cuerpo legal dispone: “Ley Nº 18.831. Pretensión Punitiva del Estado. Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985. El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General, Decretan: Artículo 1º: Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley Nº 15.848, de 22 de diciembre de 1986. Artículo 2º: No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley. Artículo 3º: Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte. Artículo 4º: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación por el Poder Ejecutivo. Sala de Sesiones de la Cámara de Representantes, en Montevideo, a 27 de octubre de 2011”.

⁽⁷¹⁾ Galai Palermo, Pablo, “Uruguay: Una sentencia declara inconstitucional Ley 18831”, <http://www.asuntosdelsur.org/uruguay-sentencia-scj-inconstitucional-ley-18831/>.

⁽⁷²⁾ En ese expediente, los Coroneles R.R.S.S. y M.C., impugnaron por vía de excepción de inconstitucionalidad de la Ley de marras.

El Tribunal regional en la Resolución de la Supervisión del caso “Gelman” (del 20 de marzo de 2013) ya referida, replicó con severidad los basamentos de los jueces domésticos, negando la posibilidad del ‘margen de apreciación nacional’ que había invocado la Corte Suprema Uruguaya.

Éste es un caso muy especial dado que el Tribunal regional ya había expresado su opinión sobre la inconventionalidad sobre las leyes de caducidad, no obstante ello el más alto órgano judicial del Uruguay había desconocido dicho criterio, y sobre el argumento del margen de apreciación nacional inaplicó la jurisprudencia interamericana. Cuando la Corte IDH tuvo que Supervisar su decisorio advirtió el apartamiento doméstico y allí indirectamente fulminó la aplicación del margen de apreciación nacional ya que dijo que sus pronunciamientos eran obligatorios para el ámbito interno y que la Suprema Corte del Uruguay debió atenerse al decisorio del tribunal interamericano.⁷³

En síntesis podemos decir que en el ámbito del control de convencionalidad existe el margen aludido, en el sentido de que impera allí la posibilidad de que las autoridades impongan ciertos criterio locales, ello sobre la base del modelo de subsidiariedad en el sentido que son los Estados, en especial los jueces y el poder judicial en general, los que ejecutan el control primario y ponen en juego las normas nacionales e internacionales que consideren convenientes.

Como vimos esta corriente nació en el ámbito de la vieja Comisión Europea de Derechos Humanos y se extendió al tribunal regional homónimo con sede en Estrasburgo.

También pusimos de resalto que esta ‘deferencia’ que se le confiere a las autoridades locales se aplica con mayor amplitud cuando no existe jurisprudencia de la Corte IDH sobre el particular. En cambio la cuestión ‘se achica’ cuando el tribunal interamericano ha fijado determinada doctrina legal.

En algunas circunstancias se ha evitado poner en contraposición el criterio de la supremacía convencional o interpretación jerárquica, utilizando el postulado de la ‘coordinación’ (o diálogo) entre los esquemas nacionales e internacionales, sobre la base del principio de interpretación *pro homine*;⁷⁴ criterio utilizado por la propia Corte IDH por ejemplo en el aludido caso “Castañeda Gutman”.⁷⁵

⁽⁷³⁾ Véase Hitters, Juan Carlos, *Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana*, (cit.).

⁽⁷⁴⁾ Véase Hitters, Juan Carlos, *Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana*, (cit.).

⁽⁷⁵⁾ Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, (cit.).

V. DE OFICIO Y EN ABSTRACTO

1. De oficio

En Argentina y en algunos otros países —depende de la normativa vigente— se discute si el control de constitucionalidad debe ser llevado a cabo a *pedido de parte* o *de oficio*.

Sin perjuicio de lo que en definitiva resuelvan los tribunales locales, reiteramos que según la interpretación de la Corte IDH “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’⁷⁶ *ex officio*⁷⁷ entre las normas locales y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que esa revisión deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.⁷⁸

La Corte en el caso de los Trabajadores Cesados del Perú habló del control difuso de convencionalidad que ella puede ejercer, luego en “Almonacid Arellano” puso en resalto esta posibilidad de inspección con independencia de que las partes la invoquen. Señala Ferrer Mac-Gregor que en realidad la posibilidad de ejercitar esta vía de oficio constituye un complemento del carácter difuso de dicho control. A partir de entonces se ha mantenido firme la jurisprudencia que permite el cotejo *ex officio*.⁷⁹

El tribunal regional aclaró en varias oportunidades que para poner en juego esta doctrina no deben perderse de vista los supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.⁸⁰

⁽⁷⁶⁾ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros, cit., supra nota 3, párr. 124. Véase Gialdino, Rolando, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos*, en La Ley, 2008-C, p. 1295. Ídem *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales*, Tomo I, p. 369.

⁽⁷⁷⁾ Este criterio ha sido ratificado recientemente en el Caso J vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, párr. 407.

⁽⁷⁸⁾ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, (cit.), párr. 128.

⁽⁷⁹⁾ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad*, ob. cit., pág. 312.

⁽⁸⁰⁾ Dice García Ramírez, ahora no ya como juez, sino como doctrinario “...La exigencia de que se satisfagan estos presupuestos no implica de suyo, en el caso concreto en el que se plantean, apreciación sobre la existencia de las violaciones aducidas o la responsabilidad de quien deba enfrentarlas o la reparación pertinente. Sólo significa —pero esto no carece de importancia y trascendencia, casuísticamente, como es evidente— que el despliegue de la vía internacional, en su caso, y del control interno de convencionalidad, en el suyo, se hallan asociados a la observancia de esos presupuestos. Desde luego, la normativa interna puede ser —e incluso debe ser— muy

Este control de oficio se debe cumplir conforme a la competencia de los órganos internos y bajo las reglas adjetivas establecidas para este efecto. Esto no significa que todos los jueces sean competentes para aplicar sin mayores exigencias domésticas este tipo de confronte, pues, repetimos, por regla deben observar las normas locales.⁸¹

Vista ahora la problemática no ya desde del derecho doméstico, sino del supranacional, lo cierto es que cuando las actuaciones llegan a la Corte regional, ella realiza —sin duda— esta verificación, ‘*aún de oficio*’, considerando que es la última intérprete de la normativa interamericana y que por una cuestión meramente procesal no se puede permitir que el Estado infrinja, la Convención (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

En ese orden de ideas obsérvese que estamos hablando de un control normativo, no obstante, y como módulo para comprender lo que venimos analizando, debe tenerse presente que el férreo principio de congruencia muchas veces utilizado en el campo interno —por lo menos en los pleitos de marcadas esencia dispositiva— ha sido morigerado por el tribunal interamericano que aplicando el principio de *iuria curia novit*, en verdad dilata en forma indirecta aquel duro postulado.⁸²

En definitiva la Corte regional sostiene que la compulsa de convencionalidad debe *hacerse de oficio en el marco de las respectivas competencias del órgano juzgador local*.

Reclama que el país haga el control primario sin perder de vista los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de su legislación en la medida que no haya infracciones al debido proceso legal.

De todos modos la Corte se reserva el derecho de hacerlo ella como último intérprete de la CADH y para evitar que se frustre —por una decisión doméstica— el control de convencionalidad.

2. En abstracto

Yendo ahora al *control de convencionalidad ‘en abstracto’* conviene poner de resalto que en los primeros tiempos tal cuerpo interamericano sostenía

favorecedora de la tutela de los derechos fundamentales, y por ende puede y debe reducir al mínimo los citados presupuestos, a fin de no oponer barreras innecesaria a la protección del individuo. Bajo la misma lógica se prevén los presupuestos en el ámbito internacional...””, García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, (cit.) pág. 153.

⁽⁸¹⁾ García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, (cit.) pág. 151.

⁽⁸²⁾ Hitters, Juan Carlos, *Los Tribunales Supranacionales*, La Ley, Buenos Aires, 2006–E, p. 818. En efecto, con buen tino ha dicho en el caso Fermín Ramírez, *que tanto las víctimas como sus familiares o representantes pueden invocar derechos distintos de los comprometidos en la demanda de la Comisión*. Corte IDH, Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C No. 126, párr. 116.

que era improcedente la revisión supranacional si el precepto atacado no había sido aplicado. Empero últimamente el fue cambiando de tornas, destacando su potestad de controlar la convencionalidad de las normas locales, *aún en abstracto*.⁸³

En una primera etapa en efecto, el 27 de enero de 1995 en el caso Genie Lacayo⁸⁴ había expresado que “La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales *en abstracto* sino que es ejercida para resolver casos *concretos* en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención...”; concluyendo que no tiene aptitud para activar *ex officio* ‘en abstracto’ el contralor de convencionalidad, criterio que mantuvo a rajatabla en el mismo asunto el 29 de enero de 1997 en la sentencia sobre el fondo.⁸⁵

Tal pauta fue criticada en estas últimas actuaciones por el entonces Juez Cañado Trindade en su Voto Disidente, quien abriendo una brecha en la sólida jurisprudencia precedente, dejó en claro que la infracción convencional *se produce por el solo hecho de que la norma doméstica esté vigente (aunque no haya sido aplicada)*; añadiendo luego, en el caso “El Amparo” que para que exista maltrato a la CADH “... no me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño”⁸⁶

En una segunda etapa se muestra un cambio en la jurisprudencia aludida, al sostener la Corte IDH en el caso “Suárez Rosero”⁸⁷ y posteriormente en “Castillo Petruzzi”⁸⁸ entre otros, que puede haber infracción al Pacto de San José *aún cuando el dispositivo normativo doméstico no haya sido aplicado en un asunto concreto*.

En una apretada síntesis podemos concluir que en las últimas épocas ese Tribunal efectuó como siempre el control de convencionalidad de los

⁽⁸³⁾ Sobre el particular puede verse el importante libro del profesor colombiano Ernesto Rey Cantor, a donde nos remitimos *brevitatis causa*, dado que lleva ahí análisis pormenorizado de la temática (*Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, México, 2008. págs. 68, 69, 70, 71 y sigs).

⁽⁸⁴⁾ Corte IDH, Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Serie C No. 21, párr. 50.

⁽⁸⁵⁾ Corte IDH, Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Fondo, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párr. 91.

⁽⁸⁶⁾ Corte IDH, Caso El Amparo Vs. Venezuela, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C No. 28, Voto Disidente del Juez Cañado Trindade, párr. 3. Agregó dicho magistrado que “... un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas ...” (párr. 5).

⁽⁸⁷⁾ Corte IDH, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párr. 98; apuntalando ese criterio véase también el Voto Razonado del Juez Cañado Trindade en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” [Olmedo Bustos y otros] Vs. Chile, (cit.), párr. 13.

⁽⁸⁸⁾ Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52.

preceptos del derecho doméstico aplicados al caso concreto; y también de aquellas reglas que habiendo sido sancionadas —y vigentes— no hubieran sido utilizadas en una causa determinada.⁸⁹

VI. CONSECUENCIAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Uno de los temas que necesita ser analizado en profundidad y que en principio depende del derecho interno es saber qué consecuencias produce una declaración de inconventionalidad positiva, esto es cuando el órgano encargado de llevar a cabo el control ve una falta de acomodación entre las normas internacionales y las locales. Si esta actividad es ejercida por la justicia doméstica y se advierte tal defecto, los jueces pueden ‘desaplicar’ el precepto, o ‘anularlo’ (en aquellos países donde se permite esta última posibilidad). Si mantienen el dispositivo inconventional el Estado es responsable internacionalmente (arts. 1.1, 2 y 27 CADH). Parece obvio aclarar que si el dispositivo produjo ya sus efectos nocivos sólo quedan las reparaciones sustitutivas.

En cambio si el contralor es llevado a cabo por la Corte IDH y esta advierte un desfase debe así declararlo para que se adecue el precepto al derecho supranacional, de conformidad con la sentencia regional.

En el control de convencionalidad los órganos ‘domésticos’ pueden, como vimos, desaplicar o anular la norma; si esto ha sido dispuesto por la Corte IDH es el Estado quién luego debe cumplir.

Una de las dudas que aparecen en el ámbito interamericano —lo mismo que en el europeo— es saber si la declaración de inconventionalidad ejercida por la Corte IDH produce la *nulidad* o la *inaplicabilidad* de la regla en juego.

Por ello cuando ese cuerpo jurisdiccional —luego de hacer la comparación de marras— dispone que, en el caso concreto, se infringió la convención,⁹⁰ tal pronunciamiento es vinculante para el legitimado pasivo⁹¹ (arts. 62.3 y 68.1 del Pacto), y el Estado, tiene la obligación de adaptar y en su caso modificar el derecho interno —incluyendo la propia Constitu-

⁽⁸⁹⁾ En definitiva esta inspección de compatibilidad puede ejercitarse *preventivamente*, como en el caso de algunos Tribunales Constitucionales Europeos (de jurisdicción concentrada). En la Provincia de Buenos Aires el Código Procesal Civil y Comercial regula esta posibilidad en los arts. 686 a 688 (conforme art. 161.1 de la Constitución Provincial bonaerense) que tramita directamente ante la Suprema Corte de dicho Estado.

⁽⁹⁰⁾ Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua (cit.); Corte IDH, Caso La Cantuta Vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162; Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, (cit.).

⁽⁹¹⁾ De este tema ya nos hemos referido *in extenso* en el trabajo Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos...?*, ob. cit.

ción— como ocurrió en el caso de “La Última Tentación de Cristo.”⁹² Si no se cumple aparece la responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2 CADH).

Conviene repetir que desde esta vertiente la decisión interamericana no implica una abrogación automática del precepto local, ni produce una expulsión de la regla analizada, pues es el país —repetimos— quien debe cumplir con el pronunciamiento regional.

Sin embargo en los delitos de lesa humanidad la cosa parece tener un matiz diferenciado ya que a nuestro criterio, en esas circunstancias, por ejemplo en los casos “Barrios Altos”,⁹³ “Tribunal Constitucional de Perú”⁹⁴ y “La Cantuta”⁹⁵ la Corte IDH se comportó como un verdadero Tribunal Constitucional declarando ‘inaplicables’ en todo el país y con efecto *erga omnes* las leyes de amnistía dictadas en Perú.⁹⁶

Hemos dicho que la consecuencia general de la declaración de inconvencionalidad consiste en privar de los efectos jurídicos a la norma infectada, en cuyo caso, según el derecho doméstico, la regla debe ser declarada inválida. Sin embargo la cuestión se complica cuando en ese ámbito sólo se admite la declaración con efectos para el futuro (efectos *ex nunc*) y no hacia el pasado (efectos *ex tunc*). A partir del caso “Almonacid Arellano” la Corte IDH tuvo la intención de marcar que la regla atacada carece de efectos jurídicos desde su inicio, criterio que mantuvo en casos posteriores. Empero esta pauta no fue constante en la Corte IDH y todo depende del caso concreto.

VII. OBLIGATORIEDAD DE LOS FALLOS DE LA CORTE IDH

1. Valor vinculante en el caso concreto

Destacamos antes de ahora⁹⁷ que las sentencias de la Corte IDH deben

⁽⁹²⁾ Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” [Olmedo Bustos y otros] Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73.

⁽⁹³⁾ Corte IDH, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75.

⁽⁹⁴⁾ Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71.

⁽⁹⁵⁾ Corte IDH, Caso La Cantuta Vs. Perú, cit.

⁽⁹⁶⁾ Si bien en este artículo no nos ocupamos de la permeabilidad de las sentencias de la Corte IDH en el derecho interno, ni —por ende— de la recepción que tuvo la jurisprudencia interamericana por el más alto tribunal de ese país, como dijimos, en el trabajo *¿Son vinculantes los pronunciamientos...?*, ob. cit.; repárese que por ejemplo en el caso “Simón” (“Simón, Julio H., y otros”, sent. 14 de junio 2005, revista La Ley Buenos Aires, 29 de junio de 2005), entre otros, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, siguiendo la Corte Interamericana produjo la anulación de las leyes de obediencia de vida (ley 23.521) y punto final (ley 23.492).

⁽⁹⁷⁾ Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, EDIAR, 2012, T. II, V. 1, págs. 277 a 281. Ídem Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de*

ser acatadas —en el derecho interno— por los tres poderes del Estado.⁹⁸

Dicho Tribunal en base a lo dispuesto por los arts. 62.3 y 68.1 del Pacto de Costa Rica ha expresado que ‘sus fallos’ son —en el caso concreto— de cumplimiento obligatorio. Los países del sistema interamericano, salvo algunas excepciones como en Perú⁹⁹ que finalmente luego aceptó una condena, y Venezuela que se retiró de la Corte IDH,¹⁰⁰ han sido casi siempre respetuosos de los pronunciamientos regionales no sólo en cuanto a la reparación económica, sino también cuando ordenan al poder público llevar a cabo ciertas conductas reparatorias tanto de hacer como de no hacer, ello sin perjuicio de las Supervisiones que el Tribunal regional continúa haciendo en algunos casos.

2. Efecto *erga omnes* de las sentencias

a. Pautas generales de la Corte IDH

Desde el año 2001 la Corte IDH refiriéndose al derecho interno peruano y a partir de los casos: “Barrios Altos”, “El Tribunal Constitucional de Perú” y especialmente en “La Cantuta” (entre otros),¹⁰¹ había parado

constitucionalidad y convencionalidad, Revista La Ley 2008-E, p. 1169.

⁽⁹⁸⁾ Algunos autores prefieren no usar la terminología “obligatoriedad del precedente y de grado de vinculación vertical” proponiendo utilizar la fraseología “diálogo jurisdiccional”, Oteiza, Eduardo, *Efectos de la doctrina sobre el control de convencionalidad de acuerdo con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia Argentina*, en *Jurisprudencia Argentina*, Núm. 2012-III, Fascículo 13, Buenos Aires, pág. 89.

⁽⁹⁹⁾ Véase, Hitters, Juan Carlos, *Imposibilidad de retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el caso de Perú)*, LA LEY, Buenos Aires, 1999-F, p. 893.

⁽¹⁰⁰⁾ Vale recordar que el 6 de septiembre de 2012 se presentó ante la Secretaría General de la OEA la solicitud de Venezuela -firmada por el entonces Canciller Nicolás Maduro Moros-, de denuncia (retiro) a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Fundamentó su decisión en que ese país había recibido varias medidas cautelares y decisorios injustos en su contra por parte de la Corte IDH, y algunos casos de la Comisión IDH que violarían la soberanía de ese país, sobre todo emitiendo medidas de seguridad sin agotar —dicen— los recursos internos. El artículo 78 de la Convención autoriza esa situación, si el retiro se impetra mediante un preaviso de un año. La denuncia no tiene efectos de desligar al Estado parte de las obligaciones incumplidas hasta la fecha en la cual la denuncia produce efecto (art. 78.2). El plazo de un año vence en este caso el 6 de septiembre de 2013. Este apartamiento de la Convención sólo es válido con respecto a la Corte Interamericana, ya que no es posible retirarse de la Comisión IDH por formar parte éste órgano de la Carta de la OEA. Esto significa que este organismo puede dictar medidas y resoluciones respecto de Venezuela luego de producirse su retiro. Esta postura vino como consecuencia —entre otros motivos— de un movimiento producido por varios países por ejemplo: Bolivia, Ecuador, Venezuela, Colombia y El Salvador, que se quejaron por la dureza de las medidas cautelares dictadas en su contra por la Comisión IDH. Ello generó la creación de un Grupo de Trabajo y Reflexión por el Consejo Permanente de la OEA en el año 2011, que luego de varias reuniones culminó con un Informe, el 22 de marzo de 2013 —AG/Res. 1 (XLIV-E/13)—. Una de las consecuencias de todo ese proceso fue la modificación del Reglamento de la Comisión, el 13 de mayo de 2013, por lo que a partir de allí podemos hablar de un nuevo Reglamento.

⁽¹⁰¹⁾ Corte IDH, Casos: Barrios Altos vs. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N°

mientes en señalar ciertos efectos *erga omnes* de sus fallos no sólo para el asunto concreto sino para todo el derecho interno de ese país, aún fuera del caso juzgado.¹⁰²

En los últimos tiempos¹⁰³ el tribunal regional reiteró conceptos expresados con anterioridad señalando que “la obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal corresponde a un principio básico del Derecho Internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*)”.¹⁰⁴

En efecto, la Corte IDH en el caso “La Cantuta” había expresado que “De las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso *Barrios Altos* está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia”.¹⁰⁵

Por ende, vale la pena repetir que tanto en “Barrios Altos”, como en los casos “Tribunal Constitucional de Perú” y en “La Cantuta” ya referidos, la Corte IDH se comportó como un Tribunal Constitucional anulando — indirectamente — las leyes de amnistía, con efecto *erga omnes*.¹⁰⁶

Obsérvese cómo dicho cuerpo interamericano había “amplificado” notablemente su tradicional doctrina legal, sosteniendo a partir de “Barrios Altos” y “La Cantuta” que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no

75); *La Cantuta Vs. Perú* (cit.) y *Tribunal Constitucional Vs. Perú* (Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71). Véase Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104.

⁽¹⁰²⁾ Corte IDH, *Casos: Barrios Altos vs. Perú* (cit.); *La Cantuta Vs. Perú* (cit.) y *Tribunal Constitucional Vs. Perú* (cit.).

⁽¹⁰³⁾ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de marzo de 2014, Considerandos, párr. 3.

⁽¹⁰⁴⁾ Véase *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2013, Considerando tercero; *Caso Castillo Petruzi y otros Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999, Considerando cuarto; y *Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 3.

⁽¹⁰⁵⁾ *Caso La Cantuta Vs. Perú* (cit.), párr. 186, citando el caso *Barrios Altos vs. Perú* (cit.). Dichas pautas fueron aplicadas por la CSN en varios casos, entre los que podemos citar: Hagelin, Ragner (cit.), voto del Dr. Fayt, párr. 7 y voto del Dr. Boggiano, párr. 4.

⁽¹⁰⁶⁾ Repárese en la similitud que tienen dichos precedentes con lo actuado por ejemplo por la CSN en el ya aludido caso “Simón”.

se agota en su parte resolutive, (que vale para el caso particular), sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia), a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares.¹⁰⁷

Ya dijimos que las sentencias de la Corte IDH son vinculantes para el caso concreto, y en algunas circunstancias producen efectos para los demás asuntos de la misma esencia (como en Perú).

La duda aparece —lo expresamos con anterioridad¹⁰⁸— cuando se pretende saber si sus fallos originan una especie de ‘doctrina legal’ para todos los casos similares, en cualquiera de los Estados signatarios del Pacto de San José.

En este orden de pensamiento resulta preciso acotar que el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional —particularmente en el ámbito de los derechos humanos— tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes (arts. 1.1 y 2 de la CADH).

Empero, lo cierto es que —como antes vimos— *ninguna norma del Pacto de Costa Rica le da en forma expresa el carácter extensivo, válido para todos los asuntos a los decisorios de la Corte IDH. Salvo —reiteramos— para el caso concreto* (art.62 y 68 del Pacto de San José).

Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la Corte Interamericana.

b. El caso Gelman vs. Uruguay, ejecución de sentencia y los efectos expansivos de los fallos de la Corte IDH

Más recientemente, en el caso “Gelman vs. Uruguay”¹⁰⁹ que ya hemos citado varias veces, la Corte IDH tomando en cuenta un antecedente del Tribunal de Estrasburgo remarcó “...que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención *erga omnes* (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también *deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos*

⁽¹⁰⁷⁾ Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad*, cit., p. 1169

⁽¹⁰⁸⁾ Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad*, cit., p. 1169

⁽¹⁰⁹⁾ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, (cit.).

y prácticas legales” (énfasis añadido).¹¹⁰

En el pronunciamiento sobre Supervisión ya aludido (del 20 de marzo de 2013) el cuerpo jurisdiccional con asiento en Costa Rica reiteró — algo ya indiscutido— sobre *el carácter vinculante de sus sentencias en el caso concreto*¹¹¹ sosteniendo que “La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional”.¹¹²

Ratificó entonces —y en esto es muy claro— que el decisorio emitido por ella en un asunto particular es totalmente vinculante para el Estado condenado.¹¹³

Pero aclara luego que “...es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional”.¹¹⁴

Diversa es la circunstancia —añade el fallo— cuando el Estado *no ha sido parte* en el proceso internacional donde se fijó la jurisprudencia. En tal hipótesis por el sólo hecho de ser Parte en la Convención, la conducta de sus autoridades públicas y de la totalidad de sus órganos incluidos las instancias democráticas, están obligadas por el Tratado *debiéndose acatar el mismo y considerar los precedentes y lineamientos judiciales del Tribunal interamericano*.

⁽¹¹⁰⁾ Al respecto, véase Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 “*Execution of judgments of the European Court of Human Rights*”. Ídem <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834&Language=EN>. Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión, cit., nota 49.

⁽¹¹¹⁾ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión, cit., párrs. 65 a 58.

⁽¹¹²⁾ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión, cit., párr. 59.

⁽¹¹³⁾ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión, cit., párr. 69.

⁽¹¹⁴⁾ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión, cit., párr. 67.

En el asunto que venimos comentando el Voto Razonado¹¹⁵ del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot explica con toda claridad la cuestión atinente a los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte, y reitera lo dicho por sus colegas añadiendo —con profundidad— sus propias argumentaciones.

Alude a la *eficacia objetiva* de la sentencia interamericana ‘como norma convencional interpretada’ con una vinculación indirecta ‘*erga omnes*’, como estándar interpretativo mínimo de la efectividad de la norma convencional,¹¹⁶ siguiendo en parte algunos basamentos del ex presidente del Tribunal, Antônio Augusto Cançado Trindade, para referirse al efecto de los fallos de la Corte en asuntos en los que el Estado no fue parte del pleito.

Pone de relieve la proyección de la eficacia hermenéutica *erga omnes* que tiene la sentencia con respecto a todos los países que se han plegado al sistema interamericano. Ello significa —dice— que la totalidad de las autoridades domésticas deben aplicar no sólo el principio convencional —que surge del Tratado— sino *la norma convencional interpretada*, (*res interpretata*).¹¹⁷ Esto es —valga la redundancia— la interpretación que de la misma ha hecho el órgano jurisdiccional interamericano (art. 62.1 CADH) *que resulta atrapante* (arts. 1.1 y 2 CADH).

Además, el citado sufragio habla de la ‘*efectividad mínima*’ como piso de marcha del modelo, ya que del art. 29 del Pacto de San José señala que si en el ámbito interno surge una protección mayor (es decir más eficaz) debe ponerse en juego el esquema local y no el internacional.¹¹⁸

⁽¹¹⁵⁾ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de marzo de 2013, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

⁽¹¹⁶⁾ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., párrs. 42 y 43.

⁽¹¹⁷⁾ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., párr. 43.

⁽¹¹⁸⁾ Para ello no debe omitirse que “El carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana ha permitido interpretar el contenido obligacional derivado del artículo 2º de la Convención Americana de ‘adoptar disposiciones de derecho interno’ sean ‘medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos’ los derechos y libertades. Esto ha motivado una jurisprudencia interamericana amplia sobre diversas temáticas; por ejemplo, pueblos indígenas o tribales, libertad de expresión y acceso a la información, derecho del inculcado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal, pena de muerte, fuero militar, derecho laboral, estabilidad e inamovilidad de jueces, y sobre leyes de amnistía. En esta última línea jurisprudencial sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistías, como sucedió en la Sentencia del *Caso Gelman*, expresamente se concluye en el Resolutivo o que ‘El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana’ y específicamente dentro de la motivación, se expresa: ‘En particular, debido a la interpretación y a la aplicación que se ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos en los términos antes indicados, ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2

Queda claro entonces que los decisorios de la Corte Interamericana producen efectos: 1) no solamente para el país condenado —vinculación directa, inter partes— 2) sino también hacia los Estados que no intervienen en el pleito internacional (vinculación relativa erga omnes), pero sólo en la medida de la norma interpretada, no así en la totalidad del fallo. Salvo que no exista —ya lo dijimos— una hermenéutica local más favorable al ser humano¹¹⁹ en cuya hipótesis vale la más ventajosa (art. 29 CADH).

En suma, según este elevado criterio —que compartimos— las sentencias del Tribunal Interamericano originan dos tipos de consecuencias, a saber: una de *vinculación directa* —y obligatoria— para el país condenado (arts. 62 y 68 CADH); y otra de *vinculación 'relativa'* —*erga omnes*— para todos los países miembros del modelo, *que no participaron del proceso*.

Es por ello que 'la norma interpretada' en la decisión, no puede ser controvertida en el ámbito doméstico, ya que de serlo, tolera el control de convencionalidad secundario (subsidiario)¹²⁰ por vía de la Corte IDH, que debe calificarla como 'inaplicable', es decir 'inconvencional'.¹²¹

Hemos traído a colación el caso "Gelman vs Uruguay",¹²² y en particular el decisorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Supervisión de Cumplimiento del mismo,¹²³ pues entendemos —como en otro trabajo hemos expresado¹²⁴— que en este último dicho Tribunal regional ha dado un paso adelante al sostener, sin requilorios, que sus sentencias no sólo son atrapantes en el caso concreto (vinculación directa inter-partes), sino que también producen efectos vinculantes *para todos los Estados signatarios de la CADH*, en lo que respecta a la interpretación que ese órgano efectúa de las normas convencionales (vinculación indirecta *erga omnes*).

Puede reiterarse finalmente que la doctrina legal (o judicial) —no la sentencia— de ese cuerpo jurisdiccional es obligatoria (vinculante) para el conjunto de los países plegados al sistema en cuanto a la hermenéutica

de la misma, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., párr. 46.

⁽¹¹⁹⁾ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., párrs. 34, 42, 69 y 70.

⁽¹²⁰⁾ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., párrs. 67 a 71.

⁽¹²¹⁾ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., párr. 67.

⁽¹²²⁾ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, (cit).

⁽¹²³⁾ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, (cit.).

⁽¹²⁴⁾ Hitters, Juan Carlos, Un avance en el control de convencionalidad. El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana, (cit.).

que él hace de las normas regionales interpretadas (*res interpretata*).¹²⁵ En forma similar opinan Sergio García Ramírez y Claudio Zanghi.¹²⁶

VIII. CONCLUSIONES: ADELANTOS Y RETROCESOS DEL CONTROL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Hemos hecho un análisis del instituto del control de convencionalidad con el fin de llevar a cabo un balance de su estado actual buscando de alguna manera marcar los ‘adelantos’ y también los ‘retrocesos’ que se observan en la figura *sub exámine*.

Sin lugar a dudas este tipo de inspección se ha ido acomodando progresivamente desde los primeros fallos de la Corte Interamericana, hasta los más nuevos, donde en general se ha notado una evolución favorable.

Dijimos que el Tribunal interamericano hizo en los primeros tiempos este trabajo sin decirlo expresamente, pero comparando al fin las normas internacionales con las domésticas y juzgando sobre la prevalencia de aquéllas. Empero, a partir del año 2003 en los casos “Myrna Mack Chang”, “Almonacid Arellano” y Trabajadores Cesados del Perú”, entre otros, comenzó a usar esta lexicografía de “control de convencionalidad”, que lentamente se fue ampliando poniendo como sujetos activos, primero a los Jueces, luego al Poder Judicial y en general a los órganos vinculados con la administración de justicia, para finalmente extenderlo a los otros dos Poderes del Estado. Además, el cotejo de convencionalidad no sólo lo hizo con respecto al Pacto de San José de Costa Rica, sino también a la totalidad del *corpus iuris interamericano*.

Importa poner de relieve como hito importante que la Corte ha ido con el tiempo formando ‘criterios’ o ‘estándares’ que conforman una especie de doctrina legal que debe ser tenida en cuenta por los Estados.

⁽¹²⁵⁾ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., párrs. 67, 69 y 72.

⁽¹²⁶⁾ Señalan los citados autores que “por otro lado no es posible ignorar que el Tribunal generalmente interpreta una o más normas del Convenio y sus Protocolos para resolver el caso concreto que le fue sometido, y desarrolla entonces una actividad interpretativa que viene consagrada en el texto de la sentencia. Es verdad que la sentencias obliga solamente a los Estados partes del procedimiento, como ya se mencionó, pero no puede ignorarse el valor de la interpretación de la norma convencional, lo que, a menudo, llega más allá del caso concretamente examinado. En tal situación, es manifiesta la eficacia de *res interpretata* de las sentencias del Tribunal. Así, en numerosos casos, la evaluación efectuada por el Tribunal sobre la forma de entender una norma convencional, a partir de una hipótesis concreta que aparentemente involucra a un solo Estado parte, en realidad repercute sobre otros muchos Estados, dada la identidad o la similitud de situaciones, y aunque esa repercusión pueda no resultar manifiesta en el plano de la inmediatez jurídica sino en el de la oportunidad política”, García Ramírez, Sergio y Banguí, Claudio, *Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias*, en *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Abeledo Perrot, 2012, Buenos Aires, págs. 423–491.

Otro de los adelantos ha sido la posibilidad de decretar la inconstitucionalidad de oficio y en abstracto, homogeneizando de este modo el control heterónomo que lleva a cabo.

No debemos olvidar —en paralelo— que en los últimos 30 años las Constituciones de los distintos países han comenzado a *positivar* los postulados de interpretación básicos de los derechos humanos, por ejemplo, el principio de progresividad, el de interpretación conforme y el postulado *pro homine* entre otros; criterios estos que fueron recibidos con beneplácito por la Corte Interamericana.

Hemos visto cómo se fue modulando el campo de la interpretación conforme, para compatibilizar los dispositivos de las Cartas Magnas locales con el derecho supranacional, tratando de evitar en lo posible el desperdicio de un precepto interno que puede ser útil si es correctamente interpretado.

Otro de los progresos que marcamos en este trabajo ha sido el de la consolidación de un cierto ‘margen de apreciación nacional’ que los Tribunales internacionales le otorgan a los órganos domésticos —como una suerte de ‘deferencia’ hacia las autoridades nacionales— cuyo origen puede marcarse en el derecho Europeo. La Corte interamericana si bien siempre se ha puesto a favor de mantener una doctrina legal coherente con respecto a los países, en algunos casos ha permitido que éstos regulen y decidan ciertas cuestiones, como por ejemplo en el caso “Castañeda Gutman” de México, donde aceptó que la dirección del gobierno y su actividad democrática interior sea competencia exclusiva del Estado.

El Tribunal regional remarcó en los últimos años la importancia del control ‘primario’ de convencionalidad, como pilastra fundamental de todo el sistema, partiendo del postulado que el ‘secundario’ —hecho por ella— debe atenerse al modelo de la subsidiariedad, criterio que fue consolidado en el caso “Brewer Carías” ya analizado, donde se requirió por mayoría el agotamiento de los recursos internos rechazando la demanda por incumplimiento de este criterio. Empero no será baladí repetir que allí existió un Voto Disidente de los Jueces Ferrer Mac-Gregor Poisot y Ventura Robles quienes consideraron que en esta causa particular la Corte debió entrar al fondo de la cuestión sin retrogradar el proceso. Ello constituyó —dicen— un claro retroceso en la jurisprudencia de la Corte, con infracción al derecho al acceso a la justicia.

También podríamos destacar como un avance, el concepto esgrimido por la Corte en el sentido que no sólo el Poder Judicial, sino también el Legislativo y el Ejecutivo deben cumplir un balance entre el derecho interno y el derecho internacional, dentro de sus ámbitos competenciales, haciendo valer la regla supranacional (Caso “Gelman vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento”). Esta pauta hermenéutica vale para cualquier persona que tenga a su cargo aplicar una norma jurídica (“*Liakat Ali Alibux*”).

La Corte ha ‘felicitado’ en alguna oportunidad a los países por resolver correctamente los asuntos y aplicar válidamente el control de convencionalidad.

Por ejemplo, en el año 2013 destacó la actitud de México por la actuación en el caso “García Cruz”, considerando que existió un pronunciamiento judicial sobre el ejercicio del control de convencionalidad por los jueces y tribunales nacionales.¹²⁷

El Presidente de México Dr. Enrique Peña Nieto —el 25 de junio de 2014— en palabras pronunciadas durante la Presentación del Programa Nacional de Derechos Humanos, expresó su satisfacción por la actuación de su país en el campo de la protección y promoción de los derechos humanos.¹²⁸

Digamos que los fallos de la Corte IDH son *obligatorios* para los Estados que han sido parte en el caso (arts. 62 y 68 CADH).

En cambio —como vimos— no surge del Pacto de San José, ni de la doctrina legal de la Corte Interamericana que posean efecto expansivo *erga omnes* para todos los demás Estados que resultaron ajenos a determinado pleito. Pero el Tribunal regional ha expresado que en estas situaciones debe tenerse en cuenta el postulado de la buena fe, impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena, que edicta que si un Estado firma un Tratado, en especial en el campo de los derechos humanos, tiene la obligación de realizar los mejores esfuerzos para aplicar los decisorios de los órganos supranacionales correspondientes.

No obstante vale la pena recordar que como se infiere de la Supervisión del Caso *Gelman vs. Uruguay*, la doctrina legal *es obligatoria (vinculante)* para el conjunto de los países plegados al sistema *en cuanto a la hermenéutica que hace la Corte de las normas regionales interpretadas (res interpretata)*.

Debe quedar en claro que en estos casos siempre que hablamos de obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH, lo hacemos bajo el postulado

⁽¹²⁷⁾ Corte IDH, Caso *García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México*, (cit.), párr. 91. Dijo textualmente “...La Corte valora positivamente la actuación de las autoridades judiciales al resolver en el 2013 la acción de amparo interpuesta por las víctimas [...], pero a su vez deja constancia de que transcurrieron aproximadamente 15 años y diez meses desde las violaciones a los derechos humanos de los señores *García Cruz* y *Sánchez Silvestre* para que un tribunal interno efectuara el control requerido y protegiera los derechos de las víctimas...”

⁽¹²⁸⁾ Dijo allí que se había dictado la nueva ley General de Amparo que incluye innovadores mecanismos de defensa y protección de los Derechos Humanos. Añadió que se ha dado cumplimiento a las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana y se decidió retirar las reservas a artículos de cinco tratados internacionales. Dejó en claro -a la par- la expansión de los derechos humanos en la Constitución a partir de 2011, tanto de fuente nacional como internacional. También consideró “el avance jurídico, junto al control de convencionalidad que debe realizar todo juzgador nacional, lo que representa una significativa evolución legal para el país; en ella, el Poder Judicial Federal ha desempeñado un papel fundamental. Sin embargo México requiere seguir avanzando en esa materia”.

del principio *pro homine*, esto es, entendida en el sentido más favorable al ser humano (art. 29 del Pacto de San José).

Concluyendo parécenos necesario recalcar la ineludible capacitación que deben tener *todos* los operadores del modelo del derecho internacional de los derechos humanos, cada uno en sus diversas especialidades, a fines de *aplicar correctamente, los tratados, fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el ius cogens*, evitando el dislate que significa que una errónea utilización interna del control de convencionalidad —por pasividad o exceso— implique un innecesario tratamiento posterior por la Comisión Interamericana o por el Tribunal regional.

La Corte IDH viene señalando esto desde antiguo. Recientemente ha reiterado el criterio en el asunto “Osorio Rivera”,¹²⁹ imponiendo al Estado peruano efectuar “Cursos de Capacitación” y la producción de programas permanentes con respecto a los derechos humanos y en lo que tiene que ver con los derechos internacionales humanitarios, todo ello en las Escuelas de formación de las Fuerzas Armadas, *incluyendo temas como la desaparición forzada de personas y el control de convencionalidad*,¹³⁰ ordenes similares dio a varios países, entre ellos a México en el caso “Radilla Pacheco”.

Hemos visto en el presente apartado los hitos que progresivamente con marchas y contramarchas ha alcanzado el control de convencionalidad en los últimos años.

Marcamos recién lo que observamos como ‘adelantos’; no obstante también debemos tener en cuenta ciertos ‘retrocesos’ pendulares que se pueden divisar como por ejemplo la cantidad de casos que llegan a la Corte Interamericana por haber sido resueltos erróneamente en el derecho interno, ya dijo ese Tribunal que los países deben tener en cuenta la jurisprudencia que de él deriva y resolver de conformidad para evitar el alongamiento que produce en los pleitos el trasvasamiento de las fronteras en perjuicio de los seres humanos que reclaman derechos. Tales déficits se advierten en paralelo, en la necesidad de que ese cuerpo judicial ha tenido que llevar a cabo *tantas Supervisiones*.

A la par debe verse como un punto negativo la excesiva duración de los procesos, tanto en la Comisión IDH como en la Corte IDH (en total aproximadamente cinco años). De ahí que con el tiempo sería necesario —esto va a demorar— que se ponga en marcha una reforma al estilo europeo, donde los conflictos tramitan directamente ante un Tribunal regional.

Por último, importa poner de relieve que también deben considerarse como *retrocesos* el retiro de Perú de la Corte IDH, luego revertido; y el reciente de Venezuela.

⁽¹²⁹⁾ Corte IDH, Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Serie C No. 274.

⁽¹³⁰⁾ Corte IDH, Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú, (cit), párr. 274.

¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DIÁLOGO JURISDICCIONAL?

Víctor Bazán *

SUMARIO: I. Consideraciones introductorias y presentación del itinerario que proponemos recorrer. II. Observaciones contextuales. III. El control de convencionalidad y sus circunstancias. IV. Sobre la necesidad de fortalecer un escenario de diálogo jurisdiccional constructivo. V. Un acercamiento al asunto del “margen de apreciación nacional”. VI. Epílogo.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS Y PRESENTACIÓN DEL ITINERARIO QUE PROPONEMOS RECORRER

La garantía de los derechos fundamentales legitima y justifica tanto al Estado Constitucional y Convencional cuanto al sistema protectorio transnacional, éste dinamizado por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (en adelante, respectivamente, Comisión IDH y Corte IDH).

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Titular de las asignaturas: i) Derecho Constitucional y Derechos Humanos; ii) Derecho Procesal Constitucional, y iii) Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina) y Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Profesor de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA) y en otras universidades argentinas y extranjeras. Autor, coordinador y/o coautor —según corresponda— de más de cien (100) libros y autor de alrededor de doscientos treinta (230) artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Internacional publicados en Argentina y el exterior.

Teniendo en consideración tan significativa premisa jurídica y axiológica, iniciaremos nuestro itinerario ofreciendo algunas sumarias consideraciones para contextualizar el problema y enfatizar la exigencia que pesa sobre los operadores jurisdiccionales (y demás autoridades competentes) de llevar adelante una *interpretación de la normativa interna conforme al derecho internacional de los derechos humanos*.

Seguidamente nos moveremos hacia el “universo” del *control de convencionalidad*, intentando dar respuesta a ciertos interrogantes a su respecto, tales como: en qué consiste tal modalidad de fiscalización convencional; cómo se ha desarrollado gradualmente en el marco jurisprudencial de la Corte IDH; sobre qué pilares se apoya y que propósitos persigue; cómo se vincula el control de convencionalidad con el principio de adecuación normativa consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); y qué rol juegan, si acaso alguno, las opiniones consultivas en el plano de la inspección de convencionalidad.

A continuación, exploraremos otro núcleo atrayente: la necesidad de fortalecer cualitativamente una *relación concertada y dialógica entre la Corte IDH y los órganos jurisdiccionales máximos en materia constitucional* de los Estados del sistema interamericano, a partir de la función de integración que ostentan los derechos humanos.

Conectado con lo anterior, nos aproximaremos a un tópico de interés: el *margen de apreciación nacional*, doctrina que ha recibido una tan profusa utilización por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como un exiguo nivel de receptividad por la Corte IDH.

Finalmente, el cierre de este intento propositivo vendrá de la mano de ciertas consideraciones finales que se ligarán a otros acercamientos intercalados en el nudo del ensayo.

II. OBSERVACIONES CONTEXTUALES

Uno de los perfiles básicos de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto.¹

En particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos, la paulatina trascendencia que han adquirido sus zonas de interacción con el derecho doméstico requiere una armonización de ese tándem de fuentes

⁽¹⁾ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 165.

(internacional e interno) por medio de su retroalimentación y complementariedad en aras del robustecimiento real del sistema de derechos.

Dichas pautas corroboran que la capital problemática de los derechos humanos es una incumbencia —y debe ser una preocupación— concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales y la transnacional.

Ello, por cierto, sin olvidar que esta última ostenta —al menos en el plano jurisdiccional— una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de las de los ordenamientos nacionales (cfr. Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH—, párr. 2°) y que la premisa de agotamiento de los recursos internos,² estrechamente vinculada al *carácter subsidiario de la dimensión interamericana*, ha sido concebida para brindar a los Estados la posibilidad de remediar internamente sus conflictos en la materia sin necesidad de verse enfrentados a un eventual litigio extramuros que pudiera provocarles responsabilidad internacional.

En la dinámica esbozada, se impone irrecusablemente a los magistrados constitucionales (entre otras autoridades) en el plano interno desarrollar sus tareas de interpretación de las fuentes infraconstitucionales *de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*, lo que incluye la exigencia de tomar en cuenta los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

Semejante mandato de *interpretación conforme* a aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de un relacionamiento jerárquico, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva a la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona*), en la línea de sentido del art. 29 de la CADH.

La Constitución de un Estado, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas —*inter alia*— en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto moldea la Corte IDH, dan vida a un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la defensa y la realización de los derechos fundamentales*.

En ese contexto, el desarrollo del *control de convencionalidad* plantea nuevos y demandantes desafíos a las jurisdicciones internas latinoamericanas. La estimulación de relaciones sinérgicas entre éstas y la Corte IDH y la paulatina construcción de diálogos críticos entre ambos órdenes jurisdiccionales, pueden facilitar el descubrimiento de caminos idóneos para optimizar la protección de tales derechos, que son *expresión directa de la dignidad humana*.

⁽²⁾ Sobre el punto, ver por ejemplo el art. 46.1.‘a’ de la CADH.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SUS CIRCUNSTANCIAS

1. Aproximación conceptual

La vinculación de los tribunales nacionales y los internacionales en el área de los derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, produciendo un haz de puntos de contacto no siempre pacíficos ni lineales.

Justamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*, que para algunos autores no deja de ser una especie de diálogo interjurisdiccional.

Tomando los datos que brinda la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que éste transita por *dos vertientes*, según veremos a continuación.

a. *Ámbito internacional*

Una de las líneas se desenvuelve en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como “control de convencionalidad”.

Esa labor consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan o no compatibles con la CADH, disponiendo en este último supuesto —v. gr.— la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de aquella convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte IDH, por vía jurisdiccional, lo impele a tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad (tema que ampliaremos).

b. *Contexto interno*

La restante modalidad opera en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados jurisdiccionales (involucrando también a las demás autoridades públicas —según lo ha entendido la propia Corte IDH—) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los

estándares interpretativos que ese Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos esenciales.

En síntesis, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus juris*³ capital en materia de derechos humanos acerca del cual aquél ejerce competencia por razón de la *materia*.

Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que —en principio y siempre que sea adecuadamente empleado— puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

Por cierto, dicho mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y en no pocas ocasiones origina inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio lleva ínsita la obligación de los operadores jurisdiccionales de *conocer* el citado bloque jurídico de derechos humanos y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH y paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, de *despojarse* de vacuos prejuicios *soberanistas* a la hora de concretarlo.

En relación con lo anterior, atinadamente se ha puntualizado que “queda fuera de toda duda que un presupuesto básico para el ejercicio del control de convencionalidad por parte de la jurisdicción nacional consiste en una mejor formación y perfeccionamiento jurídicos, no sólo de la Judicatura, sino igualmente de quienes ejercen la Abogacía u otra profesión con impacto en el desarrollo del proceso judicial y tienen el importante cometido de ofrecer un *input* normativo y jurisprudencial pertinente (en este caso, de base internacional) para la resolución del caso, es decir, para la obtención de un *output* coherente y sólido”.⁴

2. Desarrollo de la praxis jurisprudencial de la Corte IDH en la materia

Plasmadas las precedentes referencias descriptivas, recrearemos —por supuesto, no taxativamente— la secuencia que el uso *expressis verbis* de la locución “control de convencionalidad” tuvo en el seno de la Corte IDH y la magnitud preceptiva que paulatinamente se ha ido asignando a tal modalidad fiscalizadora.

⁽³⁾ Se ha puntualizado que la expresión “*corpus juris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional (ver O’DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 57).

⁽⁴⁾ JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2013, p. 145.

a. Aportes iniciales

Además de algunas contribuciones del exjuez de la Corte IDH, Antonio A. Cançado Trindade, fue el expresidente del Tribunal, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”,⁵ quien utilizó la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte. Aunque es preciso consignar que centralizaba el contenido semántico de aquella locución en el ámbito de despliegue funcional de la Corte IDH, a la que concebía —*mutatis mutandis*— como una suerte de tribunal constitucional (o convencional) supranacional.

Ya con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el “Caso Tibi vs. Ecuador”,⁶ García Ramírez explicó que el Tribunal Interamericano *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos, pretendiendo “conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía”* (párr. 3).

Por su parte, en un voto razonado elaborado en el “Caso López Álvarez vs. Honduras”⁷ y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención —es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”— debe explorar las circunstancias *de iure* y *de facto* del caso (párr. 30).

Del mismo modo, en el voto razonado pronunciado en el “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”⁸ (decidido en la misma fecha que el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, que retomaremos), el exjuez que venimos citando precisó que la Corte IDH “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana” (párr. 6), pudiendo sólo “confrontar los hechos internos —leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo— con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base,

⁽⁵⁾ Corte IDH, “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101, párr. 27.

⁽⁶⁾ Corte IDH, “Caso Tibi vs. Ecuador”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114.

⁽⁷⁾ Corte IDH, “Caso López Álvarez vs. Honduras”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, N° 141.

⁽⁸⁾ Corte IDH, “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155.

si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párr. 7).

En síntesis, si bien García Ramírez fue el precursor principal de la utilización de la expresión “control de convencionalidad” en la Corte IDH, la centró en el radio de acción de ésta en el funcionamiento de su jurisdicción contenciosa.

b. La paulatina construcción jurisprudencial por la Corte IDH de la cuestión del examen de convencionalidad en sede interna

El Tribunal Interamericano comenzó a aplicar la expresión “control de convencionalidad” en el sentido que aquí nos interesa resaltar (examen de convencionalidad practicable en *sede interna*),⁹ en el “Caso Almonacid

⁽⁹⁾ Aunque sea sobreabundante, debe destacarse que la expresión *control de convencionalidad* no fue una creación original de la Corte IDH. De hecho y con determinadas particularidades según el contexto jurídico correspondiente, tal *control convencional en el ámbito interno* ya se realizaba materialmente desde mucho tiempo atrás. Basta por ejemplo con repasar la praxis francesa, cuya Corte de Casación en un conocido pronunciamiento de 24 de mayo de 1975 declaró expresamente que el art. 55 de la Constitución de ese país (de 1958) *autoriza al juez a inaplicar una ley contraria a un tratado internacional, incluso cuando éste sea anterior a la norma*. Mucho influyeron para la conformación de tal jurisprudencia la propia Constitución de la V República Francesa, el desenvolvimiento del derecho comunitario europeo y la ratificación de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (operada en 1974). Más tardíamente, el Consejo de Estado se plegó a esa lógica a partir del decisorio de 20 de octubre de 1989. De allí que haya sido usual que las jurisdicciones ordinarias francesas *inaplicasen una ley por ser incompatible con un derecho fundamental que tuviera base en el derecho comunitario o en la citada Convención Europea*, aunque paralelamente fueran refractarias a inaplicar una ley por violación a la Constitución. Sobre el tema, ver FROMONT, Michel, “El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas”, publicado en francés en *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen* [La Constitución del Estado frente a nuevos desafíos]. *Festschrift für Yvo Hangartner*, St. Gallen, 1998, trad. por Claudia Del Pozo. Dicho trabajo puede verse en español en *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002, pp. 369–398. Con todo, debe tenerse presente que en el escenario francés se ha modificado la Constitución de 1958, mediante la Ley Constitucional N° 2008-724, de 23 de julio de 2008, que incorporó el procedimiento de la *cuestión previa o prioritaria de constitucionalidad* (QPC) respecto de leyes que afecten a derechos y libertades. La QPC ha sido reglamentada por la Ley Orgánica N° 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, y rige desde el 1 de marzo de 2010, sin olvidar que en el década de los noventa del siglo pasado hubo algunas iniciativas en tal sentido, que en aquel entonces naufragaron. Ello ha supuesto infundir al sistema una *modalidad de control de constitucionalidad sucesiva o posterior* (artículo 61.1 constitucional). Acerca de la reforma en examen, se ha sostenido: “Los jueces ordinarios pueden ahora promover cuestiones de inconstitucionalidad, si la ley aplicable al caso es contestada con el argumento de que viola alguno de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados (esas cuestiones deben pasar el filtro del Tribunal de Casación o del Consejo de Estado, según la jurisdicción de que se trate). El control abstracto se combina, pues, con el control concreto. Es probable que, en el futuro, un gran porcentaje de leyes sean enjuiciadas por el Consejo Constitucional francés en el marco de las cuestiones elevadas por los jueces ordinarios, como ha sucedido en otros países europeos” (cfr. FERRERES COMELLA, Víctor, “El surgimiento de los tribunales constitucionales”, en su libro *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 35).

Arellano y otros vs. Chile”, pronunciándose del siguiente modo: “...el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican [sic] en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (párr. 124)¹⁰ —énfasis añadido—.

Posteriormente, el Tribunal ha determinando que tal control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio. Así se expidió en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, poniendo de presente que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad ex officio’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”¹¹ —*itálicas agregadas*—.

Ya en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México” y frente a algunas dudas acerca de si el control de convencionalidad involucraba también a órganos especializados como por ejemplo tribunales constitucionales, la Corte IDH zanjó la cuestión al puntualizar: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ‘ex officio’ un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (párr. 225)¹² —*remarcado nuestro*—.

Hito importante, y para algunos problemático, es la sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el “Caso Gelman vs. Uruguay”, por la que la Corte IDH amplió intensamente las fronteras de operatividad del examen convencional y subrayó que la protección de los derechos fundamentales funciona como límite a las mayorías en el marco de desarrollo de la vida democrática. Mantuvo que “particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar

⁽¹⁰⁾ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154. También lo expresó, v. gr., en el “Caso La Cantuta vs. Perú”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párr. 173.

⁽¹¹⁾ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, cit., párr. 128.

⁽¹²⁾ Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

un ‘control de convencionalidad’ (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (párr. 239)¹³ —subrayado añadido—.

Otros precedentes significativos en el camino desandado por la Corte IDH para la construcción teórica, también práctica, del control de convencionalidad, son los casos “López Mendoza vs. Venezuela”¹⁴ y “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”.¹⁵ En ellos expuso que, *con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia.*

Por su parte, en dos casos contra Argentina el Tribunal Interamericano señaló expresamente que, conforme al derecho internacional, *cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la CADH, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo* (afirmación volcada ya en el citado “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”). Lo ha apuntado expresamente en los casos “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” (de 29 de noviembre de 2011) y “Mendoza y otros vs. Argentina” (de 14 de mayo de 2013).¹⁶

Ya en los casos “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” y “Gelman vs. Uruguay”, resolución esta última de 20 de marzo de 2013 en el marco del proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia de fondo y reparaciones antes referenciada (“Gelman”), enfatizó que es *“obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”,* adquiriendo así *“sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, sólo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad”*¹⁷ —remarcados agregados—.

⁽¹³⁾ Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, Sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221.

⁽¹⁴⁾ Corte IDH, “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233, párr. 228.

⁽¹⁵⁾ Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239, párr. 284.

⁽¹⁶⁾ Corte IDH, Casos “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2011, Serie C, N° 238, párr. 93; y “Mendoza y otros vs. Argentina”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 14 de mayo de 2013, Serie C, N° 260, párr. 221.

⁽¹⁷⁾ Corte IDH, “Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 30 de noviembre de 2012, Serie C, N° 259, párr. 144;

Por último, es útil añadir que desde 2013 en varios pronunciamientos de supervisión del cumplimiento de sentencias, la Corte IDH viene señalando a los Estados condenados que, para abastecer los decisorios, deben realizar *control de convencionalidad*. Ello demuestra cómo se ha expandido la exhortación a aquéllos en punto al despliegue de semejante fiscalización, que ya no queda encapsulada exclusivamente en las sentencias de fondo, reparaciones y costas proferidas por el Tribunal Interamericano.

c. Inventario

Cerramos este segmento con un intento de compendio de la secuencia creciente de *destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno y el crecimiento del alcance material de tal test*.

Sin intención alguna de exhaustividad, podemos identificar hasta el momento los siguientes eslabones relevantes:

1. El Poder Judicial debe realizar una “*especie*” de control de convencionalidad (“Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”).
2. Los órganos del Poder Judicial deben desarrollar no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, incluso de oficio (“Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”).
3. El test de convencionalidad involucra a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (“Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”).
4. Cualquier autoridad pública, y no sólo el Poder Judicial, debe llevar adelante la fiscalización convencional (“Caso Gelman vs. Uruguay”, Sentencia de fondo y reparaciones).
5. Se impone la adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH (casos “López Mendoza vs. Venezuela” y “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”).
6. Existe la obligación de las autoridades internas (y fundamentalmente de todos los jueces y órganos judiciales) de efectuar lo que sólo a los efectos de graficar la cuestión podríamos denominar un control de convencionalidad *preventivo* teniendo en consideración las interpretaciones de la Corte IDH y, en caso de que no se logre adecuada solución a la cuestión en el plano doméstico, será aquel Tribunal Interamericano el que lleve a cabo un control *complementario* de convencionalidad (casos “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”

y “Caso Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 72.

y “Gelman vs. Uruguay”, tratándose en este último asunto de una resolución de 20 de marzo de 2013, en el marco del procedimiento de supervisión del cumplimiento de la sentencia de fondo y reparaciones).

3. Fundamentos, objetivos, parámetro y alcance

a. Fundamentos

La matriz fundante del control de convencionalidad debe buscarse, especial pero no exclusivamente, en los arts. 1, 2 y 29 de la CADH y 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹⁸ (CVDT). Además, y aunque tal vez redundante, cumple resaltar el papel decisivo que al efecto juega el principio *pro persona*.

Cabe resaltar, en lo tocante al art. 26 de la CVDT, y su reflejo en el art. 31.1, *ibíd.*, que al enunciado tradicional en punto a que “los pactos deben ser cumplidos”, la disposición añade “de buena fe”, que naturalmente es un principio general del derecho. Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, también jurídico, al haber quedado igualmente literalizadas en el Preámbulo de la misma, que en su párr. 3° reza: “Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”. A su tiempo, entre los principios de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el art. 2.2. de su Carta establece lo siguiente: “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*”¹⁹ —énfasis añadido—.

Entre muchos otros precedentes, en el citado “Caso Almonacid Arellano vs. Chile” —sentencia aperturista en relación con el deber de llevar adelante el control de convencionalidad en el plano interno— la Corte IDH ha recordado claramente que: “[s]egún el derecho internacional *las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno*. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” —cursivas agregadas— (párr. 125).

En esa línea, en la Opinión Consultiva (O.C.) 14/94 la Corte IDH había sostenido: “Según el derecho internacional *las obligaciones que éste impone*

¹⁸ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

¹⁹ Sobre tales tópicos, ver para ampliar DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, pp. 94–95.

*deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (...). Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*²⁰ —énfasis agregado—.

Siguiendo las pistas de tal O.C.-14/94, es posible entresacar algunas pautas útiles para abonar lo mencionado en cuanto a la plataforma de apoyo del examen convencional, aun cuando —obviamente— no se haya referido de modo expreso a esa modalidad fiscalizatoria tal como luego fuera delineada paulatinamente por la doctrina jurisdiccional del Tribunal Interamericano. Allí, éste mantuvo:

1. los arts. 1 y 2 de la CADH establecen el compromiso de los Estados de *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción (párr. 32);
2. también, el de *adoptar*, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (id. párr.); y
3. si se ha contraído la obligación de *adoptar* las medidas aludidas, con mayor razón lo ha sido la de *no adoptar* aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención (párr. 33); por lo que la *obligación de dictar las medidas* que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH, comprende la de *no dictarlas* cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades (párr. 36).

Es igualmente útil traer a colación el criterio que la Corte IDH transfundiera a su O.C.-13/93, en la que sostuvo, refiriéndose a la CADH: “*Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos*”²¹ —remarcado añadido—.

⁽²⁰⁾ Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, CADH)”, solicitada por la Comisión IDH, 9 de diciembre de 1994, Serie A, N° 14, párr. 35.

⁽²¹⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-13/93, “Ciertas atribuciones de la Comisión Intera-

Reiteramos que la correlación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH implica que sus Estados Partes se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si ese ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades*.

En ese contexto, la palabra “garantizar” supone el deber del Estado de tomar todas las medidas conducentes, incluso a través de decisiones jurisdiccionales que quedan subsumidas en la categoría de *medidas de “otro carácter”*, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

Es doctrina consolidada del citado Tribunal Interamericano que aquella *adecuación* implica la adopción de medidas en dos vertientes: “*i*) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y *ii*) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.²²

Por tanto, es innegable que la CADH impone a cada Estado Parte la obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones de tal compromiso convencional, para garantizar los derechos allí consagrados. Se trata de una norma consuetudinaria de reconocimiento universal, un “*principe allant de soi*” (un principio evidente), en palabras que hace varias décadas profiriera la hoy desaparecida Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI).²³

Debe añadirse que el Estado Parte de la CADH no sólo tiene el aludido deber de adoptar las medidas de derecho interno, sino que además está obligado a asegurarse que éstas sean *efectivas*, es decir, cumplidas en el orden jurídico interno. Dicho de otro modo, la eficacia de ellas se mide en términos de acatamiento por parte de la comunidad, o sea, de adaptación de su conducta a la normativa de la Convención.²⁴ Semejante eficacia de las

mericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51, CADH)”, solicitada por Argentina y Uruguay, 16 de julio de 1993, Serie A, N° 13, párr. 26.

⁽²²⁾ Cfr. Corte IDH, *inter alia*, “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párr. 207; y “Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, Sentencia de excepción preliminar y fondo, 6 de mayo de 2008, Serie C, N° 179, párr. 122.

⁽²³⁾ CPJI, Avis consultatif, “Echange des populations grecques et turques”, 1925, Serie B, N° 10, p. 20.

⁽²⁴⁾ Cfr. Corte IDH, entre otros, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencia de repa-

normas es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica.²⁵

De esa manera las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales (y otras autoridades públicas) asegurar el cumplimiento de aquel deber de adecuación por medio del *control de convencionalidad*, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

La propia Corte IDH se ha encargado de poner en claro que quien lleve adelante el control de convencionalidad en el marco local “debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”.²⁶

b. Objetivos

La inspección de convencionalidad se conecta con la fijación por parte de la Corte IDH de criterios hermenéuticos generales que deben ser respetados por los tribunales (y demás autoridades) internos para que sus normas y actos se adecuen a los compromisos internacionalmente contraídos por el Estado y evitar que éste incurra en responsabilidad internacional.

Asimismo, elementales motivos de economía procesal y hasta de conservación de la sustentabilidad del propio esquema protectorio interamericano (que cuenta con muy escaso financiamiento y cuya Corte no tiene jueces permanentes) así lo imponen.

Sobre el punto, en su voto razonado en el mencionado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, García Ramírez ha proclamado (acertadamente a nuestro juicio) que dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH, “no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional —lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos— es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y

raciones y costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, N° 39, párr. 69.

⁽²⁵⁾ *Ibid.*, párr. 70.

⁽²⁶⁾ *Vid.* Corte IDH, v. gr., “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186, párr. 180. También, lo puntualizado al respecto en los casos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, cit., párr. 124, y “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, cit., párr. 128.

libertades particulares".²⁷

Agregó que "[l]a única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el 'criterio de interpretación y aplicación', éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida (...) merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales"²⁸ —énfasis nuestro—.

Para el también expresidente de la Corte IDH Diego García-Sayán, "la administración de justicia de los Estados cada vez ejerce más y mejor el denominado *control de convencionalidad* a través de sus órganos y jueces, lo que implica realizar de oficio un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la Convención. Este ejercicio que se plasma en las sentencias nacionales, brinda mayor legitimidad al sistema de protección regional y, a su vez, mejora las condiciones de vida de la población americana, todo lo cual, constituye un importante avance en el fortalecimiento del sistema interamericano de protección"²⁹ —remarcado del original—.

c. *Parámetro*

El material de cotejo para desarrollar el control de convencionalidad no se agota en la CADH, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos internacionales que integran el cuerpo jurídico básico en materia de protección de los derechos humanos y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH.

Expuesto de otra manera, comprende a los compromisos convencionales en torno a los cuales la *Corte IDH ejerce su competencia por razón de la materia*.

Por tanto, involucra por ejemplo a instrumentos internacionales tales como el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; el Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;³⁰ la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Con-

⁽²⁷⁾ Corte IDH, "Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú", cit., voto razonado del juez García Ramírez, párr. 8.

⁽²⁸⁾ Ídem.

⁽²⁹⁾ GARCÍA-SAYÁN, Diego, "Prefacio", en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) y Fundación Konrad Adenauer, México, D.F., p. XIII.

⁽³⁰⁾ Sobre el tema y entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, ver "Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en el libro de BAZÁN, Víctor y JIMENA QUESADA, Luis, *Derechos económicos, sociales y*

vención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas.

Para reforzar la posición que dejamos sentada aquí en cuanto a que el canon de control de convencionalidad no se agota en la CADH, sino que debe tomarse en consideración el *corpus iuris* interamericano, vale colacionar brevemente dos opiniones consultivas de dicho Tribunal:

- la O.C.-16/99,³¹ en cuyo párr. 115, puede leerse: “El *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su *evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional*, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones” —subrayado añadido—; y
- la O.C.-17/2002,³² donde manifestó convergentemente: “los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, *tanto el ‘corpus iuris’ de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática*” (párr. 92)³³ —énfasis agregado—.

d. Alcance

Iniciamos esta breve aproximación afirmando que las *constituciones nacionales* sí son susceptibles de control de convencionalidad, pese a que la cuestión no esté exenta de algunas dificultades.

En primer lugar es preciso recurrir al art. 27 de la CVDT, que proscribe al Estado alegar su *derecho interno* para dejar de cumplir una obligación de cuño internacional. Y, sin duda, tal expresión “derecho interno” involucra también a la Constitución del Estado de que se trate.

culturales, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1–167.

⁽³¹⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, Serie A, N° 16.

⁽³²⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-17/02, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, solicitada por la Comisión IDH, 28 de agosto de 2002, Serie A, N° 17.

⁽³³⁾ Ciertamente, resultan muy significativas las apreciaciones vertidas por el exjuez Cançado Trindade en su voto concurrente a la citada Opinión Consultiva O.C.-17/2002, por ejemplo, en los párrs. 18, 31 y 50; además de los párrs. 37, 53 y 54, estos tres últimos específicamente sobre “el *corpus juris* de los derechos del niño”.

Nótese que en su O.C.-4/84 de 11 de enero de 1984,³⁴ la Corte IDH estimó que el término “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, “es para toda la legislación nacional y para todas las *normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales*” (párr. 14) —remarcado añadido—.

Desde ese punto de vista, fundamentalmente los jueces y/o el órgano máximo de justicia constitucional —siempre de acuerdo con lo estipulado por las específicas regulaciones competenciales— podrían inaplicar una disposición constitucional si resultara anticonvencional, sólo en la medida en que no fuera posible realizar una interpretación armónica de ambas fuentes jurídicas.

Un instrumento hermenéutico de gran utilidad para solventar los posibles conflictos entre normas constitucionales e internacionales es el principio *pro persona*, que adquiere una importancia sustancial en el derecho internacional de los derechos humanos.

Por lo demás, en el multicitado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, la Corte IDH parece aportar cierta dosis de claridad a la cuestión al subrayar en el párr. 128 de la sentencia que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre *las normas internas* y la Convención Americana” —énfasis agregado—.

Ello habilita a interpretar que el material de derecho doméstico que se somete a evaluación de compatibilidad convencional frente a la CADH, entre otros instrumentos, comprende a las *disposiciones constitucionales* que quedan englobadas en tal enunciado genérico.

Por último y ya desde otro perfil del control de convencionalidad (el que se desenvuelve en *sede internacional*), debe tomarse en cuenta que en los hechos el Tribunal Interamericano ha ejercido tal contralor sobre reglas constitucionales que ha juzgado contrarias a la CADH. Así, v. gr., puede compulsarse la sentencia recaída en el “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ vs. Chile”,³⁵ donde decidió que el Estado debía “*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa*” —el énfasis no es del original— (pto. resolutivo 4). Concluyó que aquél había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el art. 19, núm. 12, de la Constitución establecía la censura previa

⁽³⁴⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-4/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, solicitada por Costa Rica, 19 de enero de 1984, Serie A, N° 4.

⁽³⁵⁾ Corte IDH, “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 5 de febrero de 2001, Serie C, N° 73.

en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párr. 72), violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la CADH (párr. 73).

4. Opiniones consultivas y control de convencionalidad

Como venimos sosteniendo desde hace tiempo, si bien las opiniones consultivas no son sentencias jurisdiccionales, sí producen efectos jurídicos con una respetable magnitud de vinculatoriedad.³⁶

Además, son relevantes para el ejercicio del control de convencionalidad en la dimensión interna, o sea, en el desarrollo del test convencional *difuso*, como parte de la doctrina señala para diferenciarlo de la modalidad *concentrada* que monopoliza la Corte IDH.

Es que si el examen convencional implica que principal pero no exclusivamente los jueces deban cotejar la normativa interna aplicable a un caso concreto con la CADH y con la interpretación que de ésta realice la Corte IDH, justamente las opiniones consultivas son resultado de la labor hermenéutica de ésta en tanto intérprete final de tal instrumento internacional, con lo cual, al llevar adelante la fiscalización convencional aquéllos habrán de tener necesariamente en cuenta los *productos interpretativos plasmados en dichas opiniones consultivas*.

La cuestión, hasta hace poco discutida, ha sido zanjada recientemente. Ello, por medio de la O.C.-21/14, rendida el 19 de agosto de 2014.³⁷ Entre otras consideraciones, allí la Corte IDH sostuvo que:

- conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la CADH, dicho tratado *obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo* (párr. 31), lo que en realidad — agregamos por nuestra parte — es reiteración de una jurisprudencia constante sostenida desde hace algunos años;
- la violación por alguno de tales órganos *genera responsabilidad internacional* para el Estado (id. párr.);
- *es necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que la Corte IDH señala en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva,*

³⁶ Ver de BAZÁN, Víctor, por ejemplo, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en BIDART CAMPOS, Germán J. *et al.*, *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, T° I, Mendoza (Argentina), 2000, pp. 91–165.

³⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-21/14, "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, 19 de agosto de 2014, Serie A, N° 21.

la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” (id. párr.);

- a partir de la *norma convencional interpretada* a través de una opinión consultiva todos los órganos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), incluyendo a los que no son Partes de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la *Carta de la OEA* (art. 3.1') y la *Carta Democrática Interamericana* (arts. 3, 7, 8 y 9) cuentan con una fuente que, acorde con su propia naturaleza, *contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos*³⁸ (id. párr.); y
- dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte IDH, la opinión consultiva elaborada involucra a: *i) los Estados Partes de la CADH; ii) todos los Estados Miembros de la OEA que han acordado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, independientemente de que hayan o no ratificado la CADH; y iii) los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta* (párr. 32).

Para finalizar este tópico y abrir paso a la temática del diálogo jurisdiccional, también ligada al test de convencionalidad, vemos que lo mencionado aquí exime de mayores comentarios en torno a la apreciable cotización que ostentan las opiniones consultivas en la cabal realización de la inspección convencional, punto que deberá ser seriamente tomado en consideración por las autoridades internas obligadas a desplegar semejante actividad.

IV. SOBRE LA NECESIDAD DE FORTALECER UN ESCENARIO DE DIÁLOGO JURISDICCIONAL CONSTRUCTIVO³⁹

1. En torno a la *comunicación transjudicial*

SLAUGHTER ha desarrollado una tipología de *comunicación transjudicial* (*transjudicial communication*), clasificándola por la *forma*, el grado de

⁽³⁸⁾ Al respecto, la Corte IDH remite a lo que dijera en el aludido “Caso Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párrs. 65-90.

⁽³⁹⁾ Hemos anticipado algunas consideraciones sobre este tema, por ejemplo, en BAZÁN, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18, 2° Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63–104.

compromiso recíproco (*reciprocal engagement*) y la *función*. Los resultados de su estudio definen un espectro que va desde el *diálogo conscientemente interactivo* entre un tribunal nacional y otro supranacional, en un extremo, hasta el *uso no reconocido* por parte de un tribunal nacional de ideas o modos de razonamiento de un tribunal extranjero, en el otro. Una vez identificados diferentes fenómenos que se podrían clasificar como comunicación transjudicial, la autora se plantea si de hecho podría decirse que ellos forman parte de un fenómeno más amplio, cuestión a la que responde afirmativamente porque considera que están unidos por un conjunto subyacente de elementos comunes, supuestos o precondiciones.⁴⁰

En todas las formas que describe en el trabajo que citamos, la *comunicación transjudicial* presupone que los tribunales involucrados se conciben a sí mismos como *actores gubernamentales autónomos*, incluso más allá de las fronteras nacionales; que hablen un *lenguaje común suficiente para interactuar* en términos más de persuasión que de coacción; y que se entiendan a sí mismos como *entidades similares comprometidas en una empresa común*. Añade que estas precondiciones parecieran existir entre un número creciente de cortes nacionales y tribunales supranacionales en todo el mundo, lo que a su vez abre la puerta a *una nueva visión de las relaciones jurídicas globales*.⁴¹

Considera además que el refuerzo de los *tribunales como actores internacionales y transnacionales autónomos* es un paso hacia la desagregación de la soberanía del Estado en un componente ejecutivo, uno legislativo e instituciones judiciales que pueden interactuar de forma independiente a través de fronteras. Agrega que los frutos de esa interacción se podrían contemplar como redes de instituciones, o de relaciones institucionalizadas, que emularan la forma y el fondo de un gobierno mundial sin que de hecho trasciendan o desplacen a los Estados-nación. Por poner un ejemplo —continúa la aludida doctrinaria— las redes de los tribunales nacionales y supranacionales hablando entre sí en un proceso de *deliberación colectiva* sobre la protección de los derechos humanos podrían generar, en efecto, un *mecanismo multidimensional* para crear y hacer cumplir las disposiciones de derechos humanos de una hipotética constitución global. Pero lo harían con un mínimo de maquinaria global. Incluso, los elementos supranacionales en esta red dependerían para su efectividad

⁽⁴⁰⁾ Slaughter, Anne-Marie, "Typology of transjudicial communication", University of Richmond Law Review, N° 29, 1994, pp. 135-136 (disponible en <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Typology.pdf>). El mismo trabajo puede consultarse en Franck, Thomas M. y Fox, Gregory H. (eds.), International Law Decisions in *National Courts*, Transnational Publishers, Irvington, New York, 1996, pp. 37-69. Las citas que se efectuarán en las dos notas subsiguientes corresponderán a la primera referencia, o sea, la relativa a University of Richmond Law Review.

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*, p. 136.

de la sensibilidad (capacidad de respuesta) de los tribunales nacionales.⁴²

Dicha “comunicación transjudicial” pareciera tener un alcance más general que el que rezuma la expresión “diálogo judicial”. En otras palabras, tal vez la cuestión pudiera condensarse sosteniendo que este último es una especie —importante— del género “comunicación transjudicial”.

Para Bustos Gisbert, el proceso de comunicación transjudicial sin duda ha generado una *fertilización mutua* (*cross-fertilization*) entre instancias jurisdiccionales y, por ende, entre ordenamientos jurídicos. O sea, se ha creado una progresiva y muy enriquecedora influencia mutua entre instancias jurisdiccionales,⁴³ desde casi todos los puntos de vista.⁴⁴

Por su parte, en un interesante trabajo publicado hace más de una década, que enfocaba el *diálogo judicial* y la *fertilización mutua* (o —agregamos por nuestra parte— ‘cruzada’) de los sistemas jurídicos en el marco del Tribunal de la Unión Europea, Jacobs sostenía que dentro de esta estructura comunitaria había existido un *notable grado de diálogo judicial y fertilización cruzada*, lo que adquiriría mayor significación en vista de las grandes diferencias en los sistemas jurídicos de los Estados Miembros y en sus fundamentos históricos. Mencionaba además que aquel Tribunal de la Unión también se había mostrado receptivo a la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales, *particularmente del TEDH*. Por su parte, advertía que —hasta el momento de escribir su trabajo— había existido un impacto relativamente modesto de tribunales y cortes internacionales tales como la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), aunque tal impacto podía incrementarse en el futuro.⁴⁵

2. Acerca del diálogo jurisdiccional

A) Se ha señalado que “*el éxito del significativo ‘diálogo judicial’ se vincula a la intensificación de la interdependencia entre Estados y entidades internacionales como uno de los rasgos característicos de ese vaporoso e indefinible*

⁽⁴²⁾ Ídem.

⁽⁴³⁾ BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 95, mayo-agosto de 2012, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 18–19.

⁽⁴⁴⁾ Cuando el autor citado realiza una matización a lo que considera una progresiva y muy enriquecedora influencia mutua entre instancias jurisdiccionales, diciendo “desde casi todos los puntos de vista”, se refiere a que existe quien desde un “aislacionismo radical”, pretende “excluir cualquier referencia a la jurisprudencia extranjera como fórmula (¿mágica?) de garantizar la soberanía del propio ordenamiento jurídico (juez Scalia, voto particular a Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 [2003])” (*ibíd.*, p. 19).

⁽⁴⁵⁾ JACOBS, Francis G., “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice”, en *Texas International Law Journal*, N° 38, 2003, p. 556 (puede consultarse en <http://www.tilj.org/content/journal/38/num3/Jacobs547.pdf>).

fenómeno conocido como globalización. Proceso que ha cambiado buena parte de las bases sobre las que se asentaba la convivencia humana. Esos cambios, como no puede ser de otra forma, afectan a todos los aspectos de la vida personal y en comunidad. Por ello *no es de extrañar que tenga efectos también en el mundo jurídico y en el comportamiento de los órganos judiciales...* —*itálicas añadidas*—. Justamente una de las manifestaciones más relevantes de tales cambios es la aparición de la *comunicación transjudicial*⁴⁶ a la que aludiéramos.

Una aproximación conceptual simple y directa al “diálogo judicial” lo presenta como *la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho*.⁴⁷

B) No se requiere ser demasiado perspicaz ni avezado para concluir que las expresiones “diálogo jurisprudencial”, “diálogo judicial”, “diálogo interjurisdiccional” y equivalentes, no son unívocas sino que generan perspectivas conceptuales diversas y deparan numerosos intentos taxonómicos. Citaremos a continuación, sin ninguna intención de taxatividad, un par de visones autorales al respecto.

1. En primer lugar, recrearemos algunos trazos de la posición de Burgorgue-Larsen. Ésta advierte que el diálogo induce tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como el acuerdo, la concordia o la aprobación; además de señalar que el diálogo puede ser *tri* o *multidireccional*, o sea, que no se manifiesta siempre en el marco de un dúo o tándem jurisdiccional, sino que se enriquece de las interacciones de varios actores jurisdiccionales.⁴⁸ Añade que en Europa, el diálogo no es siempre idéntico ni utiliza los mismos “canales”; por el contrario, se manifiesta de distintas maneras y en diferentes contextos. Pese a tal variedad, expresa que fundamentalmente existen dos tipos de diálogo: el *diálogo regulado, organizado, previsto*; frente al *diálogo espontáneo, libre*. Dentro de esas dos grandes categorías, visualiza las manifestaciones *vertical* y *horizontal* de diálogo.⁴⁹

Entiende por *diálogo regulado*, al derivado de una serie de reglas procesales o de unas obligaciones internacionales que disminuyen la libertad del juez nacional incitándolo a dialogar con el juez supranacional (diálogo que sería siempre *vertical*); por ejemplo, en el espacio de la Unión

⁽⁴⁶⁾ BUSTOS GISBERT, Rafael, *op. cit.*, p. 18.

⁽⁴⁷⁾ *Ibid.*, p. 21.

⁽⁴⁸⁾ BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La formación de un diálogo constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, Porrúa - UNAM, México, D.F., 2012, pp. 29–30.

⁽⁴⁹⁾ *Ibid.*, p. 32.

Europea, un caso típico es el mecanismo del reenvío prejudicial, que supone un *diálogo integrado*, o sea, organizado de tal manera que lleve a la vigencia y la efectividad de la integración europea. Asimismo, existe el *diálogo convencional*, es decir, el que sin tomar un canal procesal equivalente al mecanismo prejudicial *se manifiesta entre el TEDH y los tribunales nacionales*, que tienen que actuar como “jueces convencionales de derecho común”.⁵⁰

Ya el otro perfil de diálogo, *totalmente libre, desenfrenado, desbocado, espontáneo en tanto no deriva de una obligación internacional como tal*, es la manifestación de la existencia de una multitud muy variada de “obligaciones invisibles”. El juez está “aprisionado” por lazos múltiples que no puede ignorar al razonar su fallo y al momento de adoptarlo definitivamente. Esta modalidad de diálogo puede ser *horizontal* (entre los jueces europeos mismos o entre los propios jueces nacionales) o *vertical* (entre los jueces nacionales y los jueces europeos —exclusivamente el Tribunal con sede en Luxemburgo—).⁵¹

2. Es también interesante la perspectiva que ofrece Bustos Gisbert cuando expone que la *estructura* de las interacciones expresadas en el diálogo pueden ser diferentes según la posición de los *sujetos dialogantes*, pudiéndose hablar desde el ámbito exclusivamente internacional de diálogos *verticales* (por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE— y el Tribunal de Primera Instancia); *semiverticales* (el TJUE y el TEDH, el TJUE y el Órgano de Apelación de la OMC, el TJUE y la CIJ); *horizontales* (el TJUE y el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio —EFTA—); *competitivos o superpuestos* (la CIJ y el Tribunal Internacional del Mar), o de *relaciones especiales* (el TJUE y los Tribunales Constitucionales estatales); “clasificación que probablemente deberíamos complicar aún más si incluimos en el análisis a las *relaciones con los tribunales nacionales y de éstos entre sí*” —énfasis agregado—. Del mismo modo, esta comunicación será diferente según el grado de “implicación recíproca” (expresión ya utilizada por *Slaughter: reciprocal engagement*), pudiéndose diferenciar entre diálogos *directos, monólogos y diálogos intermediados*.⁵²

C) Las proposiciones clasificatorias sumariamente colacionadas son elocuentes acerca de la complejidad del tema y de la diversidad de enfoques doctrinarios que puede generar.

De cualquier modo, entre las numerosas variantes taxonómicas de “diálogo”, una versión simplificada consiste en identificar dos modalidades: la *vertical*, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales

⁽⁵⁰⁾ Ídem.

⁽⁵¹⁾ Ídem.

⁽⁵²⁾ Bustos Gisbert, Rafael, op. cit., pp. 19–20.

nacionales que integran dicho sistema; y la *horizontal*, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de parificación ordinamental.⁵³

Si bien este segundo tipo dialógico es relevante porque habilita un intercambio de ideas y razonamientos en torno a temas comunes de tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas) entre sí; nos centraremos particularmente ahora en las posibilidades de interlocución entre estos órganos y la Corte IDH, sin perjuicio de plantear tangencialmente que esta clase de diálogo también debería involucrar a órganos cuasijudiciales, como por ejemplo, específicamente en el ámbito universal (ONU), el Comité de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Aun cuando cierto sector doctrinario se muestra reluctante a aceptar este último enfoque como un verdadero “diálogo” (pues en su percepción no podría haberlo cuando existe una relación de disímil jerarquía entre los pretendidos *dialogantes*), juzgamos importante focalizar aquí aquella faceta vertical de interlocución, para lo cual entendemos que debe intensificarse un ‘*rapport*’ *jurisprudencial crítico tangible y efectivo*.

Ello, con la finalidad de que no sólo los órganos de cierre de la justicia constitucional (y demás autoridades involucradas) acaten los patrones exegéticos labrados por el Tribunal Interamericano, sino que éste a su vez tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de aquéllos, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

El diálogo jurisdiccional que proponemos constituye un desafío que —según lo plantea Jimena Quesada— “se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, [que] puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad”.⁵⁴

A su tiempo, recurriendo a un ejercicio extremo de síntesis y convergentemente con lo anunciado, la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente por medio de un *prisma unidireccional* desde la Corte IDH

⁽⁵³⁾ Utilizamos *mutatis mutandis* la presentación de DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 10.

⁽⁵⁴⁾ JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, cit., p. 158.

hacia los órganos estatales máximos de justicia constitucional, sino que corresponde hacer foco en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional”.⁵⁵

Por tanto y como anunciábamos, es aconsejable propiciar una lógica de *crossfertilization* de ambas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio de argumentos y experiencias y el aprendizaje mutuo.

V. UNACERCAMIENTO AL ASUNTO DEL “MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL”

1. Sucinto exordio

Con algún punto de contacto con el diálogo judicial, la cuestión anticipada en el título merece al menos una somera indagación para visualizar si recurrir a ella en nuestro espacio regional puede o no operar como una herramienta que aporte a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre las dimensiones jurisdiccionales interamericana e interna.

2. Las perspectivas en el TEDH y la Corte IDH

A) A modo de brevísima aclaración liminar, vale especificar que la citada tesis ha mostrado (y sigue exhibiendo) una extendida aunque proteica utilización en la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, su receptividad en la praxis de la Corte IDH ha sido discreta.⁵⁶

⁽⁵⁵⁾ GÓNGORA MERA, Manuel E., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?*, Tº II, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F., 2010, p. 429.

⁽⁵⁶⁾ Fue aludida expresamente en la Opinión Consultiva O.C.-4/84, de 19 de enero de 1984, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización”, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A, N° 4, párrs. 58 y 62. También se hizo referencia a ella en algunos asuntos contenciosos. Por ejemplo, en el “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107. En el párr. 161 del fallo, y en relación con el recurso que contempla el art. 8.2.º h’ de la CADH, en cuanto a que debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho, el Tribunal Interamericano añadió que “[s]i bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la

B) García Roca señala que la citada zona apreciativa obedece a “una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados. Pero no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona”.⁵⁷

Por su parte, Sáiz-Arnáiz ha sintetizado su percepción sobre el tópico en cuestión en el contexto del TEDH, sosteniendo que tal doctrina es “necesaria” ante la gran diversidad cultural de los 47 Estados Partes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convención Europea), que empieza en las Islas Azores y termina en Vladivostok. Sin embargo, sostiene que *es un criterio muy difícil de objetivar* y que ha recibido diversas críticas pues el Tribunal estrasburguense en ocasiones lo ha aplicado de manera “*caprichosa*”. Alega, además, que el TEDH debería buscar un equilibrio por medio de la configuración de un *estándar común mínimo*.⁵⁸

En la visión de Bustos Gisbert la *doctrina del margen de apreciación nacional* “consiste no en el reconocimiento de la existencia de una protección equivalente, sino más bien el de una protección *suficiente*. En estos casos lo que el tribunal realiza es una labor de *supervisión* de la protección otorgada al derecho marcando sólo algunos mínimos y dejando un amplio campo de libertad para la actuación del otro ordenamiento. En ocasiones el margen de apreciación puede combinarse con el criterio de deferencia dando lugar a una suerte de deferencia *impura* en el que un tribunal no supervisa, sino que establece algunos criterios básicos para la solución del conflicto, dejando un amplio margen de interpretación de los mismos en el caso por parte de las autoridades judiciales que resuelven definitivamente el asunto de fondo”⁵⁹ —énfasis del original—.

Si debiéramos describir en breves trazos al instituto que concita nuestra atención aquí, podríamos decir que se trata de una doctrina compleja,

esencia misma del derecho de recurrir del fallo” —énfasis agregado—. Al respecto, señaló que no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (remitiéndose al “Caso Baena Ricardo y otros”, Sentencia de competencia, 28 de noviembre de 2003, Serie C, N° 104, párr. 77).

⁽⁵⁷⁾ García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 1517.

⁽⁵⁸⁾ SÁIZ-ARNÁIZ, Alejandro, en su disertación de 18 de noviembre de 2011 en el panel “Experiencias del control de convencionalidad y retos procesales”, en el marco del “XVIII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Cortes y Salas Constitucionales de América Latina”, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, San José de Costa Rica, 16 a 19 de noviembre de 2011.

⁽⁵⁹⁾ BUSTOS GISBERT, Rafael, *op. cit.*, pp. 50-51.

con contornos imprecisos (¿impredecibles?), cuya utilización ha sido voluble, *pero que está destinada a no desaparecer nunca del todo, pues al TEDH le resulta funcional y útil acudir a ella* para trazar las líneas argumentales de sus decisiones en casos *dilemáticos o incómodos*.

C) Por cierto, un eventual empleo más intenso de semejante “margen de apreciación nacional” en el ámbito interamericano debería necesariamente ser muy prudente para evitar que se volatilice la esencia tutelar de los derechos humanos.

La cuestión no está exenta de dificultades operativas por los riesgos latentes de inseguridad jurídica e inestabilidad que aquella doctrina podría traer consigo. Además, y de ser el caso, debería exigirse a su respecto un empleo cauteloso para sortear el peligro de desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de protección real y concreta de éstos.

En ese sentido, dejar librado al “margen de apreciación nacional” conceptos tan complejamente difusos como los de “orden público”, “bien común” y “seguridad nacional” (sólo por citar un puñado de ellos), que operan en áreas de suma sensibilidad como las de la defensa de los derechos humanos y la consolidación de la democracia y del Estado Constitucional y Convencional, podría resultar altamente peligroso, fundamentalmente en sitios donde los tribunales que deben definirlos se muestren claudicantes y permeables a las presiones del poder político-partidario.

El desiderátum marca que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión debería ser un *margen de apreciación prudente y moderado y no un reservorio de arbitrariedad*, aunque en cualquier caso deberemos rendirnos ante la evidencia de que se trata de una noción *resbaladiza y volátil*.

Dicho con diferentes palabras, en abstracto (y no sin reservas) acaso podría ser una herramienta apta como actitud deferente hacia el Estado, sólo en la medida que sea empleada mesurada y razonablemente. Al hilo de esto último, no puede ya discutirse que —como de manera certera se ha apuntado— justamente la pauta de “razonabilidad” *ha pasado de ser requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del Derecho*.⁶⁰

Conectando el tema del margen de apreciación con el del control de convencionalidad, García Ramírez ha sostenido que *“el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación. Sería imposible excluirlo en la hipótesis (...) de que no existan definiciones del tribunal supra-*

⁽⁶⁰⁾ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 147.

nacional o de que haya decisiones nacionales que brinden mejor protección al ser humano. Ahora bien, es preciso reconocer que en la generalidad de los casos este margen de apreciación —nacional y circunstancial: al amparo de las circunstancias del caso *sub judice*— se halla acotado por las definiciones del órgano supranacional de interpretación vinculante. Cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad, en ausencia de definiciones supranacionales, las decisiones de aquél no tienen alcance *erga omnes*. Es decir, puede fijar criterios provisionales, *inter partes*, sujetos a control nacional inmediato (a través de un régimen de ‘cuestiones de inconvencionalidad’, [...] que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales⁶¹ —destacado nuestro—.

Por nuestra parte, reiteramos nuestras prevenciones acerca de la doctrina del margen de apreciación nacional, que nos parece —cuando menos— *riesgosa*.

De cualquier modo, si eventualmente la Corte IDH se aventurara a recepcionarla de manera más frontal, tal vez el escenario en cuestión autorizaría que tal doctrina operara en el ejercicio del control interno (o difuso) de convencionalidad sólo en supuestos de *inexistencia de definiciones precisas del Tribunal Interamericano en la materia específica* (en cuyo caso, la solución ofrecida por las autoridades judiciales internas sería siempre *provisional*), o de *existencia de criterios nacionales que consultaran de manera más acabada al principio ‘pro persona’*, siguiendo las líneas marcadas por el autor citado en el párrafo anterior.

3. Telegráfica noticia en relación con los Protocolos N^{os} 15 y 16 a la Convención Europea

Desde otro perfil, es también necesario recordar que en Europa, y dentro de un amplio proceso de reformas al TEDH fundamentalmente encaminado a agilizar la resolución de los casos que se le presentan y a *promover un diálogo entre el Tribunal y las autoridades nacionales para fortalecer la protección de derechos humanos en los marcos internos*, en la actualidad se encuentran abiertos a la firma dos Protocolos a la nombrada Convención Europea: el N^o 15 y el N^o 16.

Mientras el primero *consagra el principio de subsidiariedad, positiviza la doctrina del margen de apreciación nacional* y reduce de seis (6) a cuatro (4)

⁽⁶¹⁾ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNAM, Tirant lo Blanch, México, D.F., 2013, p. 772.

meses el plazo dentro del cual debe plantearse la denuncia ante el TEDH, contado desde la fecha de la decisión nacional final; el segundo de ellos prevé —*inter alia*— la posibilidad de que las Altas Cortes y Tribunales de los Estados Partes soliciten *opiniones consultivas* al TEDH respecto de cuestiones relacionadas con la interpretación o la aplicación de los derechos y libertades consagrados en la Convención o sus Protocolos.

Para clausurar estas líneas y dejar paso a las observaciones finales del ensayo, sólo resta indicar que la afirmación que vertíamos líneas arriba en relación con que la doctrina analizada, aun cuando problemática, nunca desaparecería del todo en el contexto del TEDH, queda confirmada precisamente por conducto del todavía no vigente Protocolo N° 15 a la señalada Convención Europea, que institucionaliza la tesis del *margen de apreciación y el principio de subsidiariedad*, puntos intensamente entrelazados.

VI. EPÍLOGO

1. La creciente intensidad con que se desenvuelve la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes en aras de solidificar el sistema general de derechos, y de bregar para que el Estado cumpla cabalmente los compromisos internacionalmente asumidos en la materia.

Con ello éste sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión y, lo que es más importante, se prevenirían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales.

2. La Constitución, con la fuerza normativa que le es ingénita, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas —*inter alia*— en la CADH y las pautas interpretativas que a su respecto traza la Corte IDH, dan forma a un bloque jurídico que direcciona su vigencia hacia una misma sustancia axiológica: *el resguardo y el desarrollo de los derechos fundamentales*.

3. Una de las vertientes de la dinámica interactiva entre tribunales locales y Corte IDH corresponde al *control de convencionalidad*. Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que éste transita por dos sendas:

- Una se desenvuelve en sede *internacional* y se deposita en el Tribunal Interamericano, que la ha venido desplegando desde hace bastante tiempo aunque sólo en época reciente ha sido bautizada “con-

trol de convencionalidad". Consiste básicamente en analizar en casos concretos si una práctica o una normativa de derecho interno resultan congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en caso de ser incompatibles su modificación o abrogación. Paralelamente, tal contralor convencional deviene procedente en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo al art. 2 de la Convención. En resumen, se concreta una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo de este instrumento internacional, o de otros respecto de los cuales la Corte IDH ejerce competencia material.

- La restante se mueve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales (vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en el deber de éstos de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial.

4. De la correlación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH emerge que los Estados Partes se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro tenor, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*.

En ese marco, el vocablo "garantizar" implica la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias, incluso por medio de decisiones jurisdiccionales, en aras de apartar los obstáculos que pudieran existir para que los seres humanos bajo su jurisdicción puedan usufructuar los derechos estipulados en la Convención.

5. La aludida pauta de adecuación normativa implica la obligación general de cada Estado Parte de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, en pro de garantizar los derechos en ella reconocidos. Ello significa que las medidas de derecho interno deben ser efectivas de conformidad con la pauta de *effet utile*, constituyendo un deber de los magistrados locales (y demás autoridades competentes) el asegurar el cumplimiento de aquella obligación mediante el *control de convencionalidad*, dispositivo pensado como herramienta para alcanzar una armónica aplicación de las reglas, principios y valores relativos a los derechos básicos.

6. Nunca debe perderse de vista que los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un *carácter especial*, cuyos objeto y fin convergen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres*

humanos. No son tratados multilaterales del tipo tradicional, celebrados en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes.

7. No sería prudente perder de vista que varias facetas de la problemática de los derechos humanos se mueven en el marco del *ius cogens*; que lo ideal es siempre pugnar por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos; y que es indispensable aprehender que el derecho internacional general no son sólo reglas, *sino un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes*,⁶² y que los derechos esenciales constituyen un sistema integrado tendiente a *salvaguardar la dignidad del ser humano*.

8. En un entorno donde se incrementa la circulación de reglas iusinternacionales y se ahonda la interrelación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por la magistratura jurisdiccional (y otras autoridades públicas) del control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional *vis-à-vis* el compacto de reglas y principios que conforman la estructura literal de la CADH (y de los demás instrumentos integrantes del *corpus juris* interamericano) y los patrones valorativos cincelados por la Corte IDH en su faena interpretativa.

Aunque debe quedar claro que ello *no puede ni debe darse en el plano de una exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales*, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un *diálogo jurisprudencial crítico* (como una especie del género *comunicación transjudicial*) entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos, sobre la base de una dinámica de retroalimentación y respeto mutuo.

9. Ese ambicioso esquema de aperturas dialógicas e influencias recíprocas debería constituirse en el paradigma jurisdiccional que adquiera definitivo impulso en la presente centuria, para contribuir a despejar algunas de las dificultades sistémicas que atentan contra la cabal efectividad de los derechos fundamentales.

10. Si bien la doctrina del “margen de apreciación nacional” ha sido copiosamente utilizada en el ámbito del TEDH, no ha sucedido lo mismo en el contexto de la Corte IDH, que ha acudido a ella sólo esporádicamente.

A nuestro criterio, una indiscriminada apertura de la Corte IDH a tal tesis sería, cuando menos, riesgosa. Es que además de ser una construcción con perfiles un tanto indefinidos y, por tanto, resbaladiza y volátil, la

⁽⁶²⁾ Cfr., *mutatis mutandis*, HIGGINS, Rosalyn, *Problems & process. International Law and how we use it*, Oxford University Press, Oxford, 2003, *passim*.

entronización del margen apreciativo en el ámbito interamericano tal vez permitiría dejar en manos y mentes equivocadas —no siempre independientes del poder político-partidario gobernante ni totalmente consustanciadas con la democracia y el Estado Constitucional y Convencional— una facultad interpretativa muy relevante en un campo tan sensible como el de la cabal protección de los derechos humanos.

En última instancia, y de abandonar de modo frontal su posición hasta ahora usualmente refractaria, el Tribunal Interamericano debería ser muy prudente y cuidadoso para supervisar que verdaderamente fuera un *margen de apreciación razonable y moderado y no un receptáculo de arbitrariedad* que terminara desnaturalizando las obligaciones adquiridas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de tutela real y concreta de éstos.

11. La deseable *sinergia* entre las instancias domésticas e interamericana se plantea desde la esperanzada idea de que resulta tan necesario como conveniente que ellas convivan en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la sintonía de una hermenéutica *pro persona*, en tanto ambas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: *fortalecer cualitativamente el amparo y la realización de los derechos básicos*.

12. En prospectiva, sería deseable que entre ambas jurisdicciones se acentuara un proceso de sinapsis y fertilización cruzada que fuera sustentable y equilibrado.

Ojalá brote entre aquéllas un diálogo crítico y tangible que convierta en realidad sus potencialidades evolutivas y las vuelque en la lucha por el perfeccionamiento tuitivo de los derechos básicos. Éstos, con su carácter *transversal*, son un elemento crucial para la consolidación de la democracia, el Estado Constitucional y Convencional y la custodia irrestricta de la dignidad humana.

GENEALOGÍA DEL MILITARISMO POLÍTICO PERUANO

Luis Elguera Valega

Puede arrogarse el título de soberano todo el que tenga un par de batallones que hacer formar en la plaza de Lima y una docena de patriotas que firmen una acta. Manuel Atanasio Fuentes¹

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Génesis del militarismo peruano. III. Gobierno en armas y constituciones de papel. IV. Mutación al Estado-fiscal. V. Factores de tránsito al constitucionalismo. VI. Conservadurismo en armas en el siglo xx. VII. *Gobierno Revolucionario* de faz marxista. VIII. Neo-militarismo al cambio al siglo xxi. IX. Estructuras y sistema en síntesis. X. Conclusión.

I. PLANTEAMIENTO

La materia para el presente estudio se centra en la problemática que el ordenamiento político del Perú republicano ha sido generado por la fuerza militar. Y es que ello ha ejercido ingerencia sobre la construcción de nuestra cultura política e imagen nacional, y sobre las ciencias sociales desarrolladas en los ámbitos académicos, en especial sobre la historia republicana.

Lo que nos motivó a efectuarlo es el haber observado inconsistencias en la evaluación e interpretación de ciertas formaciones del pasado repu-

⁽¹⁾ El prolífico Manuel Atanasio Fuentes, haciendo ironía del militarismo, en el *Proyecto de la Constitución del Murciélagu*, art. 5, escrito a modo de sátira (1868), publicada en *Pensamiento Constitucional*, 1998, PUCP, Año V, N° 5, pp. 305–319, con nota introductoria de Augusto Salas Guerrero.

blicano en la Historia del Perú de divulgación común.² Hemos observado el uso inexacto de términos como *constitución*, *decreto*, etc., al ser atribuidos a formaciones políticas que en rigor doctrinario no resultan congruentes con tales conceptos técnicos.³ Asimismo, hemos apreciado que aquella Historia suele dejar de tomar en cuenta diversos eventos importantes. Finalmente, apreciamos diversas situaciones políticas, internas e internacionales, que reciben un tratamiento inocente al tomarse por verdad lo indicado en los documentos, así como lo dicho por los actores.

El haber trabajado este asunto nos ha llevado a una visión histórica del Perú republicano que resulta diferente de la historiografía ordinaria y que incluso propone un nuevo paradigma. En esta visión, el problema histórico de bases en razón del cual nuestra Nación ha perseguido organizar el poder según la clave del *constitucionalismo* es una formación política a que hemos llamado *militarismo* —el eje ontológico del presente estudio— que no es lo mismo, por cierto, que el ejercicio normal de la profesión militar, o siquiera el simple empleo de las armas en el acceso al poder político.

Esta categoría del *militarismo* corresponde a la estructura política fundamental en la trayectoria republicana peruana. Se cifra en la forma específica que adopta la *soberanía* a manera de base absoluta de la instalación política nacional y marco-continente del sistema constitucional. Su nota esencial es que el Estado se arme y sostenga sobre su propia fuerza fáctica, formándose una relación con la población signada por el verticalismo y el autoritarismo, donde por tanto la *legitimación* resulta un problema político cotidiano, bajo una dinámica política caracterizada por la *hiperpolitización*.

Ese sistema político se conformó en sus orígenes por una serie sucesiva de gobiernos *de facto* dirigidos por jefes militares situados a su tiempo en la cúspide de la organización militar y rodeados por su corte. Con el cambio al siglo XX, el fundamento fáctico-material de este fenómeno mutó de las armas a las urnas, aunque conservándose éste siempre en el marco de unas estructuras socio-políticas y económicas asentadas en esa primera etapa.

Esa historiografía común reconoce en la actuación política *de facto* de los militares una vertiente constituyente gestora de instituciones y libertades, a la misma que opone excluyentemente otra vertiente —la *golpista*— a la que sí denomina *militarismo*⁴ o *caudillaje*. En contraste, en nuestro enfoque

⁽²⁾ Este trabajo ha sido preparado para la *Revista Peruana de Derecho Público* y fue motivado en la tesis que sustenté para optar por el grado de Magister en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la misma que versó sobre los perdones dados en la etapa inicial de la República, en forma de amnistías, donde se analizó la formación política inicial del Perú.

⁽³⁾ En la tesis mencionada en la nota al pie anterior se concluye que las situaciones y actos del régimen político que condujo la guerra independentista no tuvieron existencia jurídica ni condición de Estado, caso de *Protectorado*, el primer *Congreso Constituyente*, la *Constitución de 1823*, etc.

⁽⁴⁾ Jorge Basadre Grohman acuñó y aplicó el término *militarismo*, no para referir una forma

existe un solo y único fenómeno al que entendemos como *militarismo*, que comprende a *toda* la actuación política *de facto* hecha bajo la fuerza militar.

Consideramos que tales brechas en la historiografía se deberían a que la Historia peruana posee cierto temperamento oficialista y no emanó del todo y siempre de un ejercicio intelectual libre, sino que en cierto extremo ha sido generada *manu militari*,⁵ en un ejercicio aventajado de la *autorictas* del poder político. El presente ensayo es una síntesis sobre la gestación y el desarrollo de las formas reales del poder político, que han devenido en la República del Perú, realizado en la clave lógica de dicho nuevo paradigma y enfocado bajo el lente del *Realismo* jurídico y político.⁶

II. GÉNESIS DEL MILITARISMO PERUANO

1. Iniciación absoluta del poder político-militar en el Perú

Nuestra concepción reputa como punto de inicio absoluto del militarismo a la instauración del régimen a que se denominó *Protectorado*, por parte de José de San Martín, sustentado por sus tropas embarcadas en Valparaíso.

Dicho régimen hubo de sorprender a los integrantes de esa expedición, que fueron enlistados para combatir a las huestes del virrey, pero no para estacionar sus fuerzas con el fin de sustentarse aquí a ese gobierno. Incluso, muchos habitantes de Lima se habrían visto contrariados, pues al cabo de la firma del *Acta de Independencia* el Cabildo envió una misión a San Martín para invitarle formalmente a dirigir un gobierno neutro a propósito de dar seguridad a un cuerpo constituyente nacional en la forma de asamblea, en un esquema de protección similar al que desplegaron las fuerzas británicas al sesionar las Cortes de Cádiz. La respuesta de San Martín al Cabildo fue negativa y rotunda. Le indicó que esa propuesta era innecesaria pues él ya había decidido asumir el gobierno. Agregó que no avalaría la formación u operación de asamblea alguna, aduciendo que los foros constituyentes en tiempos de guerra son contraproducentes. Y a pocos días de acaecido todo

política en sí misma, sino como un fenómeno singular que *afecta* el sistema político, externo a éste.

⁽⁵⁾ Esto comienza en los comunicados de San Martín y los decretos de su *Protectorado*, desorbitadamente cargados de interpretación histórica. Y ello, operando a modo de trasunto obligado, ha traspasado e inundado la historiografía republicana común, sentando así sus bases formales.

⁽⁶⁾ Nota metodológica: El presente trabajo se realiza según bases esquemáticas de dicha visión histórica, con lo que Ortega y Gasset ha denominado la *razón histórica* que entiende la historia como *sistema*, y ésto arreglado a lo que Maravall dedujo como *construcción científica* articulada bajo tres principios metodológicos: (1) nueva identificación de hechos históricos relevantes, (2) razonamiento articulado en un realismo político no-inocente, y (3) aplicación de la Teoría del Estado y del Derecho, de la Ilustración y la sucedánea para interpretar las situaciones normativas y los establecimientos políticos en sus formas. Finalmente, este ejercicio se trabaja bajo el concepto de *hecho histórico* que Durkheim definió como *fait social*, cuyas características son (1) exterioridad, (2) coerción y (3) generalidad e independencia, para fines de la objetividad.

ello, a pesar de haber declarado aquí la independencia, San Martín expidió el *decreto*⁷ que instauró ese sistema imperativo anunciado al Cabildo, el día 3 de agosto de 1821, posicionándose a sí propio en la cúspide del poder.

La historia no registra que hubiese protestas por la población ante esa imposición. Sin embargo, es prudente asumir que, si las hubo, fueron mitigadas, pues aquí San Martín reprimía a sus opositores poniéndolos presos.

Significativamente, dos personalidades británicas hicieron saber a San Martín sus disenciones. Tomás Cochrane, jefe de su armada, se presentó indignado a su despacho y le increpó de manera enérgica su discrepancia con la instauración del *Protectorado*.⁸ Le indicó que la expedición no había sido embarcada para sustentar a un gobierno y que él carecía de legitimidad para gobernar en este país por ser un extranjero.

El episodio con la otra personalidad inglesa es igualmente poco divulgado aunque no menos estremecedor. Estando Londres al tanto de los hechos que entonces iban aconteciendo en el Perú, Jeremy Bentham tuvo noticia del *Protectorado* y quedó sorprendido. Remitió una carta a San Martín dando nota de sus reparos. En ella, Bentham le indicaba que esa posición política que asumía aquí bien podría aparejarse a la de un emperador.

La objeción de Cochrane se centraba en el asunto de Derecho Internacional y usos regulares de la guerra; la de Bentham incidía en las formas del orden político adecuado al pensamiento ilustrado y a la práctica moderna europea. Estas dos opiniones —en su condición de razones de autoridad— dan alguna cuenta del complicado pie político con que el Perú se empezaba a perfilar a su vida independiente sujeto a esa imperatividad militar.

2. Unas leyes fundamentales poco conocidas

En los inicios de 1822, San Martín expidió un *decreto* dedicado a crear la llamada *Sociedad Patriótica*. Su artículo 8º refiere a unas *leyes fundamentales del país*. Pero, si aún no estaba instalado el *Congreso Constituyente*, las únicas *leyes* a que se podría referir serían otros *decretos* dados antes por él mismo.

Precisamente, se observa que en la segunda mitad de 1821 San Martín había establecido algunas estructuras socio-políticas profundas, mediante un conjunto de *decretos* tocantes a aspectos esenciales para el futuro sistema estatal: el territorio, la nación y las formas fundamentales del poder político.

⁷⁾ En algunos casos empleamos las cursivas para denotar una incongruencia advertida entre el título empleado y el significado que es de ordinario atribuido al concepto del mismo.

⁸⁾ Con ello Cochrane liquidaba su cargo de almirante en la expedición. Tal decisión se habría cifrado en su incompatibilidad de caracteres con San Martín. Probablemente, pesó el respeto por el Derecho Internacional (*Principio de No-Intervención*) y su interés por ostentar aquí una actuación que lo haga digno de recibir el *Pardon* del rey británico, por un supuesto delito económico que le impedía heredar un título nobiliario, el cual obtuvo en 1832 y por lo cual llegó a ser *Lord Cochrane*.

1. En cuanto al *territorio*, anunciaba que Guayaquil no formaría parte del Perú, según se observa en un *Reglamento de Comercio* del 18 de octubre de 1821. En relación a la exclusión del Alto Perú (hoy Bolivia), según bien se sabe, la expedición de San Martín fue un cambio de planes (entrar a Lima por el mar) respecto de tres anteriores fracasadas *Expediciones Auxiliadoras al Alto Perú* que Buenos Aires había enviado por tierra, desde 1810, a efectos de sujetar a toda esa zona bajo su soberanía independiente, alegando que perteneció alguna vez al Virreinato del Río de la Plata. Habida cuenta que San Martín había participado en ello, inclusive como jefe (1817), la comisión designada para estructurar las diputaciones para el *Congreso Constituyente* resultaba absolutamente impedida de incluir a los distritos del Alto Perú.

2. Sobre la *nación*, generó un presunto “régimen de nacionalidad” *ius soli* retroactivo —es decir operado, si acaso, de una manera no-jurídica— que incluía como peruanos a los naturales venidos de otras zonas americanas y excluía todo el Alto Perú y a los vecindados nacidos en la península. Además, se comprendió como peruano a sí mismo y otros extranjeros de su entorno para poder ocupar aquí posiciones políticas.

3. En lo que concierne al *poder político*, desarticuló los ciclos económicos en la capital con la afectación de esferas múltiples. Esto generó desasosiego y polarizó a la población, destruyéndose así el escaso y joven tejido político social. Desde entonces, el poder político estaría articulado y fundado en torno a la potencia del jefe de armas, según la cruda fórmula hobbesiana.

3. “Misión” cumplida y soltura calculada del poder

Ya hacia finales de diciembre de 1821, San Martín expidió otro *decreto* con el que convocó a un *Congreso Constituyente*. Esto causó sorpresa en los ámbitos capitalinos, pues la razón que San Martín dio al Cabildo en julio de 1821 para negar el funcionamiento de una asamblea fue el estado de guerra contra el virrey. Y hasta esa fecha no había dispuesto ni realizado una operación militar a tal fin, mucho menos logrado o asegurado la victoria.

La actuación de San Martín aparecía cada vez más como contradictoria y arbitraria. En lugar de poner a sus ejércitos en lucha contra las huestes de La Serna y definir la situación, San Martín apuntaba armas a la propia población de Lima para imponer un gobierno *de facto* inconsulto y gravoso. Con todo esto, a los seis meses de instalado ese *Protectorado*, su condición política era crítica e inestable, por sensibles y diversos cuestionamientos.

Toda la oficialía de San Martín estaba embarazada en esta situación *sui generis*, en medio de una gran desertión de soldados motivada por ello. Sus generales se hallaban en una posición tirante y a inicios de 1822 se produjo una crisis militar interna por la preocupación por ese enrarecimiento de

la situación y en aversión a seguirse apoyando dicha gobernación. En el curso de este trance, Tomás de Heres —el otrora artífice del pase del *Batallón Numancia* al bando independentista— escribía a Bolívar indicándole escuetamente que San Martín había perdido su popularidad y prestigio.

Pero, en esencia esto ya no afectaba los planes *in pectore* de San Martín. Y es que para este momento su propósito de imponer unas nuevas bases políticas absolutas para el Perú estaba ya logrado, por efecto de esas *leyes fundamentales* y otras, aunque por ello su capital político quedó agotado. A este punto ya no requería ni le convenía seguir a la cabeza de este gobierno. Por esto, el cambio al año 1822 acusaría una inflexión en su actuación.

Su táctica para controlar esta crisis fue “peruanizar” el mando en las apariencias. En enero, por otro *decreto*, instaló a Torre Tagle en el gobierno, a título de *Supremo Delegado*, aunque permaneciendo en el poder tras ese biombo. Asimismo, puso tropas de su expedición al mando de Domingo Tristán y Agustín Gamarra, oficiales desertores del ejército virreinal (combinación que en abril sufrió la grave derrota conocida como el *Desastre de la Macacona*). Otra acción en esa táctica fue el fracasado intento por endosar el mando del *Protectorado* a Bolívar, el cual éste último rechazó en Guayaquil.

Empero, su verdadero plan estratégico pasaba por abandonar el Perú del todo. Y es para ello que había convocado el *Congreso Constituyente*, pues a éste le encargaría ser el recipiente de su *poder político*. Pero, a la misma vez, San Martín delegaría su *poder militar* en las manos del general Rudecindo Alvarado, designándolo mariscal al mando de la fuerza militar a este efecto y encargándole una misión a que denominó *campana a puertos intermedios*.

4. El verdadero y secreto proyecto bélico de San Martín

Instalado el *Congreso Constituyente* en septiembre de 1822, San Martín se embarcaba en secreto en una travesía a Inglaterra, donde arribó en mayo de 1824. Se propuso conseguir allí los recursos para una nueva expedición militar al Perú, que pensó denominar *Expedición al Pacífico*. Ya en Londres, sostuvo reuniones con Kinder, el financista con quien sus delegados García del Río y Parossien habían contactado antes por encargo de su *Protectorado*. Su plan con esta expedición era darle lucha al gobierno virreinal y ponerse como el preceptor militar y político, absoluto y definitivo, de Sudamérica.

San Martín sabía bien que las huestes de Colombia no podrían derrotar por sí solas a las fuerzas de La Serna. En realidad, la posición que le ofreció a Bolívar en Guayaquil sería un tentempié, en tanto él viniera finalmente a definir las cosas con esa expedición. (No habría estado muy equivocado al juzgar sobre dicha incapacidad bélica, pero no pudo prever que a mediados de 1824 el ejército virreinal se auto-liquidaría en unas luchas internas

entre el Alto y el Bajo Perú — con la traición de Olañeta — permitiéndosele a Bolívar acabar como el gestor final de la independencia sudamericana en Ayacucho y dejando reposar en el tintero a esa nonata *Expedición al Pacífico*.)

5. Primer colapso político en el sistema militarista

El *poder militar* puesto a manos de Rudecindo Alvarado sería la garantía de estabilidad, al punto que el *Congreso* designó para el gobierno a Felipe Antonio Alvarado — uno de tantos diputados extranjeros — por ser el hermano carnal de Rudecindo, aunque flanqueado por militares favoritos de esa facción dominante — Manuel Salazar y Baquíjano y José de La Mar — en una terna especial *sui generis* a la que se denominó la *Junta Gubernativa*.

Arribado al sur Rudecindo Alvarado, éste fue de inmediato enfrentado y derrotado en Torata y Moquegua. Esta derrota golpeó y derribó ese orden político. Las cabezas militares peruanas conminaron al *Congreso* a destituir a la *Junta Gubernativa* y, a cambio, designar como *Presidente de la República* a José de la Riva Agüero, unificándose con ello el *poder militar* y el Ejecutivo.

Así, éste hizo a un lado a Rudecindo Alvarado y organizó una segunda *campana a puertos intermedios*. Pero, al tocar tierra esta segunda expedición al sur nadie fue a dar batalla a Riva-Agüero.⁹ Sus tropas se internaron solas en las zonas altoandinas para buscar allí al enemigo, consiguiendo solo una escaramuza inútil en Zepita. Pero estas milicias, agotadas por la marcha, sin paga y mal vestidas, seguidamente se desbandarían, desapareciendo este ejército. Además, enterado entonces el Batallón del Río de la Plata de la *Convención Preliminar* recientemente suscrita entre la corte de Madrid y Buenos Aires en reconocimiento de la independencia de ésta, surgió en sus filas la tración de Moyano, quien entregó al bando virreinal los fuertes del Callao, baluartes críticos para el control de la capital, un hecho que ocurrió en un clima de deserción e indisciplina generalizada.

6. Armazón básica del militarismo republicano

Desde fuera del Perú, Bolívar parecía esperar la ocasión propicia para capturar el poder en este país. A tal propósito, en el curso de las lides entre Riva-Agüero y la facción activista del *Congreso*, Bolívar negociaba con ésta y fue convocado al Perú para, primero, arreglar el tablero político interno y, sucesivamente, hacer la guerra al virrey, en este orden. Debía comenzar

⁽⁹⁾ ¿Por qué esta diferente reacción de las huestes virreinales frente a estas dos expediciones? Ello podría obedecer a que Alvarado tenía la “misión” — secreta, pero filtrada por el espionaje — de someter a régimen a la población civil de Arequipa e incluso de “deportar” a los peninsulares remanentes allí, tal como Monteagudo hizo en Lima de manera vejatoria (04.05.1822). A cambio, Riva-Agüero habría actuado asumiendo que la expedición al sur era para dar batalla al enemigo. San Martín no acostumbraba hacer abiertos a los peruanos sus verdaderos planes e intenciones.

por reducir a Riva-Agüero, quien ya venía acusado de *Alta Traición* por un intento de cerrar el *Congreso* y por intentar una paz negociada con La Serna.

Empero, antes de venir, Bolívar envió a su adelantado Antonio José de Sucre dotado de un contingente militar, para allanar el camino. Cuando se desató la crisis por el ingreso de las huestes de Canterac a Lima a mediados de 1823 — alentado por ese envío de las tropas al sur, segunda campaña — el *Congreso* contendió con Riva-Agüero e intituló a Sucre con el significativo título de *poder militar*. Esto tenía la implicancia de un contragolpe, al enfilar fuera de la carrera a Riva Agüero por el contraste de la potencia militar.

Al cesar luego la ocupación de la capital por los virreinales, Sucre delegó el poder a Torre Tagle bajo el nuevo esquema de fuerzas. Tagle remendó el atribulado *Congreso* con unos diputados suplentes y otros rehabilitados de *Traición* (unos que se habían plegado a ese régimen de Canterac). Aun así la cantidad de diputados en total no alcanzaba para un cuórum regular.

Bolívar llegó más adelante a Lima y procedió con el plan acordado con el *Congreso*. Pero, seguidamente, palanquearía con su poder político-militar para arrimar a un lado primero a Torre Tagle — enredándolo en la figura de la *Traición* — y luego al *Congreso* — el cual prefirió “auto-congelarse” y hacerle *Dictador* para así reducir su daño político —. Bolívar se puso encima de todos apelando a la cuestión de la guerra. Tenía un plan *in pectore* con vía propia (*Congreso Anfictiónico*) y quería despejarse el camino como fuera.

Libre de esos otros actores, Bolívar logró la victoria militar. El tratado de la *Capitulación de Ayacucho* (1824) le intitulaba jurídicamente la soberanía peruana independiente, en el marco del novedoso *Derecho de las Naciones*.

Así, con ese título en mano Bolívar bajó a la capital e impuso su régimen dictatorial basado en este *ius imperium*. En esta acción se acuñó la forma del modelo militarista peruano. Basado en la situación de anomia y anarquía generada por San Martín, al vencer en la guerra, tocaba a Bolívar el mando supremo según ese natural principio monárquico del liderazgo bélico. Y ésta sería la fórmula del poder supremo en el Perú durante varias décadas.

III. GOBIERNO EN ARMAS Y CONSTITUCIONES DE PAPEL

1. Primeras intentonas constitucionales (1827 a 1838)

Cuando Bolívar estaba inicialmente avanzado en su programa personalista de comprender al Perú y Bolivia en un conjunto de países a ser sujetos por su imperio *de facto*, la cuestión secesionista entre Colombia (Granada) y Venezuela lo forzó a dejar el Perú (1826). El Perú quedaba así finalmente liberado de gobiernos provenientes del exterior y comenzaría a organizarse.

El sucesor en el mando era el ministro Andrés de Santa Cruz. Procedió a iniciar un proceso político para rearmar el Estado. A este fin, “descongeló”

el *Congreso Constituyente* y éste — o su remanente — dictaminó luego que se habría de convocar y elegir un nuevo Congreso. En esto había toda razón, pues el cosido y remendado de 1822 no tenía representatividad alguna.

Un flamante Congreso electo en 1827, dominado por la misma facción liberal liderada por el clérigo arequipeño Francisco Javier de Luna Pizarro, elaboró y aprobó la *Constitución de 1828* y asumió la potestad de designar a un Presidente de la República. Nombró a un alto militar, José de la Mar, bajo la esperanza que éste pudiera sostener el orden formal con sus armas.

Así las cosas, este flamante sistema político nacía entre dos principios políticos en antagonismo. De un lado, su obra apuntaba a imponer un orden liberal, en tanto que, del otro lado, todo estaba sustentado eminentemente en la potencia militar. Por tal razón, este sistema formal nunca operó. Una vez instalado La Mar en el gobierno, Agustín Gamarra y Antonio Gutiérrez de la Fuente — dueños de una fuerza militar propia en tanto ser los líderes de sus tropas — lo depusieron (1829) y Gamarra asumió el Gobierno.

En reacción, en el seno de la población latía — ya desde esa época — una vocación opositora al yugo político de ese militarismo. El talante autoritario de Gamarra pronto desgastó su capital político y para finales de su término cuatrienal, el electorado pronunció su favor a los liberales. El resultado fue la *Convención Nacional* de 1833, que dio la renovada *Constitución de 1834* y el nombramiento de Luis José de Orbegoso como Presidente, ídem a La Mar.

La situación que se generó entonces fue más difícil aun. El gobierno de Orbegoso quedó ahora amenazado por dos facciones militaristas armadas, distintas, lideradas una por Gamarra y la otra por Felipe Santiago Salaverry.

Pero, Orbegoso no contaba con la fuerza militar para sostener el orden formal. Para solucionar esto, se alió con Santa Cruz, gobernante de Bolivia, y así consiguió la fuerza militar que consolidó a su gobierno. Y, a la vez, se hizo un proceso de reunificar al Perú con Bolivia — antes Alto Perú — en una misma nación, a la que se denominó la *Confederación Perú-Boliviana* (1836).

2. La República autoritaria de Huancayo (1839)

La *Confederación* fracasaría por oposición de poblaciones del norte del Perú y por un conflicto entre Orbegoso y Santa Cruz que escaló en una guerra intestina debida a la cual aquélla resultaría derrotada por una coalición.

Esa coalición tuvo de *cabeza política* al militar peruano Agustín Gamarra y de *cabeza militar* al general chileno Manuel Bulnes. Éstos tomaron Lima a la fuerza, dominándola en la *Batalla de Guía*,¹⁰ luego de cuyos combates unos vecinos proclamaron a Gamarra como *Presidente Provisional* (1838). Así, éste se atribuyó la titularidad política para capitalizar la victoria militar

⁽¹⁰⁾ Lima era una ciudad amurallada desde el siglo XVII, dotada de portadas, siendo una de ellas la Portada de Guías, que motiva la denominación de la batalla.

obtenida luego por Bulnes en Yungay (1839). Sobre esta base se convocó a un *Congreso Constituyente*, al que se hizo sesionar en Huancayo (presumiblemente por la impopularidad de esta asonada). El Congreso de Huancayo declaró *insubsistente* a la *Constitución de 1834* para dar, a cambio de ella, la *Constitución de 1839*, una carta de merecida reputación autoritaria, dejando fuera de carrera a la derribada *Confederación Perú-Boliviana*.

Una vez vuelto al poder, Gamarra intentó reunificar el Perú y Bolivia, esta vez bajo *su* imperio. Pero, resultó vencido y muerto en Ingavi (Bolivia) en 1841. Bartolomé Herrera, en sus exequias a Gamarra, dio expresa y detallada cuenta de cómo, con este hecho, el país había caído en una situación de anarquía y —según él— la causa moral de ello era la desobediencia.

La muerte precoz de Gamarra hizo colapsar ese sistema de Huancayo, delatándose la nulidad normativa de la *Constitución de 1839* en las materias del poder soberano.¹¹ Ese vacío inició una aciaga temporada de anarquía y guerra civil, con sucesivos y caóticos pases *de facto* en el mando supremo, cada uno impulsado según un distinto alegato de razón política.

Al final de ese desfile tuvo lugar el primer régimen *real* reaccionario al militarismo, liderado por el general Manuel Ignacio de Vivanco. Su corto régimen *de facto* se denominó *Directorio*. Allí Vivanco adoptó el título de *Regenerador* (1843) para oponerse al título de *Restaurador* usado por Gamarra, como alusión general a su oposición de principio al régimen instaurado en 1839.¹² Aquello se inició en Arequipa como una campaña liberal popular.

Como reacción a ese anti-militarismo, se conformó un frente militarista unido liderado por Ramón Castilla, otro de los militares exiliados en Chile con las guerras civiles de la *Confederación* y que había retornado al Perú en la expedición Gamarra-Bulnes. Este frente unido derrotó a Vivanco (1844) y puso en el gobierno a Castilla. De este modo, se repuso el sistema imperial militarista de Huancayo. Y el gesto impulsado por Castilla de *reinstaurar* la *Constitución de 1839* nos indica cómo era la fuerza militar lo que sostenía esa carta “constitucional”, carente de fuerza normativa propia, más no al revés.

IV. MUTACIÓN AL ESTADO-FISCAL

El orden político peruano experimentó un giro amplio al recibir desde 1841 un inesperado suministro de ingresos en divisas, con la explotación de un nuevo producto de exportación: el *guano* —excremento de aves marinas listo para fungir como fertilizante agrícola—. El Estado, en tanto dueño de

⁽¹¹⁾ La carta de 1839 indicaba que a la muerte del *Presidente de la República* tocaba al *Presidente del Consejo de Estado* (Manuel Menéndez) sustituirle. Pero, éste incendió la pradera al manipular asuntos del Ejército, iniciando una caótica serie de asonadas armadas y golpes políticos.

⁽¹²⁾ Vivanco era militar y desarrolló un gobierno autoritario (1843-44), pero su posición política esencial era contraria al militarismo de las cabezas heroicas del Ejército como “partido único”.

éste al ocurrir en islas del litoral, incompatibles con la propiedad privada, recibiría ingresos gratuitos durante dos décadas. Y el gobierno de Ramón Castilla (1845–51) fue el primero en gozar de estos recursos en su amplitud.

Como efecto directo de esos ingresos fiscales intempestivos, el Estado comenzó a disponer de un poder militar propio el cual oponer la fuerza *ad libitum* de las cabezas de milicia en su pretensión por el poder. Asimismo, este auge financiero determinó las estructuras socio-económicas del Perú. El Estado peruano se comenzó entonces a perfilar como *centro de negocios* en interacción privada con personas y empresas, como su nuevo eje político.

Así, en este esquema, el Gobierno decidió la modalidad de la *Consignación*, como modo de explotación mercantil de este recurso, adjudicándosela —en una primera fase— a la *Casa Gibbs*, una empresa británica asentada en el Perú desde 1822, que gracias a dicha concesión elevó a la familia Gibbs al máximo sitio económico posible para personas sin título de nobleza en el seno de la sociedad británica, un negocio *quid pro quo* armado *tête à tête*.

Algunos comerciantes peruanos pronto buscaron reemplazar a Gibbs. Y lo lograron en 1861, en el marco de una crisis política de ese militarismo (que se explicará más adelante) gracias a lo cual tuvieron una posición de poder político mediante su *Partido Civil*. A mediados de dicha década tuvo lugar la guerra contra España (1866), que reanimó el hábito militar y produjo una bancarrota fiscal, motivando a los militares a retornar la concesión del guano a otra empresa extranjera (Dreyfus) para financiar al Estado ahora con empréstitos y entrar en una infructuosa vorágine de gasto público.

Estos hechos marcaron la estructuración socio-política temprana de la economía peruana en un sentido que nuestra dinámica política se centrara en hacer negocios por el propio Estado, antes que en el problema político-normativo de propiciar el desarrollo de un capitalismo privado por el mercado. Esto diferenció al Estado peruano de los Estados modernos modelo, en funcionalidad y ubicación socio-política, pues éste quedó armado sobre esa actividad clientelista antes que sobre una economía privada regulada.

Esa aciaga fórmula político-económica era el resultado inevitable del vacío generado por el trauma belicista y la ultramilitarización del país desde 1821. Marcó el molde de la economía y política republicana hacia el futuro.

V. FACTORES DE TRÁNSITO AL CONSTITUCIONALISMO

1. Constitución y constitucionalismo en el Perú republicano

La *constitución* es un elemento fundamental y primordial del programa político desde el inicio de la República, como un eje de ideales que inspiró y motivó sus hechos políticos en diversos sentidos, y hasta como pretexto.

Sin embargo, al no ser aquélla una forma política nativa, sino emulada de los sistemas europeos y estadounidense, con el antecedente doceañista —en realidad pobre por ser asimismo importado y de nulo efecto normativo en el gobierno del Perú— esta recepción de modelo fue parcial y distorsionada, llevándonos a una *idea* de constitución de mera construcción propia, así como a unas situaciones y actuaciones que contrastan con los presuntos modelos, con lecturas desfasadas de la doctrina y el pensamiento ilustrados.

Por esto, nuestra experiencia en el mundo de la constitución comienza con unos intentos que fracasaron en su pretensión de *ser la constitución*, pero que, no obstante ello, embarcaron al país hacia ese moderno e ideal sistema.

a. Ensayos plasmados en constituciones de papel: 1823, 1828, 1834 y 1839

Nuestras primeras cartas readactadas fueron en realidad intentos que no fungieron como normas con rigor normativo sobre el poder político.

Entonces, debemos hablar de una primera etapa de *cartas inocentes*. La carta de 1823 no tuvo existencia o validez jurídica alguna pues fue dada por una facción revolucionaria cuando aún no existía el Estado independiente.

La dupla de las constituciones de 1828 y 1834 fue otorgada al amparo de la fuerza militar, la cual las sobrepasó con desacatos, derrocamientos y guerras civiles acontecidos en la época, terminando por destruirse a ambas. La *Constitución de 1839* se gestó también en ejercicio de la fuerza militar, y su talante fue autoritario en razón de las circunstancias de su progenitura. Su incapacidad normativa política se puso en el tapete con el fallecimiento prematuro de Gamarra, entonces Presidente de la República, dándose por ello esa caótica seguidilla de guerrillas por el poder, como clara señal de que allí no regía constitución alguna que rija sobre el poder.

b. Iniciación del movimiento al constitucionalismo

Habida cuenta de que lo contenido en dichas cartas no era el régimen *real* que imperaba sobre el ejercicio del poder político, ni propiciaba la representatividad de la sociedad civil, un movimiento ciudadano orientado a imprimirle sentido constitucional al Estado, según la cultura política de los países asumidos de modelo, emanó del propio seno de la sociedad peruana.

Ese movimiento de perfil privado, agazapado desde la era de la guerra de Independencia, comenzó a cristalizarse seguido a instaurado el régimen autoritario de Huancayo. Su primera cabeza visible y operativa fue el empresario y hacendado iqueño Domingo Elías Carbajo. La postura política de Elías era decididamente antimilitarista, lo cual se puede ver sintetizado en este pasaje de una carta que escribe a otro empresario *...la fortuna de cada individuo ha sido impune y escandalosamente atacada y la persona vejada por el primer soldado que quiso violarla, a nombre de una constitución.*

Elías comenzó este movimiento fundando el *Colegio Nuestra Señora de Guadalupe* (1841), en asociación con el español Nicolás Rodrigo, decididos a impulsar la enseñanza y el cultivo de la línea liberal-constitucional. Esto, en contraposición directa al *Colegio de San Carlos*, inserto éste en una línea de pensamiento político autoritario y tradicional, liderado por su director, el clérigo Bartolomé Herrera, con apoyo gobiernista de Ramón Castilla. La fundación del *Guadalupe* generó la inclusión y militancia de intelectuales en el movimiento. Elías hizo a Pedro Gálvez Egúsquiza el primer director del *Guadalupe* y, más tarde, daría ese cargo directivo a José, su hermano mayor.

Al final de su primer gobierno, Castilla convocó elecciones presidenciales. Elías decidió candidatear. Fundó el *Club Progresista* para impulsar su candidatura presidencial, cuyos secretarios Pedro Gálvez y José Sevilla profesaban la visión liberal. En el proceso fue fundado el periódico *El Progreso* para apoyar esta candidatura, a través de cuyas páginas se propagaron las ideas liberales del *Club*, ideas que eran —por cierto— las mismas que las del *Colegio Guadalupe*. No obstante, Elías no venció en estos comicios, sino el general Rufino Echenique, el candidato favorito de Castilla.

2. Ingreso de civiles a la política: intelectuales y comerciantes

Hasta darse el régimen de Huancayo el Gobierno de esta República era un coto exclusivamente militar. La primera actuación o pretensión gubernativa ejercida por parte de un civil fue una gesta simbólica; veamos pues.

En el curso del *Directorio* de oposición al militarismo, Vivanco nombró a Domingo Elías —el más visible civil liberal— como *Prefecto de Lima*. Estando Vivanco ausente de Lima en campaña por la guerra civil y siendo inminente el ingreso de las milicias de Rufino Echenique, que en un primer momento pretendían tomar esta ciudad, Elías se declaró *Jefe Político de la República*.

El único objeto de este “régimen político” espontáneo era el organizar a la población capitalina para resistir físicamente el ingreso de tales milicias —hecho del que finalmente Echenique se retrajo—. Muchos ciudadanos se aprestaron con lo que tuvieran a mano y mantuvieron celosa vigilia durante varios días. A este acontecimiento de gesta se ha llamado la *Semana Magna*.

Este evento tuvo gran impacto pues fungió de aglutinador primario en la demostración pública de oposición cívica al militarismo. Esto hizo de Elías el candidato civil-liberal natural en las elecciones de 1850. Y a pesar de no vencer en estas elecciones, continuó en la brega. Durante el periodo de su contendor y vencedor Echenique, Elías redactó e hizo publicar en *El Comercio* unas cartas que daban cuenta al público de ciertas corruptelas en el Gobierno, lo cual ha pasado a la historia como *Escándalo de la Consolidación*.

Es importante atinar al gran efecto de esta denuncia, que causó lo que la escuela francesa denomina una *conjoncture historique*, pues articuló un

cambio histórico de *larga duración* al enfilarse *in toto* el declive del militarismo decimonónico. El golpe que ello le atestó fue contundente, al ponerse finalmente en entredicho público a la alegada pretensión de superioridad moral y política de los militares. Esto generó un desembalse socio-político de amplias dimensiones al gatillar un resorte con energía política acumulada a lo largo de décadas, de rechazo a los militares y a su agobiante régimen, impuesto *a fortiori* desde la toma del poder por San Martín.¹³

Esta coyuntura catapultó el movimiento liberal constitucional gestado por Elías y los intelectuales en la década de 1840, con una segunda guerra civil librada por Castilla (1854). Y es que el escándalo afectaba a la imagen de éste, pues había apoyado a Echenique como candidato preferido. Pero, muy cazurro que era, Castilla hizo oportunidad de la adversidad; sabía que ahora debía dar concesiones, pero a la vez buscó obtener beneficios de ello.

Y en su segunda vez, Castilla gobernó asociado a los liberales. Nombró como ministros a Elías y Pedro Gálvez, entre otros. Éste último proyectó un decreto para suprimir el *Tributo Indígena* y, asimismo, José Sevilla preparó otro para abolir la esclavitud. Castilla los firmó, e hizo publicar y ejecutar, como si abrazara desde entonces el pensamiento liberal del *Club Progresista*.

Con todo ello, Castilla jugaría su gambito más avezado en el tablero del ajedrez constituyente. En 1855, convocó a una *Convención Nacional* para que dé una nueva constitución que reemplace a la de Huancayo. Así, sustituiría a Gamarra —su contendor político desde la época de la *Confederación*— en la condición de firmante de la constitución, apareciendo allí como el nuevo “padre de la patria” e incluso *Libertador*, a la vez que ponía bajo la tierra el ahora repudiado régimen autoritario de Huancayo, *quid pro quo* con faz de *New Deal* que definía a los nuevos rumbos a generarse con esa *conjuncture*.

La liberal, o más bien *avanzada*, *Constitución de 1856* disgustó a Castilla por sus *checks and balances* para el Ejecutivo y aquél tildó a dicha *Convención* de “asamblea de chiflados”. Castilla se las arregló para que un siguiente Congreso discutiera y aprobase la *Constitución de 1860*, algo más moderada en lo liberal. La cuestión de ese gran pleito era la ingerencia del parlamento sobre el Gobierno, en un concepto modelado en las constituciones europeas, bajo el diseño de un Ejecutivo con un *Consejo de Ministros* —en sustitución del ahora extinto *Consejo de Estado*— que sería sujeto a una *Ley* y respondería ante el Congreso. En esta fórmula, sería esencial la separación electoral

⁽¹³⁾ Al igualarse la deuda pública interna, debida a los nacionales, generada por los daños a la población en la guerra de la Independencia, a privilegios de pago ya granjeados a la deuda externa, Echenique atizaba el gravoso coste del aporte ciudadano a la Independencia, tan ignorado, y la postergación a que el régimen militarista sujetaba a los nacionales, en un ominoso contraste al privilegio conferido a los acreedores extranjeros, como trasfondo implícito al propio hecho de fraguarse los créditos, como conducta ya de por sí reprochable.

del parlamento respecto del Presidente de la República. Este punto era el pináculo de las garantías institucionales impulsadas por los liberales, bajo liderazgo de José Gálvez Egúsqiza en las constituciones de 1855 y 1860.¹⁴

Es importante anotar que, por primera vez, había una energía política ciudadana tras un orden constitucional que establecía un "estado de cosas" y regía el ejercicio del poder político. Sin embargo, era incipiente y precaria.

Domingo Elías falleció antes de que estuvieran dadas las condiciones para que un civil accediera a la presidencia. Ello se lograría más adelante, como efecto de la batalla para que las consignaciones del guano sean dadas a empresarios peruanos. El *Partido Civil*, el primer grupo político del Perú en denominarse *partido*, fue fundado gracias a esa condición económica. La primera victoria presidencial de un civil en las urnas (1872) fue obtenida por Manuel Pardo y Lavalle, empresario en tal línea y fundador de ese partido.

Pero, la toma del poder político por los *civilistas* no fue pacífica. Previo a asumir Pardo la presidencia hubo un intento por impedirlo. Un piquete de militares sediciosos (los hermanos Gutiérrez) hicieron antes una asonada. Como resultado, una enardecida turba ciudadana hizo amanecer colgados en la Plaza Mayor a los cadáveres linchados de algunos de ellos. Y correría aun más sangre con el asesinato de Pardo, posterior a su gobierno, por una bala entrada por su espalda que fue disparada por un efectivo del Ejército.

Luego de este gobierno *civilista* de Manuel Pardo (1872–76), los militares de esta línea continuarían alternando en el gobierno peruano hasta casi el fin del siglo XIX, tiempo en que lo tomó otra vez el refundado *Partido Civil*.

3. Aspectos diversos en el desarrollo del militarismo

Originado en la Independencia, los militares se granjearon un prestigio positivo instrumentando la fuerza política de las armas. Pero, esa granjería era en parte postiza y por tanto susceptible a contingencias.

Y algunas contingencias vendrían a surgir del propio seno del ejército. Por ejemplo, Manuel Ignacio de Vivanco fue militar pero anti-militarista. Y su trascendencia no fue su desatinada actuación autocrática en el *Directorio*, sino el transfondo cívico que aquél representaba, en el cual militaba el espíritu liberal de la ínclita Arequipa, avivado a través de su esposa, la dama arequipeña Cipriana de la Torre y Luna Pizarro, en sus diversas etapas.

En el polo contrario, alguien que sintió la pegada de la reacción liberal contra el militarismo que fuera gatillada por la corrupción en el régimen de Echenique fue el general Manuel de Mendiburu, colaborador cercano de Agustín Gamarra en la campaña contra la *Confederación*, quien participó inclusive en la controvertida refriega de *Portada de Guía*. Su reacción a ese

⁽¹⁴⁾ Otra carta fue aprobada en 1867 impulsada por opositores a Castilla, aunque fue de muy corta duración. Por un levantamiento en Arequipa se retornó a la de 1860, derogada en 1919.

golpe moral acompañó su decisión de dedicarse entonces al desarrollo de la monumental obra historiográfica titulada *Diccionario Histórico Biográfico del Perú*, publicada por secciones hasta 1890. Y es que todo nos hace suponer que este gran proyecto histórico tenía como una motivación paralela “pulir el bronce” y presentar como imprescindible a la actuación política militar.

Dentro de su amplio conjunto de biografías, armadas en ocho tomos, Mendiburu se prodiga en presentar a los gobiernos militares de la línea imperial heredada de la Independencia en una clave razón política necesaria.

Empero, muy a pesar de lo notable de dicho trabajo, en el cual abarca inclusive la historia del virreinato (en razón de lo cual incluye una enjundiosa biografía del virrey Abascal entre muchos otros) Mendiburu dejó fuera intencionalmente a un imprescindible conjunto de personajes republicanos de primer orden político, aparentemente solo por haber éstos desarrollado su actuación biográfica pública según una lógica política de contraposición a este militarismo, representando con ello su contrapartida historicista.¹⁵ De haberlos incluido, su obra habría debido desarrollar el orden de la lógica de propósito y razón de esa línea de acción, lo cual habría preferido evitar.

Balta fue otro militar que en su periodo presidencial persiguió revertir el devenir gatillado por el escándalo del gobierno de Echenique. Impulsado por el impacto fiscal que causó la guerra con España (1866), cuando retiró la consignación del guano a los comerciantes peruanos *hijos del país*, Balta hacía uso oblicuo de la institución constitucional de los *ministros*, al realizar ello a través del titular en la cartera de Hacienda y Comercio, Nicolás de Piérola, puesto al frente como el gestor —o como pantalla— en el contrato con la empresa Dreyfus. En contraposición, ello fue contenido al tiempo de su sucesor Manuel Pardo —asimismo— por intermedio de un ministro, Ignacio Elguera y Barrera, el encargado de criticar la complicada gestión financiera de Balta desde esa misma cartera. Este intercambio dio inicio a una acre lid política entre los *civilistas* y los partidarios del sistema imperial militarista y particularmente Piérola. En esta contienda tuvo lugar un curioso episodio de sedición de éste contra Pardo, protagonizado como una asonada librada con la aquiescencia de Chile, al zarpar Piérola desde ese país en el vapor inglés *Talismán* con algunos hombres embarcados allí; este motín pronto fue debelado por el gobierno peruano ya en zonas nacionales.

No obstante, este progresivo decaimiento del militarismo fue interrumpido y precipitado por un hecho absolutamente inesperado: la declaratoria

¹⁵ Su segunda edición (1936) tiene un *Apéndice* en cuatro gruesos volúmenes elaborado por Evaristo San Cristóbal, que comprende finalmente a Andrés de Santa Cruz, Luis José de Orbegoso, Manuel Ignacio de Vivanco, José Rufino Echenique, Domingo Elías, Pedro Gálvez, José Gálvez, Domingo Nieto, etc., personajes cuyo eje biográfico de acción política resulta parte inherente y esencial de la historia política del Perú, decididamente obliterados por Mendiburu.

de guerra por Chile en 1879. En ningún momento se habría hecho cuestión de que había un bando militar de algún modo protegido por Chile — fuente acostumbrada de apoyo para esa facción — o que el régimen de Huancayo había sido establecido por las armas chilenas de Bulnes, asociadas en ese entonces al militarismo peruano. En esta guerra, se consolidó un solo frente nacional orientado a la defensa, por encima de las diferencias políticas.

Sin embargo, el mapa político interno resultó modificado al sustraerse a Chile como el sostén atávico moral fundante del militarismo, el cual quedaba sin ese piso en las lides políticas, emparejado en esto a sus contendores.

Desde entonces la actuación *caudillista* hubo de formarse en partidos. El coronel Andrés Avelino Cáceres, un campeón de la resistencia en esa guerra, intentó conservar a la vez que renovar el otrora sitio político del Ejército. Su agrupación de cariz anti-chileno fue denominada *Partido Constitucional* en apelación al concepto que abanderó el militarismo decimonónico. En la otra mano, Piérola impulsaba un *caudillismo* organizado en forma de un frente político al que denominó *Partido Demócrata*, el mismo que se perfilaría en el tablero según el estratégico signo del interés popular.

VI. CONSERVADURISMO EN ARMAS EN EL SIGLO XX

1. Significado y sentido del conservadurismo militar del siglo XX

El siglo XX se inició bajo la vigencia y la operación del sistema constitucional establecido en la *Constitución de 1860*. Ésta era el destilado generado por esa gesta liberal de mediados del siglo XIX. Esto incluía formas institucionales relativamente ordinarias del constitucionalismo, caso de la forma de gobierno por ministros y sus controles parlamentarios. Empero, visto bajo el lente del Realismo, dicho orden político sería restringido en su desarrollo y arraigo. La postergación socioeconómica del pueblo llevaría pronto a poner en jaque a todo el ordenamiento socio-político y económico.

Como respuesta, la alta oficialía de las Fuerzas Armadas asumiría un rol conservador, casi de *defensor* de la Constitución. Este conservadurismo militar se inauguró en 1914 con un golpe militar para evitar un plebiscito con que el entonces presidente Guillermo Billinghurst, por el partido *pierolista*, pretendió modificar el sistema constitucional en unificar las elecciones y los periodos del Congreso y del Presidente, motivado en haber tenido dificultades con alguna mayoría congresal opositora. El proyecto para esta propuesta normativa fue desarrollado por el técnico en materia constitucional Mariano H. Cornejo, un parlamentario también de filiación *pierolista*.

El coronel Óscar R. Benavides, Jefe del Estado Mayor del Ejército, en acuerdo con la alta oficialía, interpuso armas para evitar esa manipulación

del sistema constitucional, deponiendo a Billinghurst. El Congreso nombró *Presidente Provisorio* a Benavides, lo cual ejerció hasta reponerse la vigencia constitucional con la elección del *civilista* José Pardo y Barreda en 1915.

2. Actuación residual del militarismo del siglo XIX

Hacia el fin de este periodo de Pardo (1915–19) se comenzó a desarrollar una nueva situación coyuntural generada como secuela de las lides políticas del siglo XIX, la cual modificaría el orden político de un modo importante.

En 1917, el general Andrés A. Cáceres, ya consagrado pues en la guerra contra Chile y líder del *Partido Constitucional*, decidió cortar con la seguidilla de gobiernos del *civilismo*, a pesar de antes haber impulsado la candidatura de Pardo en 1915. Sin contar para ello con la alta oficialía, Cáceres empleó para dichos fines a oficiales de rango medio, comandantes de tropa fáciles de seducir y manipular por su impronta de ser un alto adalid bélico. Así, en el tramo final del periodo de Pardo hubo conspiraciones y asonadas contra el Gobierno, hechas por miembros del Ejército, promovidas por Cáceres.

Las elecciones de 1919 serían el tablero en que se moverían las piezas de esta coyuntura. Leguía candidateó para un segundo periodo, pero ahora apartado de su otrora *Partido Civil*. En su primer gobierno (1908–12), Leguía se generó una sólida imagen pública con sus debates contra los *pirolistas*, el grupo tradicional de oposición al *Partido Constitucional* de Cáceres.

En el curso del proceso de sufragio Leguía ostentaba una clara ventaja en la capital y el Callao, pero en el resto del país la elección no había corrido con igual fluidez y transparencia. Los *civilistas* impugnaron diversos actos de la elección con la esperanza que el Congreso la declare viciada y se active su atribución supletoria de elegir al presidente, en beneficio del candidato de su partido Ántero Aspíllaga. En tal cuadro se produjo un golpe en 1919.

El golpe fue perpetrado en la *Gendarmería* ubicada en el cuartel de Santa Ana en Lima, por unos oficiales de mando medio del Ejército. Los golpistas apresaron al jefe de los gendarmes, el comandante Alfredo Miró Quesada, y luego secuestraron en el interior de este cuartel al Ministro de Gobierno. Al llegar al lugar, el coronel Gerardo Álvarez —de filiación *cacerista*— fue recibido con toda su comitiva como el abanderado. Tomado así el cuartel, Álvarez envió al capitán Ricardo Alcalde a apresar al depuesto José Pardo. Leguía se concentró en este cuartel para partir de allí con Álvarez a la sede gubernativa a la asunción del poder. El abogado Arturo Osoreo —asimismo de filiación *cacerista*— quedó como encargado del cuidado legal de los presos políticos. Se aprecia bastante claro cómo todo el despliegue militar contó con el soporte del Cáceres, si acaso no fue orquestado por él mismo.

Leguía había coadyuvado, por cierto, a preparar este golpe. Ese mismo día, 4 de julio de 1919, tenía listo un manifiesto en que denunciaba que *una*

conspiración encabezada por el Gobierno pretendía conseguir que el Congreso desconociera la elección presidencial que se había hecho... El asunto habría quedado simplemente en una definición electoral si no fuera porque en el manifiesto también anunciaba *las reformas de la Constitución que son indispensables y que tengo prometidas a la nación...* Estas reformas estaban asociadas a la forma de la representación y elección presidencial y congresal, según dejó entrever asimismo en ese manifiesto, y serían inspiradas en aquellas que Billinghamurst intentó someter a plebiscito en 1914, frustradas por el golpe de Benavides.

A título de *Gobierno Provisional*, Leguía sometió la consulta plebiscitaria, y logró que una *Asamblea Nacional* generada *de facto* elaborase y sancionase la *Ley de Reformas Constitucionales*. Presidida por el mismo técnico *pirolista* Mariano H. Cornejo, dicha *Asamblea* aprobó la *Constitución de 1920*, la cual vino con novedosos Derechos Sociales y cuyo reformado sistema electoral establecía que el Presidente de la República y los miembros del Congreso serán elegidos a un mismo tiempo para un periodo unificado quinquenal. Este golpe finiquitó las dinámicas políticas de los partidos del siglo XIX. El *cacerismo* y *pirolismo* agonizaron asociados liquidando al *civilismo*.

Esta reforma presenta una gran trascendencia y significación histórica, pues vino, en cierta manera, a contrarrestar determinados efectos ordenadores de aquella *conjuncture historique* ocurrida a mediados del siglo XIX. En el fondo de esto hubo una victoria de Cáceres a modo de una reversión de ese movimiento liberal constitucionalista de Elías. Con esto, se debilitaba las garantías institucionales puestas en la Constitución y la Ley centradas en el control parlamentario a través de los ministros. Y además, al unificarse la elección y los periodos para el presidente y el parlamento se *descafeinó* la garantía del principio de separación de poderes y se orientó la democracia peruana hacia un sistema que propiciaba el *caudillismo* electorero, sustituto del ya extinto *caudillismo* decimonónico basado en las armas.

3. Etapa dura del militarismo conservador (1930 a 1963)

Leguía estrenó el nuevo esquema gobernando esta vez despóticamente, por once años, deportando a sus opositores, oprimiendo la libertad política y manipulando el sistema constitucional para tener sucesivas reelecciones.

En contrapartida a tal situación, el *militarismo conservador* se vio motivado a actuar con previsión y más decisionismo político. Primero, depuso a Leguía (1930) con un golpe de Estado con amplia popularidad a cargo del teniente del Ejército Luis Miguel Sánchez Cerro —nivel que así empataba el rango militar en el propio del golpe de Cáceres—. El proceso que generó ese golpe de Sánchez Cerro se inició, como de costumbre, en Arequipa. El espíritu de dicha acción quedó reflejada en el llamado *Manifiesto de Arequipa*

que Sánchez Cerro dio a la nación, redactado por el jurista arequipeño José Luis Bustamante y Rivero. El movimiento prendió vivamente en la capital. Y esta adhesión general a dicha extirpación del fatigoso régimen de Leguía le valió a Sánchez Cerro el ser elegido en 1931. Seguido, hizo convocar un *Congreso Constituyente*, el cual elaboró y aprobó la *Constitución de 1933*,¹⁶ que eliminó y reemplazó a la carta plebiscitaria *cacerista-leguista* de 1920.

Desde la caída de Leguía tendencias de izquierda buscaron impulsar reformas a través del electorerismo presidencial con el empleo de la fuerza plebiscitaria apuntando a alterar el orden socioeconómico. En dicho marco, este conservadurismo militar impuso una serie de regímenes esporádicos *de facto* que tuvieron como propósito obstruir ese prospecto; veamos.

Sánchez Cerro fue fatídicamente asesinado en 1933, generándose una crisis política nacional de incertidumbre y polarización, dándose inicio a la *fase dura* de dicho militarismo conservador. El Congreso cumplió con elegir al sustituto a cargo de completar este periodo presidencial. Habida cuenta del estado de fuerte tensión, fue designado el general Oscar R. Benavides, el mismo que había liderado el golpe militar que depuso a Billinghurst en 1914. Y esto era otra forma de golpe pues, según la Constitución, todo militar era incompatible para ese cargo hasta pasados seis meses de su retiro.

Al final del periodo (1936) Benavides convocó elecciones. Apenas Luis Antonio Eguiguren se comenzaba a perfilar como ganador, el Jurado Nacional de Elecciones invalidó el proceso asumiendo que sus votos provenían del *Partido Aprista*, en ese entonces legalmente proscrito —pretendidamente por “extranjero” aunque en realidad lo estaba por sus miras reformistas—. Dicho golpe, ratificado luego por el Congreso, desató una protesta popular amplia que fue reprimida por el Gobierno. Esta etapa de prórroga *de facto* del régimen de Benavides estuvo marcada por más radicalismo contra los partidos del ala izquierda —cuya proscripción se mantuvo en firme— y por el acercamiento implícito entre la cúpula militar y la oligarquía.

En los inicios de 1939, Antonio Rodríguez, su Ministro de Gobierno, se sublevó con apoyo de sectores sociales importantes y de muy diversas tendencias políticas. Ante esta presión, Benavides convocó nuevas elecciones, las que precedió de un plebiscito para reformar el sistema electoral a modo de contrariar la reforma electoral generada por el plebiscito constituyente de 1919¹⁷ así como otros cambios en el ámbito político. Estas elecciones se

⁽¹⁶⁾ En esta nueva carta de 1933 los senadores serían elegidos por separado según la fórmula de la Constitución de 1860, por seis años a renovarse en bienios. Empero, conservó para los diputados el régimen electoral unificado al Presidente, generado por el golpe plebiscitario de Leguía.

⁽¹⁷⁾ Con este plebiscito se estableció un periodo presidencial igual al del Senado, de seis años, pero el electorado no aprobó la reforma electoral para los diputados. Este plebiscito fue abrogado por el Congreso de 1945 por ilícito, retornándose entonces al sistema electoral de la carta de 1933.

desarrollaron en el marco de la proscripción de los partidos de izquierda, que —a la sazón— dominaban una parte importante del electorado. Manuel Prado Ugarteche, candidato oficialista de Benavides —excepcionalmente apoyado por el *Partido Comunista* entonces asociado por su lucha contra el *Partido Aprista*— resultó vencedor en un clima de protesta social y sendas acusaciones de fraude. Pero Prado —quien era a una vez militar y miembro de la oligarquía financiera— supo equilibrarse bastante bien en el gobierno. Superando las esferas de su preceptor Benavides, logró entenderse con el Ejército, con el Congreso y especialmente con los comunistas, con quienes firmó la paz dándoles cargos públicos y manteniendo “a raya” a los *apristas*.

En este panorama, desde la democrática Arequipa se volvió a impulsar un movimiento tendente a la erradicación del *caudillismo*. En 1943, el diputado arequipeño Javier de Belaunde Ruiz de Somocurcio sugirió organizar una fuerza política de consenso amplio con miras a las elecciones de 1945. Esta iniciativa cobró vida y al año siguiente ya estaba constituido el *Frente Democrático Arequipeño*. Este movimiento enseguida generó esperanzas y apoyo en la población; se trasladó a la capital donde pronto se consolidaría.

Ciertas circunstancias desanimaron a Benavides de tentar a una nueva elección. Pero aceptó una invitación de Alberto Ulloa Sotomayor a dialogar con Haya de la Torre, el líder del *Partido Aprista*, entonces proscrito y dueño de una importante fuerza electoral. Uno de los impulsores de dicho movimiento en la capital, el abogado Enrique Dammert Elguera, le sugirió a José Gálvez Barrenechea que el candidato del *Frente* sea José Luis Bustamante y Rivero, el autor del manifiesto de Sánchez Cerro. Así, Haya y Benavides acordaron aliarse en torno a Bustamante como candidato. Bajo esta alianza y ese prospecto de gobierno fue constituido el *Frente Democrático Nacional*. Con ello Bustamante pudo ganar la elección de 1945. Pero, contradicciones internas de esta unión frustraron el proyecto. A causa de que ambas líneas buscaban ser seguidas en el gobierno —cosa imposible— Bustamante perdió el apoyo de la oligarquía y del *Partido Aprista*. Y, en una crisis política sin precedentes, fue derrocado por el general Manuel Arturo Odría, quien estableció una dictadura militar (1948) para gobernar el Perú por ocho años.

Al agotar su capital político Odría convocó elecciones. El previo fracaso del consenso en torno a Bustamante animó a Prado a una segunda postulación, la cual ganó con apoyo electoral de los *apristas* (1956), que por esto fueron legalizados. Y las elecciones de 1962 le dieron la mayor votación a Haya de la Torre con el apoyo de ese *Movimiento Democrático Pradista*. Pero por no obtener el tercio mínimo requerido por la Constitución, el Congreso habría de elegir a uno entre los tres con mayor votación. A sabiendas que ello no le favorecería, Haya pactó retirar su pretensión a favor del candidato Odría, un arreglo bilateral que dejaba fuera al otro candidato en la carrera:

Fernando Belaunde Terry. A cambio, la *Unión Nacional Odríista* reconocería ya en definitiva la legalidad del *Partido Aprista* y lo integraría en una unión gubernativa a la vez que en una alianza congresal para lograr esa votación.

En el curso de resolverse aún los recursos de nulidad electoral presentados por los partidarios de Belaunde ante el Jurado Nacional de Elecciones y a muy poco de finalizar el periodo presidencial de Prado, el general Ricardo Pérez Godoy dio otro golpe de Estado militar (1962) bajo el pretexto que un presunto “fraude electoral” —no probado— le habría dado esta ventaja al *Partido Aprista*, con el compromiso de convocar elecciones en menos de un año. El verdadero motivo era impedir un gobierno de los *apristas*. Debido a unas diferencias en el seno de esta junta militar, el general Nicolás Lindley substituyó a Pérez Godoy en la dictadura y convocó a elecciones en 1963.

El vencedor en estos comicios fue Fernando Belaunde Terry, de *Acción Popular*. Su posición política, reiterada de la elección anterior, fue centrada. Propugnaba algunas reformas, aunque sin el radicalismo del *Partido Aprista*. En ello, marcó claramente una distancia de éste y de la oligarquía interesada en el *caudillismo* electoral de Prado. Este éxito de Belaunde puede entenderse según lo que hoy se denomina *outsider*, a modo de opción nueva que es ayudada por el agotamiento político de las corrientes tradicionales.

VII. GOBIERNO REVOLUCIONARIO DE FAZ MARXISTA

1. Impulso revolucionario por la fuerza militar

En el marco internacional de la Guerra Fría y con avances en el interior de las protestas de las izquierdas llevadas a la forma de guerrillas, en 1968 una junta militar liderada por el general Juan Velasco truncó *de facto* el periodo constitucional del presidente electo Fernando Belaunde, para tomar así el poder político a título de *Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada*.

La dictadura invirtió diametralmente la indicada línea conservadora de la Fuerza Armada, bajo el principio que si deberá darse una revolución, ésta tendrá que ser ejecutada bajo la dirección y control directo de los militares. Su tono revolucionario fue radical. Esta tiranía reprimió incluso algunos principios y libertades constitucionales establecidos desde el tiempo de la Independencia que jamás habían sido cuestionados en los ámbitos oficiales.

Este régimen declaró estar sustentado en el Marxismo y se alineó al eje internacional soviético. Ensayó un sistema de empresariado estatal con un muy agresivo programa de afectación al capital privado. Esto generó como efecto histórico neto un retroceso en el desarrollo de la economía nacional y el agudizamiento de la estructura feudalista en torno al Estado, ordenado socioeconómicamente como el centro de negocios más gravitante del país.

En cuanto a su saldo socio-político, si bien esa *revolución* no se desarrollaba según sus propios términos indicados, pues la transición al *Socialismo* empezó a revertir antes de cumplirse siquiera una década de principiada, sí imprimió unas huellas profundas en el orden socioeconómico peruano, que bien vale el ser atendidas y revisadas; veámoslas en síntesis.

Su hostilidad manifiesta hacia la riqueza privada, poniendo cortapisas al capital industrial, y aun más extremadas a la propiedad privada agraria, conllevó una reversión del escaso crecimiento del capital privado nacional.

Su herencia cultural nos resulta problemática por auspiciar el Marxismo como fórmula susceptible de aplicarse en el Perú. Esto no resulta claro a vista que Marx desarrolló su concepto de la *plusvalía* solo para situaciones en que impera un capitalismo industrial promovido por el Estado,¹⁸ una condición que entonces no discurría en el Perú — ni discurre hoy —. Al parecer el *Gobierno Revolucionario* confundió ello con la restringida oligarquía peruana de ese entonces, cosa muy distinta de un Estado de corte burgués.

Este régimen protagonizó un curioso episodio de índole historiográfica. Decidió la creación y publicación de la *Colección Documental de la Independencia del Perú* con ocasión del sesquicentenario de la Independencia, el cual se cumplía en 1971.¹⁹ Pero, sorpresivamente, cuando ya se había impreso y publicado el 80%, el Gobierno decidió abortar la obra. Para hacerlo se dio un argumento tan ambiguo cuanto incongruente:²⁰ *la búsqueda y compilación de documentos inéditos y editos [sic] esparcidos en diferentes archivos y bibliotecas del país y del extranjero no ha permitido terminar dicha obra*. Esto fue escuetamente refutado por el *Comité de Publicaciones*, integrado por historiadores y demás intelectuales, señalándose que los veinte volúmenes que dejaron de publicarse *se encuentran en preparación*. El motivo de esta contramarcha se puede asociar quizás a el haberse determinado *a posteriori* que esa obra resultaba políticamente contraproducente, o al menos inútil, al sistema.²¹

⁽¹⁸⁾ El propio Marx asumió que su teoría económico-política sobre la clase obrera correspondía bien al caso de Inglaterra y no de Alemania. Por tal razón, desarrolló tal investigación científica, titulada *The Condition of the Working Class in England*, con el apoyo de su socio Friedrich Engels.

⁽¹⁹⁾ Originalmente programada para consistir en alrededor de cien volúmenes de transcripción de documentos vinculados a la efeméride, esta monumental obra había sido concebida por ese régimen como una forma de vincularse históricamente con la Independencia. Así, se tuvo el cuidado de titular *Los Ideólogos* — un término nativo de la izquierda contemporánea — a su Tomo I, dedicado a los pensadores de la época. Y, asimismo, su Tomo II fue cumplidamente consagrado a documentar *La Rebelión de Túpac Amaru*, el personaje simbólico de este *Gobierno Revolucionario*.

⁽²⁰⁾ Entre los volúmenes reputados no posibles de elaborar por presuntamente no disponerse de fuentes documentales se cuenta el *Índice General* de la obra publicada. (!) Además, el contenido del nonato segundo volumen del Tomo XVI — *Archivo Riva-Agüero* habría consistido de textos que aun hoy resultan fácilmente accesibles en su publicación originaria. Basten estos ejemplos para denotar el ulterior cambio de decisión del *Gobierno Revolucionario* respecto de esta publicación.

⁽²¹⁾ Esta hipótesis se ve animada por el hecho que la imagen mítica que el régimen construyó de *Túpac Amaru II* contrastaba con el personaje real histórico documentado en la *Colección*.

La *revolución* generó en el país contradicciones y conflictos, por lo que muy pronto comenzaría a ser “desinstalada” por los propios militares. Un golpe militar interno, en 1975, inició la llamada *Segunda Fase*, de Francisco Morales Bermúdez, consistente en cinco años de dictadura para efectos de amortiguamiento. La salida de este régimen *de facto* se daría vía la *Asamblea Constituyente* (1978) dando la *Constitución de 1979*, con que en 1980 se retornó al sistema de elecciones populares periódicas del Presidente y Congreso.

Empero, esta *Asamblea Constituyente* operaría bajo las condiciones del cambio cultural político inducido por dicha revolución, además de formalmente obligada por el decreto militar que la convocó, en el cual se disponía que la nueva constitución habrá de incorporar las reformas estructurales que había implantado el *Gobierno Revolucionario*. Por esto, la *Constitución de 1979* recogió el sistema empresarial estatista, que continuaría vigente ya retornada la democracia electoral. Esta carta de 1979 incorporó por primera vez un sistema integral de jurisdicción constitucional, con un supremo intérprete de la constitución (el extinto *Tribunal de Garantías Constitucionales*), entre las novedades interesantes que aquella trajo en su extenso articulado.

2. Retorno progresivo a las formas constitucionales tradicionales

En 1980 se inició una *etapa sandwich* estatista entre la era dictatorial y el retorno hacia un constitucionalismo que pueda entenderse como *ortodoxo*. En ese periodo, el eclecticismo llevó al país al caos y una crisis cuyos signos vitales fueron el desempleo, el desabastecimiento y la hiperinflación, lo que se agudizó al tiempo de la caída del muro de Berlín y la *Perestroika*. Más tarde, una serie de ataques terroristas a la capital nos llevarían a un extremo.

Alberto Fujimori, el Presidente electo en 1990, impulsó reformas, vía legislación delegada, tendentes a la supresión del empresariado estatal, en el marco de la *Constitución de 1979*. Empero, el Congreso derogó algunos de sus Decretos Legislativos. Por esto, se dio un conflicto Ejecutivo-Legislativo, en cuyo fragor Fujimori optó por “disolver” — cerrar — el Congreso (1992). Esta medida contó con relativo apoyo popular. Ello invocó la intervención internacional de la OEA, que orientó la salida al problema mediante la convocatoria de lo que luego se denominó *Congreso Constituyente Democrático*. Éste, finalmente, desmochó el estatismo y la heterodoxia contenidos en el orden constitucional de 1980, aprobando la aligerada *Constitución de 1993*.

Empero, las condiciones en que se daba ese nuevo arreglo constitucional no fueron auspiciosas. Dicha carta nacía con el estigma de ese proceder golpista. Aún así, la *Constitución de 1993* continúa en vigencia, aunque con sendos cambios a su texto realizados según sus propias reglas de reforma.²²

⁽²²⁾ Para referencia sobre el proceso histórico de la Constitución de 1993 ver la nota “Dos décadas de la Constitución de 1993”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, No. 28, Enero-junio 2014.

VIII. NEO-MILITARISMO AL CAMBIO AL SIGLO XXI

1. Ingerencia militar en el Gobierno vía el Sistema de Inteligencia

Una nueva modalidad informal de actuación política de los militares por palanqueo en el sistema apareció en la década de 1990. El sistema constitucional fue perforado, a través del Gobierno electo, por el jefe del Sistema de Inteligencia, apoyado en esto por un plantel de oficiales y subalternos que integraron un bloque informal de relaciones con Palacio de Gobierno.

Aunque entonces gobernaba un presidente electo en las urnas, durante su periodo, en el arma militar de Inteligencia se permitió la proterva actuación de manipular la opinión pública mediante prensa escrita y canales de TV “pagados”, y de quebrantar el vínculo de representación del Congreso con dineros a la diputación, para así poder digitarse su actuación. A través de esta ventaja ilícita se impulsó la doble reelección de Fujimori (2000).

Dicha operación fue desvelada en el año 2000 por vídeos que mostraron los pagos en billetes a medios de comunicación y a congresistas. Y con ello, este régimen cayó estrepitosamente. Se acortó el periodo constitucional a un año, iniciándose el siguiente periodo en julio de 2001, periodificación electoral quinquenal que en el presente aún continúa regular en su desarrollo.

2. Intentonas por abrir el poder constituyente por la vía electoral

Como efecto derivado de ese mismo precedente, otra forma de *caudillismo* ha pretendido capitalizar a su favor político el descrédito del régimen caído en 2000, al pretenderse conseguir algo así como un “cheque en blanco constituyente”. Hasta en dos ocasiones (2006 y 2011) Ollanta Humala ha aplicado las elecciones periódicas para tentar armar una dotación congresal suficiente para implementar un programa de reformas radicales que denominó *Gran Transformación*, el que implicaba sustituir la *Constitución de 1993*. A pesar de no lograr tal objetivo congresal, en 2011 Humala obtuvo un triunfo electoral presidencial. Para esto mutó a un plan diferente y libre de radicalismos en la campaña del *ballotage*, plan que denominó *Hoja de Ruta*. A este momento (2014) Humala se halla ejerciendo el Gobierno y se espera convoque a elecciones regulares para Presidente y el Congreso en el 2016.

IX. ESTRUCTURAS Y SISTEMA EN SÍNTESIS

Debido al desfase histórico del Perú respecto de otros países más aventajados con cuyos capitales privados el Estado peruano entró en negocios según la forma del clientelismo estatal — desfase agudizado por el proceso ultramilitarizado de la Independencia — nuestro orden socioeconómico se

perfiló a una tendencia neocolonial y de enclaves económicos. Esto asentó la carencia de unas políticas reales para la promoción y regulación adecuada del capital y del mercado interno. Esta ausencia de democracia económica es el factor crítico que estableció la estructura política de nuestro sistema.

Ese marco socioeconómico fue impreso por el militarismo con aquella impronta vertical y autocrática del poder, lo que a su vez fue consolidando ello como una causalidad bidireccional en círculo vicioso. Esto ha llevado a una exaltación desmedida del Presidente, asociada con la eterna promesa *caudillista* de resolver la aciaga situación de la población que es el resultado de esa carencia de democracia económica.

Lo indicado ha conllevado la tendencia al *electorerismo* en tanto norma sociológica para el acceso al poder político, en contraste con el conformarse un sistema de partidos como corresponde a los sistemas constitucionales.

Esto ha llevado a una deficiencia general en la formación y la expresión política de la Nación, por falta de organizaciones apropiadas a este efecto, lo que ha venido acompañado de una impronta personalista del Presidente de la República, quien resulta así una figura muy determinante y exaltada como símbolo y factor de poder, a modo de una pseudo-monarquía electoral.

Dicha deformidad y desbalance en el poder político resultan ir de contrapelo a los principios de todo sistema constitucional operativo y generan efectos negativos sobre la vigencia de las libertades y las altas instituciones públicas — sistema de justicia, ministerio fiscal, jurisdicción constitucional, legalidad de las administraciones públicas y, en general, las interdicciones constitucionales y legales que deben serle impuestas al Poder Ejecutivo —.

Al anotar aquello debemos tener en cuenta que las instituciones públicas — cada una en su situación, particularidad y naturaleza — han surgido en su origen en una recepción transitada a través del poder político ejercido a modo de constituyente. Ello implica una dependencia relativa del poder político. Y es que a pesar de que obren en la redacción de la Constitución, aquéllas pueden resultar debilitadas, deformadas e incluso anuladas, no solo al ser avasalladas en el posible acoso de un poder político descontrolado, sino inclusive como defecto en la carencia de su debida implantación operativa generada en la desidia o el desinterés del Poder Ejecutivo.

Dicha estructuración socio-política del Perú se generó como un efecto de la militarización del proceso político desde los inicios de la República.

X. CONCLUSIÓN

Siguiendo las reglas metodológicas indicadas al inicio, podemos apreciar que el relato histórico presentado en estas páginas ofrece consistencia en cuanto a la explicación de los hechos acaecidos a lo largo de la República,

en clave causa-efecto y de las estructuras de tiempo largo en la categoría de normas sociológicas relativas al poder político, con efectos determinantes sobre las instituciones, derivado de la actuación fundante del militarismo.

Este planteamiento de estructuras constituye un marco de referencia con el cual revisar las concepciones historiográficas peruanas tradicionales. De ello, saltan sendos contrastes que nos incitan a señalar a la historia “oficial” como asociada a una forma de mitología política que busca pintar aquellos regímenes *de facto* establecidos por fuerza de las armas como los proveedores de las libertades nacionales y gestores originarios de nuestro ordenamiento estatal básico, lo cual —según hemos visto derivar del relato de eventos aquí presentado— no resulta exacto.

La cosa no queda allí. El dar generalmente por verdaderos y científicos a los dogmas historicistas emanados de aquella mitología política nos disuade de hacer una sana y necesaria crítica relativa al orden material de nuestras instituciones públicas tradicionales, al respecto de su concepción fundamental y principista, al tomarlas como originadas en acciones siempre debidamente guiadas y ordenadas en su decurso genético. Y esto, en lugar de asumir realísimamente el dato de las condiciones de caos, desinformación y despotismo en las cuales se dio, en diversos tiempos, el imperio político del *caudillismo* gestado en este militarismo, con sus efectos estructuradores.

Dicho de otro modo, el autobombo militar llevado *a fortiori* a la Historia infló sin mérito necesario el prestigio de nuestra tradición publicista. Y esa crítica sería necesaria para mejorar nuestras formas y usos institucionales.

Por lo expuesto, pensamos que el abordar el problema historiográfico aludido de manera completa, en una forma integral, sistemática, interdisciplinaria y mas ampliada, sería una empresa benéfica a la Nación peruana.

Lima, diciembre de 2014
lcelguera@gmail.com

Bibliografía

- ALJOVÍN DE LOSADA, Cristóbal. *Caudillos y Constituciones. Perú: 1821–1845*. Lima: Fondo de Cultura Económica (FCE)– Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.
- ALTUVE-FEBRES, Fernán. *Los reinos del Perú. Apuntes sobre la monarquía peruana*. Lima: Estudio Altuve-Febres y Dupuy, 1996.
- ANDERSON, Perry. *El Estado absolutista*. Bs.As.: Siglo XXI, 1979.
- ANNA, Timothy E. *La caída del gobierno español en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos (IEP), 2003.
- ARISTÓTELES. *Política*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

- ARENDRT, Hannah. *Sobre la revolución*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- ARON, Raymond. *Lecciones sobre la historia*. México D.F.: FCE, 1996.
- AUZIAS, Jean-Marie. *El Estructuralismo*. Madrid: Alianza Editorial, 2ª ed., 1970.
- BASADRE, Jorge. *El azar en la historia y sus límites*. Lima: Villanueva, 1973.
- BELAUNDE, Víctor Andrés. *El debate constitucional*. Lima: s.e., 1966.
- BENTHAM, Jeremy. *A Fragment on Government*. Londres: Cambridge Univ. Press, 1994.
- BEYAHUT, Gustavo y Hélène. *América Latina. III. De la Independencia a la segunda guerra mundial*. Bs. As.: Siglo XXI, 9ª ed., 2003.
- BLOCH, Marc. *Introducción a la Historia*. México D.F.: FCE, 1986.
- BONILLA, Heraclio. *Metáfora y realidad de la independencia en el Perú*. Lima: Fondo Editorial del Pedagógico San Marcos, 5ª ed., 2010.
- BRAUDEL, Fernand. *La Historia y las Ciencias Sociales*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.
- BUNGE, Mario. *Buscar la filosofía en las ciencias sociales*. México D.F.: Siglo XXI, 2005.
- COLLIER, David. *El nuevo autoritarismo en América Latina*. México D.F.: FCE, 1985.
- COLLINGWOOD, Robin George. *Idea de la Historia*. México D.F.: FCE, 1986.
- CONTRERAS, Carlos. *La economía pública en el Perú después del guano y el salitre. Crisis fiscal y élites económicas durante su primer siglo independiente*. Lima: IEP, 2012.
- CONTRERAS, Carlos, Cristina MAZZEO y Francisco QUIROZ (comp.). *Guerra, finanzas y regiones en la historia económica del Perú*. Lima: IEP, 2010.
- CROSSMAN, R. H. S. *Biografía del Estado moderno*. México D.F.: FCE, 4ª ed., 2000.
- DAHL, Robert. *Análisis político moderno*. Barcelona: Editorial Fontanella, 1976.
- DANTO, Arthur C. *Historia y narración*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1989.
- DOBB, Maurice. *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*. Madrid: Siglo XXI, 1988.
- DRAY, William. *Laws and explanation in History*. Londres: Oxford University Press, 1960.
- DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre Filosofía de las Ciencias Sociales*. Madrid: Alianza Editorial, 1988.
- DUVERGER, Maurice. *Métodos de las ciencias sociales*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.
- GALVEZ MONTERO, José. *La política como pasión: breve historia del Congreso de la República (1822–1868)*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2002.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Las Constituciones del Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, 2006. 2 vols.
- GARCÍA HAMILTON, José Ignacio. *La vida de San Martín*. Bs.As.: Sudamericana, 2000.
- GOOTENBERG, Paul Eliot. *Imaginar el desarrollo: las ideas económicas en el Perú poscolonial*. Lima: IEP, 1998.
- GROCIO, Hugo. *On the Law of war and peace*. Ontario: Batoche Books, 2001.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Lima: PUCP, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos, 1988.
- HERNANDO, Eduardo. *Deconstruyendo la legalidad. Ensayos de teoría legal y teoría política*. Lima: Pontificia Universidad Católica, 2002.
- HEMPEL, Carl. "Explanation in Science and History" pp. 9–19 en *Frontiers of Science*

- and Philosophy*. Pittsburgh: The University of Pittsburgh Press, 1962.
- HEGEL, G. W. Friedrich. *Principios de la Filosofía del Derecho*. Barcelona: Edhasa, 1999.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Madrid: Sarpe, 1984. 2 Vols.
- HOROWITZ, Irving Louis. *Fundamentos de sociología política*. México D.F.: FCE, 1986.
- HUIZINGA, Johan. *El concepto de la historia*. México D.F.: FCE, 1994.
- HUNT, Shane. *Formación de la economía peruana*. Lima: IEP, 2011.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. México D.F.: FCE, 2000.
- KANT, Emmanuel. *Filosofía de la Historia*. México D.F.: FCE, 1987.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*. México D.F.: Editora Nacional, 1959.
- KUHN, T. S. *La estructura de las revoluciones científicas*. Bs.As.: FCE, 2004.
- LAGROYE, Jacques. *Sociología política*. Bs.As.: FCE, 1994.
- LEGUÍA Y MARTÍNEZ, Germán. *Historia de la Emancipación del Perú: el Protectorado*. Lima: Publicaciones de la Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú, 1972. 7 vols.
- LOAYZA, Alex “El Club Progresista y la coyuntura electoral de 1849–1851” pp. 395–424 en Cristóbal Aljovín de Losada y Sinesio López (ed.). *Historia de las elecciones en el Perú. Estudios sobre el gobierno representativo*. Lima: IEP, 2005.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Héctor. *Sucedió hace un siglo. Primera serie*. Lima: El Comercio, 1990.
- LORENTE, Sebastián. *Escritos fundamentales de historia peruana*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. México D.F.: Universidad Iberoamericana, 1996.
- LUNA PIZARRO, Francisco Javier de. *Escritos políticos*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1959.
- MANNHEIM, Karl. *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*. México D.F.: FCE, 2006.
- MARAVALL, José Antonio. *Teoría del saber histórico*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2008.
- MATHEW, William. *La firma inglesa Gibbs y el monopolio del guano en el Perú*. Lima: IEP, 2009.
- MAYER, J. P. *Trayectoria del pensamiento político*. México D.F.: FCE, 1994.
- McEVOY, Carmen. *La utopía republicana. Ideales y realidades en la formación de la cultura política peruana (1871–1919)*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- McEVOY, Carmen y José Luis RÉNIQUE (compilación, estudio preliminar y proemio). *Soldados de la República. Guerra, correspondencia y memoria en el Perú (1830–1844)*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú e Instituto Riva Agüero, 2010. 2 vols.
- MILLER, Rory. *Empresas británicas, economía y política en el Perú. 1850–1934*. Lima: IEP, 2011.
- MIRÓ QUESADA LAOS, Carlos. *Sánchez Cerro y su tiempo*. Bs.As.: El Ateneo, 1947.
- NOHLEN, Dieter. *La democracia. Instituciones, conceptos y contexto*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2010.
- O’PHELAN, Scarlett (comp.). *La Independencia del Perú. De los Borbones a Bolívar*. Lima:

- PUCP, 2001.
- ORREGO PENAGOS, Juan Luis. "Domingo Elías y el Club Progresista: Los civiles y el poder hacia 1850" pp. 317–353 en *Histórica*, XIV.2 : 1990.
- ORTEGA Y GASSET, José. *Historia como sistema*. Madrid: Sarpe, 1984.
- PALACIOS RODRÍGUEZ, Raúl. *El Perú republicano y moderno. 1868–1968*. Lima: Studium, s.f.
- PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Historia de las constituciones nacionales (1812–1979)*. Lima, PUCP, 2005.
- PARSONS, Talcott. *Estructura y proceso en las sociedades modernas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966.
- RANIS, Peter. *Five Latin American Nations. A comparative political study*. Nueva York: The Macmillan Company, 1971.
- REINHARD, Wolfgang (comp.). *Las élites del poder y la construcción del Estado*. Madrid: FCE, 1997.
- RIVA-AGÜERO Y OSMA, José de la. *Estudios de historia peruana: la emancipación y la República*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1971.
- ROMANO, Ruggiero. *Consideraciones. Siete estudios de historia*. Lima: Fomciencias, 1992.
- ROMERO, Emilio. *Historia económica del Perú*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2006.
- SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza Editorial, 1992.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.
- STRAUSS, Leo y Joseph CROPSEY (comp.). *Historia de la filosofía política*. México D.F.: FCE, 2004.
- TANTALEÁN ARBULÚ, Javier. *La gobernabilidad y el leviatán guanero. Desarrollo, crisis y guerra con Chile*. Lima: IEP, 2011.
- TERRAGNO, Rodolfo. *Diario íntimo de San Martín. Londres, 1824. Una misión secreta*. Bs.As.: Editorial Sudamericana, 2009.
- TIMASHEFF, Nicholas. *La teoría sociológica*. México D.F.: FCE, 1986.
- THEBORN, Göran. *¿Cómo domina la clase dominante?* Madrid: Siglo XXI, 6ª ed., 1998.
- VALDIVIA, Juan Gualberto (Dean). *Las Revoluciones de Arequipa*. Arequipa: Ediciones Populibro, 2ª ed., 1958. 2 vols.
- VARGAS UGARTE, Rubén y Margarita GUERRA. *Historia General del Perú*. Barcelona: Editorial Milla Batres, 1981–1984. 12 vols.
- VILLARÁN, Manuel Vicente. *Páginas escogidas*. Lima: s.e., 1962.
- WALSH, W. H. *Introducción a la filosofía de la historia*. México D.F.: Siglo XXI, 18ª ed., 2006.
- WRIGHT, C. *La imaginación sociológica*. México D.F.: FCE, 2000.

Homenaje a Peter Häberle con motivo de sus ochenta años

PETER HÄBERLE: AUTORETRATO DE UN JURISTA UNIVERSAL A LOS OCHENTA AÑOS DE EDAD

Diego Valadés *

El 13 de mayo de 2014 el eminente profesor Peter Häberle cumplió ochenta años de edad. Su andadura académica comenzó como estudiante en las universidades de Tubinga, Bonn, Montpellier y Friburgo. En esta última se doctoró con honores en 1961 y ahí mismo comenzó más tarde su labor docente, que continuaría en Marburgo y culminaría en Bayreuth, donde ahora es emérito, y en la Universidad de St. Gallen, donde es profesor visitante permanente. Sus lecciones han sido escuchadas por el público universitario de varios países europeos y asiáticos; en América Latina ha dictado conferencias en Argentina, Brasil, México y Perú.

Su voluminosa obra comprende medio centenar de libros, incluidas las traducciones, y casi setecientos ensayos, artículos y reseñas.¹ Muchos de ellos han sido traducidos a diversos idiomas y son estudiados con atención e interés crecientes por los juristas iberoamericanos. Esto explica que haya sido editado en Argentina, Brasil, Colombia, España, México y Perú, y

(*) Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, miembro de El Colegio Nacional, de El Colegio de Sinaloa y de la Academia Mexicana de la Lengua.

⁽¹⁾ Cfr. Mikunda Franco, Emilio, *Filosofía y teoría del derecho en Peter Häberle*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 283 y ss.

que el homenaje por sus ochenta años se haya realizado en Portugal, bajo la cuidadosa organización de los profesores Vasco Pereira da Silva, de la Universidade Classica de Lisboa, y Francisco Balaguer, de la Universidad de Granada y presidente de la Fundación Peter Häberle.

Esa Fundación auspicia el Centro de Investigación “Peter Häberle”, cuya sede es la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Ambas instituciones son un buen ejemplo del impacto que ha tenido el pensamiento del jurista alemán en el mundo euroamericano. La Fundación está encabezada por los profesores Francisco Balaguer Callejón, Miguel Azpitarte Sánchez, Pedro M. Serrano León y Gregorio Cámara Villar; son corresponsales Domingo García Belaunde (Perú), José Joaquim Gomes Canotilho (Portugal), César Landa (Perú), Gilmar Mendes (Brasil), Jorge Miranda (Portugal), Paolo Ridola (Italia), Ingo Sarlet (Brasil) y Diego Valadés (México); entre sus colaboradores figuran Augusto Aguilar Calahorra (España), Andrea Buratti (Italia), Arianna Cascelli (Italia), Gianpiero Coletta (Italia), Valentina Faggiani (España), Greta Massa Gallerano (Italia), Hugo Cesar Gusmão (Brasil), Maria Pia Iadicicco (Italia), Sarah Löw (Alemania), Cristina Elías Méndez (España), Cláudia Perotto Biagi (Brasil) Tommaso Poli (Italia), Mariana Rodrigues Canotilho (Portugal), Marina Salvetti (Italia), Angelo Schillaci (Italia), Johann Justus Vasel (Alemania) y Fausto Vecchio (Italia). Esta es una buena muestra del impacto que tiene la obra del eminente jurista y del interés por difundirla.

Sobre el profesor Häberle se han escrito muchos ensayos y monografías. Sólo en el documentado estudio del profesor Emilio Mikunda Franco, de la Universidad de Sevilla, son citados treinta y tres, aparecidos Alemania, Argentina, Brasil, Corea, Croacia, España, Italia, Japón, México, Perú y Portugal.

La lectura del jurista alemán nos pone ante textos de enorme riqueza conceptual. Su sólida formación filosófica, jurídica, histórica, literaria y musical permite que sus trabajos alcancen una gran profundidad y confirmen los argumentos centrales de su teoría cultural de la Constitución. Pero además de los trabajos de su autoría disponemos de otra rica cantera para abreviar en su pensamiento. En 2006 recopilé en un volumen las diversas entrevistas especializadas que hasta ese momento había concedido el profesor Häberle.² Para tener un panorama de su formación y de sus ideas, en sus propias palabras, reproduzco a continuación algunos fragmentos de esas conversaciones, con relación a temas específicos. También incorporo la entrevista que le hizo Jorge León Vásquez en 2014, la más reciente de todas.

⁽²⁾ Valadés, Diego (compilador), *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, México, UNAM, 2006. 204 pp.

Me atrevo a llamar “autorretrato” a este texto. Si bien la selección es mía, las páginas que siguen son todas del profesor Häberle. Las agrupé en diversos rubros, para facilitar su lectura.

Autobiografía intelectual

“Comencé mis estudios jurídicos en Tubinga, continuándolos en Friburgo; estuve después un semestre en Bonn, otro posterior en Montpellier, volviendo luego a Friburgo, de cuya Facultad de entonces guardo los mejores recuerdos que puedan imaginarse. Inicialmente me concentré en el derecho penal y estudié con el muy conocido, también en España, profesor Jescheck. Pero entonces, era mi quinto semestre, en el año 1956, asistí por primera vez al nuevo seminario del joven profesor Konrad Hesse, con el que, desde el principio me entusiasmé, sobre todo por su arte para conducir un seminario de manera sistemática.”³

“Me he esforzado siempre en desarrollar el derecho constitucional sobre la base de sus profundas dimensiones filosófico-jurídicas.”⁴

“He presentado propuestas concretas para los trabajos constituyentes en Polonia, que se han publicado en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* que dirijo y que se han traducido, además, al polaco y al inglés. Esas propuestas han sido tenidas en cuenta, especialmente en relación con la garantía del contenido esencial de los derechos o las fuentes del derecho.”⁵

“Me considero afortunado de haber vivido, en 1989, en Bayreuth, porque antes se encontraba en la frontera alemana. Hoy se encuentra en medio del corazón de la reunificada Alemania. Para mi representa la reunificación, en el aspecto social, la experiencia más feliz de mi biografía. Y lo más importante no es la reunificación de un Estado nacional, sino la reunificación de Alemania entendida como nación cultural, y porque de esta manera nos encontramos en el camino de aquello que exigió Thomas Mann: una Alemania europea.”⁶

“Yo fui ingenuo hasta el año 1989, si usted así lo quiere, partidario de la idea del hombre de John Locke. Pero frente a la confrontación en sus Balcanes, en la ex Yugoslavia, frente al exterminio de minorías étnicas por los serbios, frente a los sucesos en Kosovo entre serbios y ortodoxos, para mi incomprendible, contra la minoría islámica, frente a todo eso, he comenzado a dudar si somos justos insistiendo en una idea optimista del hombre tanto para con el Estado constitucional como para el hombre mismo.”⁷

⁽³⁾ Conversación con Francisco Balaguer, en op. cit. *supra*, p. 17

⁽⁴⁾ Idem, p. 19.

⁽⁵⁾ Idem, p. 22.

⁽⁶⁾ Conversación con Zvonko Posavec, en op. cit. *supra*, p. 151.

⁽⁷⁾ Idem, p. 156.

Fuentes de inspiración

“Es manifiesto que yo le debo más a que a nadie, tanto en el aspecto personal cuanto en el científico, a Hermann Heller. Él es, para todos nosotros, un modelo debido a su integridad personal e independencia, su compromiso democrático y ciertamente, su inclinación a España, donde pudo encontrar asilo en su exilio. En el plano científico, debo a Hermann Heller la comprensión profunda de una teoría del Estado culturalmente integrada, que yo he intentado continuar bajo la idea de una teoría científico-cultural de la Constitución.”⁸

“Al profesor Hesse le debo yo la formación en un pensamiento disciplinado y estrictamente sistemático, así como la disposición para una revisión permanente de las propias posiciones y la cercanía a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Él fue uno de los pocos jueces no vinculado a los partidos, de los considerados como jueces neutrales; quizá el último (1975–1987). Por lo demás, me ha alentado desde el principio, desde los tempranos tiempos de estudiante en Friburgo hasta hoy y me ha honrado con su dedicación amistosa.”⁹

“Mis maestros Konrad Hesse y Horst Ehmke llamaron mi atención sobre la riqueza del pensamiento de Hermann Heller con relación a temas como: derecho como ciencia de la realidad, o también: teoría del Estado como ciencia de la cultura. Sin importar que el punto de partida de las reflexiones de Hermann Heller sea siempre el Estado, cuando para mí el punto de partida es la Constitución. Esa es una diferencia clara entre ambos.”¹⁰

“Como trasfondo de la idea expresada por mí, por primera vez en 1991, del “derecho constitucional común europeo”, puede mencionarse la teoría de Josef Esser que, como privatista, formuló la concepción del carácter “principal” del derecho, con referencia a Hermann Heller. En mi opinión hoy ha sonado ya la hora del derecho constitucional común europeo, que no comprende sólo principios escritos sino, ante todo, principios no escritos. Puedo ponerle ejemplos: derecho constitucional común europeo se encuentra en la dignidad humana, la división de poderes, el principio de Estado de derecho, el principio de igualdad como prohibición de arbitrariedad, la democracia.”¹¹

“Un escritor austriaco (Robert Musil) ha hablado sobre el hombre posible. Yo distingo entre tres formas del pensamiento: el pensamiento posible, el pensamiento real y el pensamiento necesario. A través del

⁽⁸⁾ Conversación con Francisco Balaguer, en *op. cit. supra*, p. 24.

⁽⁹⁾ *Idem.* p. 26.

⁽¹⁰⁾ Conversación con Zvonko Posavec, en *op. cit. supra*, p. 150.

⁽¹¹⁾ Conversación con Francisco Balaguer, en *op. cit. supra*, p. 52.

pensamiento posible gana el intérprete mayor espacio de juego. El pensamiento necesario, relacionado sobre todo al aspecto del bienestar común, determina lo que es necesario para alcanzar ciertas metas. El pensamiento real lo incluyo dentro del canon interpretativo con ayuda de una antigua consigna: la *realidad orientada* a la interpretación de la Constitución.”¹²

“*La sociedad abierta y sus enemigos*, de Popper [...] me inspiró [...] como paradigma de explicación y publicar *La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*. Esto significa que no sólo los juristas interpretan la constitución, sino también cualquier ciudadano común dentro de una democracia ciudadana.”¹³

“Rudolf Smend fue quien con su escrito de 1954 en memoria de Walter Jellinek colocó en el centro del interés de la teoría alemana del Estado de derecho el aspecto público. En seguida debo mencionar a mi profesor Konrad Hesse, quien desarrolló el aspecto público de los partidos políticos. Jürgen Habermas, a quien usted ya ha entrevistado, escribió su trabajo de habilitación en Marburgo, que ha resultado ser un clásico a la fecha, sobre los cambios en la estructura de lo público. Sobre la base que crearon estos tres autores he intentado desarrollar mi teoría sobre el aspecto público de la Constitución.”¹⁴

“A lo largo de mi carrera he intentado explicar la influencia que la poesía y los textos clásicos de la literatura y del pensamiento ejercen en la Constitución como concepto de cultura. Los ejemplos son innumerables; para empezar podríamos citar a Schiller, quien ya estableció una relación directa entre poesía y política en las *Cartas sobre la Educación Estética del Hombre*, o a Rousseau, que había escrito poesía además de sus conocidos textos filosóficos.”¹⁵

Crítica doctrinaria

“Unas palabras sobre Kelsen. No necesito decirle que yo me separo del mundo de Kelsen en el aspecto metodológico; pero debo señalarle igualmente que su gran contribución sigue viva, por un lado en cuanto a la teoría de la *construcción escalonada* del sistema jurídico. Hoy tenemos en muchas constituciones nuevas la indicación expresa de la primacía de la Constitución norma suprema, *como norma de las normas* lo que es claramente también un gran mérito de Kelsen. Finalmente Kelsen es, por otro lado, uno de los padres de la jurisdicción constitucional en Europa.”¹⁶

(12) Conversación con Zvonko Posavec, en op. cit. *supra*, p. 133.

(13) Idem, p. 138.

(14) Idem, p. 146.

(15) Conversación con Héctor López Bonfil, en op. cit. *supra*, p. 188.

(16) Conversación con Francisco Balaguer, en op. cit. *supra*, p. 25.

“Un padre del Estado constitucional que siempre debe leerse es J. Locke.”¹⁷

“Necesitamos un John Locke para toda Europa y para la teoría constitucional con el fin que encuentre una conceptualización adecuada para este nuevo *constructo*, incluso en caso de ser necesario con la ayuda de categorías de una utopía concreta. Recordemos que cuando John Locke desarrolló los elementos del Estado constitucional en la Inglaterra de su tiempo, pasaban sus ideas por meras utopías, no obstante hoy día sean para muchos de nosotros realidad. En ese sentido exijo a los juristas, como parte de su tarea, incluir *quantos* utópicos en su pensamiento con el fin de anticipar la realidad.”¹⁸

“Necesitamos un Montesquieu que revise la teoría original de la división de poderes en función de la nueva realidad europea.”¹⁹

“Mi pregunta a Popper — nosotros hablamos de ello en su extraordinaria conferencia que ayer sostuvo aquí en Bayreuth — que él no es justo con Platón, como tampoco con Hegel, cuando habla del *pensamiento-oráculo*. Popper establece una línea de conexión entre Platón, Hegel y la totalidad de las formas aparecidas del joven Estado mundial. Esto es a todas luces injustificado.”²⁰

“La doctrina del enemigo-amigo, que formuló Schmitt en su “teología política”, se entiende en el contexto del fracaso de Weimar y del advenimiento de los Estados totalitarios. Esta doctrina ganó tanta fuerza en Europa, y por tanto también en Alemania, por la manera tan brillante en que fue expuesta. Es sin lugar a dudas falsa, y por eso mismo peligrosa, y fatal en sus consecuencias históricas. La sociedad política de las naciones y la comunidad política europea, como actualmente se desarrolla hacia una comunidad constitucional, no puede vivir dentro del pensamiento de la doctrina del enemigo-amigo sin desembocar en una guerra civil. En el contexto político, los enfrentamientos con el opositor exigen, sobre todo en determinados procesos, honestidad y tolerancia.”²¹

Metodología

“El gran Rudolf Smend se ha dedicado más bien a la historia jurídica, no a la comparación jurídica. Yo, por mi parte, me he centrado más en la comparación en el espacio y he hecho raramente comparación en el tiempo.”²²

⁽¹⁷⁾ Conversación con César Landa, en op. cit. *supra*, p. 79.

⁽¹⁸⁾ Conversación con Zvonko Posavec, en op. cit. *supra*, p. 155.

⁽¹⁹⁾ Conversación con Héctor López Bonfil, en op. cit. *supra*, p. 200.

⁽²⁰⁾ Conversación con Zvonko Posavec, en op. cit. *supra*, p. 139.

⁽²¹⁾ *Idem*, p. 148.

⁽²²⁾ Conversación con Francisco Balaguer, en op. cit. *supra*, p. 41.

“Podemos alegrarnos ante todo por el hecho de que la Constitución alemana no se haya inclinado a favor de alguna teoría constitucional (correcta), sino que ha trabajado con las puertas abiertas a nuevos desarrollos teóricos, liberándose con esto de una *mentalidad encajonada*.”²³

Constitución y cultura

“En 1982 emprendí un primer intento programático de conformar la teoría de la constitución como una ciencia cultural. Ello recurriendo a los debates de la época de Weimar, en particular a Hermann Heller, aunque también a otros grandes autores, como Max Weber o Gunter Holstein. Lo que se pretende decir es lo siguiente: las normas constitucionales no pueden interpretarse de manera, por así decirlo, autónoma, sólo en sí y de por sí, sino que deben situarse, desde el principio, en su contexto cultural.”²⁴

“Entendemos por cultura constitucional algo más que el texto jurídico o la legislación, sino la expresión de un Estado cultural que sirve de medio para la autoconciencia de un pueblo, que funge como espejo de su legado cultural y fundamento de sus futuras expectativas.”²⁵

“Una teoría constitucional europea, entendida como teoría de la cultura, debe recordarnos que no todo es susceptible de ser reducido a mercado, que el mercado tiene límites, que si bien la libre competencia es en algunos aspectos productiva, no obstante está sujeta a condiciones culturales.”²⁶

“En 1975 aventuré el paradigma de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. Con ello se quería expresar lo siguiente: quien tiene relación con las formas, participa también, de manera consciente o inconsciente, en su interpretación. El ciudadano que interpone un recurso de amparo, el partido que promueve un proceso ante el Tribunal Constitucional, influyen finalmente en la interpretación de las normas constitucionales.”²⁷

“El concepto de cultura política es un invento de los autores norteamericanos Almond y Verba. Ese mismo concepto de cultura política se impuso más tarde en Alemania. Yo, por mi parte, propuse en 1982 el concepto de “cultura constitucional”, al que usted de manera amistosa se ha referido. Este concepto significa lo siguiente: que la Constitución no es sólo un texto jurídico junto con sus instrumentos de interpretación, sino que el hecho de que nosotros podamos vivir en una Constitución, o dispongamos de una

⁽²³⁾ Conversación con H. Kuriki, en op. cit. *supra*, p. 126.

⁽²⁴⁾ Conversación con Francisco Balaguer, en op. cit. *supra*, p. 43

⁽²⁵⁾ Conversación con Paolo Ridola, en op. cit. *supra*, p. 90.

⁽²⁶⁾ *Idem*, p. 99.

⁽²⁷⁾ Conversación con Francisco Balaguer, en op. cit. *supra*, p. 45.

Constitución viva, es necesariamente porque cuenta también la mentalidad de los pueblos, su herencia cultural.”²⁸

“Los poetas proporcionan la suficiente dosis de utopía que orienta el sentido de la realidad constitucional. Podría citarse el caso de la nueva Constitución Federal Suiza de 1999, una parte de cuyo preámbulo fue concebida por el poeta suizo A. Mushg al proclamar que la fuerza del pueblo se mide en el bienestar de los débiles.”²⁹

“Considero la encuesta llevada a cabo por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México³⁰ como una contribución pionera de primer nivel, sin precedentes, hasta donde conozco, en Europa o el resto del mundo. La encuesta debe hacer escuela, tanto en sus métodos como contenidos, al servicio del tipo del Estado constitucional y de sus procesos de crecimiento interno y de difusión externa. De este modo se esboza una sociología de la cultura de la Constitución, entendida como sociología cultural de la Constitución y como sociología de la cultura constitucional.”³¹

Derechos fundamentales

“En relación con su pregunta sobre el doble carácter de los derechos fundamentales. Desarrollé esa tesis del *doble carácter* de todos los derechos fundamentales en mi tesis doctoral de 1962. La idea directriz era la siguiente: todos los derechos fundamentales tienen una doble faceta, una subjetiva-individual y una objetiva-institucional. Yo estaba entonces fuertemente influido por el gran teórico del Estado Maurice Hauriou. Tan sólo la faceta institucional, jurídico-objetiva permite reconocer las necesidades de conformación de todas las libertades, que no nos son *naturalmente* dadas.”³²

“Sobre la idea del *status corporativus*, propuesta por mí por primera vez en 1980, se trata de lo siguiente: muchos catálogos de derechos fundamentales de los primeros tiempos son, por influencia de la Declaración de Derechos de 1789, ahora como antes, unilateralmente orientados en sentido individualista. Hoy sólo hay correcciones parciales. Este principio me ha inspirado la idea del *status corporativus*, en base al cual puede decirse que el ser humano no vive sólo como individuo aislado para sí, sino que vive desde el principio en una plenitud de grupos sociales, comenzando

⁽²⁸⁾ Conversación con Zvonko Posavec, en op. cit. *supra*, p. 136.

⁽²⁹⁾ Conversación con Héctor López Bonfil, en op. cit. *supra*, p. 189.

⁽³⁰⁾ Concha Hugo A., Héctor Fix-Fierro, Julia Flores y Diego Valadés, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, UNAM-TEPJF-Cofemer, 2004.

⁽³¹⁾ Conversación con Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés, en op. cit. *supra*, p. 173.

⁽³²⁾ Conversación con Francisco Balaguer, en op. cit. *supra*, p. 30.

por la familia, culminando acaso en una asociación Mozart o Goethe, mostrándose en los sindicatos, manifestándose en cierto modo también en las sociedades religiosas. Casi la totalidad de la vida individual tiene también una referencia de grupo, incluida la libertad ideológica y de creencias.”³³

Tribunales Constitucionales

“Una parte de los jueces debería ser elegida por las entidades que dan las leyes; otra parte por los presidentes de la república y la tercera parte por un órgano de jueces y abogados”.³⁴

“El proceso de elección de los jueces, practicado en este momento en Karlsruhe me parece digno de sospecha, no obstante que los resultados desde hace 50 años hayan sido tan positivos. La razón es que los partidos se comportan como los *señores* de las sillas de los jueces, y, además, como es necesario lograr la mayoría con sus dos tercios tienen que ponerse de acuerdo los grandes partidos. Por lo mismo, personalidades de los pequeños partidos, o que no realizan servicio alguno a los grandes partidos, han perdido toda oportunidad. Así es como falta al partido *verde* un vínculo con los jueces de la Corte Constitucional, no obstante que su importancia a nivel federal es mucho mayor que el FDP (liberales) que dispone de su lugar para *limpiarse los zapatos* gracias a sus coaliciones con los grandes partidos (CDU y SPD). Rara vez obtiene algún lugar en la Corte Constitucional Federal alemana personalidades que no pertenecen a partido alguno. Mi profesor K. Hesse fue un caso excepcional en 1975.”³⁵

“Una sentencia judicial termina convirtiéndose en texto constitucional.”³⁶

Interpretación

El profesor Häberle sostiene que a los cuatro métodos clásicos de interpretación (gramatical, lógica, histórica y sistemática) que canonizó F. C. Savigny en 1840, debe agregarse uno más. “Pienso que, desde 1989 la época ya está madura para un quinto método de interpretación, a saber, el derecho comparado”. Esto, porque “la comunidad mundial de Estados Constitucionales hoy está en camino hacia una comunidad de derechos humanos.” Aclara que “Este planteamiento debe entenderse como una comparación cultural, no como una trasposición esquemática. Esto quiere decir que los contextos culturales deben corresponderse”³⁷

⁽³³⁾ Idem. *supra*, p. 36.

⁽³⁴⁾ Conversación con César Landa, en op. cit. *supra*, p. 8.

⁽³⁵⁾ Conversación con H. Kuriki, en op. cit. *supra*, p. 120.

⁽³⁶⁾ Conversación con Francisco Balaguer, en op. cit. *supra*, p. 47.

⁽³⁷⁾ Idem, p. 11.

Ética

“En Inglaterra observamos un puritanismo quizás exagerado. Ciertos políticos tienen que dimitir rápidamente por faltar al decoro y a la moral en ámbitos muy personales de su vida privada. Lo mismo vale para USA. En este aspecto no sería yo tan riguroso, ¡a pesar de que soy protestante!” [...] “Tiene que haber un mínimo de ética en la vida política. Pero no podemos desconocer que los políticos se dedican a la *res pública*, a menudo con grandes sacrificios personales.”³⁸

“El jurista es alguien que se asienta en el bien común, en la democracia como modo de organización de la colectividad, en el derecho como estructura de convivencia.”³⁹

Estado constitucional

“El Estado constitucional debe mantenerse preparado para la reforma y apto para ser reformado.”⁴⁰

“El Estado constitucional debe eludir el dirigismo, la imposición de criterios estéticos, debe ser receptivo a la ebullición de tendencias que disputan en la sociedad y en la que libremente (y en constante alternancia) se discute la calidad y la excelencia de las distintas aportaciones.”⁴¹

Estado social

“La transformación del Estado social necesita un enorme impulso en atención a las cuestiones relativas al derecho constitucional laboral.”⁴²

“El Estado constitucional crea condiciones marco para el crecimiento de la riqueza: las libertades económicas de los empresarios, pero también la libertad de asociación de los trabajadores, cuya fuerza deriva sólo de su organización colectiva en sindicatos.”⁴³

Constitución, Estado y mercado

“El mercado es hasta hoy *un ser desconocido*. Necesitamos una teoría constitucional del mercado. Yo sostengo que el mercado no es el sentido último del Estado constitucional. La sociedad abierta no es un juego de ganancias económicas. Una república se basa en el trabajo, como dice la Constitución italiana de 1947, se fundamenta en la dignidad humana,

⁽³⁸⁾ Idem, *supra*, p. 65.

⁽³⁹⁾ Conversación con Héctor López Bonfil, en op. cit. *supra*, p. 194.

⁽⁴⁰⁾ Conversación con Francisco Balaguer, en op. cit. *supra*, p. 59.

⁽⁴¹⁾ Conversación con Héctor López Bonfil, en op. cit. *supra*, p. 193.

⁽⁴²⁾ Conversación con Francisco Balaguer, en op. cit. *supra*, p. 60.

⁽⁴³⁾ Conversación con Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés, en op. cit. *supra*, p. 176.

descansa sobre la cultura, pero no se basa en los mercados. Desde 1989 observamos como va ganando terreno el pensamiento económico unilateral. El Estado social tiene que ser capaz de ofrecer prestaciones; tenemos que pasar de un entendimiento cuantitativo del Estado social a un entendimiento cualitativo.”⁴⁴

“La idea del mercado ha emprendido su grandiosa marcha triunfal en todo el planeta desde la derrota del marxismo-leninismo y de su economía planificada. Existe la amenaza de que hoy día se convierta en un fin en sí mismo sometiendo a las estructuras culturales.”⁴⁵

“Desde la perspectiva del Estado constitucional es el mercado un simple instrumento y nunca la medida de todas las cosas. Economía de mercado refiere a economía social del mercado en el sentido que le ha dado Ludwig Erhardt. Debemos domar el capitalismo, acotarlo a través de derechos fundamentales culturales y sociales, a través de nuevas formas de democracia, también con desarrollo regional y mecanismos parecidos. En 1989 no era predecible la globalización.”⁴⁶

“¿Cuáles fueron los costos de la reunificación? El peligro de un nuevo economismo, una sobrevaloración de lo económico sin importar el significado del bienestar material para la democracia y sus ciudadanos. La valoración de cualquier cuestión humana con relación al éxito económico muestra el infeliz curso que han tomado las cosas, contradiciendo el ideal de la antigua polis, así como también el idealismo alemán durante los clásicos de Weimar y la democracia plural. El materialismo poscomunista en Occidente, muestra un desarrollo que me hace dudar si la expresión *annus mirabilis* todavía es adecuada. Desde el punto de vista político, humano, científico sigue siendo para mí el año 1989 la experiencia más feliz, el comienzo de una nueva unidad europea y el reforzamiento del Estado constitucional y su modesta verdad para hacer coincidir justicia con bienestar general.”⁴⁷

Pluralismo y democracia

“*Pluralismo*: es la representación de una diversidad de intereses e ideas. La fundamentación teórica de la Constitución del pluralismo hay que buscarla en Popper. La idea de la sociedad abierta podemos tomarla de él. Lo que en Popper falta, sin embargo, es el principio científico-cultural: toda sociedad abierta necesita un consenso cultural fundamental, que hace posible la apertura y la cohesión.”⁴⁸

(44) Conversación con Francisco Balaguer, en op. cit. *supra*, p. 33.

(45) Conversación con Paolo Ridola, en op. cit. *supra*, p. 98.

(46) Conversación con Zvonko Posavec, en op. cit. *supra*, p. 152.

(47) Conversación con Zvonko Posavec, en op. cit. *supra*, p. 153.

(48) Conversación con Francisco Balaguer, en op. cit. *supra*, p. 48.

“El precio de la democracia consiste precisamente en que tengamos libertad de expresión y de prensa tan amplia como sea posible, aun cuando ocasionalmente los sacrificios sean altos. No existe, en principio, alternativa.”⁴⁹

“Una palabra sobre el posible fortalecimiento de los instrumentos de democracia directa en la Unión Europea. La tesis dice que en el nivel de desarrollo en que se encuentran los Estados constitucionales nacionales son igualmente valiosas ambas variantes de democracia: la directa e indirecta. Suiza es el país que a la fecha ha logrado la “combinación” más exitosa, porque se practica la “medio-directa democracia”. También en las nuevas provincias federales alemanas se “arriesga más democracia”. Esto, por cierto, en concordancia con la pacífica revolución de octubre de 1989 que se abanderó con la divisa: “nosotros somos el pueblo”, y que finalmente en nuestra historia constitucional significó la reunificación.”⁵⁰

“En la historia del pensamiento alemán podría estar relacionado el dogma de la separación dualista del derecho y la política con la separación del Estado y la sociedad. Sin embargo, yo tengo otra opinión. El Estado y la sociedad coinciden en parte. En el Estado constitucional sectores de la sociedad están estructurados y constituidos. Por eso desde 1978 yo hablo de la «sociedad constituida», piénsese como ejemplo en los efectos indirectos de los derechos fundamentales frente a terceros (G. Dürig, uno de mis mentores). Se puede hablar de «sociedad civil» en lugar de sociedad. Con ello están comprendidos desde el principio el ciudadano y los grupos pluralistas. Algunas constituciones nuevas textualmente emplean ya el concepto «sociedad civil», por lo que están un paso adelante de la literatura científica. Esto es un testimonio de mi paradigma de las etapas textuales de 1989.”⁵¹

Teoría constitucional

“La teoría de las formas de gobierno debe ser revisada a la luz de una teoría constitucional. Debemos persistir en esta pluralidad de formas de gobierno, sobre todo cuando cada una de ellas tienen algo que aprender de las otras.”⁵²

“He concebido a la Constitución como legítimo orden del Estado y sociedad.”⁵³

⁽⁴⁹⁾ Idem, p. 66.

⁽⁵⁰⁾ Conversación con Paolo Ridola, en op. cit. *supra*, p. 107.

⁽⁵¹⁾ Conversación con Jorge León Vásquez, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, No. 7, 2014, p. 161.

⁽⁵²⁾ Conversación con Paolo Ridola, en op. cit. *supra*, p. 107.

⁽⁵³⁾ Conversación con Zvonko Posavec, en op. cit. *supra*, p. 139.

“La Constitución debe organizar la comunidad diferenciando las funciones del Estado, creando órganos y proceso para cumplir con su finalidad de hacer realidad la cláusula del Estado social, la protección del medio ambiente o el Estado cultural. Pero la Constitución tiene, además de eso, una función simbólica, a saber; simboliza la relativa unidad de la comunidad política, incluso en Europa. Esto significa que posee una función integradora que cumple junto con una función pedagógica, y esta es la idea más audaz que causa rechazo por muchos de mis colegas. Función pedagógica que se realiza cuando nosotros, partiendo de la Constitución, extraemos algunas metas educativas, como he expuesto en otro lugar, para los jóvenes escolares. [...] He olvidado una función más, se trata de la clásica función que limita y controla el poder.”⁵⁴

“Mi concepción de Constitución no pretende eliminar la función y conceptos clásicos de la Constitución, sino que sólo pretende ser un complemento de aquello que desarrollaron los gigantes de Weimar y otros más.”⁵⁵

“Constitución entendida como lo *público* y Constitución entendida como *proceso público*, indican que la Constitución se desarrolla a través de la interpretación viva de todos los ciudadanos y de aquellos profesionales ocupados con la interpretación constitucional, como juristas.”⁵⁶

“La calidad de una Constitución en el Estado constitucional se mide por las *funciones* que aquélla debe desempeñar y por la posición y el valor reales y vividos que ha adquirido en una sociedad civil abierta.”⁵⁷

“La Constitución no es sólo un conjunto de reglas jurídicas, sino también una guía cultural para el ciudadano.”⁵⁸

“Constitución que no es sólo un conjunto de reglas jurídicas, sino también expresión de la herencia cultural de un pueblo, fundamento de sus esperanzas y espejo de su identidad. La encuesta es consecuencia de la teoría de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución (1975), es decir, de la idea de que cualquiera que viva la norma contribuye en primera y última instancia a su interpretación. La concepción de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución vive de dos preocupaciones: por un lado, de la democratización de la interpretación constitucional y, por el otro, del impulso teórico que deriva del ejercicio práctico de los derechos fundamentales para la comprensión jurídica de estos derechos.”⁵⁹

⁽⁵⁴⁾ Idem, p. 141.

⁽⁵⁵⁾ Idem, p. 143.

⁽⁵⁶⁾ Idem, p. 147.

⁽⁵⁷⁾ Conversación con Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés, en op. cit. supra, p. 165.

⁽⁵⁸⁾ Idem, p. 166.

⁽⁵⁹⁾ Idem, p. 174.

“El concepto de *derecho eclesiástico del Estado* tiene que ser reemplazado por el de derecho constitucional de la religión, si tomamos en cuenta que en Francia el Islam es ya la segunda religión en importancia, y entre nosotros la tercera.”⁶⁰

Colofón

Las páginas que preceden ofrecen una especie de *autorretrato* del profesor Häberle. Seleccioné párrafos de sus entrevistas que considero una buena muestra de sus ideas. Son sólo, como en las representaciones que hacen de sí mismos los grandes maestros, trazos aislados que no sustituyen la lectura de la gran obra que ha venido escribiendo a lo largo de su fructífera vida, pero presentan una imagen general de sus múltiples contribuciones a la ciencia jurídica.

En varias de sus conversaciones declara, con la modestia espontánea que siempre lo ha caracterizado, que no es más que un enano a quien le fue dado contemplar el mundo jurídico desde los hombros de gigantes. Tal vez así comenzó, al asomarse al mundo jurídico en su etapa de estudiante; pero sin duda hoy él mismo es un gigante que con su inteligencia y erudición ayuda a ver más lejos a quienes emprenden la grata y enriquecedora tarea de estudiarlo a fondo.

Como en toda selección, dejé otras muchas páginas brillantes fuera de este texto; tuvo que ser así, por razones naturales, pues de otra manera habría reproducido íntegras las entrevistas. Aquí, insisto, sólo ofrezco unas pinceladas con el ánimo de inducir al lector a la lectura completa de sus entrevistas y, por supuesto, de sus obras.

Gracias a la cordial hospitalidad que me brinda en esta publicación mi admirado y querido amigo Domingo García Belaunde, por quien el profesor Häberle profesa genuino afecto, rindo un nuevo homenaje a uno de los pensadores más sobresalientes del mundo jurídico contemporáneo.

⁽⁶⁰⁾ Idem, *supra*, p. 170.

PETER HÄBERLE. UNA SEMBLANZA PERSONAL CON MOTIVO DE SU OCHENTA ANIVERSARIO

Francisco Balaguer Callejón *

Conocí a Peter Häberle hace veintidós años en un Congreso celebrado en Hannover. Yo había estado en Alemania por vez primera en 1991, en Regensburg, becado por el DAAD (el Servicio Alemán de Intercambio Académico) en una estancia de investigación inmediatamente anterior a mi acceso a la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, que gané en diciembre de ese año. En el año 1993 tuve otra estancia en Alemania, en esa ocasión becado por el Gobierno Español, en la misma Universidad de Regensburg. De ambas guardo un recuerdo muy grato, lo que se debe en gran medida a Rainer Arnold y a su esposa, Bárbara, que nos recibieron desde el principio a mí y a mi familia como si fuéramos de su familia.

En octubre de 1993, cuando ya había vuelto a Granada, recibí una invitación para participar como ponente en un Congreso en Hannover en el mes de diciembre. El año 1993 había sido especialmente intenso para mí. Ese año perdí a mi maestro, Juan José Ruiz-Rico López-Lendínez, que falleció el 13 de febrero víctima de un cáncer. Unos días antes, el 5 de febrero, había nacido mi tercer hijo, que para mi familia fue un motivo especial de alegría y de consuelo, en un tiempo de desolación como el que pasamos

(*) Presidente de la Fundación Peter Häberle.

con la enfermedad de mi maestro. La vida te da a veces un poco de respiro y te ofrece la imagen de la esperanza en los momentos más difíciles.

A estas alturas del relato sus lectores se estarán preguntando si esta va a ser una semblanza de Peter Häberle o —como ocurre a veces— una semblanza de su autor. En realidad, es inevitable que en el retrato que uno hace de otra persona queden reflejadas también, de un modo u otro, la personalidad y las vivencias de quien lo escribe. Por otro lado, yo no voy a exponer aquí los méritos académicos de Peter Häberle, no sólo porque lo he hecho ya en muy diversas ocasiones sino, sobre todo, porque mi pretensión en este texto es muy diferente. Se trata ahora de intentar reflejar la dimensión más humana de Peter Häberle, lo que implica también incorporar algo de su entorno vital tal y como lo ha conocido quien escribe estas líneas.

En mi caso, tuve la fortuna de conocer a mi maestro alemán al final de ese año de 1993, que fue un año crucial en mi vida por los motivos que he mencionado anteriormente. Yo había accedido a la Cátedra muy joven, con 31 años, en una carrera académica muy rápida que tuvo un importante reconocimiento en el mismo año de 1993, cuando con 33 años obtuve el Premio Adolfo Posada del Centro de Estudios Constitucionales español, un premio muy prestigioso que habían ganado en los años anteriores juristas muy relevantes (Pedro Cruz Villalón, Santiago Muñoz Machado, Tomás Ramón Fernández, Pedro de Vega García, entre otros). Sin embargo, me encontraba también en una situación de orfandad académica, si se puede decir así, en un momento en el que todavía tenía mucho que aprender para madurar como profesor y como investigador.

Naturalmente, yo conocía ya la obra de Häberle, sobre todo la relacionada con los derechos fundamentales y con la garantía del contenido esencial. El Congreso de Hannover, sin embargo, versaba sobre el federalismo y esa fue la temática sobre la que comenzamos a hablar en Hannover y que él desarrollaría posteriormente en el primer seminario que impartió en Granada, en 1994, y que dio lugar al primer trabajo suyo que traduje al castellano, seguido posteriormente por muchos otros sobre cuestiones muy diferentes de Derecho constitucional y europeo. Desde el año 1994, el profesor Häberle ha impartido todos los años (salvo que algún problema de salud se lo haya impedido) un seminario en Granada, asistiendo también a muchos de los Congresos que hemos organizado en nuestra Universidad, algunos de ellos en su Honor.

Ahora que estoy en la mitad de mis cincuenta años entiendo mejor la preocupación por el tiempo que en esa época me manifestaba el Profesor Häberle. Muy conocido ya fuera de Alemania, recibía invitaciones periódicas para impartir conferencias en muchos países. Sin embargo, me decía

siempre que solamente aceptaba las que recibía todos los años de Roma y de Granada. En Roma, básicamente de Paolo Ridola, a quién Häberle considera su primer discípulo, como a mí su segundo discípulo, de fuera de Alemania. Un honor que me parece doble, primero por ser discípulo de Häberle, segundo por serlo después de alguien a quien siempre he estimado mucho como es mi amigo Paolo Ridola.

Tener un maestro como Peter Häberle es, al tiempo, un privilegio y una responsabilidad. El privilegio es fácilmente comprensible: durante todos estos años, he tenido la oportunidad de debatir con él sobre temas muy diversos y de aprender mucho de esa manera tan productiva con la que Häberle analiza la realidad constitucional, aportando siempre planteamientos muy originales y creativos que abren nuevas perspectivas de comprensión del Derecho constitucional de nuestra época. La responsabilidad es también comprensible: el Profesor Häberle es hoy, sin duda, el constitucionalista más conocido de Alemania y sus teorías tienen una repercusión universal. Para sus discípulos esto implica una especial exigencia en el trabajo intelectual propio y en el compromiso con la difusión de su obra, no sólo porque sea nuestro maestro sino porque además nos identificamos con sus teorías y con su manera de comprender el Derecho y la ciencia jurídica.

En mi caso además, esa responsabilidad se ve acentuada por la confianza especial que el Profesor Häberle depositó en mí cuando creó en el año 2011 la Fundación Peter Häberle. En primer lugar por elegir a España para hacerlo, en segundo lugar por elegir Granada como su Sede y, en tercer lugar por nombrarme Presidente, con carácter vitalicio, de la Fundación. Quisiera aprovechar la ocasión para agradecer a los corresponsales de fuera de España su apoyo permanente a la Fundación. Hoy tenemos una importante y muy activa delegación en Brasilia, gracias al Profesor y Ministro del Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, que ha dado un impulso fundamental a la promoción del pensamiento häberliano en Brasil. Lo mismo se puede decir de Diego Valadés en México o de Domingo García Belaunde en Perú, a quien le agradezco especialmente el encargo de preparar esta semblanza destinada a una nueva publicación en Honor de Peter Häberle, con motivo de su ochenta aniversario.

En el año 2011 celebramos un Congreso en Granada justamente para comenzar las actividades de la Fundación y para inaugurar el Centro de Investigación Peter Häberle, creado a través de un Convenio entre la Fundación Peter Häberle y la Universidad de Granada. A ese Centro seguiría el de Brasilia, que se creó mediante Convenio entre el IDP y la Fundación Peter Häberle. Entre ambos existe una vinculación especial, mediante el intercambio de investigadores y la realización de actividades conjuntas. El

Centro de Investigación en Derecho Constitucional “Peter Häberle” cuenta con una parte importante de los fondos bibliográficos personales del Profesor Häberle, que él ha donado a la Fundación y que están depositados en la Biblioteca del Centro y son consultados por los investigadores de diversos países que realizan todos los años estancias de investigación en Granada.

La dimensión universal del pensamiento de Häberle tiene que ver con la idoneidad de sus teorías para comprender las características del Estado constitucional propio de las constituciones normativas, de las constituciones basadas en la democracia pluralista. Pero también, durante el siglo XXI, con su capacidad para interpretar y comprender las transformaciones que ha experimentado y está experimentando el Estado nacional en el contexto de la globalización y de los procesos de integración supranacional. Las teorías de Häberle se extienden sobre el desarrollo del constitucionalismo en la segunda mitad del siglo XX y en el siglo XXI. Sin sus aportaciones doctrinales sería más difícil comprender la evolución del constitucionalismo en los últimos sesenta años y los desarrollos que ahora mismo se están incubando.

La complejidad de su pensamiento y el impacto que ha tenido en la comunidad de constitucionalistas de todo el mundo es tal que son hoy muy diversas las interpretaciones de su obra. Parafraseando al propio Häberle podríamos hablar de la “sociedad abierta de los intérpretes de Peter Häberle” del mismo modo que él habla de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución. Tampoco aquí cabe establecer jerarquías ni nadie podría pretender tener una interpretación auténtica de la obra häberliana por el hecho de ser discípulo directo suyo, por ejemplo, o por cualquier otro motivo. La riqueza de ese pensamiento consiste también en el hecho de que está vivo, evoluciona y adquiere matices nuevos a través de la interpretación y aplicación de sus teorías por parte de muy diversos autores.

Como se puede comprobar, hasta ahora este texto está teniendo poco de semblanza personal de Peter Häberle. En lo que tiene de personal se refiere más a su autor y en lo que tiene de semblanza va referida básicamente a la vertiente académica de Häberle. Lo que ocurre es que resulta difícil —por no decir imposible— separar “la persona” de “el científico” en el caso de Peter Häberle. Lo es, además, tanto en el plano formal como en el plano material, tanto en la actividad vital desarrollada por Häberle cuanto en la orientación que él le ha dado a su vida, el contenido con el que ha llenado esa vida desde el punto de vista de su manera de relacionarse con los demás, de sus inquietudes, de sus ambiciones, de sus proyectos y del entorno del que se ha rodeado desde hace muchos años.

Respecto de pocas personas se puede decir tan netamente que han dedicado su vida a la ciencia como en el caso de Peter Häberle. La línea que separa el ámbito privado de la existencia del ámbito profesional no ha sido nunca perceptible para él. Todos sus esfuerzos, todo su tiempo, todas sus energías han estado dedicadas a la ciencia jurídica. Hasta tal punto que incluso en aquellas esferas en las que otros ven un espacio meramente privado, desvinculado de la actividad científica, como pueden ser la literatura o la música, él ha sabido encontrar una relación armónica con el Derecho y, específicamente con el Derecho constitucional.

Al mismo tiempo, su mentalidad abierta y avanzada en relación con la ciencia jurídica, tanto desde el punto de vista metodológico como sustantivo, se proyecta también en su esfera privada, en la relación con sus amigos, en su modo de entender la vida. Ante todo, en el respeto a los demás, que es una constante en su forma de proceder. Pero también en su modestia, en la ausencia de arrogancia que ha presidido su comportamiento, en la sencillez con la que ha procedido siempre y que contrasta, inevitablemente, con el reconocimiento universal de su obra y su figura como uno de los grandes pensadores que ha dado Alemania a la ciencia del Derecho.

Del mismo modo, la brillantez y la genialidad del Häberle científico se proyecta también en su vida privada. Su relación con amigos y discípulos está siempre impregnada de esa dimensión cultural con la que sabe conectar cualquier acontecimiento cotidiano con los grandes nombres de la música, la pintura o la literatura. El ingenio que se percibe con facilidad en sus textos se evidencia igualmente en sus conversaciones, en su sentido del humor, en la caracterización que hace de sus interlocutores, siempre con cariño y respeto. Su discurso inteligente y creativo es igualmente habitual en el ámbito personal, donde su inspiración se proyecta en las reuniones con colegas y amigos, con charlas animadas (generalmente en varios idiomas) en las que sus comentarios y sugerencias ocupan un lugar central.

Una mención particular merece su pasión por la música, generosamente expresada tanto en congresos y seminarios en los que ofrece conciertos de piano (o de piano con otros instrumentos cuando le acompaña alguno de sus discípulos con vocación y habilidades musicales) como en su casa cuando invita a los amigos y discípulos a tomar un café y les ofrece igualmente algunas piezas de piano. La música ha sido también un gran consuelo en los momentos difíciles que, como se puede comprender, no han faltado en una vida tan intensa y comprometida.

De la evolución de Häberle tanto en las temáticas de sus ensayos cuanto en la difusión y proyección de su obra nos pueden servir de ejemplo las dos entrevistas que me concedió en 1997 y en 2010, con un intervalo de

13 años. Esa evolución se puede percibir ya en las materias que fueron abordadas en ambas entrevistas. Pero también en la propia formulación de los títulos. La primera de ellas se titulaba: "Un jurista europeo nacido en Alemania" (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1854/4.pdf>) destacando así su importante proyección europea como jurista de origen alemán. La segunda tenía ya como título "Un jurista universal nacido en Europa" (<http://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/12Entrevista.htm>) resaltando el impacto global que ha alcanzado el pensamiento de este jurista europeo.

Si hoy tuviera que darle título no ya a una entrevista sino a una semblanza personal como esta, me gustaría resaltar su condición de maestro, su compromiso con la Ciencia, con la Verdad y con la Justicia. En las palabras del Profesor Häberle: "Podemos recordar los textos clásicos de W. Von Humboldt en los que la ciencia se caracteriza como una permanente búsqueda de la verdad. Yo he reformulado esa referencia específicamente para la ciencia jurídica de la manera siguiente: la ciencia del Derecho es la búsqueda permanente de la Justicia porque la Justicia es la Verdad del Derecho". Ese compromiso es el que ha inspirado también a sus discípulos en todo el mundo que hoy formamos una comunidad con fuertes vínculos intelectuales y personales.

A sus ochenta años, Peter Häberle es un maestro universal con una obra que forma parte del patrimonio común del constitucionalismo. Su dimensión histórica se puede apreciar ya en la proyección que esa obra está teniendo en todo el mundo. En el plano personal, sigue siendo un maestro cercano a sus discípulos, ilusionado cada día con su trabajo intelectual y con la formulación de nuevas teorías que se manifiestan en un incesante ritmo de publicaciones. Como todos los grandes maestros, nos ha enseñado a ser humildes, a comprender y a aceptar nuestras limitaciones, a valorar el trabajo del jurista como una obra dedicada a los demás, al servicio de la sociedad y del progreso del ser humano.

HOMENAJE A PETER HÄBERLE EN DOS TIEMPOS

José F. Palomino Manchego *

I. Encuentro en Córdoba **

1. Preliminares

Durante los días 9, 10 y 11 de abril del año 2007, en compañía de Domingo García Belaunde tuvimos la ocasión de saludar en la ciudad de Córdoba (Argentina) —¡de inolvidable paisaje cultural!— al admirado profesor alemán Peter Häberle (n. Göppingen, Württemberg, 13.V.1934). El insigne maestro y hombre devoto de la ciencia constitucional iba a ser incorporado como Académico Correspondiente Extranjero (Alemania) en la prestigiosa Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales con sede en la provincia de Córdoba (Argentina).

Anotemos ante todo que Häberle es Director del Instituto de Derecho Europeo y Cultura Jurídica y Director del Centro de Investigaciones de Derecho Constitucional Europeo de la Universidad de Bayreuth (Alemania), y es, sin disputa, hoy en día el pensador más importante y representativo del Derecho Constitucional en el mundo. Además, Häberle es titular de la

(*) Magister y Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, UIGV, USMP y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

(**) Una primera versión se publicó en el diario oficial *El Peruano* (Jurídica) Lima, martes 6 de noviembre de 2007.

cátedra de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico de la Universidad de Bayreuth desde 1981, y Profesor Visitante Permanente de Filosofía del Derecho de la Universidad de St. Gallen (Suiza) desde 1980, donde en fecha reciente fue nombrado Senador Honorario.

Las apuntadas razones de peso, con ricas y fértiles consecuencias, demostró que las visitas que realizó Häberle, primero a la Universidad Nacional de Córdoba, fundada en 1613, y a la Academia Nacional, y luego a la Universidad de Buenos Aires, creada en 1821, eran bienvenidas por los cultores del Derecho Público. Como consecuencia de su excelente formación dogmática el maestro dejó en Córdoba una honda huella original en las dos facetas de su acción: a) vocación de servicio por la cátedra y b) cultivo indesmayable por la música.

2. La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

A nuestra llegada a Córdoba —ciudad agradable y de rica tradición en la Ciencia del Derecho— fuimos atendidos con García Belaunde, como no podía ser de otro modo, compartiendo un pugilato de gentilezas, por los colegas Ricardo Haro —viejo maestro del Derecho Constitucional— y por Antonio María Hernández, gran animador de eventos y tertuliano impenitente. Nos alojaron, al igual que a Häberle, en el cómodo Hotel NIH Panorama, que está ubicado en la calle Marcelo T. de Alvear (La Cañada) 251.

Bien es verdad que la razón de ser y la propia existencia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba —cuya acta de constitución data del 22 de agosto de 1941— se puede resumir, conforme lo ha puntualizado el querido profesor Pedro Frías, así: la pasión por la Justicia, el cultivo del Derecho, la superación de las inercias sociales, el diálogo interdisciplinario y los cambios de la sociedad. Y sus objetivos y fines, con miras prácticas, son los siguientes: a) Fomentar y difundir el conocimiento de las ciencias jurídicas y sociales. b) Estudiar las cuestiones relacionadas con el Derecho y las ciencias sociales. Y c) Propender al perfeccionamiento de la legislación del país.

3. El pensamiento vivo de Peter Häberle: su talante académico

La primera vez que tratamos a Peter Häberle —ejemplo de abnegación en la cátedra— y escuchamos una exposición suya fue en la bella ciudad andaluza de Granada con ocasión del Congreso Internacional en su homenaje por su 65 cumpleaños, intitulado “Derecho Constitucional y Cultura”. García Belaunde, quien fue uno de los expositores principales, nos presentó. Pocas veces hemos visto cómo un maestro dimana el chorro cristalino de su elocuencia, habiéndonos producido un efecto extraordinario.

Es de advertir que, a partir de ahí, en más de una ocasión nos hemos beneficiado con el envío de sus libros desde Alemania, lo que hace hasta ahora. Uno de ellos guardamos con mucho celo en nuestra biblioteca particular. Se trata del libro colectivo que se editó en su honor cuando cumplió 70 años, y que lleva por título *Verfassung im Diskurs der Welt (Liber Amicorum für Peter Häberle)*.

Posteriormente, con Häberle hemos coincidido en más de una ocasión en Lima, como también en México, a raíz de los congresos internacionales que realiza, con tanto acierto, el prestigioso Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en coordinación con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. El dinamismo puesto de manifiesto por el ex Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diego Valadés, y luego por Héctor Fix-Fierro, ha sido fundamental para que Peter Häberle siga cruzando “el charco” e irradie su pensamiento en los países de América Latina. Por lo demás, la mayoría de sus obras básicas ya fueron traducidas al castellano, especialmente por editoriales tanto de España y México como de Perú. Y más de pronto, en Argentina, donde está circulando una nueva versión de su libro medular *El Estado constitucional*.

4. La presencia de Peter Häberle en Córdoba

Queremos hacer una precisión: Signo característico en el pensamiento häberliano lo constituye la forma como plantea los temas que desarrolla, abordando un criterio metodológico muy sólido. Al mismo tiempo, se advierte que en cada uno de sus trabajos, ya sean libros, artículos o ponencias brota esa línea de desarrollo tan innata del pensamiento germano.

Y la ponencia que sustentó para el ingreso a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, cuyo título es “Ciudadanía a través de la educación como objetivo europeo”, no escapa a la regla. Häberle la abordó y desarrolló en forma metódica de conformidad con las iniciativas científico culturales, bajo el lema “toda libertad es libertad cultural”; “concepto cultural pluralístico (1979)”; “textos clásicos en la vida constitucional” (1981), y “doctrina constitucional como ciencia de la cultura” (1982).

Con la claridad que campea en su pensamiento, Häberle empezó su conferencia recordando, con sugestión máxima, determinados valores fundamentales que pretenden “dirigirse” al ciudadano, incluyéndose a los preámbulos constitucionales y en artículos (que son especialmente sensibles a la actividad creadora de los poetas) que dan base a las sociedades democráticas abiertas desde la cultura, y que desean establecer un consenso básico para la sociedad. Trajo a colación dos textos históricos

aparecidos en el siglo XVIII — conocido como el “siglo de las luces” — y que son considerados documentos clásicos de la ciudadanía, en pleno auge del constitucionalismo liberal o burgués: la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia (1789).

Sobre estos soportes teóricos, Häberle estructuró su brillante conferencia en función de tres parcelas, expresadas en apretadas síntesis, ante un selecto público muy atento que lo siguió de principio a fin. Entre los asistentes figuraban, entre otros, Pedro Frías, Ricardo Haro, Antonio María Hernández, quien se encargó de presentar a Häberle ante la comunidad científica; Alejandro Pérez Dualde, Olsen A. Ghirardi y Domingo García Belaunde. Lógicamente que su recia personalidad permitió que Häberle profundizara notablemente el tema que desarrolló con superlativa maestría.

Tras estas aseveraciones, es necesario recordar que el texto de la conferencia, que fue distribuida entre los asistentes, llevaba como título “Ciudadanía a través de la educación como objetivo europeo”. Y su edificio armónico y sistemático es el siguiente:

Introducción

Primera Parte: “Ciudadanía”. Definiciones tradicionales y textos correspondientes

1. “Ciudadano y Burgués”
2. Textos de constituciones nacionales
3. Textos constitucionales en el Derecho Constitucional Europeo, los contratos de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, precursora como *soft law*
4. Textos de Derecho Internacional (Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas)

Segunda Parte: “Educación”

1. “Educación”. El clásico tema alemán
2. Objetivos de la educación en las constituciones de los Länder alemanes y otros objetivos
3. El tema de la educación en el ámbito europeo general y a nivel internacional

Tercera Parte: Ciudadanía a través de la educación. La relación

1. Ciudadanía a través de la educación. La relación entre ambas
2. Educación hacia una democracia (plural) como objetivo educativo
3. La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución. La irrenunciabilidad a los lineamientos educativos a nivel nacional y europeo

Resumen y fin

Literatura

De este modo, Häberle —erudito en alto grado— sustentó su ponencia, con perfecta sistemática, en alemán. Paralelamente, una traductora lo hacía

en idioma español, con lo cual la mayoría de los asistentes se beneficiaron sobremanera escuchando la sonoridad solemne que brotaba de sus labios, con inequívoca claridad.

Llevada a cabo su incorporación a la Academia, en horas de la noche, luego de una merecida cena en el hotel, Häberle brindó un pequeño concierto interpretando, con tanto noble goce y tanta honrada satisfacción, algunas sonatas del compositor italiano Domenico Scarlatti (1685–1757): Sonata e-moll für Klavier y Sonate e-Dur für Klavier; del pianista polaco Frédéric Chopin (1810–1849): Vier Préludes, opus 28; del pianista y compositor ruso Alexander Scriabin (1872–1915): Étüde Opus, 2, n. 1; y del organista alemán Johann Sebastian Bach (1685–1750): Jesu, Joy of Man's Desiring y Chorale from Cantata n. 147. Todos ellos, hombres vivamente geniales.

Como se echa de ver, no es la primera vez que, con encomio máximo, Häberle da un concierto musical con libertad de criterio. Recordamos que en Granada también captó la atención de los expositores cuando, de pronto, el 3 de marzo de 2000 en horas de la noche ofreció un concierto de piano —devoción absorbente— tocando algunas piezas musicales, sobrenadando en el mar de la sinfonía, de Johann Sebastian Bach, del compositor alemán Robert Schumann (1810–1856) y del compositor austríaco Franz Schubert (1797–1828). Al violín, ¡aquella noche inolvidable!, lo acompañó su joven discípulo Lotthar Michaello, de alta inteligencia y gran cultura.

De igual forma lo hizo en México con ocasión del Congreso Internacional de Derecho Constitucional “Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados” y del “Sexto Congreso Nacional de Derecho Constitucional”, organizado por la UNAM, que se desarrolló del 6 al 10 de febrero de 2006 ante un grupo de profesores e invitados extranjeros que lo escuchaban con suma atención. Häberle, quien estuvo acompañado de su discípulo Markus Kotzur, demostró en cada uno de los conciertos en mención cómo el piano y el violín requieren de una gran capacidad de concentración y conocimiento de las partituras musicales. Como si fuera poco, al final de cada una de las brillantes jornadas musicales de Häberle, suavizadas por las condiciones de su carácter bondadoso, quedó prácticamente exhausto, por cuanto estaba dispuesto a no perder nota musical ni sílaba alguna.

¿Cómo se puede explicar esto en el reputado pensador alemán? La respuesta obedece a una categoría o matriz que Häberle ha ido perfeccionando al fluir de los años sobre la base de diversos contenidos o expresiones del saber humano, dotados de una gran tenacidad en sus propósitos: “La Constitución como concepto de cultura”. En cierta ocasión, ante una pregunta que le formuló su discípulo titular Héctor López Bofill, profesor de Derecho Constitucional en Barcelona, Häberle le respondió lo siguiente: “En la idea de textos clásicos se incluyen, asimismo, las grandes composiciones

musicales, como ocurre con el Himno a la Alegría —del niño prodigio y compositor alemán Ludwig van Beethoven (1770–1827)— que representa un texto clásico para Europa, tal como se infiere en los trabajos de la Convención que ha redactado el proyecto de una Constitución para Europa.

Volviendo al Congreso Internacional de la UNAM, el día martes 6 de febrero, cuando las agujas marcaban las 11:00 horas, le tocó a Häberle desarrollar su conferencia magistral que llevaba por título “Aspectos constitucionales de la identidad cultural”, cuyo esbozo fue el siguiente:

- I. *Introducción y problemática*
- II. *Inventario de textos constitucionales, europeos e internacionales*
- III. *Marco teórico*
 1. El enfoque de la ciencia cultural
 2. La cuestión (filosófica) de la “identidad”
 3. La cuestión de la identidad cultural como problema de referencia
- IV. *Ejemplos en campos concretos*
- V. *Perspectivas*
- VI. *Bibliografía*

La actualidad del tema es muy grande, tanto en el plano nacional como en el europeo, incluso a escala planetaria. En vista, por un lado, de la “globalización” acelerada y, por el otro, de los procesos de “federalización” y “regionalización” que se desarrollan en muchos Estados constitucionales, y ante las dudas que despierta el desbocado mercado (global), observamos a nivel mundial un retorno a la conciencia de la cultura como fuerza generadora de identidad, a la libertad cultural como libertad directamente referida a la dignidad humana (en contraste con la libertad económica y su significado puramente instrumental), a la diferencia cultural (desde la diversidad hasta la protección de las minorías).

Reafirmando que es un hombre de ideas tupidamente tejidas, Häberle sentenció que: “La Constitución no es sólo un texto jurídico o un ‘conjunto de reglas’ normativas, sino también expresión de un estado de desarrollo cultural, medio para la automanifestación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Las constituciones vivas, como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad, constituyen, por su forma y su fondo, más bien una expresión y una comunicación de la cultura, un marco para la (re)producción, recepción y acumulación de ‘informaciones’, experiencias, vivencias y sabiduría culturales tradicionales, y en la misma medida será la profundidad de su validez cultural”.

Cuán importante fue el encuentro académico sobre Derecho Constitucional que tuvo lugar en la sede del Instituto de Investigaciones Jurídicas

de la UNAM, habiéndose estructurado en las siguientes mesas de trabajo: Mesa I: Derechos fundamentales. – Mesa II: Constitucionalismo social y constitucionalismo de las minorías. – Mesa III: Soberanía y ciudadanía. – Mesa IV: División de poderes. – Mesa V: Federalismo y descentralización. – Mesa VI: Rendición de cuentas y responsabilidad de los servidores públicos. – Mesa VII: Nuevos problemas del constitucionalismo.

Recordamos entre los expositores a Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés, Héctor Fix-Fierro, Gustavo Zagrebelsky, Paolo Bonavides, Miguel Carbonell, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José M^a. Serna de la Garza, Edgar Corzo, José Prado Maillard, Giancarlo Rolla, Dieter Nöhlen, Daniel Zovatto, Néstor Pedro Sagüés, Domingo García Belaunde, Arturo Zaldívar, Pedro de Vega García, Alonso Lujambio, José Barragán, Manuel González Oropeza, Raúl Gustavo Ferreyra, José Ramón Cossío Díaz, José de Jesús Orozco Henríquez, Tania Groppi y Walter Carnota, entre otros.

5. Epílogo

Una breve consideración final. Tal y conforme lo ha expresado el catedrático granadino Francisco Balaguer Callejón, refiriéndose a Häberle: "... una de las facetas que más llama la atención de su trabajo investigador es la coherencia interna y el intento permanente de agotar al máximo las consecuencias de cada una de sus teorías, dentro de un sistema en el que la flexibilidad y la multifuncionalidad son valores esenciales". En efecto, no es de extrañar, por ello mismo, que el secreto para captar el mensaje häberliano es conocer directamente sus obras fundamentales, por cuanto a partir de ellas empieza a ensanchar los horizontes de su fértil pensamiento y robusta personalidad.

II. Sobre el Preámbulo Constitucional

Con júbilo, nuestra pluma realiza una de las más gratas labores ahora que el célebre profesor alemán Peter Häberle, hermano mayor en la Ciencia del Derecho Constitucional, ha llegado — fecha tan llena de significación — a la octava decena de la vida, nacido en Göppingen, Württemberg (Alemania), el 13 de mayo de 1934. Tomaremos estas palabras cuya extensión solo se puede justificar por el aprecio engendrado en diversas jornadas científicas — México, Córdoba, Lima, Granada — significando la *affectio juris* que sus colegas le expresan con admiración y respeto. Por tanto, el pensador germano, dueño de ideas sutiles y penetrantes, ha llegado a la madurez de su espíritu.

En cuanto concepto categorial, ha sido Peter Häberle uno de los primeros constitucionalistas en desarrollar con amplitud de miras, especialmente aplicando el método comparativo, el estudio del preámbulo constitucional, tomando para ello diversos aspectos culturales y comparados para reafirmar su tesis, tan llena de sugerencias, en su libro *El Estado Constitucional*. Veamos:

1. El preámbulo como fundamentación y profesión de fe

Con plena conciencia de su responsabilidad, empieza el profesor de Bayreuth afirmando lo siguiente: Característica del contenido de los preámbulos es la formulación de posturas valorativas, (“altos”) ideales (Japón, 1946; Francia, 1958) convicciones, motivos; en suma, la imagen propia del constituyente. Esta confesión, la “fe” (así, expresamente, por ejemplo, la Convención de Derechos Humanos), se presenta ocasionalmente al lado de los “conocimientos”. En ocasiones se encuentran caracteres, rasgos casi himnicos, que transmiten el carácter de un estado de ánimo y en general irradian “brillo”. Cuando se tratan de este modo las cosas “primeras” y “últimas” es natural que de inmediato se establezca un aliento de *pathos*, con lo cual demuestra sus condiciones de investigador concienzudo.

A continuación nos dice que la alta intensidad valorativa de los preámbulos también se muestra en que gustan de remitir a realidades previas (ontológicas) como Dios o Cristo (por ejemplo, Australia, 1900; Indonesia, 1945; Argentina, 1853) o las invocan (por ejemplo, Irlanda, 1937). La casi sagrada autoobligación hacia él, las ocasionales invocaciones o llamados son elementos y momentos formales y sustantivos recurrentes. Esto es, en parte se muestran los preámbulos como “proposiciones de fe” de una comunidad política, y no sólo en las referencias a Dios y a la responsabilidad ante él y los seres humanos, sino también en otras cláusulas de reconocimiento, que expresamente reafirman su “profunda fe en estas libertades fundamentales” (preámbulo de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950), objetivizan (Constitución de Renania-Palatinado, 1947) declaraciones de voluntad próximas a tales reconocimientos o normativizan deseos y esperanzas subjetivos (por ejemplo, Constitución de Berlín de 1950: “Con el deseo de seguir siendo la ciudad capital de una nueva Alemania unida”, lo que hoy es realidad) las convicciones y declaraciones de voluntad.

No se equivoca Häberle cuando sostiene que el carácter de reconocimiento, en ocasiones ficticio, conduce a las capas profundas de un pueblo constituido, y en proceso de constituirse continuamente después del acto constituyente. Häberle recuerda que el docto maestro Rudolf Smend las trató a su manera en 1928 en la obra *Teoría de la integración*. El Estado

constitucional democrático no puede renunciar a estos vínculos más bien sentimentales de los ciudadanos hacia él, a la creación de posibilidades de identificación para el ciudadano y a su propia obligación y responsabilidad ante instancias y contextos más altos.

En todo caso —añade Häberle— los preámbulos remiten a verdades básicas o de fe prepositivas de una comunidad política; en ocasiones reactualizan un pedazo de la “religion civile”. Presumiblemente, las constituciones sin preámbulo contienen también dichas “verdades de fe”, que son previas a sus disposiciones jurídicas, pues todo orden jurídico positivo penetra en dichas capas profundas. Los preámbulos pretenden racionalizarlas y darles expresión, a veces en forma secularizada, otras en forma “todavía teológica”. Estos fundamentos de la autocomprensión (en la identidad) de una comunidad política, el concentrado, es aquello que obliga a todos los ciudadanos, casi como una “profesión de fe”, es aquello que es puesto “antes del paréntesis” y que con frecuencia es formulado en términos similares a un contrato (la Constitución como contrato).

2. La función de puente en el tiempo

En este epígrafe Häberle expresa que los elementos constructivos regulares de los preámbulos son expresiones de la dimensión temporal: por un lado, en el rechazo de un pasado determinado o en la vuelta o el “recuerdo” (por ejemplo, preámbulo de la Constitución de Irlanda) a determinadas tradiciones y periodos (referencia histórica, por ejemplo, Turquía: “en el curso de su historia”; Baviera: “historia más que milenaria”; Constitución de Bremen de 1947: “centenaria Ciudad Libre Hanseática de Bremen”); pretenden invocar y elaborar el pasado de manera negativa (polémica) o positiva. Además, los preámbulos se pueden referir al presente, ocasionalmente en la orientación de deseos, por ejemplo, Berlín: “Con el deseo de seguir siendo la ciudad capital de una nueva Alemania unida”, lo que hoy se ha vuelto realidad. Por último, pueden referirse al presente y al futuro como tales (así, Renania del Norte-Westfalia: “superar con trabajo conjunto la necesidad del presente”. Por último, Turingia (1993): “superar aquello que es motivo de división en Europa y el mundo”; Mecklenburgo-Antepomcrania (1993): “promover el progreso económico de todos”), o incluso querer “ganar” el futuro.

Estima Häberle también que en cuanto los preámbulos cuentan la “historia” y hacen profesiones de fe en relación con ella, pretenden hacer justicia a la necesidad de identidad y de hacer presente la historia que tiene el ser humano, no en el sentido de un tratamiento científico para un público especializado, sino más bien en el sentido de una historia que “se sienta

comprometida con el lego". Al respecto, puede llegar a haber conflictos en los preámbulos entre los reconocimientos y los conocimientos; así, por ejemplo, el preámbulo de la Ley Fundamental alemana de 1949 no resiste, en algunas de sus partes, una revisión histórica crítica.

Sostiene a renglón seguido que, en la medida en que los preámbulos se orientan hacia el futuro —así, por ejemplo, el modo como las futuras generaciones en la Constitución bávara (1946) encuentran en el círculo de la visión y la responsabilidad del constituyente— o expresan deseos y esperanzas, contienen un exceso concreto-utópico: en tal medida se encuentra en el preámbulo un bosquejo futuro. El preámbulo introduce un pedazo de la fructífera tensión entre deseo y realidad en la Constitución (y la política), como se puede comprobar también en otras partes de los textos constitucionales, por ejemplo, en los mandatos constitucionales. Con frecuencia un pueblo tiene que tener paciencia con vistas a los deseos y esperanzas de los preámbulos. Un ejemplo afortunado es el del preámbulo de la ya citada Ley Fundamental de 1949 en relación con la reunificación alemana (1990): es al mismo tiempo muestra de una historia exitosa de la Ley Fundamental alemana.

3. Referencias a Dios

Häberle, al tocar este punto piensa que, conforme existen las cláusulas constitucionales con referencias a Dios, no constituyen de ningún modo una etapa evolutiva "superada", anacrónica o atípica, sino una posible variante cultural del Estado constitucional. Son expresiones del "derecho constitucional de la religión" y, por tanto, de una imagen del ser humano que concibe a éste —y al pueblo— tanto en lo histórico como en la actualidad, como insertado en contextos de responsabilidad más altos: Estado y derecho son confirmados como ordenamientos limitados, fundados en la ética, lo que de por sí resulta característico del Estado constitucional. Así visto, existe una conexión interna entre las cláusulas de responsabilidad con referencias a Dios (o a la creación) y la dignidad humana, pero también con el principio constitucional de la tolerancia, como en lo absoluto tienen que integrarse los textos sobre Dios en la Constitución entendida como unidad. Con ello no se revierte la evolución histórica hacia el Estado constitucional secularizado, ya que el derecho constitucional no obliga a nadie al "culto religioso" a través de estos textos. Sin embargo, se toma culturalmente en serio al ser humano como *Homo religiosus*, llegando hasta la garantía de comportarse de manera indiferente o contraria a la religión. Es este trasfondo cultural el que justifica, histórica y actualmente, a los textos sobre Dios en el Estado constitucional, aunque también los limita.

4. “Derecho constitucional de la religión” en el Estado constitucional

En lo que sigue —continúa Häberle— se enuncia, a manera de términos clave, el modo de cómo la teoría constitucional comparativa ha desglosado el tema “derecho constitucional de la religión”. Merced al análisis de etapas textuales resultan ya aquí visibles, *prima facie*, intensos desarrollos que reflejan en Europa el largo camino desde el Estado de cuño cristiano hacia la sociedad secularizada (por tal motivo, la teoría constitucional debiera renunciar al concepto de “derecho eclesiástico del Estado”). En tal sentido, proyectándose hacia el futuro de la ciencia a la que está dedicado, Häberle se plantea las siguientes cuestiones:

¿De qué manera está ubicada sistemáticamente la relación entre Estado e iglesias y asociaciones religiosas? ¿Lo están en el inicio, en los artículos de bases de la Constitución, en apartados propios posteriores o solamente de modo puntual? He aquí una selección de ejemplos: al mero inicio, en el artículo 3º, la Constitución de Grecia (1975) establece un apartado sobre “relaciones entre la iglesia y el Estado”. La Constitución de Portugal (1976) procede de modo diferente, al establecer en el artículo 41, en el marco del catálogo de derechos fundamentales, el principio de la separación (inciso 4), mientras que España (1978), si bien trata el tema también en la parte de los derechos fundamentales (artículo 16), a la frase “Ninguna confesión tendrá carácter estatal” agrega el siguiente enunciado: “Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”. La Constitución de Italia (1947) se estructura sistemáticamente de otro modo. Ya en los “principios fundamentales” se regula el aspecto corporativo de la libertad de religión (artículo 80, segundo párrafo), también se abre la posibilidad de “acuerdos” (tercer párrafo 2). Dinamarca declara lapidariamente en el capítulo 1 § 4 de su Constitución de 1953: la iglesia evangélica luterana es la iglesia del pueblo danés, mientras que Finlandia (1919–1995) regula hacia finales de la Constitución un apartado IX: “Las comunidades religiosas”. La Constitución de Irlanda (1937) encabeza el tardío artículo 44 con el título “Religión”. (La Constitución de Suecia de 1975, establece ejemplarmente ya en su capítulo 1 § 2 inciso 4 la protección de las minorías religiosas).

Un análisis de las constituciones más recientes, también en el contexto de sus posibles referencias a Dios, disposiciones sobre días festivos, cláusulas de juramento y fines educativos sigue siendo un desideratum, para lo cual Häberle, con la sutileza que caracteriza todos sus trabajos, echa un breve vistazo a Europa oriental. La Constitución de Eslovaquia (1992) dispone ya en su artículo 1º, frase 2: “It is not tied to any ideology or

religion". La Constitución de Bulgaria (1991) dispone lo siguiente en su parte de bases, en el artículo 13, inciso 2: "Les institutions religieuses sont séparées de l'État". El artículo 14, inciso 1, de la Constitución de Rusia (1993) dispone también en su parte de fundamentos: "La Federación Rusa es un Estado laico". La Constitución del Chad (1996) garantiza la libertad de religión de manera individual y colectiva (artículo 35), sin perjuicio del reconocimiento de su responsabilidad ante Dios (preámbulo). Un "espíritu" propio se manifiesta en el proyecto de Constitución de "Solidaridad" en Polonia (1994), en cuanto se señala, en la parte de los fundamentos (artículo 6°, inciso 1): "The State shall guarantee the autonomy of churches and confessional organisations recognized by law". Y la Constitución de Polonia (1997) regula el estatus de las "iglesias y otras asociaciones religiosas" en el artículo 25 (parte de fundamentos).

Häberle recuerda que Francia se define ya en el artículo 1° de la Constitución de 1958 como "República laica", ejemplo que es seguido por la Constitución de Mali ya en su preámbulo ("laïcité"), lo mismo que por la Constitución de Guinea (1991) en su artículo 1°, inciso 1. En el resto de África dispone, por ejemplo, la Constitución de Níger (1992) la separación entre "Estado y religión" (artículo 40), igualmente el artículo 1° de la Constitución del Chad (1996). La Constitución de Madagascar (1992) ratifica en su preámbulo su creencia en "Dieu Créateur", prohíbe ya en la parte de fundamentos toda discriminación por causa de religión (artículo 8°, inciso 2). El artículo II, sección 6, de la Constitución de Filipinas (1986) —que en algunos temas irradia intensamente hacia África— dispone: "The separation of Church and State shall be inviolable". Y, el artículo 288, inciso c) de la Constitución de Portugal (1976–1992) incluye la "separación entre Iglesia y Estado" incluso en sus cláusulas de eternidad (igualmente, el artículo 159 de la Constitución de Angola).

5. Días festivos – domingos

En opinión de Häberle, las garantías de los días festivos pertenecen a un "estrato" de normas constitucionales que frecuentemente se desatienden, pero que penetran hasta el centro de la identidad cultural del Estado constitucional respectivo y del Estado constitucional como tipo. Proviene de la "materia" de la que en ocasiones son los "sueños" (y primeramente sólo eso) —por ejemplo, la "unidad alemana", que se hizo realidad en 1990— pero que sobre todo son o fueron valores fundamentales que se "dirigen", junto a la *ratio*, también a la *emotio* del ser humano y el ciudadano en el Estado constitucional: los himnos, banderas, los fines educativos como "el amor hacia el pueblo y la patria" (por ejemplo, artículo 33 de la Constitución de Renania-Palatinado (1947)) o la "reconciliación de los

pueblos" (por ejemplo, artículo 25, inciso 2, de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia), así como los monumentos. Los himnos nacionales significan, lo mismo que los días de fiesta nacional, un pedazo de memoria colectiva de un pueblo, en lo cual puede realizarse una transformación: prácticamente ningún francés piensa ahora en el sangriento contenido de "La Marsellesa". Estas "fuentes de consenso" más bien emocionales no deben ser subestimadas junto con el lado más bien racional (como la dignidad humana, la libertad, la democracia), pues ya lo impiden los mismos textos constitucionales positivos. En la garantía de los días festivos se refleja un pedazo de la concepción de sí mismo, propio del Estado constitucional, pero también un pedazo de la "imagen" que los ciudadanos pueden y deben hacerse de él y que él puede y debe hacerse de los ciudadanos. Solamente el enfoque culturalista puede iluminar las posibilidades y límites de los días festivos en el Estado constitucional, ya que el positivismo jurídico no sabe muy bien qué hacer con ellos. En un sentido más amplio y profundo, nos enseña Häberle, son todos los días festivos vivos "días de la Constitución", porque pretenden traer a la conciencia elementos diversos del Estado constitucional en conjunto.

6. Las garantías de los días festivos como expresión de la integración, históricamente lograda, de las partes de la población en el Estado constitucional

Al decir de Häberle, las garantías de los días festivos pueden ser expresión de la integración, lograda o solo esperada, de un grupo poblacional en el pueblo en su conjunto. Los ejemplos pueden ser, con vistas a la clase trabajadora, las garantías del 1° de mayo, en lo que ocasionalmente se agregan grandes objetivos, de los que también impregnan a la Constitución (por ejemplo, como objetivo general del Estado o particular de la educación). Representativo en este sentido es aquí el artículo 3°, inciso 2, de la Constitución de Baden-Württemberg (1953): "El 1° de mayo es, por ley, día festivo. Su propósito es reconocer la 'justicia social, la paz, la libertad y el entendimiento de los pueblos'".

Sin embargo, a juicio de Häberle, el ejemplo que quizá sea el más impresionante y al mismo tiempo más reciente de este tipo es el nuevo día festivo que Estados Unidos de América instituyó, por primera vez en 1986, en honor del defensor de los derechos civiles Martin Luther King (1929–1968), el 15 de enero. Aunque ello no se haya producido bajo la figura de una reforma constitucional formal ("amendment"), en el fondo se trata de derecho constitucional material. El nuevo día festivo o día de Martin Luther King constituye la conclusión simbólica de la larga lucha del

movimiento estadounidense de los derechos civiles en favor de la igualdad y la integración de la “gente de color”.

A renglón seguido, Häberle explica, por vía de ejemplos, que cuando el gran Estado constitucional que es Estados Unidos, reconoce como día festivo el nacimiento de este representante de la resistencia no violenta, lo que anteriormente solo se había hecho por George Washington (1732–1799), ello significa lo siguiente: tal día de enero se convierte en una especie de “día de la Constitución”; constituye el foro en el que pueden encontrarse de manera ideal todos los ciudadanos de los Estados Unidos de América como ciudadanos libres e iguales. El día de Martin Luther King (1929–1968) significa, por un lado, una “conmemoración” histórica de este gran ciudadano, pero al mismo tiempo la conciencia de las tareas del futuro: sobre el “camino eterno” hacia la eliminación de todas las formas sociales de discriminación racial que todavía puedan existir.

Pero — como señala Häberle — una teoría del derecho del Estado desarrollada de manera puramente positivista no es capaz de desentrañar estos contextos y las dimensiones profundas. La fuerza simbólica, integradora de las garantías, sólo es capaz de revelarla una teoría constitucional que trabaje con el enfoque culturalista. Si se hace una comparación entre los objetivos declarados de los días festivos en las constituciones de los Länder alemanes después de 1945 (sobre todo las de Baden-Württemberg, Bremen y Hesse) entre sí y con otros enunciados de sus textos, se producen relaciones sorprendentes: “justicia social”, “paz”, “libertad”, “entendimiento de los pueblos” son “fines constitucionales” que también se presentan como fundamentales en otros pasajes, sobre todo como fines del Estado o de la educación. Así, en el artículo 12 de la Constitución de Baden-Württemberg — continúa ejemplificando Häberle — se encuentra el fin educativo “fraternidad de todos los seres humanos y amor a la paz”, así como la “fe en la democracia y la libertad”, en el artículo 26 de la Constitución de Bremen la “voluntad de justicia social” y de “convivencia pacífica con otros hombres y pueblos”, ahí mismo como “fines del Estado” en el artículo 65 (“justicia social, libertad, paz y entendimiento de los pueblos”), y el artículo 56 de la Constitución de Hesse postula como fin educativo el “servicio independiente y responsable al pueblo y a la humanidad a través del aprecio y el amor al prójimo, el respeto y la tolerancia”. El “entendimiento de los pueblos” también está normado, como objetivo de la Constitución, en el artículo 69 del mismo documento.

Destaca Häberle que en todo ello queda de manifiesto que algunas garantías de los días festivos están tejidas de la “materia prima” constitucional. Cuando el Estado constitucional festeja o “hace” festejar, lo hace al servicio de determinados fines. Y estos fines son de naturaleza funda-

mental, pues solamente de este modo puede legitimarse la exención del trabajo y la vida normal, el día de fiesta. La historia del 1° de mayo enseña también que un día, frecuentemente de lucha sangrienta y que originalmente pertenecía sólo a una parte del pueblo, es “reconcebido” como día, ya pacífico, de todos los ciudadanos. Es un día que atestigua y ratifica la integración de los trabajadores (alemanes) en el Estado constitucional bajo el signo de las grandes ideas.

En particular, el 1° de mayo es un pedazo de “derecho constitucional laboral” desde el punto de vista material, porque permite a los trabajadores reencontrarse en la Constitución a través de “su” día; y desde la perspectiva formal, porque garantiza, en cuanto día feriado por ley, el “descanso del trabajo”, pero manteniendo el derecho al salario. Al mismo tiempo, constituye un pedazo de derecho constitucional de la cultura, porque vincula de manera específica a la Constitución con la cultura: el “descanso laboral” abre la posibilidad de reconocer el aspecto que como creador de sentido tiene el trabajo, al mismo tiempo que se puede dedicar a otras actividades culturales. El trabajo y el tiempo libre son igualmente un pedazo de cultura y, por lo tanto, también lo es el derecho que los desarrolla.

7. El ejemplo de “Europa oriental”

En este segmento, Häberle explica sobre la significación de símbolos como las banderas, los escudos y los himnos en Europa oriental. El comienzo y la transformación en Europa oriental (1989) —nos sigue diciendo— estuvieron acompañados, desde el principio, por el cambio de los símbolos del Estado. Si éstos habían sido otorgados desde arriba, literalmente “implantados”, y visibles como “signos” socialistas en la hoz y el martillo, estrellas rojas y otros similares, los nuevos días festivos de la toma del poder o en los días festivos clásicos, ahora refuncionalizados, como el 1° de mayo, fueron modificados casi siempre desde el inicio al producirse la transición hacia el Estado constitucional, muchas veces a través de un recurso a la historia constitucional reprimida de la respectiva nación de Europa oriental. También en las democracias pluralistas, y particularmente en ellas, se requieren los símbolos del Estado como elementos de identidad cultural del Estado constitucional; incluso en las sociedades abiertas, y precisamente en ellas, necesita el ciudadano, en y para su comunidad política, signos de identificación y artículos de reconocimiento que generen consenso. Häberle, una vez más, trae a colación la Teoría de la integración, de Rudolf Smend, recordando que ofrece palabras clave que siguen siendo válidas hasta hoy. Los símbolos deben hacer visible y comprensible para los contemporáneos lo acaecido y transmitirlo a la “memoria colectiva” de

la posteridad. Dichos signos dicen frecuentemente más sobre el “espíritu” de un pueblo que algunas normas jurídicas. De este modo se declaran los días festivos, se construyen monumentos, se nombran las calles, se crean y saludan las banderas, se cantan los himnos. De este modo se elabora la historia y arriesga el futuro.

Para Häberle, los elementos de la evolución más reciente, los cuales demuestran que la caída de los símbolos estatales antecede la mayoría de las veces a las normaciones de detalle: tan sólida es la fuerza significativa de estos símbolos. Y tampoco es casualidad que los documentos constitucionales le concedan frecuentemente a los símbolos un lugar preeminente en los artículos de bases (por ejemplo, el artículo 3° de la Constitución de la República de Weimar de 1919; el artículo 5° de la Constitución de Venezuela de 1961; el artículo 11 de la Constitución de Portugal de 1976; el artículo 4° de la Constitución española de 1978; el artículo 2°, incisos 2 y 3, de la Constitución francesa de 1958; el artículo 1°, incisos 2 y 3, de la Constitución de Baviera de 1946; ahora, el artículo 28 de la Constitución de Polonia de 1997, el artículo 1° de la Constitución de Costa de Marfil (1995), el artículo 4° de la Constitución de Madagascar (1995). Polonia volvió a celebrar, en 1990, su día de fiesta nacional y constitucional el 3 de mayo, en recuerdo de su primera Constitución de 1791.

Häberle considera que al iniciarse 1990 el águila blanca recuperó su corona en el escudo nacional de armas de Polonia (ahora, el artículo 28, inciso 1, de la Constitución polaca de 1997). En las modificaciones constitucionales se denomina a la “República de Polonia” como “Estado democrático de derecho” que se orienta por la justicia social. La Constitución regenerada y parcialmente revisada de Hungría de 1949–1989, una solución transitoria y más bien para salir de apuros, regula en el capítulo XIV la ciudad capital y los símbolos nacionales de la República de Hungría: el himno nacional (artículo 75). En el artículo 76 se dispone: “El escudo oficial y la bandera nacional de la República de Hungría, así como el uso de los símbolos nacionales, son regulados por una ley con contenido jurídico-constitucional”. En el requisito formal de una “ley constitucional” se manifiesta la importancia del objeto. El 2 de mayo de 1990 expide el Parlamento húngaro una resolución en que se declara al levantamiento popular de 1956 como lucha revolucionaria de liberación. El 23 de octubre, aniversario del inicio de la revolución, será en adelante día festivo. Recientemente, al pretender Hungría combinar tres escudos —el “escudo de Kossuth” (1848–1849), el emblema socialista (1948) y el “escudo de la corona” (Reino de Hungría hasta 1945)— está luchando por una reconciliación consigo misma y con sus agitados periodos de la historia constitucional: por la vía de una “recepción productiva” que remite a su patrimonio cultural.

En cuanto concierne al domingo y cultura dominical en el Estado constitucional, comportamiento dominical en la sociedad del tiempo libre, realidad del domingo, Häberle puntualiza lo siguiente: El domingo exige un tratamiento separado de los días festivos, pues, no obstante la frecuencia con la que son reunidos en una “doble garantía”, subsiste la diferencia, pues el “domingo” tiene más de mil años. Ni la Revolución Francesa de 1789 ni la Revolución Rusa de 1917, así como tampoco la China de Mao Zedong, pudieron suprimirlo o desplazarlo. Casi a escala mundial se afirma como tal.

Finalmente, Häberle completa su tesis interpretativa arguyendo que en lo particular sobre los domingos y la cultura dominical en el Estado constitucional: la figura clásica se encuentra en el artículo 139 de la Constitución de Weimar, con su doble orientación hacia el “descanso laboral” y la “elevación espiritual”. Desde el punto de vista dogmático se trata, primero, de una “garantía institucional” (Carl Schmitt, 1888–1985), y por tanto, protegida en su contenido esencial frente a todas las funciones estatales (a diferencia de las garantías “abiertas” de los días festivos, que pueden ser relativizadas por ley); y segundo, la garantía del domingo es un mandato de protección dirigido al Estado. El derecho ordinario le confiere perfiles más definidos en los conceptos clave: en principio, no hay ningún “trabajo que se perciba públicamente”, protección de los servicios religiosos de los creyentes bajo la figura de ciertas prohibiciones en el marco del descanso laboral colectivo y un espacio público estructurado en este día en términos de descanso general, pero espacio para muy diversos comportamientos en el tiempo libre de los ciudadanos y grupos, en suma, del espacio público pluralista. De un modo que no siempre es comprensible en términos jurídico-positivos, sino que solamente puede profundizarse por la ciencia cultural, son los siguientes altos valores fundamentales constitucionales los que convierten al domingo en un multicitado “patrimonio cultural” o “patrimonio constitucional”: estructuración tanto de la soledad como de la convivencia humanas en el ritmo semanal a través del descanso laboral colectivo, con ello tensión-distensión, trabajo-tiempo libre y obligación-ocio y con ello apertura hacia: valores fundamentales (ejercidos voluntariamente) como el matrimonio y la familia, la vecindad y la asociación, la amistad y las reuniones, la religión, la ciencia y el arte, como ejemplos de la posibilidad básica de la “elevación espiritual” (en tal sentido, “carácter de oferta” del domingo).

NOTAS

EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS DE LA JURISDICCIÓN INTERNA Y LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO BREWER CARÍAS

Héctor Faúndez Ledesma

Hace 45 años, cuando se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se hizo con el firme compromiso de proporcionar a las víctimas del ejercicio arbitrario del poder público, que no podían obtener justicia de los tribunales nacionales, la posibilidad de recurrir a una instancia internacional, independiente e imparcial, con competencia para disponer las reparaciones a que hubiera lugar. El sistema así diseñado no tenía (ni tiene) el propósito de sustituir a las jurisdicciones de los propios Estados, que tienen la responsabilidad primordial de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención. Por consiguiente, según los términos del artículo 46.1, literal a), de la Convención, cualquier reclamación internacional dirigida en contra del Estado debe estar precedida del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, “conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la regla del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna ha sido

frecuentemente por los Estados. Esta circunstancia ha permitido que, desde un comienzo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya podido producir un valioso acervo jurisprudencial que, de manera coherente con el propósito de la Convención y con “los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos” a que ésta hace referencia, han señalado cuáles son las características de esta regla, las condiciones que deben reunir los recursos a agotar, el momento y la forma en que ella se debe hacer valer, y las excepciones a la misma. Sin embargo, toda esa jurisprudencia se ha tirado por la borda con la sentencia dictada en el caso *Brewer Carías*,² como muy bien se explica en el voto disidente de los jueces Manuel Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

La regla del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna ha sido ampliamente desarrollada por el Derecho Internacional general, por la doctrina³ y por la jurisprudencia de otros tribunales internacionales.⁴ Citando el artículo 26 del texto original de la Convención Europea de Derechos Humanos (recogido en el artículo 35.1 de su versión actual), que también se remite a la regla del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna “según los principios generalmente reconocidos del Derecho Internacional”, la Corte Europea de Derechos Humanos ha entendido que, obviamente, la Convención Europea no ha pretendido derogar la práctica

⁽²⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*, sentencia del 26 de mayo de 2014 (Excepciones preliminares).

⁽³⁾ Cfr. por ejemplo, Ian Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 1998, p. 103; Lassa Oppenheim, *Tratado de Derecho Internacional Público*, octava edición inglesa a cargo de Hersch Lauterpacht, traducción al español por J. López Olivan y J. M. Castro-Rial, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1961, tomo I, vol. I, pág. 382; Charles Rousseau, *Droit International Public*, SIREY, Paris, 1983, Tome V, pp. 153 y ss.; Denis Alland, *Droit International Public*, Presses Universitaires de France, Paris, 2000, pp. 417 y ss.; John Collier and Vaughan Lowe, *The settlement of disputes in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 195 y ss.; Anthony D'Amato, *International Law Anthology*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1994, p. 312; Antonio Cassese, *International Law*, second edition, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 122; Michael Akehurst, *Introducción al Derecho Internacional*, título original, *A Modern Introduction to International Law*, George Allen & Unwin Ltd., segunda edición, Londres, 1971, traducción de Manuel Medina Ortega, Alianza Editorial, Madrid, 1972, pp. 159 y ss.; Antônio A. Cançado Trindade, *The application of the rule of exhaustion of local remedies in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983, y Eloy Ruiloba Santana, *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, Valencia, 1978.

⁽⁴⁾ A título meramente ilustrativo, en el caso *Interhandel*, la Corte Internacional de Justicia manifestó que éste era “un principio bien establecido del Derecho Internacional consuetudinario”, y en el caso *Eletronica Sicula (ELSI)* lo calificó como un “importante principio de derecho internacional consuetudinario”. Cfr. International Court of Justice, *Interhandel case*, Switzerland c. United States of America, Preliminary objections, sentencia del 21 de marzo de 1959, en Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 1959, p. 27, y *Case concerning Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, United States of America c. Italy, sentencia del 20 de julio de 1989, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 1989, p. 42, párrafo 50.

internacional a este respecto.⁵ Del mismo modo, hasta su sentencia en el caso Brewer Carías, la Corte Interamericana también había entendido que esta regla debía interpretarse “conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”, por lo que indagó sobre el alcance de los mismos, nutriéndose de la doctrina y la jurisprudencia internacionales. De allí es que se deriva que esta regla impone al Estado la obligación correlativa de proporcionar recursos adecuados y efectivos, que es un derecho del Estado y que su aplicación no es automática, haciendo ilusoria la protección internacional.

Desde un comienzo, la práctica internacional ha dejado claramente establecido que ésta no es una regla rígida e inflexible, que deba ser aplicada mecánicamente en todo caso en el que ella sea invocada. En particular, su aplicación debe tener en cuenta el objeto y fin de aquellos tratados que tienen como propósito la protección de los derechos humanos, particularmente en situaciones en que se denuncia el ejercicio arbitrario del poder público. En consecuencia, la jurisprudencia anterior de la Corte Interamericana había indicado, reiteradamente, que “la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos [y que], en este sentido, la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión.”⁶ Es precisamente esta circunstancia, el ejercicio arbitrario del poder público y la inexistencia de recursos efectivos para ponerle remedio, la que explica y justifica la protección internacional de los derechos humanos. Por ende, tradicionalmente la Corte había interpretado la regla del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna teniendo en cuenta ese fin último de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no puede dejar en la indefensión a quien es víctima del ejercicio arbitrario del poder público. Lo anterior es congruente con lo previsto por el artículo 29, literal a), de la Convención, en cuanto dispone que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse en el sentido de permitir a alguno de los Estados suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Curiosamente, la sentencia de

⁽⁵⁾ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Casos De Wilde, Ooms y Versyp (“Vagrancy” Cases), sentencia del 18 de junio de 1971, párrafo 55.

⁽⁶⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 89. También, *Caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de septiembre de 2004, párrafo 239; *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 25 de noviembre de 2005, párrafo 114; *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 19 de septiembre de 2006, párrafo 129.

la Corte Interamericana, apartándose de su práctica anterior, omitió examinar esta excepción preliminar junto con el fondo de la controversia, a fin de determinar si, en efecto, la presunta víctima había sido objeto del ejercicio arbitrario del poder público, sin que hubiera recursos efectivos disponibles para subsanar esa situación, o sin que la víctima tuviera acceso a esos recursos. Como muy bien observan los jueces disidentes, esta es la primera vez en la historia de la Corte que ésta no entra a conocer el fondo del litigio para decidir si es procedente una excepción preliminar por falta de agotamiento de los recursos internos.

Citando jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, desde un comienzo, la Corte ha entendido que, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios, por lo que se le ha considerado un medio de defensa del Estado y, como tal, renunciable, aun de modo tácito.⁷ La obligación de agotar los recursos internos es una oportunidad para que el Estado rectifique, por sus propios medios, el hecho ilícito que se le imputa; pero, según la anterior jurisprudencia de la Corte Interamericana, ella tiene que ser alegada por el Estado, en la primera oportunidad posible, debiendo indicar precisamente cuáles eran los recursos a agotar. En este sentido, ya en los primeros casos de que le tocó conocer, la Corte sostuvo que “el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad.”⁸ (*énfasis añadido*) En el presente caso, en el procedimiento ante la Comisión y en su escrito de contestación a la petición, el Estado se había limitado a alegar la falta de agotamiento de los recursos internos, sin precisar de qué recursos se trataba y por qué esos eran los recursos idóneos que la presunta víctima debía haber intentado; esa circunstancia tampoco fue enmendada en el procedimiento ante la Corte, en el que el Estado se limitó a reproducir disposiciones de su derecho interno relativas a recursos jurisdiccionales. Sin embargo, en la sentencia que comentamos, la mayoría de los jueces de la Corte se contentaron con un mero enunciado genérico de los recursos existentes en el Derecho interno venezolano, sin especificar cuáles de esos

⁷⁾ Cfr. Asunto Viviana Gallardo y otras, decisión del 13 de noviembre de 1981, párrafo 26. La referencia es a la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en *De Wilde, Ooms and Versyp Cases* (“Vagrancy” Cases), judgment of 18th June 1971. Aunque la Corte Interamericana no lo indica, el párrafo pertinente de la sentencia antes citada es el párrafo 55.

⁸⁾ *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 88, Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 87, y Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 90.*

recursos estaban disponibles en el caso particular, y sin explicar por qué esos recursos resultaban adecuados y efectivos para subsanar la situación jurídica infringida. Según esta nueva jurisprudencia, la Corte entendió que ella podía suplir ese vacío en los alegatos del Estado y, sin considerar los méritos del caso como hacía previamente, evaluar cuál de los recursos citados por éste *podía haber sido un recurso adecuado y efectivo*. Es interesante observar que, en su escrito de contestación a la demanda, el propio Estado había citado, e invocado la aplicación de lo decidido en la sentencia dictada en el caso Velásquez Rodríguez, indicando que: *“el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad.”* Razones habría para que, precisamente en este caso, la Corte se apartara de ese importante criterio jurisprudencial.

Aunque el Estado no señaló de manera concreta cuáles eran los recursos adecuados a agotar, limitándose a indicar que todavía no había una sentencia de primera instancia y a mencionar los recursos disponibles en el ordenamiento jurídico venezolano, la Corte señala que, en el presente caso, no se interpusieron los recursos que el Estado señaló como adecuados, a saber el recurso de apelación, el recurso de casación y el recurso de revisión.⁹ Pero sería ingenuo asumir que la Corte no se percató de cuál era el objeto de la controversia. Si se hubiera alegado que el Estado había cometido una violación de los derechos consagrados en la Convención al condenar injustamente al profesor Brewer Carías, obviamente que los recursos adecuados abrían sido los previamente indicados; pero el objeto de la controversia era la averiguación previa y la imputación penal del delito de rebelión en contra de la víctima en este caso, sin posibilidad de acceder al expediente fiscal y sin posibilidad de impugnar esa imputación.

No obstante que, de acuerdo con la jurisprudencia anterior de la Corte, la carga de la prueba en cuanto a los recursos idóneos que debían haberse agotado correspondía al Estado, los defensores del profesor Brewer Carías demostraron que impugnaron, por todos los medios legales a su alcance, la imputación penal del delito de rebelión formulada en su contra sobre la base de meros comentarios de prensa. Con ese propósito, se solicitó ante la Fiscalía se citara a declarar a varios testigos que podrían haber esclarecido la situación; se solicitó otras diligencias probatorias que, igualmente, podrían haber desvirtuado la imputación fiscal; se solicitó diligencias probatorias para demostrar que, en los días en que se le atribuía haber estado conspirando, se encontraba de vacaciones en el estado de Colorado, en Estados Unidos; se solicitó la exhibición de videos mencionados en la acusación fiscal, a fin de poder demostrar inexactitudes entre lo afirmado por la fiscal

⁽⁹⁾ Cfr. párrafo 97 de la sentencia.

y lo efectivamente contenido en esos videos. Todo eso fue negado, por lo que la víctima interpuso un recurso de nulidad por inconstitucionalidad, que era el único recurso efectivo ante tales arbitrariedades que debía ser resuelto en tres días y que, hasta la fecha, no ha sido decidido. Todo eso fue objeto de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad. El Estado pudo remediar esta situación, resolviendo el recurso de nulidad antes referido; sin embargo, prefirió dictar una orden de detención preventiva en contra del profesor Brewer Carías.

Entre otras irregularidades cometidas en el procedimiento en contra del profesor Brewer Carías, se recibió el testimonio del General Lucas Rincón en forma clandestina y sin la presencia de sus defensores; se violó el principio de presunción de inocencia, invirtiendo la carga de la prueba y exigiendo a la víctima probar que no había redactado el documento que se le atribuía, pero sin que se le permitiera evacuar las pruebas promovidas por sus abogados; en fin, los jueces que intervinieron en el caso y que pudieron mostrar algún grado de independencia e imparcialidad fueron destituidos. Todo ello fue objeto de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad, que era el único recurso efectivo para subsanar esas irregularidades y que, en violación de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, aún no ha sido decidido. Como quiera que sea, estos hechos tenían que ver con la existencia de recursos judiciales efectivos y, por lo tanto, según la práctica anterior de la Corte, debieron ser examinados junto con la excepción de no agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. En un tribunal cuya función es la protección de los derechos humanos, llama la atención que la Corte no haya explicado qué razones la llevaron a apartarse de su jurisprudencia anterior.

Según la jurisprudencia anterior de la Corte, como contrapartida del requisito del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, “los Estados Partes se obligan a *suministrar recursos judiciales efectivos* a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), *recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal* (art. 8.1), *todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción* (art. 1)”.¹⁰ (Cursivas añadidas). En el presente caso, si había algún recurso idóneo para subsanar las arbitrariedades cometidas en la instrucción del procedimiento penal iniciado en contra del profesor Brewer Carías era el recurso de nulidad por inconstitucionalidad, que debía ser resuelto dentro de los tres días siguien-

⁽¹⁰⁾ Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, *sentencia del 26 de junio de 1987*, párrafo 91.

tes. Pero debe observarse que ni el procedimiento que se impugnaba ni el trámite del recurso de nulidad por inconstitucionalidad se ajustaron a las reglas del debido proceso legal a que se refiere la jurisprudencia anterior de la Corte. En esta ocasión, la Corte encontró que el proceso se encontraba en “una etapa intermedia”, o “en una etapa temprana”, estando pendiente una audiencia preliminar y una decisión de primera instancia, por lo que no era posible entrar a pronunciarse sobre la presunta vulneración de las garantías judiciales.¹¹ Huelga decir que esa distinción entre “etapas tempranas” y fases posteriores del proceso no se encuentra recogida en la Convención, no tiene ninguna base normativa, y es primera vez que es invocada en la jurisprudencia de la Corte. Esta extraña explicación, que justifica la vulneración de las garantías judiciales en la primeras etapas del proceso, ignora que muchas de esas garantías surgen desde el primer momento en que una persona se enfrenta a una acusación penal. *¿Habrá que asumir que, a partir de esta sentencia, tal requisito no es indispensable?* Si las reglas del debido proceso son una herramienta fundamental para evitar la arbitrariedad, ¿por qué, en este caso, la Corte acepta la existencia meramente formal de un recurso judicial?

Si la renuncia al trámite de los recursos judiciales “de conformidad con las reglas del debido proceso legal”¹² es de por sí grave e inexplicable en una sentencia de un tribunal de derechos humanos es aún más grave el que, para agotar los recursos disponibles, tampoco se requiera, como lo hacía la jurisprudencia anterior, “*garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención*”. En efecto, la Corte ha dado por bueno el argumento del Estado según el cual los recursos internos no se habrían agotado por encontrarse el profesor Brewer Carías “prófugo de la justicia” y no haber comparecido personalmente ante los tribunales venezolanos. Según la sentencia, el artículo 7.5 de la Convención establece que la “libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia ante el juicio”, de manera que los Estados se encuentran facultados a establecer leyes internas para garantizar la comparecencia del acusado y que la misma prisión preventiva (que sólo puede ser admitida excepcionalmente) tiene, entre sus fines, el de asegurar la comparecencia del imputado en juicio.¹³ Pero ni la Convención ni la jurisprudencia de la Corte indican que, para agotar los recursos de la jurisdicción interna, especialmente cuando se trata de un recurso de mero derecho, el acusado deba estar presente en el juicio. La sentencia pretende que una persona que es perseguida por razones

⁽¹¹⁾ Cfr. párrafos 88 y 96 de la sentencia.

⁽¹²⁾ Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, *sentencia del 26 de junio de 1987*, párrafo 91.

⁽¹³⁾ Cfr. párrafo 134 de la sentencia.

políticas, acusada de un delito político, como es el delito de rebelión, para poder agotar los recursos disponibles, deba someterse a la persecución de que es objeto, y a los agravios y violaciones de derechos humanos que está denunciando e intenta evitar, como es la privación de su libertad personal por tribunales que carecen de independencia e imparcialidad, sometiendo al escarnio público, y a tratos inhumanos y degradantes. De nuevo, es difícil encontrar argumentos jurídicos para explicar esta decisión que se aparta radicalmente de lo sostenido previamente en el sentido de que “los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), *todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1)*”.¹⁴

Para ser efectivos, los recursos de la jurisdicción interna deben subsanar la situación jurídica infringida; no agravarla, exponiendo a la víctima a una situación mucho más severa, obligándolo a renunciar al ejercicio de sus derechos como condición para poder agotar los recursos internos. Un recurso que, para agotarlo, obliga a la víctima a renunciar a la garantía de los derechos que le confiere la Convención Americana sobre Derechos Humanos no es un recurso efectivo; un recurso que, para agotarlo, obliga a la víctima a someterse a una detención ilegal y arbitraria no es un recurso efectivo. Pero, por alguna razón, la actual mayoría de los jueces de la Corte piensa lo contrario.

No obstante que el profesor Brewer Carías agotó el único recurso disponible adecuado y efectivo para subsanar la infracción de los derechos alegados, en su caso particular, estaba eximido de hacerlo. Al no ser una regla absoluta, en los términos del artículo 46.2, literal b), de la Convención, la regla del agotamiento de los recursos internos está sujeta a tres excepciones, una de las cuales se desdobra en dos. La primera de dichas excepciones se refiere a la ausencia del debido proceso legal para la protección de los derechos que se alega han sido vulnerados. Según la sentencia, “de un alegado contexto estructural de provisionalidad del poder judicial no se puede derivar la aplicación directa de la excepción contenida en el artículo 46.2.a de la Convención, pues ello implicaría que a partir de una argumentación de tipo general sobre la falta de independencia o imparcialidad del poder judicial no fuera necesario cumplir con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos.”¹⁵ Sin embargo, aquí se alegaron hechos

⁽¹⁴⁾ Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, *sentencia del 26 de junio de 1987*, párrafo 91.

⁽¹⁵⁾ Párrafo 105 de la sentencia.

muy concretos que tuvieron aplicación inmediata y directa en el caso del profesor Brewer Carías; la Corte no consideró relevante que el Ministerio Público se hubiera negado a citar a los testigos propuestos por la defensa, que se negara a la víctima acceder a los videos y otros medios probatorios invocados en su contra, que se practicara el interrogatorio de un testigo en forma clandestina, sin permitir el acceso y el conainterrogatorio de los abogados del profesor Brewer Carías, que se transcribiera en forma adulterada, tergiversando lo expresado por algunos periodistas en entrevistas de televisión, que se ejercieran presiones indebidas sobre los jueces de la causa, o que se diera por establecida la culpabilidad del profesor Brewer Carías tanto por parte del entonces Fiscal General de la República como de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia; nada de eso fue relevante para la mayoría de los jueces de la Corte, en cuanto pudiera configurar la ausencia del debido proceso legal en este caso concreto. Por supuesto, tampoco resultó relevante la provisionalidad de los jueces y fiscales que intervinieron en el proceso seguido en contra del profesor Brewer Carías.

El profesor Brewer Carías también estaba eximido de agotar los recursos de la jurisdicción interna por falta de acceso a los mismos. En efecto, al condicionar arbitraria e ilegalmente el trámite de un recurso de nulidad a la comparecencia personal de la víctima a una audiencia preliminar, en la cual sería detenido en virtud de una orden judicial incompatible con disposiciones constitucionales y convencionales (que señalan que la prisión preventiva es la excepción y no la regla), y que viola la presunción de inocencia, se le impidió el acceso físico a los recursos jurisdiccionales. En su Opinión Consultiva sobre Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos,¹⁶ la Corte había señalado que no puede exigirse el agotamiento de los recursos internos a quien, como en este caso, siente un fundado temor de que el ejercicio de ese recurso pueda poner en peligro el ejercicio de sus derechos humanos. Sin embargo, esta jurisprudencia también fue ignorada, dando paso a una decisión menos sensible a los derechos de la víctima.

Pero la alegada falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna también debió haber sido desestimada por el retardo injustificado en la decisión del recurso de nulidad planteado por el profesor Brewer Carías que, ocho años después de haber sido intentado ante los tribunales venezolanos aún no había sido resuelto. Esta circunstancia resulta aún más sorprendente si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el artículo 177 del Código Orgánico de Procedimiento Penal venezolano, dicho recurso debía ser decidido dentro de los tres días siguientes. Sin embargo, en el

⁽¹⁶⁾ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos, OC-11/90, del 10 de agosto de 1990, párrafos 32 y 33.

razonamiento de la Corte, teniendo en cuenta el contenido, las características y extensión del escrito presentado por la defensa del profesor Brewer Carías, ésta consideró que su solicitud de nulidad no era “de las que deban resolverse en el plazo de tres días señalado en el artículo 177 del COPP”¹⁷ venezolano. No importa que ese haya sido el plazo estipulado por la legislación interna. En consecuencia, en lo futuro, ¡quien intente un recurso deberá hacerlo en forma breve y sumaria o exponerse a que el mismo sea resuelto después de ocho años!

Incluso si no se hubieran agotado los recursos de la jurisdicción interna, concurrían todas las excepciones previstas en el artículo 46.2, literal b), de la Convención.

Como dice un viejo refrán español, “tres cosas se necesitan para justicia alcanzar: tener la razón, saberla pedir, y que la quieran dar.” En el caso del profesor Brewer Carías, perseguido por sus ideas, víctima del ejercicio arbitrario del poder público, que agotó todos los recursos jurisdiccionales a su disposición, es muy difícil negar que tenía la razón; sus abogados expusieron claramente el caso, invocando toda la jurisprudencia anterior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como muy bien apuntaba Couture, “El derecho puede crear un sistema perfecto en cuanto a su justicia; pero si ese sistema ha de ser aplicado en última instancia por hombres, el derecho valdrá lo que valgan esos hombres (...) y las sentencias valdrán lo que valgan los hombres que las dicten.”¹⁸

⁽¹⁷⁾ Cfr. párrafo 133 de la sentencia.

⁽¹⁸⁾ Eduardo J. Couture, *Tutela Constitucional del Proceso*, en *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1958, pp. 75 y 77.

EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LOS RETOS PENDIENTES. DIEZ AÑOS DESPUÉS

Samuel B. Abad Yupanqui *

El 31 de mayo del 2004 se publicó en el diario oficial la Ley 28237. Ella aprobó el primer Código Procesal Constitucional peruano que desarrolla los siete procesos previstos por la Carta de 1993. El Código tiene por finalidad unificar, fortalecer y modernizar la regulación de estos procesos que no siempre han cumplido con su finalidad de garantizar la vigencia de los derechos humanos y la defensa de la Constitución. Asimismo, estaba acorde con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dictada hasta ese momento, así como la doctrina sobre la materia.

Algunos países también cuentan con leyes especiales, tal como ocurre en Costa Rica con la Ley de Jurisdicción Constitucional, Ley N° 7135, de 19 de octubre de 1989; en Ecuador la Ley del Control Constitucional de 1997; en Argentina, la Ley 8369 de la Provincia de Entre Ríos¹ y la Provincia de Tucumán que aprobó su Código Procesal Constitucional el 9 de octubre

(*) Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico. Socio del Estudio Ehecopar.

⁽¹⁾ SAGUES Néstor, "La codificación del Derecho Procesal Constitucional" en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, México: Porrúa, 2002, Tomo I, p. 291.

de 1995 (Ley 6944). También existen propuestas en curso. En efecto, en Venezuela (1989) se propuso un Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional,² en El Salvador (1995) se elaboró un Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional³ y en Argentina existen propuestas a nivel nacional como el proyecto del diputado Jorge H. Gentile.⁴

1. Antecedentes

En junio de 1995, seis profesores de Derecho Constitucional, Procesal, Administrativo y Penal se reunieron para elaborar un Anteproyecto de Código Procesal Constitucional, en el marco de la Carta vigente.⁵ Luego de culminarlo lo remitieron a un grupo de abogados especialistas en la materia, jueces, fiscales y profesores quienes formularon valiosos aportes, que fueron tomados en cuenta y el texto final fue publicado en octubre del 2003. Posteriormente, el 15 de diciembre del 2003 un grupo multipartidario de congresistas lo hizo suyo (Proyecto N° 9371/2003-CR) y lo presentó al Congreso de la República.

Más adelante las Comisiones de Constitución y Reglamento y Justicia y Derechos Humanos emitieron dictamen introduciendo contadas modificaciones y el Pleno del Congreso lo aprobó en la sesión del 6 de mayo por setenta y dos votos a favor y ninguno en contra. Días después, el Presidente de la República lo promulgó.

El Código presupone la existencia de una disciplina denominada Derecho Procesal Constitucional que tiene por objeto de estudio los procesos constitucionales y los órganos encargados de resolverlos. En efecto, así como el Derecho Procesal Civil y el Derecho Procesal Penal tienen sus respectivos códigos, el Derecho Procesal Constitucional ya cuenta con un Código que sistematiza y ordena todos los procesos constitucionales, pues antes de su vigencia existían diversas leyes —algunas datan de 1982— decretos legislativos y decretos leyes —como por ejemplo, el referido a la medida cautelar en el amparo— que los regulaban.

(2) AYALA CORAO Carlos, "Bases para la elaboración de un Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional", *Revista de Derecho Público*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, N° 39, 1989, pp. 3 y ss.

(3) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, "Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional (Material de Consulta – 2ª edición)", El Salvador, 1995, pp. 1-73.

(4) SAGÜÉS Néstor, *Ob. Cit.*, p. 291.

(5) El grupo de trabajo estuvo integrado por los profesores Domingo García Belaunde, Francisco Eguiguren, Juan Monroy, Arsenio Oré, Jorge Danós y Samuel Abad. Cfr. "Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico", Lima: Pa-lestra Editores, 2004.

Además, introduce cambios sustanciales teniendo como límite el marco de lo establecido por la Constitución vigente. Y es que como lo señala la exposición de motivos del anteproyecto, si se tratara de efectuar cambios constitucionales varias alternativas se hubieran podido plantear. Así por ejemplo, introducir el “certiorari” para acceder al Tribunal Constitucional cuando se trata de los procesos de tutela de derechos o contemplar un proceso amparo de instancia única para cuestionar las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, las del Consejo Nacional de la Magistratura o las de la Corte Suprema, entre otros aspectos.

2. Principios y procesos

Incorpora un Título Preliminar que fija los principios, el techo ideológico, que orienta a estos procesos. Así, se menciona que sus fines esenciales son los de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (artículo II). Detalla cuáles son los principios procesales que los identifican, señalando que los jueces deben adecuar las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales (artículo III).

Establece que al interpretar los derechos fundamentales no sólo deben tomarse en cuenta los tratados sino también las decisiones de los tribunales internacionales, como por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo V). Precisa que el Tribunal Constitucional establecerá el precedente constitucional vinculante debiendo indicar cuál es el extremo de su efecto normativo (artículo VII).

El Código desarrolla los procesos constitucionales distinguiendo tres bloques diferentes: la tutela de derechos (hábeas corpus, amparo hábeas data y cumplimiento), el control normativo (acción popular e inconstitucionalidad) y, finalmente, el proceso competencial.

3. Proceso de hábeas corpus

Regula los diversos tipos de hábeas corpus fijados por la doctrina y la jurisprudencia estableciendo un procedimiento especial para el caso de desapariciones forzadas (artículo 32). Asimismo, precisa los efectos de las sentencias estimatorias los cuales pueden variar dependiendo del tipo de proceso (artículo 34). Por ejemplo, tratándose de un hábeas corpus correctivo, la persona afectada no saldrá en libertad sino que el juez podrá ordenar el cambio de las condiciones de su detención.

A la vez, se indica que si luego de interpuesta la demanda el agravio cesa o se torna irreparable, el juez podrá declarar fundada la demanda ordenando al agresor que se abstenga de reiterar tales conductas, pues

de lo contrario se hará acreedor a las medidas coercitivas establecidas (artículo 1). Igualmente, precisa que procede durante la vigencia de un régimen de excepción detallando los alcances del control de razonabilidad y proporcionalidad de los derechos afectados (artículo 23).

Se establece que el hábeas corpus procede contra resoluciones judiciales cuando se afecta la tutela procesal efectiva —la cual comprende el acceso a la justicia y el debido proceso— y la libertad individual. Si sólo se afecta la tutela procesal efectiva cabe el amparo (artículo 4). Este último criterio ha sido ampliado por el Tribunal Constitucional en el caso Apolonia Collca (STC 3179-2004-AA) para permitir el amparo contra resoluciones judiciales en tutela de todos los derechos fundamentales.

4. Proceso de amparo

Para evitar abusos en la presentación de demandas cuyas pretensiones pueden ser resueltas en otras vías procesales, el Código diseña al amparo como un mecanismo residual. Dispone que sólo tutelaré derechos que tengan sustento constitucional directo y no podrá ser utilizado cuando exista otra vía judicial igualmente efectiva que los proteja (artículo 5 inciso 2). De esta manera, se acoge la tesis del amparo residual que existe en la experiencia argentina y colombiana. Asimismo, precisa los derechos objeto de tutela, como sucede con los derechos sociales (salud, pensión, etc.) y la prohibición de discriminación por razón social o por orientación sexual.

Se contemplan puntuales causales de improcedencia (artículo 5); así por ejemplo, se precisa que no procede el amparo contra amparo (artículo 5 inciso 6), criterio que el Tribunal Constitucional ha interpretado de distinta manera a fin de admitir su procedencia. De otro lado, se autoriza la procedencia del amparo contra las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces y fiscales si es que no han sido motivadas y dictadas con previa audiencia del interesado (artículo 5 inciso 7).

Asimismo, procede contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones cuando violen en forma manifiesta la tutela procesal efectiva (artículo 5 inciso 8), tal como ya lo había señalado el Tribunal Constitucional. Este último dispositivo fue modificado por la Ley 28642, publicada el 8 de diciembre del 2005, con la finalidad de impedir el empleo del amparo en tales supuestos, lo cual a nuestro juicio constituye una limitación irrazonable y desproporcionada. Contra dicha ley se interpuso una demanda de inconstitucionalidad que fue declarada fundada por el Tribunal Constitucional (Exp. 007-2007-AI/TC). De esta manera, la Ley 28642 fue expulsada del ordenamiento jurídico.

5. Medida cautelar

La medida cautelar (artículo 15), por regla general, debe ser ágil y eficaz, permitiendo que antes de dictarse sentencia se cuente con una resolución que evite daños irreparables. Ella se debe conceder sin audiencia a la otra parte y la apelación carece de efectos suspensivos. Lamentablemente, el Congreso estableció un trámite especial, engorroso e inapropiado cuando dicha medida cuestionaba actos administrativos municipales o regionales. Según el tercer y cuarto párrafo de la versión original de la citada norma, el pedido cautelar se presentaba ante la Corte Superior, requería audiencia a la otra parte, e iba en apelación con efecto suspensivo a la Corte Suprema. La medida sólo se ejecutaba cuando quedaba consentida.

El referido agregado, introducido en la Comisión de Constitución y Reglamento, y defendido por su entonces Presidente, distorsionaba la esencia de la medida cautelar. A nuestro juicio, tal cambio resultaba inconstitucional pues era discriminatorio —no existía ninguna justificación objetiva y razonable para ello— y no garantizaba una tutela judicial efectiva. De ahí que fuera factible que el Poder Judicial pudiera disponer su inaplicación —control difuso— en un caso concreto. Ese criterio fue acogido por dos Salas de la Corte Superior de Justicia, una del distrito judicial de Lima y otra del distrito judicial de Junín. Se trató de aportes importantes pero aislados.⁶

En este contexto, la Defensoría del Pueblo presentó el 9 de setiembre del 2005 una demanda de inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15 del Código (Exp. 023-2005-PI/TC), que lamentablemente fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional. Posteriormente, el Congreso dictó la Ley 28946, en diciembre del 2006, que aunque mejoró parcialmente el procedimiento cautelar en materia municipal y regional, restringió el procedimiento cuando se solicitaba hacer uso del control difuso de normas legales disponiendo que el caso llegue a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

En la actualidad el artículo 15 del Código contempla tres procedimientos distintos en materia cautelar: a) el general, sin audiencia previa

⁶ La resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. 837-2005-MC) de 15 de abril del 2005 en decisión de mayoría en la que intervino como vocal ponente la Dra. Echevarría Gaviria, declaró inaplicables para el caso concreto los párrafos tercero y cuarto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional, ordenando que el pedido cautelar se remita al Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Lima a fin de que proceda a calificarlo. La Sala sostuvo que “el texto legal comentado resulta contrario a la Constitución pues desconoce el principio de igualdad ante la ley y el de tutela judicial efectiva”. Criterio similar fue acogido por unanimidad por la primera Sala Mixta Descentralizada de La Merced Chanchamayo en su resolución de 30 de junio del 2005 (Exp. 2005-006).

a la otra parte y con apelación sin efectos suspensivos; b) aquel aplicable a los actos administrativos municipales o regionales, pedido cautelar que se presenta ante el juez de la demanda pero con traslado a la otra parte e intervención del Ministerio Público antes de ser resuelto; y c) cuando se pretende inaplicar normas legales, en el cual la apelación de la cautelar concedida tendrá efectos suspensivos. Estamos en presencia de una regulación irrazonable y desproporcionada de la medida cautelar cuyo sustento constitucional es el derecho a una tutela judicial efectiva.

El Código introduce medidas coercitivas — multas y sanciones — para garantizar que las sentencias sean acatadas (artículo 22). Además, para agilizar el procedimiento se excluye la intervención del Ministerio Público. Adicionalmente, desarrolla un procedimiento especial para reprimir actos homogéneos, es decir, cuando el demandado, luego de declararse fundada la demanda y acatar el fallo, reitera la agresión (artículo 60).

7. Procesos de hábeas data, cumplimiento y acción popular

El proceso de hábeas data podrá ser interpuesto sin necesidad de firma de abogado y sin requerir carta notarial pues bastará con acreditar la renuencia a través de un documento de “fecha cierta”. Aparte de ello, no se requerirá agotar ninguna vía administrativa (artículo 65). Además, se desarrollan los alcances del derecho a la autodeterminación informativa — ahora denominado por la Ley “protección de datos personales” — superando las limitaciones establecidas por la norma constitucional (artículo 62) y acogiendo la interpretación fijada por el Tribunal Constitucional.

El proceso de cumplimiento cuenta con una especial regulación que precisa las diferencias, por ejemplo, respecto a la legitimación cuando se trata del incumplimiento de una norma legal o de un acto administrativo (artículo 67). En el primer caso cualquier persona podrá presentar la demanda, mientras que en el segundo sólo el afectado.

Además, se regulan las causales de improcedencia, indicándose que no cabe para disponer el cumplimiento de una sentencia o cuando se discute la validez de un acto administrativo (artículo 70). Se reconoce su carácter residual respecto al amparo, pues en caso que aquel procediera el proceso de cumplimiento debería desestimarse.

De otro lado, el proceso de acción popular, cuenta con medidas cautelares que podrán suspender los efectos del reglamento inconstitucional o ilegal antes que culmine el proceso (artículo 94) y la sentencia estimatoria declarará la nulidad de la norma impugnada con eficacia retroactiva (artículo 81). Ello, creemos, contribuirá a que dicho proceso sea más utilizado.

8. El aporte del Tribunal Constitucional

Sin duda, ha sido el Tribunal Constitucional quien en estos años ha precisado y desarrollado las instituciones incorporadas por el Código; incluso, planteando verdaderas modificaciones al mismo.

Destacan aspectos —algunos polémicos— como el desarrollo del contenido constitucionalmente protegido de un derecho; la interpretación de las vías igualmente satisfactorias, especialmente en los procesos contencioso administrativos y laborales; el reconocimiento de la institución del “amicus curiae”; la amplitud de la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales e incluso del amparo contra amparo; el diseño del amparo electoral y del amparo arbitral; la determinación de los supuestos de procedencia del recurso de agravio constitucional; los alcances del precedente constitucional vinculante, sus efectos normativos y su distinción con la jurisprudencia constitucional; la aplicación de la técnica colombiana del estado de cosas inconstitucional; el empleo de la denominada autonomía procesal para interpretar o integrar normas procesales, entre otros aspectos.

9 Retos y reformas

El Código entró en vigencia seis meses después de su publicación, el 1 de diciembre de 2004. Su vigencia ha planteado varios retos, no sólo en el plano académico —donde existen aportes relevantes— sino especialmente en el terreno práctico. Por un lado, la necesaria formación y actuación de los jueces que garantice una solución eficaz de estos procesos. De otro, el diseño de un sistema de justicia especializado en materia constitucional, autónomo y creativo que garantice la tutela efectiva de los derechos humanos. Y es que “en definitiva, el Código apuesta a fortalecer el rol de la judicatura en el manejo y resolución de estos procesos constitucionales”.⁷

Recién el año 2009, a través de la Resolución Administrativa N° 319-2008-CEPJ, publicada en el diario oficial el 28 de enero de 2009 se instauró la especialidad constitucional en la Corte Superior de Justicia de Lima, creándose diez Juzgados Especializados en lo Constitucional, cuya carga procesal sigue en aumento.

Sin embargo, una absurda decisión del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial redujo a ocho los Juzgados Constitucionales en Lima,⁸ lo cual ha

⁽⁷⁾ EGUIGUREN PRAELI Francisco, “El nuevo Código Procesal Constitucional peruano”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, N° 8, enero-junio, 2004, Lima: Grijley, p.115.

⁽⁸⁾ El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial decidió crear la Corte Superior de Justicia de Lima Este. Lo hizo sin contar con plazas judiciales presupuestadas. Por ello, decidió reubicar a diversos jueces de Lima y trasladarlos a la nueva Corte. Ello motivó la desactivación de dos Juzgados Constitucionales a partir de junio del 2014 (Resolución 201-2014-CE-PJ, publicada en el diario

generado que cuenten con una elevadísima carga procesal, que hace difícil alcanzar una verdadera tutela de urgencia. Asimismo, dispuso la conversión de la Sala de Derecho Constitucional de Chiclayo en Sala Laboral, y del Juzgado Constitucional y Contencioso Administrativo del Cusco y del Juzgado de Derecho Constitucional de Ayacucho en Juzgados Civiles (Resolución 415-2014-CE-PJ, de 10 de diciembre de 2014). Es decir, redujo la “justicia constitucional especializada” que existía en pocos distritos judiciales del país a sólo ocho juzgados constitucionales en Lima.

El Código ha sido objeto de algunas reformas. Varias de ellas han tratado de limitar sus alcances. Algunas felizmente no han logrado ser aprobadas. La primera fue la Ley 28642, publicada el 08 de diciembre de 2005, que pretendía impedir el amparo contra resoluciones del JNE y, por ello, fue declarada inconstitucional (Exp. 007-2007-PI/TC). La segunda, fue la Ley 28946 que ha restringido el amparo contra normas, e introdujo un procedimiento dilatorio en materia de excepciones y defensas previas. Y, la última, la Ley 29364 (segunda disposición derogatoria), publicada el 28 de mayo de 2009, que dispuso que las demandas de amparo contra resoluciones judiciales deben presentarse ante el Juez y no ante la Sala Civil de la Corte Superior.⁹

Finalmente, el aporte del Tribunal Constitucional —cuyas sentencias en ocasiones han despertado polémica, especialmente con la conformación anterior a la actual— ha sido determinante para precisar los alcances de lo dispuesto por el Código Procesal Constitucional. Incluso, para asumir un contenido distinto que en varios aspectos se ha alejado de la intención de quienes en su momento lo elaboraron. Sin embargo, diez años después se sigue necesitando una “justicia constitucional” ágil y urgente que garantice los derechos de las personas y los principios constitucionales. Para ello, aún queda camino por recorrer.

oficial 06 de junio de 2014)

⁹ A través de la Resolución Ministerial N° 0201-2009-JUS, publicada el 22 de octubre de 2009, el Ministerio de Justicia designó una Comisión encargada de proponer iniciativas de reforma al Código Procesal Constitucional. Posteriormente, la Resolución Ministerial N° 0239-2013-JUS de 09 de setiembre de 2013 constituyó un Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras respecto de las disposiciones contenidas en el Código Procesal Constitucional. A nuestro juicio, lo importante no es reformar el Código sino tratar de lograr una mayor celeridad y especialización en la “justicia constitucional” —hay procesos de amparo que llegan a durar cinco años y subsisten actos de corrupción— y para ello las leyes no son suficientes. Se requiere una reforma del sistema de justicia que sigue pendiente donde los jueces constitucionales constituyen una parte de ella.

MEMORIA DEL V CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (Arequipa, 30 de octubre a 1º de noviembre de 2014)

Miguel P. Vilcapoma Ignacio *

El V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional se llevó a cabo en la ciudad de Arequipa, del 30 de octubre al 1º de noviembre de 2014. Fue organizado por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional que preside Ernesto Blume Fortini, miembro del Tribunal Constitucional. En su organización participaron también el Tribunal Constitucional del Perú, la Academia de la Magistratura y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, encontrándose en el Decanato el dinámico Jorge Luis Cáceres Arce.

Consideramos necesario señalar que el Congreso anterior, es decir el IV Congreso Nacional, del mismo modo, se llevó a cabo en esa localidad, del 18 al 20 de abril de 2013, cuando el emprendedor Jorge Luis Cáceres ocupaba el cargo de Decano del Colegio de Abogados de Arequipa.

Por la naturaleza de la presente crónica conviene recordar la sede de los anteriores congresos: es así que el I Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional se llevó a cabo en la ciudad de Huancayo del 18 al 20 de noviembre de 2004, denominado “Germán J. Bidart Campos” en memoria del fallecimiento de tan ilustre estudioso argentino y amigo de

(*) Doctor en Derecho, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Profesor Principal de la Universidad Peruana Los Andes.

muchas Facultades de Derecho de la Universidad del país, teniendo como sede la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana “Los Andes”.

Mientras que, el II Congreso Nacional, se llevó a cabo del 24 al 26 de mayo de 2007 denominado “Héctor Fix-Zamudio”, en reconocimiento a su contribución del desarrollo de la Ciencia Procesal de carácter constitucional. En esta ocasión, la Universidad Peruana Los Andes, anfitriona del certamen de carácter procesal constitucional ha otorgado el grado honorífico de *Doctor Honoris Causa* al homenajeado Héctor Fix-Zamudio, luego a Néstor Pedro Sagüés y a Domingo García Belaunde, en reconocimiento a las efectivas colaboraciones brindadas a la Facultad de Derecho de esta universidad.

En el año de 2011, del 29 de setiembre al 1º de octubre, en forma conjunta se llevó a cabo el X Congreso Nacional de Derecho Constitucional y el III Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional “Néstor Pedro Sagüés”.

Estos tres primeros Congresos Nacionales, realizados en la ciudad de Huancayo, no hubiera sido posible sin la valiosa contribución y el apoyo eficiente de Domingo García Belaunde, primero como Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y luego posteriormente como Presidente honorario. Es necesario señalar también que estos certámenes han recibido el apoyo del presidente por entonces Francisco Eguiguren Praeli y de muchos amigos y amigas que también participaron en el último cónclave de carácter procesal.

El jueves 30 de octubre de 2014, en horas de la mañana se inauguró el V Congreso con la participación de autoridades nacionales y locales de las entidades organizadoras de acuerdo al programa previamente elaborado, con la concurrencia de varios ponentes en el acto inaugural. Estuvieron en la ceremonia de inauguración el señor Presidente del Tribunal Constitucional, Óscar Urviola Hani, el señor Presidente Honorario de nuestra asociación Domingo García Belaunde, el Presidente de nuestra asociación Ernesto Blume Fortini, actual miembro del Tribunal Constitucional, entre otras autoridades académicas y universitarias.

Concluido el acto inaugural, Domingo García Belaunde, inició las conferencias de esa mañana con el tema *Balance del Código Procesal Constitucional*. A continuación tomó la palabra Samuel Abad Yupanqui, abordando el tema *Los efectos de la sustracción de la materia* y se cerró las conferencias concernientes a horas de la mañana con la intervención de Óscar Urviola Hani, con el tema *El Tribunal Constitucional y su trascendencia institucional*.

Las actividades académicas se reiniciaron a las 3:30 con la ponencia de Gerardo Eto Cruz, exmagistrado del Tribunal Constitucional con el tema *El desarrollo del precedente constitucional vinculante*. A continuación, Edwin Figueroa Gutarra, expuso el tema *Régimen de actuación inmediata de senten-*

cias. Mientras que Luis Sáenz Dávalos desarrolló el tema *Práctica y desarrollo del precedente constitucional vinculante en el Perú*. En su turno Edgar Carpio Marcos expuso *La determinación constitucionalmente protegida de los derechos fundamentales*, mientras que para cerrar las exposiciones, Aníbal Quiroga León, abordó el tema de *Interpretación vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en la jurisprudencia del Poder Judicial*.

Antes de cerrar las jornadas de este día, como de costumbre, se realizó la presentación de libros y revistas, acto que se llevó a cabo de la siguiente manera: Ernesto Blume Fortini presentó el trabajo de Gustavo Gutiérrez Tisce, titulado *La Constitución Política del Perú, interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Domingo García Belaunde presentó el trabajo de Juan Carlos Morón Urbina, obra titulada *El Control jurídico de los Reglamentos de la Administración Pública*. También se presentó el trabajo de Susana Castañeda Otsu, denominada *Constitucionalismo y Democracia en América Latina: controles y riesgos*. Se presentó también la publicación de Félix Enrique Ramírez Sánchez, titulado *Estudios de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. Luego, nosotros presentamos el *Boletín Peruano de Derecho Constitucional N° 4*. La presentación de los títulos descritos se realizó entre otras publicaciones.

El jueves 31 de octubre por la mañana se desarrollaron los diferentes talleres de 9:00 a 11:00 horas. Los que se desarrollaron en diferentes auditorios siendo ellos: el primer taller estuvo destinado al tema *El desarrollo del precedente constitucional vinculante*, estuvo en la coordinación Jhonny Tupayachi Sotomayor. El segundo estuvo destinado al *Recurso de Agravio Constitucional y sus variantes jurisprudenciales*, se desempeñó en el cargo de coordinador Luis Valdivia Salazar. El tercer taller estuvo orientado al desarrollo del tema *El exceso en la utilización de Hábeas Corpus*, en el que nos tocó trabajar juntamente con la magistrada del Poder Judicial, Susana Castañeda y Arsenio Oré Guardia, autor del Código Procesal Constitucional y los estudiantes interesados en el tema, desempeñó el cargo de coordinador Marco Bustinza Siu. El otro taller tuvo como tema el *Balance del Código Procesal Constitucional*, coordinó el certamen Jorge Manrique Zegarra. El último taller estuvo destinado a la *Autonomía procesal de los tribunales*, estuvieron en la coordinación del taller, Neil Huamán Paredes y Max Murillo Celdán.

Otro de los actos académicos del que se caracteriza los Congresos Nacionales son los concursos de ponencias estudiantiles, donde estudiantes de las diversas facultades de Derecho de las diversas universidades participantes se contienden el privilegio de ganar el concurso. El certamen académico de exposiciones se llevó a cabo en el SUM de la Facultad de Farmacia y Bioquímica a partir de las 11:00 horas. Esta vez dicha activi-

dad tuvo la participación de once estudiantes de distintas Facultades de Derecho de todo del Perú, entre ellos estudiantes de la Universidad Jorge Basadre de Tacna, Universidad Mayor de San Marcos, Universidad Los Andes de Huancayo, Universidad San Agustín de Arequipa y la Universidad Católica Santa María de Arequipa. El jurado encargado de verificar la realización del concurso y de establecer al ganador estuvo integrado por los destacados constitucionalistas Edgar Carpio Marcos, Luis Sáenz Dávalos y Eduardo Rivera García, quienes tras observar y escuchar a los participantes, declararon como ganador a Ivan Yonathan Sedano Palomino estudiante de la Universidad Peruana Los Andes de Huancayo con el tema: *Amparo contra Amparo*.

El día viernes 31 por la tarde se desarrolló la ponencia de Susana Castañeda Otsu sobre *Las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*. Víctor García Toma abordó el tema *La jurisdicción constitucional y la cuestión política*, mientras que Arsenio Oré Guardia desarrolló el tema *La tutela de derechos prescrita en el art. 71.1 del Código Procesal Penal*. Nelson Ramírez Jiménez expone el tema *Reflexiones sobre la autonomía procesal del Tribunal Constitucional*; y, para cerrar el trabajo de la tarde, Jorge Luis Cáceres Arce despliega el tema *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional*.

El sábado 1º de noviembre de 2014 en horas de la mañana, comenzamos el trabajo a las 9:00 horas, desarrollamos, en nuestro turno, el tema *Breves reflexiones sobre el proceso constitucional de Acción Popular*. A continuación José Palomino Manchego expuso el tema *Sir Edward Coke y los orígenes de la Judicial Review*. Ernesto Blume Fortini, por su parte, abordó *El desarrollo del amparo contra el amparo*.

Todos los ponentes que participaron en el Congreso, resaltaron la importancia del Código Procesal Constitucional en los diez años de vigencia y la importante labor desarrollada por Domingo García Belaunde, Francisco J. Eguiguren Praeli, Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordoñez, Juan Mornoy Gálvez y Arsenio Oré Guardia, al elaborar el Código Procesal que, al entrar en vigencia, el 1º de diciembre de 2004, unificó y sistematizó los procesos constitucionales de la libertad y orgánico.

En el momento de la clausura, Jorge Luis Cáceres Arce, resaltó el hecho que todos los ponentes anunciados habían concurrido en un cien por ciento. Por su parte, Ernesto Blume Fortini resaltó la importancia y el significado el Código Procesal Constitucional, los procesos establecidos y la importancia de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional que agrupa a la mayoría de los profesores de Derecho Procesal Constitucional y de Derecho Constitucional, gestora de los Congresos Nacionales y diversos certámenes académicos.

El libro de ponencias, titulado *V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional, a diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional*, fue distribuido entre todos los participantes con puntualidad, antes de que el Congreso fuera clausurado. De igual forma el señor Presidente del Tribunal Constitucional Óscar Urviola Hani, tuvo la gentileza de distribuir entre todos los ponentes del congreso la publicación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal, en dos tomos, titulada: *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*.

Debemos resaltar la cordialidad y las excelentes atenciones prestadas por los organizadores de este V Congreso a todos los invitados.

NECROLÓGICA

DAVID SOBREVILLA ALCÁZAR (1938–2014)

Domingo García Belaunde

Lentamente, en forma casi imperceptible, nos dejó David Sobrevilla a fines de agosto del presente año, producto de una penosa enfermedad que lo tuvo disminuido los últimos meses. Pero que no amenguó ni su capacidad para el trabajo ni su terca voluntad de vivir.

Como la vida y la existencia de David no fue de escándalo ni de escarlates, su deceso pasó, como es habitual en estos casos, desapercibido. Incluso nos sorprendió a nosotros que estábamos cerca de él. Al margen de noticias escuetas en los diarios, publicaron artículos emotivos Francisco Miró Quesada Cantuarias, Miguel Giusti, Jorge Paredes Laos, Luis Hernán Mozombite. Recientemente, se ha sumado el “Boletín de la Casa Museo Mariátegui” con interesantes análisis de Pablo Quintanilla y Antonio Melis, acompañados de otros textos.

Mi impresión es que salvo el caso de Miró Quesada, los que han escrito sobre David lo conocían poco y nos han dado una imagen interesante, pero parcial. Quizá hacer algo completo sea imposible en estos momentos, pero no está demás señalar algunos tópicos en forma sumaria para que otros, mejor preparados que yo, lo intenten con mejor suerte. Esto explica las presentes líneas.

Si la memoria no me es infiel, conocí a Sobrevilla en 1973, cuando regresó de Alemania luego de sus estudios doctorales de Filosofía. Y lo fue

en una sesión nocturna de la Sociedad Peruana de Filosofía, en sesiones que se llevaban a cabo en la casa de Pilatos, entonces sede de la llamada Casa de la Cultura, en el jirón Ancash. El gran animador de esos encuentros era, aparte de Miró Quesada, Antonio Peña Cabrera y María Luisa Rivara de Tuesta. David venía en ese entonces con el prurito hegeliano y presentó una ponencia sobre la postura de Hegel ante el problema de América. Ahí conversamos largo y David me animó a que leyese la Filosofía de la Historia de Hegel, que me pareció fascinante y algo arbitraria. Me comentó que había cursado estudios de Derecho y Letras en la Universidad Católica y luego en la Universidad de San Marcos graduándose de abogado: había hecho prácticas profesionales en el Poder Judicial. Pero eso ahora había quedado atrás, si bien le sirvió para incursionar en la Filosofía del Derecho, no solo en la cátedra sino en el libro. Pero ya para entonces su dedicación a la investigación y la docencia en Filosofía estaba decidida.

Por circunstancias que no recuerdo y a iniciativa de Roque Carrión Wam, tuvimos varios encuentros de estudio sobre diversos temas. Juntos abordamos a la altura de 1975, la lectura del libro de Hart "El concepto del Derecho". Después vinieron sus compromisos, algunos en el extranjero y otros no y espaciamos nuestros encuentros, más no la correspondencia. David se dedicó a escribir febrilmente. ¿Cuáles fueron sus intereses?

Yo pienso que el interés primordial de David fue la Estética, campo en el cual lamentablemente no lo pude seguir. Pero después se dedicó al estudio de lo nacional, es decir, de la filosofía peruana y del pensamiento peruanista. Empezó con una disección del planteo de Augusto Salazar Bondy y siguió con otros más. Demasiado crítico en un principio, atenuó su rigor más tarde y repasó diversos tópicos: los filósofos peruanos, la filosofía peruana en las últimas décadas, así como diversos temas de filosofía alemana y filosofía jurídica contemporánea. En lo relativo a figuras peruanas se interesó muy pronto en la obra de Basadre, a quien no conocía. Tuve el privilegio de conectarlos en un chifa al cual asistimos los tres, ubicado en la Av. Brasil. Escribió largamente sobre Basadre y logró que lo incorporaran a la Biblioteca Ayacucho. Luego se dedicó a González Prada, con la misma intensidad. Y finalmente a Mariátegui a quien se dedicó mucho, un poco para rescatarlo de sus seguidores. Y en gran parte para desmitificarlo.

Aspecto importante en esta labor de análisis crítico y rescate, fue la preparación de las Obras Selectas de Francisco Miró Quesada Cantuarias, a quien consideraba y con razón, como el más importante filósofo peruano. Dejó lista la colección completa en once volúmenes, de los cuales solo alcanzó a publicar ocho. Pero se trata de una contribución de primer orden.

En sus últimos años David acometió diversas tareas que me parece que lo hicieron caer en cierta dispersión. Inició una historia general de la filo-

sofía del derecho, que no llegó a concluir y alcanzó a publicar una historia de la filosofía del derecho en el Perú, que es una contribución de primer orden y en la cual tuve cierta participación. Tuvo la enorme generosidad de dedicar esta obra a Roque Carrión Wam y a mí.

En lo académico David era serio en extremo. Jamás acudía a fuentes de segunda mano, y si lo hacía, lo mencionaba expresamente. Buscaba apoyo y colaboración de los amigos, y si algo les debía, se esmeraba en hacerlo notar. Buscaba con pasión el dato y la objetividad. Podrá quizá discreparse de él en alguna de sus apreciaciones, pero no podrá dudarse jamás de su seriedad, del rigor, del dato preciso, de agotar la bibliografía en cada tema y del intento consciente de hacer un análisis serio.

En lo humano, David fue íntegro como académico, como investigador y como amigo. El tiempo lo hizo madurar y eso le permitió escribir obras de indispensable consulta, en donde siempre se esmeró en ser objetivo y rescatar lo que era rescatable. Se dedicó sobre todo a replantear o repensar como él decía, aspectos de la filosofía occidental y de la peruana. En lo personal, debo agradecerle siempre la paciencia que me tuvo y sobre todo que haya tenido tiempo cada vez que lo buscaba para juntarnos y hablar de lo divino y de lo humano. Descansa en paz, querido David.

LUIS CARLOS SÁCHICA (1928–2013)

En meses pasados, falleció el eximio jurista colombiano Luis Carlos SÁCHICA Aponte. Su trayectoria en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de su país, sus innumerables libros y ensayos y su trayectoria como profesor en diferentes universidades, dejaron una importante huella en el Derecho colombiano.

“Era uno de los grandes constitucionalistas que había en este país”, afirma el exministro Juan Carlos Esguerra.

Luis Carlos SÁCHICA nació en Uvita, un municipio al norte de Boyacá, en la cordillera de los Andes. Muy joven entró a estudiar Derecho en la Universidad del Rosario, en donde fue colegial, la máxima distinción académica que puede tener un alumno de ese claustro.

Su paso por la Corte Suprema de Justicia en la década de los 80, lo convirtieron en uno de los decanos del Derecho Constitucional colombiano. En ese momento no existía la Corte Constitucional (que fue creada en la Constitución de 1991) y era la Sala Constitucional de ese alto tribunal quien dirimía los principales debates del país en esa materia.

SÁCHICA fue el encargado de revisar desde esa Sala las más importantes decisiones de la época, especialmente las reformas que tuvo la Constitución Política de 1886, como es el caso de la “pequeña constituyente” del gobierno de Alfonso López Michelsen y el Acto Legislativo No. 1 de 1979,

propuesto por el gobierno de Julio César Turbay Ayala. Ambas fueron declaradas inexecutable. También se desempeñó como miembro de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en la cual destacó por sus aportes sobre los principales debates en torno a los problemas del Estado.

Quienes recuerdan a SÁCHICA lo describen como un defensor acérrimo de la Constitución de 1886, tanto que fue uno de los principales críticos de la Constitución de 1991. “Fue un hombre con una gran visión y una gran capacidad crítica”, agrega Alejandro Venegas, vicerrector de la Universidad del Rosario y conde de la Corte Constitucional.

El exmagistrado también fue un reconocido tratadista de Derecho y un profesor de universidad de varias generaciones de abogados colombianos. Su obra “Exposición y glosa del constitucionalismo moderno” se convirtió en un clásico de la literatura jurídica. También escribió manuales de esa materia como “Constitucionalismo colombiano”, “Constitución general” y “Constituyente y reforma constitucional”. Su último libro publicado fue “Entre la regla y la excepción”.*

(*) Tomado de la pág. web del diario *Semana* de 25 de noviembre de 2013.

NORMAS PARA LOS COLABORADORES

1. Solo se publicará trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerá artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
2. Se recibirá artículos doctrinarios (aspectos generales, comparados o nacionales) así como notas breves o comentarios jurisprudenciales o de libros.
3. La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
4. La Revista solo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idioma extranjero podrán ser traducidos por la redacción de la Revista.
5. Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio.
6. Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posible, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre del autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.)
7. Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un archivo digital de formato Word for Windows y, de no ser posible, en hojas bond.
8. La Dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
9. A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y se le remitirán separatas electrónicas.
10. El autor cuya colaboración haya sido publicada se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino 3 meses después de aparecida en su versión original.



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)